

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO EN MAYORÍA

DEMANDANTE: EMPRESA TODO ALIMENTOS OMEY  
S.A.C. (en adelante, OMEY, la Contratista o la demandante)

DEMANDADA: PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA  
ALIMENTARIA-PRONAA (REPRESENTADO  
POR LA PROCURADURÍA PÚBLICA DEL  
MINISTERIO DE DESARROLLO E  
INCLUSIÓN SOCIAL- MIDIS) (en adelante, el PRONAA, la Entidad o la demandada)

TIPO DE ARBITRAJE: Nacional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: Dr. Gregorio Martín Oré Guerrero - Presidente  
Dra. Liliana Bobadilla Bocanegra - Árbitro  
Dr. Edgar Martín Gómez Aguilar - Árbitro

SECRETARIO ARBITRAL: Dr. Christian Virú Rodríguez

## RESOLUCIÓN N° 15

En Lima, a los 18 días del mes de septiembre de 2014, el Tribunal Arbitral en Mayoría, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y con las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, contestación de la demanda, reconvención y contestación de la reconvención, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

---

### VISTOS:

#### I. DE LA EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL Y LA INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

##### 1.1 EL CONVENIO ARBITRAL

Está contenido en la Cláusula Décima Primera *De la Solución de Controversias*, del Contrato de Compra Venta N° 17-00-4-2012-C-02-0085, Comisión de Adquisición del Equipo Zonal Ayacucho, Términos de Referencia N° 014-2012 CA – Ayacucho, Autorización de Compra CD-076-2012, para la Adquisición de 15.859800 T.M. de Papapan Fortificado para consumo humano, a fin de atender a las Instituciones Educativas del Programa Desayunos Escolares, celebrado en fecha 22 de agosto de 2012 , en el cual las partes acordaron que cualquier controversia que surgiera de, o se relacionara con la ejecución o interpretación del presente Contrato, incluidos a los que se refieran a su nulidad e invalidez, deberá solucionarse mediante Proceso de Conciliación

Extrajudicial. Culminado el referido proceso conciliatorio, cualquiera de las partes podrá realizar las acciones para que la controversia subsistente, ya sea total o parcial, sea resuelta de manera definitiva e inapelable mediante Arbitraje Institucional, determinado de común acuerdo por las partes, de puro derecho, a cargo de un Tribunal Arbitral conformado por tres miembros, a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional.

### **1.2 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

El 04 de setiembre de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral Ad Hoc en la sede institucional del OSCE, contando con la asistencia de los representantes de ambas partes. En este acto, se declaró instalado al Tribunal Arbitral y abierto el proceso arbitral. En este mismo acto, los miembros del Tribunal Arbitral ratificaron su aceptación al cargo y declararon que no estaban sujetos a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que les obligaran a inhibirse. Asimismo, las partes expresaron no tener conocimiento de motivo alguno que signifique causal de recusación de los miembros del Tribunal Arbitral. Cabe mencionar y dejar constancia que ninguna de las partes impugnó o reclamó contra el contenido del Acta de Instalación, cuyas reglas aceptaron.

Por otro lado, se designó como secretario arbitral al doctor Christian Virú Rodríguez, y se designó como lugar del arbitraje las oficinas ubicadas en Mariano de Los Santos N° 183, Oficina N° 601 – San Isidro.

#### **I. DE LA DEMANDA DE TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C.**

- Con fecha 18 de setiembre de 2013, la Contratista presentó su Escrito de Demanda arbitral, conteniendo las siguientes pretensiones:

**PRIMERA PRETENSIÓN.-**

Que se ordene al **PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA)**, el pago de la obligación de dar suma de dinero correspondiente a la totalidad de las facturas que encuentran pendientes de pago y que ascienden a la suma de S/. 85,459.37 (Ochenta y Cinco Mil Cuatrocientos Cincuenta y Nueve y 37/100 Nuevos Soles).

**SEGUNDA PRETENSIÓN.-**

Que se ordene al **PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA)**, el pago de la obligación de dar suma de dinero correspondiente al pago de los intereses de la obligación descrita en la primera pretensión principal, conforme a la Tasa de interés activa promedio de mercado efectiva establecida por la Superintendencia de Banca y Seguros por la mora en el pago, los mismos que se deberán liquidar hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.

**TERCERA PRETENSIÓN.-**

Que se ordene al **PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA)**, el pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante por el incumplimiento en el pago de la obligación ascendente a S/. 20,000.00 (Veinte Mil y 00/100 Nuevos Soles), por el perjuicio causado al no haberse realizado el pago de manera oportuna.

**CUARTA PRETENSIÓN.-**

Que se ordene al **PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA)**, cumpla con el pago de todos los costos del arbitraje, incluyendo honorarios de los árbitros, gastos administrativos, tasa por presentación de demanda, honorarios incurridos en nuestra defensa y todos los gastos que se generen por el presente proceso.

*K* Pedimos a ustedes, señores Árbitros, que tanto el monto adeudado, los intereses legales generados así como los gastos arbitrales, se encuentren

*claramente determinados y fijados en el monto en el laudo que solucione esta controversia.*

### **2.1. Fundamentos de Hecho de la Demanda:**

Al respecto, la demandante señala expresamente lo siguiente:

-El 22 de agosto del 2012, la demandante conjuntamente con la demandada suscribieron el Contrato de Compra Venta Nº 17-00-4-2012-C-02-0085, Comisión de Adquisición del Equipo Zonal Ayacucho, Términos de Referencia Nº 014-2012 CA – Ayacucho, Autorización de Compra CD-076-2012, para que la Contratista entregara a la demandada Quince Toneladas Ochocientos Cincuenta y Nueve Kilos con Ochocientos Gramos (15.859800 TM), de Papapan Fortificado para consumo humano, a fin de atender a las Instituciones Educativas del Programa de Desayunos Escolares.

Las entregas se realizarían de manera mensual, conforme al detalle que aparece en la Cláusula Segunda del Contrato.

-Con fecha 12 de noviembre de 2012, se suscribió una Addenda al Contrato de Compra Venta Nº 17-00-4-2012-C-02-0085, Términos de Referencia Nº 014-2012 CA – Ayacucho, Autorización de Compra CD-076-2012, que tenía como objetivo reducir la entrega del producto materia del Contrato, debiendo con esta reducción la Contratista entregar Catorce Toneladas Setenta y Siete Kilos Ochocientos Gramos (14.077800 TM), manteniéndose invariables las demás cláusulas del Contrato original.

*JUL*  
-La Contratista señala que mediante Carta Nº 624-2012-MIDIS-PRONAA/AYAC/JZ, de fecha 06 de diciembre del 2012, tres (3) meses después haberse ejecutado y cumplido el Contrato, el PRONAA, de manera unilateral, procedió a "rescindir" el Contrato, alegando que la Autoridad Sanitaria había ordenado la suspensión de la producción a la Contratista.  
*D*

*K*  
-Al respecto la Contratista señala, que la Ley de Contrataciones del Estado no regula la rescisión como forma de conclusión de los contratos que realiza el

Estado con los particulares, sino la resolución y la nulidad que se encuentran recogidas en los artículos 44º y 56º de la referida Ley.

-En ese sentido, el Contratista señala que si lo que pretendía la Entidad era dar por concluida la relación contractual con la demandada, y habiendo transcurrido más de tres (3) meses de su ejecución, debió hacer uso de lo regulado por la Ley de Contrataciones del Estado, iniciando para dicho fin, el proceso de arbitraje respectivo, ya que el Tribunal Arbitral, una vez ejecutada la obligación, es el único competente para declarar la nulidad o la resolución del contrato. Sin embargo, la Entidad, dolosamente, "rescinde" el contrato y decide no cumplir con las obligaciones asumidas, desconociendo que la Contratista ha cumplido con la entrega oportuna del producto conforme a lo pactado, generándonos con dicho actuar un enorme perjuicio económico.

-Al respecto, la Contratista señala que ha cumplido fielmente con las obligaciones asumidas en el Contrato, entregando puntualmente el producto en cada unidad escolar que le fue indicada, con la correspondiente conformidad del servicio. Estos colegios en ningún momento han presentado queja o denuncia sobre el producto entregado.

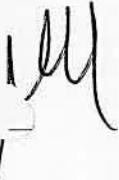
-En ese sentido, la demandante manifiesta que los productos que han entregado en los colegios por el Contrato suscrito con el PRONAA, cumplen con la formulación, peso, especificaciones técnicas y resultados químicos, Microbiológicos y físico Organolépticos, de acuerdo a las exigencias establecidas por la Entidad. Esto se comprobaría con los exámenes que habría realizado la Contratista al producto en los meses de octubre, noviembre y diciembre, los cuales se han adjuntado a la demanda.

-La demandante indica, que debido a la decisión que tomó la Entidad de "rescindir" el Contrato, la Contratista, a fin de no verse más perjudicada, cumplió con el Contrato sólo hasta la fecha de dicha comunicación, procediendo a emitir las facturas comerciales correspondientes. Sin embargo,

lejos de honrar sus obligaciones, la Entidad no habría cumplido con el pago pactado, debiendo a la demandante hasta la fecha la suma de S/. 85,459.37 (Ochenta y Cinco Mil Cuatrocientos Cincuenta y Nueve y 37/100 Nuevos Soles), más los intereses legales generados, la indemnización por el perjuicio causado y las costas y costos del proceso arbitral.

-Ante dicha situación, la demandante, mediante comunicación notarial del 12 de diciembre de 2012 (Carta Nº 059-2012-TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C./HUANTA) requirió a la demandada que cumpla con las obligaciones a su cargo, señalándole que contravenía lo establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato Nº 17-00-4-2012-C-02-0085 y lo establecido en el Art. 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

-Ante la falta de respuesta de la emplazada, conforme a lo establecido en la Cláusula Decima Primera del Contrato, la demandante solicitó una Audiencia de Conciliación Extrajudicial ante el Centro de Conciliación Conga Soto Soluciones, audiencia a la cual no acudió el PRONAA, por lo que el Centro de Conciliación procedió a levantar el Acta Nº 022-2013-JUS/CENCCOSS, por Inasistencia de una de las Partes.

  
-La Contratista señala que en consecuencia y no obstante los múltiples requerimientos efectuados, hasta la actualidad la emplazada no ha cumplido con el pago de la obligación a su cargo, correspondiente a las siguientes facturas:

FACTURA	PRODUCTO	IMPORTE	FECHA DE EMISIÓN
001-000067	Papa Pan Fortificado	28,079.51	12/10/2012
001-000068	Papa Pan Fortificado	26,858.66	15/11/2012
001-000069	Papa Pan Fortificado	24,416.96	12/12/2012
001-000070	Papa Pan Fortificado	6,104.24	18/12/2012
		TOTAL	S/. 85,459.37

-En ese sentido, al no cumplir la emplazada con las obligaciones a su cargo, la demandante señala que deberá computarse el pago de los intereses legales correspondientes por la mora incurrida, conforme a la Tasa de interés activa promedio de mercado efectiva, establecida por la Superintendencia de Banca y Seguros.

-Asimismo, la demandante manifiesta que se ha generado una serie de daños conforme detalla a continuación, que deberán ser reparados por la emplazada, conforme al siguiente detalle:

**Daño emergente.-**

La demandante señala que se le ha generado un daño evidente, debido que al ser una Empresa pequeña, no cuenta con grandes capitales que le permitan sostener una obligación impaga durante un tiempo prolongado.

En ese sentido, señala la demandante que el incumplimiento doloso de la Entidad ha originado que no pueda honrar las obligaciones asumidas con sus proveedores, quienes le han cortado el crédito, que con esfuerzo y cumplimiento había conseguido, lo cual ha ocasionado que no pueda elaborar sus productos al no contar con un capital que le permita comprar los insumos necesarios para la producción.

**Lucro cesante.-**

El lucro cesante se ha configurado en el hecho de que al no poder producir su producto bandera, la demandante se ha visto imposibilitada de presentarse en las diferentes licitaciones públicas que requieren su producto, al no poder contar con los insumos necesarios para producir el producto y cumplir con las obligaciones que asumió.

Asimismo, se habría configurado un daño por perdida del chance, pues al no poderse presentar en las licitaciones por no contar con las posibilidades de fabricar el producto que requiere la Entidad, habría perdido la oportunidad de un mejoramiento patrimonial futuro y posible.

El chance es un interés legítimo, protegido por la ley, pues se trata de una expectativa patrimonial del titular de un patrimonio que, como tal, tiene cierto grado de certeza, que de realizarse, procura una ganancia esperada. Si esta ganancia esperada se frustra por culpa de un tercero, existe una lesión actual al interés legítimo que ella representa y que constituiría un derecho subjetivo potencial, el cual se convierte en una facultad de actuar para reclamar el valor económico de aquella "esperanza".

-Finalmente, la demandante requiere el pago de los costos del arbitraje, incluyendo honorarios y gastos del tribunal arbitral, honorarios incurridos en su defensa y todos los otros gastos previstos, debido a que el inicio del presente proceso arbitral es de exclusiva responsabilidad de la demandada.

-La demandante señala que a pesar de su buena disposición para solucionar el problema descrito, la demandada ha hecho caso omiso a ello. No ha procedido hasta la actualidad con el pago de la obligación a su cargo, causando de este modo a la Contratista un perjuicio económico, razón por la cual ha iniciado el presente proceso arbitral, conforme a ley.

## 2.2. Fundamentos de derecho.-

Al respecto, la demandante señala expresamente lo siguiente:

### Respecto a la Primera Pretensión.-

-La demandante señala que el contrato tiene fuerza vinculante, es decir obliga a las partes a satisfacer las obligaciones asumidas y, en caso de incumplimiento, el derecho contempla mecanismos encaminados a su

corrección o compensación. Existe en efecto, un interés fundamental para que se cumpla la palabra prometida, que es lo que confiere seguridad sobre la base del comportamiento leal y honesto de las partes.

-Sin embargo, conforme se ha detallado en los apartados precedentes, el demandado no habría cumplido con estas obligaciones, violando de esta manera el Art. 1361º del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

*"Art. 1361º.- Los contratos son obligatorios en cuanto se halla expresado en ellos.*

*Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla." (Subrayado agregado)*

-En efecto, lo que hacen las partes al perfeccionar el contrato es crear una regulación normativa para la interrelación de sus intereses. Crean una reglamentación a la cual deben ajustarse y respetar. En otras palabras, la citada norma se refiere al carácter obligatorio del contenido de la declaración contractual y a la presunción de la coincidencia entre esta declaración y la voluntad común.

-La demandante señala que al ser expresión de la voluntad común de las partes, los contratos crean obligaciones entre estos que deben ser cumplidas. Por lo tanto, la demandada al celebrar el Contrato N° 17-00-4-2012-C-02-0085 se encontraba en la obligación de cumplir, responsablemente, con lo señalado de común acuerdo en dicho contrato, es decir con el pago de la suma establecida en la Cláusula Cuarta, ascendente a la suma de S/. 85,459.37 (Ochenta y Cinco Mil Cuatrocientos Cincuenta y Nueve y 37/100 Nuevos Soles). En función a lo expuesto con anterioridad, la demandante demostraría que la demandada no ha cumplido con estas obligaciones.

-Asimismo, la Contratista establece que se deberá tener presente que conforme a lo establecido en el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y el Art. 1219º, inciso 1) del Código Civil, el acreedor tiene la potestad de exigir al deudor aquello a lo que se ha obligado.

-En virtud de esta relación obligatoria, el deudor está en una situación jurídica de sujeción y como tal el acreedor puede solicitar que el deudor cumpla con la conducta a la que se ha obligado, incluso, forzosamente. Por ello, la primera medida de reacción y de tutela que consagra el ordenamiento jurídico ante el incumplimiento de la prestación a cargo del deudor, es aquella dirigida a obtener el comportamiento omitido y obtenerlo en forma específica.

-Resulta claro para la demandante que aun cuando puede exigirse el cumplimiento de la obligación tanto judicial como extrajudicial, esta última forma sólo sería eficaz en la medida en que el deudor cumpla voluntariamente la exigencia del acreedor. Sin embargo si dicho comportamiento no proviene de un acto voluntario del deudor, hace preciso acudir a un órgano jurisdiccional o arbitral a fin de exigir la ejecución forzosa de la prestación a cargo del deudor; e incluso puede ocurrir que a pesar de expedirse una sentencia que le ordene al deudor cumplir con su prestación, éste no lo haga, caso en el cual el acreedor podrá solicitar la ejecución forzada de la prestación.

-Finalmente la demandante señala que, en virtud de lo establecido en el Art. 1220º del Código Civil, el pago de una obligación se entiende efectuado cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación. En el presente caso, la obligación a cargo de la demandada es una obligación de dar suma de dinero determinada, la cual no ha sido cumplida por ésta, generando la inejecución de la obligación. La demandada no ha querido honrar sus obligaciones, viéndose la Contratista en la necesidad de exigirle a través del presente proceso de arbitraje dicho pago, al cual deberán computársele los intereses legales que se han devengado desde la intimación en mora a la demandada.

#### Respecto a la Segunda Pretensión.-

-La Contratista señala que siendo evidente el incumplimiento en el pago de la obligación contraída mediante el Contrato N° 17-00-4-2012-C-02-0085,

correspondería que se ordene al PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) cumpla con pagar los intereses legales.

-Asimismo, la Contratista manifiesta que considerando que la demandada contaba con diez (10) calendario después de presentada la factura para hacer efectivo el pago, de conformidad con lo establecido en el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y al no cancelar cada una de las Facturas emitidas por la demandante, la deuda cayó en mora, debiéndose computar los intereses legales a partir de la fecha señalada.

-Teniendo en cuenta que la prestación a cargo de la Entidad era una obligación pecuniaria, la Contratista considera que por este concepto la Entidad debe pagar los intereses legales; ello en la medida que respecto de las obligaciones pecuniarias, el ordenamiento jurídico nacional establece un sistema de indemnización tasada que está a cargo de los intereses moratorios. En efecto, el Art. 1242º del Código Civil dispone que el interés "Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago" en tanto que el contrato no establece la tasa, éstos deberán calcularse aplicando la tasa de interés legal en cumplimiento de lo previsto en el art. 1245 del Código Civil.

-En tal sentido, la demandante solicita se ordene que la demandada pague los intereses legales, calculados desde la fecha en la que incurrió en morosidad la deuda contraída en el contrato.

-Finalmente, según el art. 1324º del Código Civil se señala que el incumplimiento de las obligaciones de dar suma de dinero devengan el interés establecido por el Banco Central de Reserva del Perú desde la fecha en que imputó en mora al deudor. El Art. 1333º del mismo cuerpo sustantivo señala que incurre en mora cuando se ha requerido judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación.

Respecto a la Tercera Pretensión.-

-La teoría de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.

-La demandante indica que en el presente caso se estaría ante un daño que se produce en la existencia de una relación jurídica previa entre las partes, es decir donde el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, encontrándose en el ámbito de la denominada Responsabilidad Civil Contractual.

-En virtud de lo establecido en el Art. 1220º del Código Civil, el pago de una obligación se entiende efectuado cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación. En el presente caso, la Contratista señala que la obligación de la demandada era cumplir con el pago por la prestación a cargo de la demandante conforme a la Cláusula Cuarta del Contrato N° 17-00-4-2012-C-02-0085, ascendente a S/. 85,459.37 (Ochenta y Cinco Mil Cuatrocientos Cincuenta y Nueve y 37/100 Nuevos Soles), generando un incumplimiento contractual que es motivo de la presente Demanda.

*M* ✓  
-Según la demandante, ello habría originado una serie de daños que deberán ser indemnizados por la emplazada, debiéndose analizar los elementos configurativos de la responsabilidad:

*K* a) La Conducta Antijurídica del Autor. Entendida no sólo cuando se contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico

en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico.

Para el caso concreto: la Contratista manifiesta que se ha verificado el daño al demandante en el hecho de incumplir con el pago de la suma ascendente a S/. 85,459.37 (Ochenta y Cinco Mil Cuatrocientos Cincuenta y Nueve y 37/100 Nuevos Soles), generando incumplimiento contractual.

b) El Daño Causado a la Víctima. Que viene a ser el menoscabo o detrimento de un interés digno de tutela, ya sea patrimonial o no.

Para el caso concreto: la Contratista manifiesta que se ha demostrado el menoscabo a la recurrente, existiendo daños patrimoniales, representado en este caso por el daño emergente, lucro cesante y pérdida del chance, descritos en los fundamentos de hecho de la Demanda.

La demandante señala que es una Empresa pequeña, con un capital que no permite sostener una obligación impaga durante un tiempo prolongado, por lo cual, el incumplimiento doloso de la Entidad, origina que no pueda honrar las obligaciones asumidas con sus proveedores, quienes le han cortado el crédito, ocasionando que no pueda elaborar sus productos al no contar con un capital que le permita comprar los insumos necesarios para la producción.

Asimismo, el no poder producir su producto, ha imposibilitado al Contratista presentarse en las diferentes licitaciones públicas.

El daño por perdida del chance, se generaría al no poder presentarse la Contratista en las licitaciones por no contar con las posibilidades de fabricar el producto que requiere la Entidad, perdiendo la oportunidad de un mejoramiento patrimonial futuro y posible.

c) Relación de Causalidad: La relación causal es el nexo entre el hecho que genera un daño y el daño propiamente dicho.

Para el caso concreto: la Contratista señala que resulta evidente la existencia de una relación de causalidad o nexo causal, ya que el demandado al incumplir el contrato y actuar maliciosa e intencionalmente, ha causado un daño patrimonial considerable para el recurrente.

La falta de responsabilidad con la que ha asumido la demandada la obligación contraída con la Contratista en el contrato suscrito, ha traído como consecuencia que la empresa demandante se encuentre inmersa en una crisis financiera al no poder cumplir con las obligaciones asumidas con sus proveedores, lo que a su vez impide que pueda presentarse en otras licitaciones al no contar con el capital suficiente para comprar los suministros necesarios para fabricar el producto, impidiendo de esta manera hacerse de una ganancia que le permita crecer y cumplir con las obligaciones contraídas con sus proveedores y empleados.

d) Los Factores de Atribución. Siendo que el factor subjetivo se refiere cuando el agente haya causado un daño actuando con dolo o con culpa; y el objetivo, cuando se produce el daño.

El primer párrafo del Art. 1321º del Código Civil señala que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. En el presente caso, la Contratista considera que la demandada ha incurrido en dolo, debido que conforme a la definición establecida en el Art. 1318º del Código Civil, el incumplimiento por dolo es por quien no ejecuta deliberadamente la obligación.

Para el caso concreto: El daño se encuentra acreditado, conforme a los medios probatorios que se adjuntan a la demanda. Asimismo, se demuestra la

actuación dolosa del demandado, porque teniendo pleno conocimiento que al ser parte de la celebración del Contrato N° 17-00-4-2012-C-02-0085 tenía que cumplir con las obligaciones a su cargo, y por consecuencia no originar los daños patrimoniales (lucro cesante y daño emergente) a la recurrente.

Asimismo, la demandante señala que la Ley de Contrataciones del Estado en su artículo 8º dispone lo siguiente:

*"Artículo 8.- Plan Anual de Contrataciones*

*Cada Entidad elaborará su Plan Anual de Contrataciones, el cual deberá prever todas las contrataciones de bienes, servicios y obras que se requerirán durante el año fiscal, con independencia del régimen que las regule o su fuente de financiamiento, así como de los montos estimados y tipos de procesos de selección previstos. Los montos estimados a ser ejecutados durante el año fiscal correspondiente deberán estar comprendidos en el presupuesto institucional. El Plan Anual de Contrataciones será aprobado por el Titular de la Entidad y deberá ser publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).*

*El Reglamento determinará los requisitos, contenido y procedimientos para la formulación y modificación del Plan Anual de Contrataciones."*

Al respecto, es evidente que quien celebra un contrato se debe encontrar en la capacidad de cumplir con las obligaciones establecidas en el mismo. En el presente caso, y de conformidad con la norma de la materia, la ENTIDAD debe contar con el presupuesto correspondiente para cumplir las obligaciones asumidas con la Contratista; sin embargo, a pesar de contar con el presupuesto, se ha negado dolosamente a cumplir con su obligación.

Finalmente, el daño producido en agravio de la recurrente tiene la calidad de:

- a) Lucro cesante, el cual es definido como la renta o ganancia frustrada, dejada de percibir como consecuencia del evento dañoso, lo que se expresa en el no incremento del patrimonio del dañado.
- b) Daño emergente, que es aquel producido por la pérdida directa y efectivamente sufrida a consecuencia del acto dañoso. Implica un empobrecimiento del perjudicado en virtud de los actos ocasionados por el autor del daño.

Respecto a la Cuarta Pretensión.-

-Al declararse fundadas las primeras pretensiones, la Contratista solicita que también se condene a la Entidad al pago de las costas y costos del presente arbitraje. Hasta el momento, estos costos comprenden:

- a) Honorarios arbitrales, incluyendo la retención del 10% por Impuesto a la Renta.
- b) Gastos Administrativos por organización y administración de arbitrajes.
- c) Tasa pagada por presentación de demanda al Organismo Supervisor De Las Contrataciones Del Estado – OSCE.
- d) Los gastos establecidos en el último párrafo del Art. 66º del Texto Único Ordenado del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje.
- e) Honorarios del abogado patrocinador.

*M*  
-Desde ya, el Contratista se reserva el derecho de ampliar la cuantía de los costos del arbitraje, si en el transcurso del proceso incurriera en costos adicionales.  
*V*

*A*  
-Al amparo del art. 70º de la Ley de Arbitraje y Art. 59º del Texto Único Ordenado del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje, la demandante solicita que estos costos se fijen y se liquiden en el Laudo. De este modo, se lograría una mayor celeridad y economía puesto que se evitaría el vano debate

que se suele iniciar luego de la emisión del laudo para determinar el monto de un concepto que bien puede ser debatido con antelación.

## II. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN DEL PRONAA

Con fecha 11 de octubre de 2013, la Entidad presentó su Escrito N°1 de Contestación de Demanda y Reconvención, mediante el cual negó en todos sus extremos la Demanda interpuesta por la Contratista, desarrollando sus argumentos en base a los puntos que expresamente detallamos a continuación.

### 3.1. CONTESTACIÓN DE DEMANDA:

#### 1. En relación a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:

-La Entidad manifiesta que la Empresa Contratista pretende el pago de la totalidad de las facturas que ascienden a la cantidad de S/. 85,459.37 Nuevos Soles, sin tomar en consideración el Oficio N° 2115-2012-GRA/GG-GROS-DIRESA-DSA, de fecha 30 de noviembre de 2012, notificado al PRONAA con fecha 04 de diciembre de 2012, por el cual la Dirección Regional de Salud de Ayacucho, les comunica sobre el Oficio N° 002288-2012-DHAZ/DIGESA, de fecha 21 de noviembre de 2012, en el cual DIGESA hace de conocimiento sobre el informe N° 006002-2012/DHAZ/DIGESA, de fecha 19 de noviembre de 2012, en el cual concluye con lo siguiente:

- i. La empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C., estaría cometiendo infracción tipificada en el Art. 121°, en los incisos "b", "f" y "m", del DECRETO SUPREMO N° 007-98-SA "Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas."

ii. La DIRESA Ayacucho, en calidad de autoridad sanitaria regional, dispuso como medida de control la suspensión de la producción de la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C., con fecha 13.JUN.2012, en virtud de lo establecido en el Art. 20º de la "Ley de Inocuidad de los Alimentos", concordante con lo establecido en el Art. 120º, inciso b) del "Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos", medida que no ha sido levantada por parte de la referida autoridad sanitaria, por lo que la mencionada empresa se encontraba impedida de producir desde el 13.JUN.2012.

iii. El PRONAA, conocedor de la medida de control impuesta por parte de la autoridad sanitaria continuó adquiriendo el producto "Pan de papa Fortificado", el cual, como agravante es destinado para el Programa Escolar de Alimentación, población considerada vulnerable, desconociendo lo establecido en el Art. II numeral 1.3 de la "Ley de Inocuidad de los Alimentos", sobre el Principio de Colaboración Integral, "a fin de actuar de manera integrada para contar con alimentos inocuos", debiendo el PRONAA tomar las acciones correctivas pertinentes.

iv. La empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C., cuenta con Habilitación Sanitaria otorgada mediante R.D. N° 1082-2012-DHAZ/DIGESA/SA, con fecha 20 de febrero de 2012, con vigencia de un año y con Registro Sanitario de código H2626908N EDTDAI, de fecha 29 de febrero de 2008, para el producto PAPAPAN FORTIFICADO "TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C.".

v. Sin perjuicio de las acciones que se adopten, esta Dirección inicia el procedimiento sancionador y notifica al representante legal de la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C., ubicada en Jr. Gervasio Santillana N° 1235 distrito y provincia de Huanta, Departamento de Ayacucho, a fin de que efectúe los descargos correspondientes.

-La Entidad señala que según el Acta de Apertura del sobre de Propuesta Económica de fecha 10 de agosto de 2012, se evidencia que la Comisión de Adquisición de Papapan Fortificado con los T.R. N° 014-2012-CA-AYACUCHO, le otorgó la buena pro a la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C., adjudicándole la cantidad de 2,374 raciones para el suministro de Papapan

Fortificado, entre agosto y diciembre de 2012, sobre este aspecto cuestionan la presentación y participación de la referida empresa en el proceso de adquisición y la mala intención, porque era consciente que estaba impedida de producir desde el 13 de junio de 2012, teniendo en cuenta que la autoridad sanitaria no había levantado la suspensión de la producción.

-Asimismo, la demandada indica que el Jefe de la ETZ Ayacucho en diversas oportunidades y de forma reiterativa solicitó a la Dirección Regional de Salud de Ayacucho comunique sobre los resultados finales de la inspección que realizó a la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C.

-Es ese sentido, la demandada indica que también se realizó una visita inopinada a la planta de la empresa tal como se desprende Acta de visita inopinada a Planta Omey, de fecha 06 de setiembre de 2012, en la cual se requirió al representante legal de la empresa remita al ETZ Ayacucho la documentación necesaria que acredite el levantamiento de la paralización de producción emitido por la Autoridad Sanitaria (DIGESA).

-El Jefe del ETZ Ayacucho comunicó a la DIRESA Ayacucho mediante los Oficios N° 440 y 476-2012-MIDIS-PRONAA/AYAC/JZ de fecha 06 y 18 de setiembre de 2012 respectivamente, que el referido proveedor tenía un contrato como resultado de la adjudicación en el proceso de adquisición con los T.R. N° 014-2012-CA-AYACUCHO y que seguía proveyendo el producto Papapan Fortificado a los beneficiarios, así como remitió a la DIRESA el cronograma de producción de los proveedores, entre los cuales se encontraba la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C.

-El informe N° 006002-2012/DHAZ/DIGESA, al cual se hace referencia en numeral 1.1 del escrito de contestación de demanda, indica que el 15/06/2012 la DIRESA Ayacucho realizó la inspección para el levantamiento de las observaciones, resultando que las más críticas no fueron levantadas, por lo que la DIRESA Ayacucho no se pronunció sobre el levantamiento de la suspensión de la producción, sin embargo haciendo caso omiso a la medida de seguridad dispuesta por la Autoridad Regional de Salud de Ayacucho, la referida empresa participó en el mes de agosto de 2012 en la convocatoria para el suministro de

Papapan Fortificado, a sabiendas que la suspensión por parte de la DIRESA Ayacucho no se había levantado.

-La Entidad manifiesta que de haberse obtenido la información oportuna de la DIRESA Ayacucho se hubiera restringido la participación de la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C., en el proceso de adquisición con los T.R. N° 14-2012-CA-AYACUCHO, para la atención de los beneficiarios en el segundo trimestre 2012, o en su defecto luego de haberse suscrito el contrato se hubiese resuelto el mismo en forma oportuna.

-Se evidencia responsabilidad de la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C., por continuar produciendo sin haber tenido el levantamiento de las observaciones por parte de la DIRESA Ayacucho y poner en riesgo la salud de los beneficiarios.

-Con relación al pago por los productos suministrados, la demandada señala que éste resulta observable si se tiene en cuenta las pruebas manifiestas tanto por parte del PRONAA como de DIGESA mediante el Informe N° 006002-2012/DHAZ/DIGESA, en donde evidencian que la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C., a sabiendas que estaba impedida de producir producto alguno, participó en el proceso de adquisición con los T.R. N° 014-2012-CA-AYACUCHO y suscribió el contrato, sin importarle con su accionar que ponía en riesgo la salud de los beneficiarios.

-Es de indicar que el ETZ Ayacucho se encontraba en la imposibilidad de accionar administrativamente frente a este caso, toda vez que, el silencio de la DIRESA Ayacucho no permitió se adopten las acciones del caso en el tiempo oportuno y por demás se permitió a la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C., seguir proveyendo el producto Papapan Fortificado a los usuarios, toda vez que, dicha empresa cuenta con Habilitación Sanitaria y Registro Sanitario vigentes y bajo la complacencia de la Autoridad Sanitaria.

-Respecto al informe de DIGESA que señala: "EL PRONAA, conocedor de la medida de control impuesta por parte de la Autoridad Sanitaria continua adquiriendo el producto Papapan Fortificado, el cual, como agravante es

destinado para el Programa Escolar de Alimentación (...)", la Entidad manifiesta que sí se conocía de ello, pero por comunicación del mismo proveedor, ya que DIRESA Ayacucho nunca alertó al PRONAA respecto a la vigilancia sanitaria efectuada a dicha empresa ni de sus resultados, por el contrario el ETZ PRONAA Ayacucho siempre se preocupó por el tema y prueba de ello es la basta documentación sin respuesta alguna remitida a la Autoridad Sanitaria de Ayacucho.

-El PRONAA precisa que ha rescindido el contrato a la empresa Todo Alimentos Oney S.A.C., por contravenir lo establecido en el numeral 7.1 de la Cláusula Séptima del Contrato.

-Sin embargo la parte demandante en el punto III.6. indica "que la Entidad dolosamente rescinde el contrato y decide no cumplir con las obligaciones asumida, desconociendo que mi representada ha cumplido con la entrega oportuna del producto conforme a lo pactado; generándonos con dicho actuar un enorme perjuicio económico". En ese sentido, la Entidad se cuestiona como es que la contratista ha podido manifestar que la Entidad ha actuado dolosamente, cuando es la misma empresa contratista la que ha actuado de forma dolosa, toda vez que, a sabiendas de que no podía participar en la convocatoria y mucho menos suscribir el contrato para la entrega del producto Papapan Fortificado, por encontrarse su planta suspendida por DIRESA Ayacucho al no haber levantado oportunamente las observaciones realizadas, efectuó la entrega del producto poniendo en grave riesgo la salud de los beneficiarios (escolares).

-Respecto al cumplimiento de la obligación, la demandada indica que al haber incurrido en un acto doloso y contravenir lo estipulado en el contrato no es procedente el pago de dicho producto al demandante; dejando a salvo su derecho de iniciar las acciones penales que correspondan contra los que resulten responsables.

-Habiéndose basado la Entidad en el Principio de Presunción de Veracidad, señalado en el inciso 1.7 del artículo IV de la Ley N° 27444, Ley de

Procedimiento Administrativo General, base legal del presente contrato, el mismo que establece:

*Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.*

-Para la Entidad, lo manifestado por la Contratista en relación a que los colegios en ningún momento han presentado queja o denuncia sobre el producto entregado, es una irresponsabilidad, primero al haber participado en la convocatoria y segundo al haber realizado la producción y distribución del producto a beneficiarios altamente vulnerables, cuando se encontraba suspendida su producción desde el 13 de junio de 2012.

-Es por todo lo expuesto que la Entidad considera que no corresponde el pago de la obligación a favor de la empresa contratista; por lo que la Entidad solicita al Tribunal se sirva declarar Infunda la Primera Pretensión.

## **2. En relación a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda.-**

-La Entidad señala que siendo evidente que al no existir ninguna obligación por parte de la Entidad a ningún pago a favor de la empresa contratista por los hechos esgrimidos en la contestación de la demanda (punto 1) del presente escrito), mal se podría solicitar el pago de los intereses moratorios, establecidos por el Banco Central de Reserva del Perú, dado que no debió participar la contratista en la convocatoria realizada por la Entidad.

- La demandada considera que la Contratista no actuó de buena fe durante el proceso de selección y la ejecución del contrato, toda vez que, la DIRESA Ayacucho no levantó (para la fecha de la convocatoria y obtención de la buena pro y mucho menos durante el tiempo de la producción) la suspensión, siendo que se encontraba suspendida desde el 13 de junio de 2012, más aún si las observaciones críticas nunca fueron levantadas por parte de la contratista.

-La Entidad señala que ha sido sorprendida por parte de la empresa contratista, habiendo tenido la información oportuna por parte de la DIRESA Ayacucho, ya en reiteradas oportunidades se le solicitó la información respecto a la suspensión y además si esta suspensión había sido levantada, valiéndose del desconocimiento de esta información a la empresa contratista, actuando de manera deliberada e irresponsable, poniendo en grave riesgo la salud de los beneficiarios como son los escolares a los cuales se les entregó este producto.

-Por lo que quedaría demostrado para la Entidad que no le corresponde ningún pago por intereses moratorios, por lo que considera que el Tribunal debe declarar infundada la Segunda Pretensión planteada por la Empresa Contratista.

### **3. En relación a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda.-**

-La Empresa Contratista pretende una indemnización por daños y perjuicios sin que los hechos alegados por dicha parte reúnan los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, entendida ésta por aquel aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.

  
-La Entidad señala que en el caso que nos ocupa nos encontraríamos frente a una responsabilidad civil contractual porque el daño presuntamente sufrido, sería consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria. 

  
-La demandada indica que la empresa no ha acreditado incumplimiento de obligación contractual alguna por parte del PRONAA que haya generado un daño a la Contratista, entendiéndose éste – el daño – como la lesión a todo derecho subjetivo jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación.

-Con relación a la antijuricidad - uno de los elementos constitutivos de la Responsabilidad Civil – la demandada señala que una conducta es antijurídica

no solo cuando contraviene una norma prohibitiva sino cuando la conducta transgrede el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. En el campo de la responsabilidad civil contractual dicha antijuricidad es típica, pues ella resulta del incumplimiento total de una obligación, del cumplimiento parcial, del cumplimiento defectuoso o del cumplimiento tardío o moroso, siendo que en nuestro ordenamiento legal dicha conducta se encuentra regulada por el numeral 1321º del Código Civil.

-La Entidad advierte que la accionante no ha señalado cuál es la conducta antijurídica de la demandada que habría dado origen a la pretendida indemnización y de haber existido dicha conducta en qué consistió. Tampoco ha precisado en cuál de los supuestos contemplados en el artículo citado se encontraría. Toda vez que, quien ha actuado de mala fe y contraviniendo las normatividad establecida en el contrato es la empresa contratista.

-Con respecto al DAÑO CAUSADO, que también es un elemento constitutivo de la responsabilidad civil, referido a la lesión a todo derecho subjetivo jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que siendo protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte en derecho subjetivo. En el presente caso, la Empresa Contratista no habría cumplido con señalar en forma pormenorizada en qué consistió el presunto daño causado ni habría adjuntado prueba alguna que dé certeza respecto a este supuesto daño.

*M*  
-En cambio el PRONAA si tiene como sustentar el daño causado, por cuanto al haber sido suspendida la planta, no debió realizar ninguna producción hasta que la DIRESA levantara dicha suspensión, toda vez que dentro de la inspección Post Habilitación Sanitaria, se hallaron las siguientes observaciones:

*K*  
a) De la infraestructura y equipos

- Falta de orden y limpieza en el entorno del establecimiento.

- Materiales, utensilios (bandeja de horneado) y equipos (fermentación) utilizados en zona de crudos presentan deterioro y presencia de óxido, respectivamente.
- Pisos presenta grietas, en área de cocidos, asimismo mesas deterioradas en área de enfriado y luminaria no cuenta con protección.
- El almacén de producto terminado no es exclusivo toda vez que, en el mismo ambiente se realiza el envasado del producto, asimismo, no cuenta con ambiente exclusivo para el almacenado de los envases, los mismos que son dispuestos en el área administrativa.
- El establecimiento no es exclusivo para la actividad que realiza.

b) De la aplicación de las Buenas Prácticas de Manufactura

- Los registros del almacén no se encuentran al día.
- Los procesos de fabricación no se encuentran bajo control por que no se contralan adecuadamente la materia prima e insumos, al verificar que no cuentan con registro de especificaciones técnicas y certificados de análisis de cada lote de materias primas e insumos, control de recepción de materia prima, ni documentos que identifiquen su procedencia, por lo que se encuentran gorgojos en el insumo harina de maíz.
- El envasado se realiza sobre mesas de trabajo, sobre la cual se evidencia presencia de alimentos secos.
- El establecimiento no se encuentra libre de insectos al observarse el maíz amarillo con gorgojo dispuesto sobre el piso del patio.
- Los registros de higienización de ambientes, equipos y utensilios no guardan relación con lo que se evidencia en planta.
- Los registros de capacitación del personal no señalan al profesional responsable de tal actividad.
- No cuentan con certificados actualizados que acrediten el control médico que se realiza al personal manipulador

- No cuentan con procedimiento para el control de proveedores ni con registros que acrediten el control de la materia prima e insumos.
- La empresa no cuenta con certificados que demuestren la inocuidad del empaque que está en contacto con el alimento.

c) Del Programa de Higiene y Saneamiento

- Registro de almacén (kardex) no se encuentran al día.
- Falta de limpieza en el piso del patio que antecede al almacén de materia prima al encontrarse pepas de aguaje y restos de harina de maíz con gorgojo.
- Equipo amasadora se evidencia con masa seca adherida, parte externa del horno con polvo impregnado, parihuelas y mesas de soporte de ventilador, así como la mesa de trabajo en zona interna como externa presenta inadecuadas condiciones de higiene.
- En área de enfriamiento se encuentra un ventilador y un estante con falta de limpieza.
- En área de almacenamiento de producto final se encuentran parihuelas y estantes con deficiente limpieza.
- No se aplica correctamente el Programa de Higiene y Saneamiento al verificarse la carencia de agua en los servicios higiénicos, por lo que se encuentran restos de orina y vestuario sucio, asimismo no se contaba con agua en los lavatorios destinados para la higienización de manos y materiales.
- El Programa de saneamiento del local no asegura la protección del ingreso de vectores al verificarse que las trampas de roedores se encuentran inoperativas.

-Al respecto, la Entidad manifiesta que es evidente que luego de haber enunciado cada uno de las observaciones realizada por DIRESA, la Empresa Contratista ha generado el daño causado.

-La Empresa Contratista indica que al no poder producir su producto se ha visto imposibilitada de presentarse en las diferentes licitaciones públicas que requieren su producto. Al respecto, la Entidad señala que el no poder producir de la Contratista no es precisamente por culpa de ella, sino porque la demandante no cumplió con levantar oportunamente las observaciones realizadas por la DIRESA y como consecuencia de ello es que se ordena la suspensión temporal de la producción desde el 13 de junio de 2012.

-En cuanto, a la RELACION DE CAUSALIDAD, ésta consiste en la relación de causa a efecto entre la conducta típica y el daño producido a la víctima.

En el presente caso la parte demandante indica en su demanda lo siguiente: *Resulta evidente la existencia de una relación de causalidad o nexo causal, ya que el demandado al incumplir el contrato y actuar maliciosa e intencionalmente ha causado un daño patrimonial considerable para el recurrente.* Al respecto, la Entidad manifiesta que si se tiene que hablar del actuar malicioso e intencional, la empresa contratista es la que desde un principio actuó de esta manera, por cuanto participó, obtuvo la Buena Pro y realizó la producción del producto a sabiendas de que la planta en la cual realizó la producción se encontraba con suspensión temporal al no haber levantado todas las observaciones realizadas por la DIRESA. Su actuar no solo ha generado un daño a la Entidad sino a los beneficiarios del programa como son los escolares, quienes han estado expuestos a este tipo de producto.

  
La Entidad considera que lo correcto hubiera sido que la demandante no participe en la convocatoria y mucho menos poner en riesgo la vida de las personas.  


  
-Con relación al último elemento constitutivo de la Responsabilidad Civil que son los FACTORES DE ATRIBUCIÓN: en este caso, tratándose del sistema subjetivo, el factor de atribución es la culpa (la cual se clasifica en dolo, culpa leve o culpa inexcusable).

Al respecto, se aprecia que la demandante no ha descrito de qué forma concurriría el factor de atribución en los hechos alegados.

-Por lo que la demandada solicita que con relación a la presente pretensión el Tribunal se sirva declararla infundada.

**4. En relación a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda.-**

-La Entidad señala que es evidente que los gastos que viene incurriendo la Empresa Contratista devienen por causas atribuibles a ella misma y no a la Entidad; por ende dicha pretensión de pago de Costas y Costos debe ser declarada improcedente.

**3.2. RECONVENCIÓN:**

La Entidad en vía de reconvenCIÓN, planteó las siguientes pretensiones:

***PRETENSIÓN PRINCIPAL:***

*Se ordene a la Empresa Todo Alimentos Omey S.A.C., el pago de una Indemnización por Daños y Perjuicios ascendente a la cantidad de S/. 90,000.00 NuevoS Soles, por haber generado Daño a la Persona en cuanto a los beneficiarios y Daño Moral en cuanto a la Entidad con el menoscabo de la legitimidad; ya que se distribuyó un producto que no tenía autorización a producir y que fue altamente perjudicial para la población más necesitada como son los escolares; generando un menoscabo al beneficiario que es representado por la Entidad.*

**1. Fundamentos de derecho:**

Al respecto, la Entidad manifiesta expresamente lo siguiente:

-La Entidad indica que el daño configura uno de los presupuestos necesarios para que surja la responsabilidad civil contractual y con ello, la obligación de resarcir de quien lo producē, siempre y cuando se pruebe además, el nexo causal y el dolo, la falta, la negligencia o imprudencia.

-El daño constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad civil contractual, por cuanto el deber de resarcir solamente se configura si ha mediado un hecho ilícito dañoso que lesione un interés jurídicamente relevante susceptible de ser tutelado por el ordenamiento jurídico. El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona damnificado, el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesisura, no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado. Por otra parte, sólo es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador.

En suma, el daño constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante de confrontar la situación anterior al hecho ilícito con la posterior al mismo.... El daño constituye la pérdida irrogada al damnificado (damnum emergens).

-El modelo peruano se sustenta en aquello que realmente se puede dañar tratándose de la estructura ontológica del ser humano. Es por ello que tan solo se consideran dos categorías de daño a la persona. La Primera como está dicho, es la que incide en la estructura psicosomática del ser humano y, la segunda la que lesioná la libertad fenoménica, es decir el proyecto de vida, que es la presencia de la libertad ontológica – en que consiste cada ser humano – en el mundo exterior, en el que se encuentran instaladas las relaciones de conductas humanas intersubjetivas, esta libertad fenoménica está dirigida, en última instancia, a la realización del personal proyecto de vida. Es decir, de aquello que la persona decidió ser y hacer en su vida para otorgarle un sentido valioso. No podemos olvidar que la vida es una ininterrumpida sucesión de quehaceres que responde a decisiones de la libertad que somos mediante los cuales se despliega el temporal proyecto de vida.

-El daño a la persona como su expresivo nombre lo delata comprende todo daño que se pueda causar a la persona, al ente ser humano.

-El daño puede lesionar algún aspecto de la unidad psicosomática (soma o psique) o puede afectar la libertad fenoménica o ejercicio mismo de la libertad, es decir, el proyecto de vida.

-El daño moral también se ha llamado en doctrina como incorporal, extrapatrimonial, de afección, etc., se verifica cuando "se lesiona la esfera de interés extrapatrimonial del individuo."

-Se ha dicho, que este tipo de menoscabo, "no repercuten en el patrimonio. Supone una perturbación injusta de las condiciones anímicas, la cual se traduce en disgusto, desánimo, angustia, padecimiento emocional o psicológico, etc." Y aunque puede tener consecuencias patrimoniales, no puede subsumirse en ellas.

-Para pedir el resarcimiento del daño, se requiere haberlo sufrido, ya sea de manera directa o indirecta.

-La prueba del daño moral subjetivo, es "in re ipsa", porque es el propio hecho generador el que hace surgir este tipo de vejamen, y las pruebas se obtienen a través de "presunciones de hombre", las cuales son inferidas de los indicios.

-En lo referente a la prueba del daño moral el principio es el siguiente: debe acreditarse su existencia y gravedad, carga que le corresponde a la víctima, sin embargo se ha admitido que tal prueba se puede lograr a través de presunciones de hombre inferidas de los indicios, ya que, el hecho generador antijurídico pone de manifiesto el daño moral, pues cuando se daña la psiquis, la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, etc. es fácil inferir el daño, por ello se dice que la prueba del daño moral existe "in re ipsa" que quiere decir que: la cosa habla por sí sola.

-Es evidente que al celebrarse el Contrato de Compra Venta N° 17—00-4-2010-C-02-0085, entre la Entidad y la Empresa Contratista, lo que tenía como objetivo era la adquisición del Papapan Fortificado para poder satisfacer a cierto sector de escasos recursos como son los escolares, población completamente vulnerable e indefensa, es por ello que se estableció en el numeral 7.1 de la Cláusula Séptima del contrato respecto a la normatividad que

debía tomarse en cuenta como es el D.S. N° 007-98-SA, teniendo la supervisión de la producción por parte de la DIRESA.

-Como se aprecia de la cláusula contractual glosada, estaría plenamente acreditado que era obligación del Contratista cumplir con todas y cada una de las normas que rigen para la producción del producto así como velar por que la planta reúna los requisitos establecidos por Ley bajo sanción de suspensión, aspecto que denota sin lugar a dudas, el incumplimiento a las buenas prácticas de manufactura y programa de higiene y saneamiento por parte de la empresa contratista, incumpliendo los términos contractuales e inobservando los requisitos previstos.

-La Entidad, ante todas estas evidencias, manifiesta que quedaría comprobada la falta de inocuidad del producto entregado por la Empresa Contratista; es que DIGESA se pronuncia e indica que la planta de la empresa contratista no estaba autorizada para realizar la producción por no reunir los requisitos establecidos en la normatividad pertinente, quedando claramente establecido el daño generado por parte del Contratista.

-Queda claro para la Entidad que se ha generado un menoscabo a la legitimidad del Estado, al haberse afectado a una población determinada que esperaba la ayuda social por parte del Poder Ejecutivo encargado de realizar la entrega de productos a través del PRONAA, a fin de cubrir las necesidades y carencia que un sector de la población.

*M*  
*K*

-Queda demostrado para la Entidad que ante tal daño moral generado, asiste al PRONAA la indemnización por los daños y perjuicios, máxime si el daño moral queda demostrado por sí solo, no requiere de prueba indudable, el solo hecho de haberse entregado el producto que fuera producido por una planta que no estaba autorizada por encontrarse suspendida, tal como lo establece DIGESA en su informe, dejan en claro el daño moral invocado.

*(1)*

-Es por estas consideraciones que la Entidad solicita al Tribunal que declare Fundada en su oportunidad la Indemnización por daño moral y obligue a la empresa contratista al pago de S/. 90,000.00 Nuevos Soles.

### III. DE LA CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN POR TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C.

Con fecha 8 de noviembre de 2013, la demandante presenta su Escrito N° 02 de Contestación a la Reconvención, en los términos siguientes:

#### 4.1. CUESTIÓN PREVIA

Al respecto, la Contratista señala expresamente lo siguiente:

- El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece que el contrato es obligatorio para las partes que lo suscriben; en ese sentido el artículo 1361º del Código Civil señala que la relación jurídica creada por el contrato es obligatoria en los términos expresados en él, lo que significa que dicha relación debe ser cumplida conforme al tenor de la declaración contractual. Para tal efecto, se presume que la declaración expresa en el contrato responde a la voluntad común de las partes.

*M*  
-Sobre el particular el reconocido jurista Manuel De la Puente manifiesta: *Una de las consecuencias más importantes de la obligatoriedad de la relación jurídica creada por el contrato es su intangibilidad o irrevocabilidad, es decir que una vez formado el contrato por acuerdo de la declaraciones de voluntad, la relación jurídico patrimonial que constituye su objeto no puede ser modificada sino por un nuevo acuerdo.*  
*K* ✓

-Si el contrato es perfecto por no adolecer de ningún tipo de vicio, no cabe que uno de los contratantes, sin el asentimiento del otro, modifique la relación jurídica generada, debiendo el juez aplicarlo de acuerdo con lo expresado en él, no pudiendo dejar de hacerlo. Entonces ningún contrato regido por el derecho común, ni aún aquellos en los que el Estado es parte, puede ser modificado de manera unilateral.

-La Contratista señala que en el presente caso, el Programa Nacional de Asistencia Alimentaría - PRONAA- mediante Carta N° 654-2012-MIDIS-PRONAA/AYAC/JZ de fecha 06 de diciembre de 2012, luego de tres meses de venir ejecutando y cumpliendo las obligaciones devenidas de la suscripción del Contrato de Compra Venta y su Adenda, de forma unilateral y sin mediar justificación valida conforme a Ley, el PRONAA procedió a rescindir el presente contrato negándose de pagar el precio de los bienes vendidos por más de tres meses conforme a lo establecido en punto 3.16 del Contrato de Compra Venta, por la suma ascendiente a S/. 85,459.37 (Ochenta y cinco mil cuatrocientos cincuenta y nueve y 37/100 Nuevos Soles) más los intereses legales.

-Sobre la figura jurídica de la rescisión utilizada por la Entidad para justificar su impago, la Contratista señala que el artículo 1370º del Código Civil establece que: *La Rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo*. En esa misma línea, el reconocido jurista Doctor Manuel La Puente y Lavalle vislumbrada en la introducción de los artículos 1370º, 1371º y 1372º del Código Sustantivo conceptuando a la Rescisión como el acto que deja sin efecto el contrato por una razón que existía en el momento que se celebró.

-Sobre el particular, la Contratista indica que en el presente caso la etapa de celebración del contrato ya había concluido, siendo que sus prestaciones obligaciones se venían ejecutando en la forma y plazo señalado en el Contrato de Compra Venta hace más de tres meses, tal como se acredita con las guías de remisión que forman parte del escrito de demanda.

-La demandante manifiesta que el marco legal que regula el presente contrato, Ley de Contrataciones con el Estado Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, regulan únicamente la figura de la nulidad de los contratos como consecuencia de defectos en el proceso de formación del contrato o en las etapas previas; tenemos así que la Ley de la materia no contempla la figura de la rescisión como un acto válido para dar por concluido una relación jurídica obligacional y

más aún para negarse a pagar el precio por los bienes vendidos, tal como viene haciéndolo la Entidad en el presente caso .

-Como puede deducirse del escrito y medios probatorios presentados en la demanda y su contestación, la Contratista señala que en el presente caso el contrato se había perfeccionado, y el proveedor TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C. venía cumpliendo con las prestaciones comprometidas; por ello, carece de sentido utilizar la figura de la rescisión cuando el contrato se encuentra en etapa de ejecución, lo cual denota únicamente el actuar malicioso de la demandada quién abusando de su posición de dominio se niega a cumplir con el pago por los bienes vendidos por la suma ascendiente a de S/. 85,459.37 (Ochenta y cinco mil cuatrocientos cincuenta y nueve y 37/100 Nuevos Soles) y sus intereses legales; lo cual debe ser calificado y tenido en cuenta por el Tribunal Arbitral al momento de resolver la presente controversia.

-En ese contexto y ponderando la aplicación del principio de buena fe contractual, la demandante manifiesta que quedaría evidenciado el actuar malicioso y la falta de legitimidad rescisoria del PRONAA por ser contrario a derecho al no existir causas que justifiquen su actuar, porque como se ha probado la demandada hace más de tres meses venía aceptando los bienes vendidos por TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C. en la cantidad, forma y plazos establecidos en el contrato, siendo que la Contratista cumplió con entregar puntualmente el producto en cada unidad escolar que le fue indicada contando para ello con la correspondiente conformidad del servicio.

-Por lo expuesto, resulta para la Contratista necesario que el Tribunal Arbitral ordene mediante laudo arbitral el pago de la obligación de dar suma de dinero correspondiente a la totalidad de las facturas que se encuentran pendientes de pago, además de los intereses legales conforme a la tasa de interés activa promedio de mercado efectiva, establecida por la Superintendencia de Banca y Seguro por mora en el pago, montos que deberán liquidarse hasta la fecha en que se haga efectivo el pago; además de las costas y costos que se generen en el presente proceso.

#### **4.2. CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN**

Al respecto, la Contratista señala expresamente lo siguiente:

##### **1. En relación a la Pretensión Principal de la Reconvención.-**

-El contrato materia de análisis se suscribió como producto de la convocatoria a licitación pública efectuada por la Entidad demandada para el abastecimiento de 15.859800 T.M. de Papapan Fortificado. Con dicho objeto, con fecha 22 de agosto de 2012 se suscribió el contrato N° 17-00-4-2012-C-02-0085.

-La demandante manifiesta que, no estando el objeto del presente contrato relacionado de forma directa ni indirecta con las funciones públicas del Estado de control, supervisión, vigilancia o sanción; carece de sentido deducir estas acciones como argumentos para incumplir las obligaciones contractuales asumidas por la Entidad frente a la Contratista; dado que ellas están fuera del objeto y ámbito de ejecución de las prestaciones contractuales.

-La Contratista señala que resulta infundado solicitar el pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a la cantidad de S/. 90,000.00 nuevos soles, por un supuesto daño que no se ha producido, dado que no existe ningún medio probatorio que lo justifique en el escrito de reconvención.

-El pedido de indemnización de la Entidad por un hecho dañoso que no se ha producido, según la Contratista, evidenciaría el abuso de la posición de dominio, su actuar malicioso y perjudicial en contra de la Empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C.

-Contrario a la reconvención planteada por la Entidad, para la demandante resulta fundamental presentar ante el Tribunal Arbitral la situación de insolvencia en la que se encuentra la Empresa Contratista, pues la negativa en realizar el pago de las sumas adeudadas por parte de Entidad ha generado una situación de iliquidez en la Empresa, tal como puede apreciarse en el Programa de Declaración Telemática -PDT- ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria -SUNAT- que se adjuntan al presente escrito

desde el mes enero a octubre del presente año, donde se detallan que la Empresa no ha generado ningún tipo de renta, ingreso o ganancia.

-La demandante manifiesta que la Contratista es una empresa pequeña que tiene comprometido en el presente proceso arbitral todo su capital económico; es decir la suma adeudad por la Entidad, los intereses legales e indemnización que forman parte del presente proceso, resultan ser el único capital de la Empresa.

-Asimismo, la demandante indica que, habiendo transcurrido más de 10 meses en los que la Contratista viene requiriendo el pago a la Entidad, y ante la negativa de ésta, la Empresa a través de préstamos de los socios ha asumido las obligaciones crediticias contraídas a fin de cumplir de forma satisfactoria con el contrato objeto de la presente controversia. Para ello, la Contratista adjunta el estado de cuenta en el Banco de Crédito del Perú.

-Con el objeto de probar el daño ulterior que habría sufrido la Contratista por la falta de pago por parte de la demandada, la demandante adjunta el estado de cuenta de la Empresa y el saldo contable, que como se puede apreciar, la Empresa se encuentra en una grave situación de iliquidez, lo cual le impide presentarse a nuevas licitaciones y seguir operando en el mercado.

## **2. Fundamentos Jurídicos de la Contestación a la Reconvención.-**

Al respecto, la demandante señala expresamente lo siguiente:

- Funciones de la responsabilidad civil según nuestro Código Civil:

La función resarcitoria o reparadora -para algunos autores la única función de la Responsabilidad civil-, busca, restituir íntegramente el daño generado.

- a). Resarcir, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es *Indemnizar, compensar, reparar un daño, perjuicio o agravio*, mientras que,
- b). Indemnizar, para el mismo diccionario, es *Resarcir de un daño o perjuicio*

Nótese que desde una conceptualización general estaríamos ante términos similares, empero jurídicamente – y propiamente en el campo de la

responsabilidad civil- indemnización y resarcimiento vencrían a ser conceptos totalmente distintos, cuyo cabal conocimiento influye en diversos aspectos del juicio de responsabilidad civil a que debe someterse una conducta "supuestamente generadora de daño".

En efecto, indemnizar constituye un remedio jurídico ante un perjuicio que debe soportar una persona, debido a una expresa autorización legal, que incluyo impone a una persona soportar una conducta dañosa. Se identifica generalmente con la afectación a intereses patrimoniales y no a daños - en palabras del profesor Leyser León - daños en sentido jurídico (entendiendo por éstos los daños "resarcibles", o sea, los comprendidos bajo la tutela resarcitoria de la responsabilidad civil).

Así se debe tener en cuenta que una indemnización – como apunta nuevamente Leyser León- no proviene –utilizando rigurosamente el lenguaje jurídico– de un acto generador de responsabilidad civil. En efecto un supuesto de indemnización proviene regularmente de una autorización legal, en donde a pesar de no concurrir los supuestos para que opere la responsabilidad civil (Evento dañoso, antijurídica, daño, causalidad y criterio de imputación), por mandato expreso de la Ley, quien padece algún perjuicio, le asiste recibir una retribución generalmente económica – a título de indemnización- que no constituye estrictamente un resarcimiento u reparación integral del daño sufrido, sino, una suma económica – por equidad – que permita en cierto grado palear de alguna forma el daño generado, es decir busca por razones de justicia o equidad aminorar el daño sufrido, lo cual no implica necesariamente restituir o reparar íntegramente el daño. Ahora, es estos casos, la razón de ser que solo se busque aminorar o hacer menos gravoso el daño, se sustenta en que tal situación proviene de una autorización legal e incluso de actos o conductas realizadas en pro del interés general y por ello – en algunos casos- queda autorizado causar un perjuicio a otro y de igual forma ese otro tiene la obligación de soportar el perjuicio, empero a pesar de ello no puede dejarse de mitigar dicho perjuicio, esto por razones de justicia y equidad.

Resarcimiento por su parte si es propio de la responsabilidad civil y como tal para su procedencia se exige la concurrencia de sus elementos constitutivos, cuyo concepto si abarca la restitución integra del daño producido, esto es comprende la reparación integra del daño y no solo por razones de equidad sino en busca de la restitución o reparación integra del daño

Ambos términos o conceptos son distintos no solo por sus alcances sino – fundamentalmente- por su estructura, en la indemnización, por ejemplo, no se presenta la antijurídica del daño o la conducta contraria a derecho, mientras que en el resarcimientos- al ser un supuesto de Responsabilidad civil – si debe concurrir – necesariamente- la antijurídica como conducta reprochable como supuesto de su procedencia.

*Artículo 1969º del Código Civil.- Indemnización por daño moroso y culposo.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.*

*Art. 1985 del Código Civil.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral..."*

#### **IV. DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS**

Con fecha 09 de enero de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en la sede del arbitraje, sita en Calle Mariano de los Santos N° 183, Oficina 601, distrito de San Isidro, contando con la presencia de los representantes de las partes. El Acta de la referida Audiencia se emitió en los términos siguientes:

##### **I. CONCILIACIÓN**

El Tribunal Arbitral inició el diálogo entre las partes a fin de propiciar entre ellas la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio. En este acto, y luego de que el Tribunal Arbitral explicara a las partes las ventajas de llegar a un acuerdo conciliatorio y les invocara para hacer este esfuerzo, los representantes de cada una de ellas hicieron uso de la palabra señalando que por ahora no es posible arribar a un acuerdo conciliatorio; no obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las mismas logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del proceso.

## II. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

De conformidad con lo establecido en el numeral 30) de las reglas del proceso que forman parte del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral fijó como puntos controvertidos los siguientes:

### **De la Demanda**

1. Determinar si corresponde o no ordenar al PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) el pago de la obligación de dar suma de dinero correspondiente a la totalidad de las facturas que encuentran pendientes de pago y que ascienden a la suma de S/. 85,459.37 (Ochenta y Cinco Mil Cuatrocientos Cincuenta y Nueve con 37/100 Nuevos Soles).
2. Determinar si corresponde o no ordenar al PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) el pago de la obligación de dar suma de dinero correspondiente al pago de los intereses de la obligación descrita en la primera pretensión principal, por la mora en el pago, los mismos que se deberán liquidar hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.
3. Determinar si corresponde o no ordenar al PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) el pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante por el incumplimiento en el pago de la obligación ascendente a S/. 20,000.00 (Veinte Mil y 00/100 Nuevos Soles), por el perjuicio causado al no haberse realizado el pago de manera oportuna.

### **De la Reconvención**

4. Determinar si corresponde o no ordenar a Todo Alimentos Omey S.A.C., el pago de una Indemnización por Daños y Perjuicios ascendente a la cantidad de S/. 90,000.00 Nuevos Soles, por el supuesto daño a la Persona en cuanto a los beneficiarios y Daño Moral en cuanto a la Entidad con el menoscabo de la legitimidad; por una supuesta distribución de un producto que no tenía autorización a producir y que fue altamente perjudicial para la población más necesitada como son los escolares; generando un menoscabo al beneficiario que es representado por la Entidad.

### **De las costas y costos**

5. Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos que genera la tramitación del presente proceso arbitral.

La fijación de los puntos controvertidos constituye una pauta referencial del Tribunal Arbitral, y no limita el análisis y el orden que éste deberá realizar sobre la controversia, precisándose además que el pronunciamiento a emitirse en el Laudo versará sobre las pretensiones planteadas.

## **III. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS**

De conformidad con lo establecido en el numeral 18) de las reglas del proceso que forman parte del Acta de Instalación antes referida, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

### **a. Medios Probatorios ofrecidos por la Contratista**

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la Contratista en su escrito de demanda presentada con fecha 18 de setiembre de 2013, señalados en el acápite V. Medios Probatorios e identificados con los numerales 1.1 hasta el 1.13.

Adicionalmente, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la Contratista en el escrito de contestación a la reconvención del 08 de noviembre

de 2013, señalados en el acápite Anexos e identificados con los numerales A.1 al A-9, así como los medios probatorios signados como anexos B-1 y C-1.

b. **Medios Probatorios ofrecidos por la Entidad**

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la Entidad en el escrito presentado con fecha 11 de octubre de 2013, indicado en el acápite ANEXOS, e identificados con los numerales 1.A hasta el 1.Q.

**IV. PRUEBAS DE OFICIO**

De otro lado, el Tribunal Arbitral, de conformidad con lo establecido en el artículo 43º de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, se reservó la facultad de ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estimara necesarios.

**V. SOBRE LOS ALEGATOS ESCRITOS, LA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES Y LA FIJACIÓN DEL PLAZO PARA LAUDAR**

- 6.1. Con fecha 28 de abril de 2014, la Entidad presentó su escrito de Alegatos.
- 6.2. Con fecha 06 de mayo de 2014, la Contratista presentó su escrito N° 05 de Alegatos finales.
- 6.3. Con fecha 02 de junio de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, contando con la presencia de los representantes de las partes.
- 6.4. Mediante Resolución N° 13 de fecha 24 de junio de 2014, se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, reservándose este Colegiado, la facultad de prorrogar dicho término por treinta (30) días hábiles adicionales.
- 6.5. Mediante Resolución N° 14 de fecha 11 de agosto de 2014, se resolvió prorrogar el plazo para laudar por el término de treinta (30) días hábiles adicionales, contado a partir del vencimiento del plazo original.

## VII. CONSIDERANDO

### 7.1. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en ningún momento se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que la demandante presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, contestó ésta e interpuso reconvención, ejerciendo plenamente su derecho de defensa; (v) que la demandante fue debidamente emplazada con la reconvención, contestándola y ejerciendo así plenamente su derecho de defensa; (vi) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios; y (vii) que, el Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

### 7.2. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

*My*  
**Primero.**-Con fecha 09 de enero de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. Durante ella, se determinaron los siguientes puntos controvertidos con la aceptación y conformidad de las partes:

*C*

#### **DE LA DEMANDA**

- K*
1. Determinar si corresponde o no ordenar al PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) el pago de la obligación de dar suma de dinero correspondiente a la totalidad de las facturas que se encuentran pendientes de pago y que ascienden a la suma de S/. 43

85,459.37 (Ochenta y Cinco Mil Cuatrocientos Cincuenta y Nueve con 37/100 Nuevos Soles).

2. Determinar si corresponde o no ordenar al PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) el pago de la obligación de dar suma de dinero correspondiente al pago de los intereses de la obligación descrita en la primera pretensión principal, por la mora en el pago, los mismos que se deberán liquidar hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.
3. Determinar si corresponde o no ordenar al PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) el pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante por el incumplimiento en el pago de la obligación ascendente a S/. 20,000.00 (Veinte Mil y 00/100 Nuevos Soles), por el perjuicio causado al no haberse realizado el pago de manera oportuna.

#### DE LA RECONVENCIÓN

4. Determinar si corresponde o no ordenar a Todo Alimentos Omey S.A.C., el pago de una Indemnización por Daños y Perjuicios ascendente a la cantidad de S/. 90,000.00 Nuevos Soles, por el supuesto daño a la Persona en cuanto a los beneficiarios y Daño Moral en cuanto a la Entidad con el menoscabo de la legitimidad; por una supuesta distribución de un producto que no tenía autorización a producir y que fue altamente perjudicial para la población más necesitada como son los escolares; generando un menoscabo al beneficiario que es representado por la Entidad.

#### DE LAS COSTAS Y COSTOS

5. Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos que genera la tramitación del presente proceso arbitral.

**Segundo.-** A su vez, el Tribunal Arbitral ya había dejado claramente establecido que se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que están señalados en el Acta respectiva y que, si al momento de referirse a alguno de los puntos controvertidos llega a determinarse que carece de objeto pronunciarse sobre otros con los que guarde vinculación, podrá omitir referirse a estos otros expresando las razones de dicha omisión.

### **CUESTIÓN PREVIA: SOBRE LA RESCISIÓN DEL CONTRATO**

**Tercero.-** Este Tribunal Arbitral, antes de pronunciarse respecto de los supuestos daños causados por las partes, considera pertinente, analizar la rescisión del Contrato N° 17-00-4-2012-C2-008, pues es a partir de este hecho (y las circunstancias por las cuales se produce) que ambas partes comienzan a atribuirse responsabilidades.

La rescisión está regulada en nuestro Código Civil de la siguiente manera:

*Artículo 1370.- La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo.*

Tal y como señala Aníbal Torres<sup>1</sup>, “la rescisión es el acto por el cual, mediante sentencia judicial, se deja sin efecto un contrato válido por causal existente al momento de su celebración” y puede ser entendida “como el remedio que la Ley prevé para tutelar la libertad contractual cuando se está en presencia de una situación de aprovechamiento de una de las partes contratantes que determina que la otra asuma obligaciones en condiciones íniquas”.

Por su parte, Forno<sup>2</sup> considera que la rescisión es un “rezago del Derecho Romano que debió haberse asimilado a la teoría de la anulabilidad” y que en

<sup>1</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal, *Teoría General del Contrato*, Tomo II, Instituto Pacífico: Lima, 2012, pp. 1129-1130.

<sup>2</sup> FORNO FLOREZ, Hugo, *Rescisión del Contrato*, Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo VII Contratos en General, Gaceta Jurídica, 3era edición.

realidad se trata de "un supuesto de ineeficacia que solamente opera en los casos previstos por la ley".

En efecto, nuestro Código Civil regula únicamente tres supuestos en los cuales sería posible rescindir un contrato:

1. Por lesión (artículos 1447° y 1448°), cuando al momento de la celebración del contrato existe una excesiva desproporción entre las prestaciones, de más de dos quintas partes, siempre que esta desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad del otro.
2. Por venta de bien ajeno (artículo 1539° a 1541°), a solicitud del comprador cuando este no sabía que el bien no pertenecía al vendedor.
3. En la compraventa sobre medida (artículo 1575°), cuando el exceso o la falta en la extensión o cabida del bien es mayor que un décimo de la indicada en el contrato.

En este orden de ideas, invocar causales distintas a las reguladas en nuestro Código Civil para rescindir un contrato es un imposible jurídico.

Por otra parte, es importante que tampoco perdamos de vista lo señalado en el numeral 52.3 del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala que:

*El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo. (Énfasis y subrayado nuestro)*

Es decir, en el orden de prelación de las normas aplicables, este Tribunal Arbitral deberá primero ceñirse a lo establecido en la Constitución Política del Perú, luego a lo señalado en la Ley de Contrataciones del Estado y su

Reglamento, y finalmente a lo establecido en las demás normas de orden público y las de derecho privado.

De una simple revisión de la norma, observamos que la rescisión es una figura que no se encuentra regulada por la Ley de Contrataciones del Estado ni por su Reglamento. En cambio, los remedios que prevé la normativa de contrataciones son la nulidad (artículo 144º del RLCE) y la resolución (artículo 167º del RLCE).

En consecuencia, tanto las partes como este Tribunal Arbitral están obligados a respetar los procedimientos establecidos en la normativa de contrataciones, siendo en consecuencia imposible aplicar una figura distinta a la nulidad del contrato, cuando se cuestiona la validez del acto mismo, o la de la resolución, cuando exista causal sobreviniente a la celebración del contrato.

**Cuarto.-** Es en atención a la complejidad de la materia que este Tribunal ha decidido comenzar su análisis respondiendo, en primer lugar, al Cuarto Punto Controvertido, correspondiente a la Reconvención. La razón de tal decisión es que las partes tengan una noción clara del razonamiento que ha seguido este Colegiado para dar solución a la presente controversia.

#### EN RELACIÓN AL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO (RECONVENCIÓN)

*Determinar si corresponde o no ordenar a Todo Alimentos Oney S.A.C., el pago de una Indemnización por Daños y Perjuicios ascendente a la cantidad de S/. 90,000.00 Nuevos Soles, por el supuesto daño a la Persona en cuanto a los beneficiarios y Daño Moral en cuanto a la Entidad con el menoscabo de la legitimidad; por una supuesta distribución de un producto que no tenía autorización a producir y que fue altamente perjudicial para la población más necesitada como son los escolares; generando un menoscabo al beneficiario que es representado por la Entidad.*

**Quinto.-** Es deber de este Tribunal Arbitral comenzar el análisis del presente punto controvertido mencionando que los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, ya sea que se trate tanto de la derivada del incumplimiento de obligaciones como de la aquiliana, también denominada extracontractual, son:

- La imputabilidad, que debe entenderse como la capacidad del sujeto para ser civilmente responsable.
- La ilicitud o antijuricidad, que es la constatación de que el daño no estaba permitido por el ordenamiento jurídico.
- El factor de atribución, que consiste en el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del agente.
- El nexo causal, que es el vínculo existente entre el hecho lesivo y el daño causado.
- El daño, que comprende las consecuencias negativas y no deseadas de la lesión al bien jurídico tutelado.

Respecto de la imputabilidad, este Tribunal Arbitral no necesita pronunciarse pues al tratarse de personas jurídicas no resulta pertinente tal disertación, mucho menos si se tiene en cuenta que este tema jamás fue discutido por las partes.

Con relación a la ilicitud, esta se hallaría configurada por el supuesto incumplimiento de la obligación contenida en el numeral 7.1 de la Cláusula Séptima del Contrato respecto de las condiciones de elaboración reguladas en el D.S. N° 007-98-SA. De acuerdo a la Entidad, “era obligación del contratista cumplir con todas y cada una de las normas que rigen para la producción del producto así como velar por que la planta reúna los requisitos establecidos bajo ley”. Sin embargo, respecto de este incumplimiento, no se habría seguido el procedimiento regulado en la normativa de contrataciones, negándosele a la Contratista un plazo para subsanar dicha situación.

Si bien es cierto que el numeral 7.1 de la Cláusula Séptima del Contrato establecía que el PRONAA, al detectar la comisión de las infracciones contenidas en los artículos 121° y 122° del D.S. N° 007-98-SA, se reservaba el derecho de “suspender la producción y/o de iniciar las acciones necesarias para la rescisión del contrato”, resultaba para dicha Entidad imposible apartarse de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado. En consecuencia, ante la verificación de la situación descrita en el referido numeral 7.1, el PRONAA podía: i) suspender la producción del Papapan Fortificado; o ii) iniciar las acciones necesarias para resolver el contrato, pues solamente esta figura jurídica está contemplada en la normativa de contrataciones, resultando aplicable no sólo por ello, sino que tanto el texto del Contrato como el PRONAA a través de los escritos presentados, dejan entrever que se trata de un incumplimiento de obligaciones y no de una causal de nulidad.

Prosiguiendo con nuestro análisis, debemos tener presente que el artículo 1321° de nuestro Código Civil, para el caso de la responsabilidad contractual, establece un factor de atribución subjetivo: culpa y dolo. De acuerdo con Espinoza Espinoza<sup>3</sup>, la culpa debe ser entendida como la contravención a un estándar de conducta, y puede distinguirse entre en culpa objetiva, culpa subjetiva, culpa grave, culpa leve, culpa levísima, culpa omisiva y culpa profesional. Por otra parte, la noción de dolo coincide con la voluntad del sujeto de causar daño.

Volviendo al artículo 1321° de nuestro Código Civil, éste únicamente señala, respecto de la responsabilidad contractual, lo siguiente:

*Artículo 1321°.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve [...].*

En el caso particular el factor de atribución, según el PRONAA, sería el dolo, pues refiere en su escrito de contestación a la demanda que “es la misma empresa contratista la que ha actuado de forma dolosa, toda vez que, a

<sup>3</sup>Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Gaceta Jurídica, 5° Edición, 2007, pp. 136-145

*sabiendas de que no podía participar en la convocatoria y mucho menos suscribir el contrato para la entrega del producto Papapan Fortificado por encontrarse su planta suspendida por DIRESA Ayacucho al no haber levantado oportunamente las observaciones realizadas; efectuó la entrega del producto poniendo en grave riesgo la salud de los beneficiarios (escolares)".*

Al respecto, consideramos que la Entidad confunde la etapa de ejecución contractual con la etapa de selección, ya que por una parte señala que el ilícito fue la participación en el proceso de selección a sabiendas de que se encontraba suspendido por la DIRESA, y por otra, que había incumplido con la obligación contenida en el numeral 7.1 del Contrato. Lo cierto es que nos hallamos actualmente en la etapa de ejecución contractual, y tanto del texto del Contrato como de la argumentación de ambas partes, este Tribunal Arbitral infiere que se está discutiendo el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Cláusula Séptima. Dicha cláusula está referida a las condiciones bajo las cuales debe producirse el Papapan y el derecho que se reservaba el PRONAA de iniciar las acciones que considere necesarias en caso de que la Contratista fuese sancionada.

Es justamente a consecuencia de la toma de conocimiento de la sanción impuesta por parte de la DIRESA Ayacucho, que surge la controversia entre las partes. Como es de suponerse, las sanciones no son buscadas por las empresas, ni mucho menos depende de ellas el que sean impuestas o no, por el contrario, es a raíz de su falta de diligencia que se les imponen sanciones. Por tanto, el factor de atribución no sería el dolo sino la culpa. Sin embargo, al no cumplirse con el elemento de antijuricidad, carece de sentido que este Tribunal Arbitral siga analizando si se trató de culpa inexcusable o culpa leve.

Sobre el otro elemento de la responsabilidad civil, el daño, debemos precisar que la determinación del mismo tiene diversas acepciones. En efecto, Guillermo Cabanellas<sup>4</sup> lo define como "*el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito*".

<sup>4</sup> CABANELAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 1<sup>a</sup> Ed. Editora Atalaya, p. 152

En el mismo sentido, Ferri<sup>5</sup> precisa aún más el concepto, al establecer que:

"(...) el daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso. El daño más bien incide en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido (...)" . (Énfasis nuestro).

En ese sentido, se puede concluir que el daño se genera por los actos ilícitos o antijurídicos que sobrepasan los límites de sus propios derechos y que por sus consecuencias producen perjuicios en la esfera del afectado. En última instancia, debemos remitirnos a la clasificación más sencilla del mismo que hace la doctrina, aquella en la cual distingue al daño en básicamente dos grandes grupos:

1. **El daño patrimonial**, teniendo dentro de este al:

- Lucro cesante
- Daño emergente

2. **El daño extrapatrimonial**, que a su vez comprende:

- El daño a la persona
- El daño moral

No habiéndose invocado el sufrimiento de daño patrimonial alguno, nos detendremos únicamente sobre el concepto de daño extrapatrimonial. Es así que nos encontramos con que la doctrina no se manifiesta uniformemente respecto del significado de los términos "daño a la persona" y "daño moral". Unos opinan que se tratan de categorías sinónimas, otros las distinguen. Acertadamente Espinoza Espinoza<sup>6</sup> nos hace ver que debemos:

<sup>5</sup> FERRI, G.B. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano de 1984*. 2<sup>a</sup> Ed., p. 273.

<sup>6</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Op. Cit., pp. 328-329.

[...] poner de relieve, como "punto de contacto" entre esta posición [la que considera que el daño moral comprende al daño a la persona] y la que afirma la diferencia conceptual entre daño moral y daño a la persona, que todos los códigos civiles que siguen el modelo jurídico francés optan por la voz "daño moral" y la entienden como sinónimo de daño no patrimonial: entonces, (casi) todos estamos de acuerdo que hay un tipo de daño fuera de la esfera patrimonial que debe ser resarcido. La discusión se centra no en el objeto de protección, sino en el nomen iuris a adoptarse.

El mismo autor realiza una definición acertada de ambos conceptos, definiendo el daño a la persona como "la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas"<sup>7</sup> y al daño moral como "el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecidos por la víctima"<sup>8</sup>. En el caso de las personas jurídicas, el mismo autor admite que estas pueden ser titulares de situaciones jurídicas existenciales, como el derecho a la identidad, la reputación o privacidad.

Respecto del daño ocasionado, el MIDIS señala lo siguiente:

"Queda claro que se ha generado de esta manera [el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Cláusula Séptima] un menoscabo a la legitimidad del Estado, al haberse afectado a una población determinada que esperaba la ayuda social por parte del Poder Ejecutivo encargado de realizar la entrega de productos a través del PRONAA, a fin de cubrir las necesidades y carencia que un sector de la población."

Agrega más adelante que:

"Queda demostrado que ante tal daño moral generado asiste al PRONAA la indemnización por los daños y perjuicios, máxime si el daño moral queda demostrado por sí solo, no requiere de prueba indubitable, el solo hecho de haberse entregado el producto que fuera producido por

<sup>7</sup> Ibíd., pp. 326.

<sup>8</sup> Ibíd.

*una planta que no estaba autorizada por encontrarse suspendida, tal como lo establece DIGESA en su informe, dejan en claro el daño moral invocado."*

De acuerdo con la demandada, se habría producido un daño moral y "[...] que la prueba del daño moral existe "in re ipsa" que quiere decir que: la cosas hablan por sí solas". Empero, es una regla procesal ampliamente adoptada por nuestra jurisprudencia que aquél que alega un hecho, debe probarlo:

Si bien no existe en el Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE SNCA-CONSUCODE ni en la Ley de Arbitraje una regla establecida para la carga de la prueba, este Tribunal Arbitral considera aplicables los usos y costumbres procesales, siendo por tanto exigible a aquél que alega un daño el probarlo, salvo aquellos supuestos que la doctrina y la naturaleza misma del daño exijan la inversión de la carga de la prueba.

Aunque el MIDIS parece considerar erróneamente que el daño moral no exige prueba, tal consistencia argumental es contravenida por su propio razonamiento:

"En lo referente a la prueba del daño moral el principio es el siguiente: debe acreditarse su existencia y gravedad, carga que le corresponde a la víctima, sin embargo se ha admitido que tal prueba se puede lograr a través de presunciones de hombre inferidas de los indicios [...]" (Énfasis y subrayado nuestro)

A pesar de que este Tribunal Arbitral considera que las personas jurídicas sí pueden ser titulares de situaciones jurídicas existenciales, tales como la reputación o la identidad, la demandada no ha acreditado prueba alguna que demuestre que ha sido afectada; es una contravención al debido proceso el considerar que un hecho no necesita ser probado.

Habiéndose determinado que no se cumple con dos elementos constitutivos de la responsabilidad civil, carece de sentido analizar el nexo causal.

Sexto.- Finalmente, hemos de reiterar que la Entidad no habría seguido el procedimiento establecido en la Ley de Contrataciones del Estado ni en su Reglamento para resolver las diferencias por incumplimiento de obligaciones, pues trata de recurrir a una figura del derecho privado cuyo orden de prelación en la aplicación está por debajo. A ello debemos agregar el hecho de que la rescisión está regulada en el Código Civil, y es aplicable únicamente a los supuestos mencionados en el Considerando Tercero del presente Laudo.

Es por todas estas consideraciones expuestas que el pedido de indemnización efectuado por la Entidad debe ser declarado infundado.

#### EN RELACIÓN AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

*Determinar si corresponde o no ordenar al PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) el pago de la obligación de dar suma de dinero correspondiente a la totalidad de las facturas que encuentran pendientes de pago y que ascienden a la suma de S/. 85,459.37 (Ochenta y Cinco Mil Cuatrocientos Cincuenta y Nueve con 37/100 Nuevos Soles).*

Séptimo.- Conforme se puede apreciar de los medios probatorios ofrecidos, ambas partes celebraron el Contrato N° 17-00-4-2012-C-02-0085 con fecha 22 de agosto de 2012 con el objeto de adquirir 15.859800 T.M. de Papapán Fortificado por la suma total de S/. 108,655.49. Posteriormente, con fecha 12 de noviembre de 2012 se suscribe una adenda al referido Contrato con la finalidad de reducir la entrega del producto materia del mismo, debiendo luego de esta reducción entregarse 14.077899 T.M. de Papapan a cambio de S/. 96,447.01, sin variarse las demás cláusulas del Contrato.

Mediante Carta N° 624-2012-MIDIS-PRONAA/AYAC/JZ, de fecha 06 de diciembre de 2012, el PRONAA, de manera unilateral, procedió a "rescindir" el

Contrato, alegando el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Cláusula Séptima del Contrato. Este hecho, tal y como fuese analizado en los Considerados Tercero y Quinto del presente Laudo, no se ajusta a lo establecido en la normativa de contrataciones con el Estado, debiendo por consiguiente considerarse dicho acto como inválido.

**Octavo.-** La demandante señala en su Escrito N° 01, de fecha 18 de septiembre de 2013, que al recibir la precitada Carta N° 624-2012-MIDIS-PRONAA/AYAC/JZ, cumplió con su contraprestación sólo hasta la fecha en que fue recibida dicha comunicación. Es en atención a ello que emite las siguientes facturas por el cumplimiento parcial de la obligación:

Nº FACTURA	PRODUCTO	IMPORTE	FECHA DE EMISION
001-000067	Papa Pan Fortificado	28,079.51	12/10/2012
001-000068	Papa Pan Fortificado	26,858.66	15/11/2012
001-000069	Papa Pan Fortificado	24,416.96	12/12/2012
001-000070	Papa Pan Fortificado	6,104.24	18/12/2012
TOTALS/. 85,459.37			

A su vez, la Contratista señala que cumplieron con la entrega del Papapan Fortificado en los lugares pactados y en las cantidades establecidas en el Contrato.

Al respecto, es preciso tener en cuenta que la Entidad en ningún momento ha contradicho tales afirmaciones, pudiendo este Tribunal Arbitral inferir de los medios probatorios ofrecidos que efectivamente se cumplió con la entrega del producto en las cantidades necesarias, y que inclusive éste ya habría sido consumido.

En consecuencia, y no habiéndose puesto en discusión por la demandada el efectivo cumplimiento de la entrega del Papapan Fortificado, este Tribunal Arbitral considera que la pretensión de OMEY referida al pago de las obligaciones parcialmente ejecutadas debe ser declarada fundada.

#### EN RELACIÓN AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

*Determinar si corresponde o no ordenar al PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) el pago de la obligación de dar suma de dinero correspondiente al pago de los intereses de la obligación descrita en la primera pretensión principal, por la mora en el pago, los mismos que se deberán liquidar hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.*

Noveno.- El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en el primer párrafo de su artículo 180°, señala lo siguiente:

*Artículo 180°.- Oportunidad del pago*

*Todos los pagos que la Entidad deba realizar a favor del contratista por concepto de los bienes o servicios objeto del contrato, se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación; salvo que, por razones de mercado, el pago del precio sea condición para la entrega de los bienes o la realización del servicio.* (Énfasis y subrayado nuestro)

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 181° menciona que:

*En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48° de la Ley, contando desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.*

Así pues, tenemos que señalar que de existir retraso en el pago, la Contratista tendrá derecho al pago de intereses moratorios contados a partir de la

oportunidad en que el pago debió realizarse. Sin embargo, yerra la Contratista al señalar que la oportunidad de pago eran diez (10) días calendario después de presentada la factura correspondiente. Lo que señala el artículo 181º de la Ley de Contrataciones del Estado es que el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario, y que la Entidad contará con quince (15) días calendario, luego de emitida la conformidad, para que cumpla con realizar el pago.

Sin embargo, al no haberse otorgado la conformidad de la recepción de los bienes, será de aplicación lo normado en el Código Civil respecto de la constitución en mora:

*Artículo 1333º.- Constitución en mora.*

*Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. [...] (Énfasis y subrayado nuestro)*

Décimo.- De los medios probatorios ofrecidos, observamos que con fecha 12 de diciembre de 2012, mediante Carta N° 059-2012-TODO ALIMENTOS Y OMEY S.A.C./HUANTA, la demandante exige "la cancelación del pago correspondiente a las entregas de los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y cinco días del mes de diciembre" del año 2012.

Por tanto, siendo que existe la obligación de indemnizar la mora en el pago a través de un interés moratorio, este Tribunal Arbitral señala que el PRONAA deberá pagar los intereses legales por la mora en el cumplimiento del pago contados a partir del 12 de diciembre de 2012.

**SOBRE EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO**

*Determinar si corresponde o no ordenar al PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) el pago de una*

*indemnización por daño emergente y lucro cesante por el incumplimiento en el pago de la obligación ascendente a S/. 20,000.00 (Veinte Mil y 00/100 Nuevos Soles), por el perjuicio causado al no haberse realizado el pago de manera oportuna.*

**Decimoprimerº.-** Para analizar el presente punto controvertido, este Tribunal Arbitral se remite a lo desarrollado en el Considerando Quinto sobre la naturaleza de la responsabilidad civil y sus elementos constitutivos.

Respecto de la imputabilidad, al igual que con el análisis del Punto Controvertido anterior, este Tribunal Arbitral no necesita pronunciarse si se tiene en cuenta que este tema jamás fue discutido por las partes.

Sobre la conducta antijurídica, OMEY refiere lo siguiente:

*"Se verifica el daño al demandante en el hecho de incumplir con el pago de la suma de ascendente a S/. 85,459.37 (Ochenta y Cinco Mil Cuatrocientos Cincuenta y nueve y 37/100 Nuevos Soles), generando incumplimiento contractual."*

Efectivamente, tal y como se determinó en el análisis del Primer Punto Controvertido, el PRONAA habría empleado una forma de conclusión del Contrato no amparada por la normativa de contrataciones y, por consiguiente, el incumplimiento del pago de los S/. 85,459.37 como contraprestación a los productos entregados deviene en injustificado.

Este Colegiado no considera necesario extenderse más en el análisis de la conducta antijurídica, pues de modo tangencial ha sido desarrollado en los Considerandos Tercero a Octavo.

Por otra parte, sobre el factor de atribución, OMEY señala que este sería el dolo en atención a las siguientes consideraciones:

*"El daño se encuentra acreditado en el presente caso, conforme a los medios probatorios que se adjuntan al presente escrito. Asimismo, se demuestra la actuación dolosa del demandado, porque teniendo pleno*

*conocimiento que al ser parte de la celebración del Contrato N° 17-00-4-2012-C-02-0085 tenía que cumplir con las obligaciones a su cargo, y por consecuencia no originar los daños patrimoniales (lucro cesante y daño emergente) a la recurrente.*

[...]

*Al respecto, es evidente que quien celebra un contrato se debe encontrar en la capacidad de cumplir con las obligaciones establecidas en el mismo, en el presente caso y de conformidad con la norma de la materia, la ENTIDAD debe contar con el presupuesto correspondiente para cumplir las obligaciones asumidas con mi representada, sin embargo a pesar de contar con el presupuesto, se ha negado dolosamente a cumplir con su obligación."*

El artículo 1321º de nuestro Código Civil establece que el factor de atribución por incumplimiento de obligaciones podrá ser únicamente dolo, culpa inexcusable (grave) o culpa leve.

Remitiéndonos a lo ya señalado en el Considerando Quinto, es menester volver a mencionar que:

El artículo 1321º de nuestro Código Civil, para el caso de la responsabilidad contractual, establece un factor de atribución subjetivo: culpa y dolo. De acuerdo con Espinoza Espinoza, **la culpa debe ser entendida como la contravención a un standard de conducta**, y puede distinguirse entre en culpa objetiva, culpa subjetiva, culpa grave, culpa leve, culpa levísima, culpa omisiva y culpa profesional. Por otra parte, **la noción de dolo coincide con la voluntad del sujeto de causar daño.**

De conformidad con el análisis realizado a lo largo del presente Laudo, el PRONAA no incumple con su obligación de manera dolosa. Por el contrario, en la creencia de que le asistía un derecho, es que incumple con la obligación y rescinde el Contrato. Sin embargo, utiliza un medio de conclusión del Contrato no amparado por la normativa de contrataciones, aplicando de modo incorrecto

inclusivo una figura del derecho privado. Es esta conducta la que debe entenderse como una falta de diligencia por parte de la Entidad, y no una voluntad de causar un daño a la Contratista. El PRONAA trató de salvaguardar su derecho aplicando lo que erróneamente se señalaba en el numeral 7.1 de la Cláusula Séptima, cuando lo correcto hubiese sido resolver el Contrato en atención a las causales señaladas en el mismo texto del Contrato, o las glosadas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Este actuar negligente por parte del PRONAA debe entenderse como culpa inexcusable, pues no se puede alegar el desconocimiento de la normativa de contrataciones para no aplicarla, más aún si se tiene en cuenta el orden de prelación en la aplicación de las normas que refiere la misma Ley de Contrataciones del Estado. Por consiguiente, este Tribunal Arbitral considera que el factor de atribución para la determinación de la responsabilidad del PRONAA en el incumplimiento de obligaciones contractuales, es el de la culpa inexcusable y no el dolo, tal y como lo refería la Contratista.

Respecto de la relación de causalidad existente entre el hecho antijurídico y los supuestos daños causados, la demandante señala que:

*"Resulta evidente la existencia de una relación de causalidad o nexo causal, ya que el demandado al incumplir el contrato y actuar maliciosa e intencionalmente ha causado un daño patrimonial considerable para el recurrente."*

*"La falta de responsabilidad con la que ha asumido la demandada la obligación contraída con mi representada en el contrato suscrito, ha traído como consecuencia que nuestra empresa se encuentre inmersa en una crisis financiera al no poder cumplir con las obligaciones asumidas con sus proveedores, lo que a su vez impide que pueda presentarse en otras licitaciones al no contar con el capital suficiente para comprar los suministros necesarios para fabricar el producto, impidiendo de esta manera hacerse de una ganancia que le permita crecer y cumplir con las obligaciones contraídas con sus proveedores y empleados."*

Respecto del nexo causal, debemos tener en cuenta que éste "no puede agotarse en una relación de tipo naturalista entre causa y consecuencias, sino se debe conducir y resolver, en los términos de un juicio idóneo a expresar la carga de los valores insita en la afirmación de responsabilidad"<sup>9</sup>. La doctrina clásica afirma que en materia de responsabilidad civil extracontractual se acoge la teoría de la causa adecuada, mientras que en materia de responsabilidad contractual se asume la teoría de la causa próxima. Sin embargo, tal y como lo propusimos al inicio del análisis del Primer Punto controvertido, este Colegiado entiende la responsabilidad civil como un todo que contiene elementos comunes tanto a la responsabilidad originada por incumplimiento de obligaciones como a la responsabilidad aquiliana. En consecuencia, las teorías de causalidad no deben ser encasilladas en un determinado tipo de responsabilidad, sino que se pueden utilizar del modo que resulte más conveniente para el análisis de la responsabilidad.

Sin perjuicio de lo mencionado, y con cargo a desarrollar el último elemento constitutivo de la responsabilidad civil, el daño, en el presente caso resulta evidente que el incumplimiento de las obligaciones de manera injustificada por parte del PRONAA resulta ser no solo la condición más próxima a la producción del daño alegado, sino que resulta ser también la situación más probable para su producción.

Finalmente, sobre el último elemento constitutivo de la responsabilidad civil pendiente de analizar, OMEY señala que se le habrían producido dos tipos de daño patrimonial, daño emergente y lucro cesante, en la modalidad de pérdida de chance.

El daño emergente puede ser entendido como la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito. El lucro cesante, en cambio, se manifiesta por el no incremento del patrimonio del dañado; es "la ganancia dejada de percibir" por el dañado<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> SCOGNAMIGLIO, citado por ESPINOZA, *Op. Cit.*, p. 174.

<sup>10</sup> Cfr. ESPINOZA, *Op. Cit.*, p. 286

La demandante, al referirse al daño emergente sufrido, lo describe como:

*"El incumplimiento doloso de la Entidad, ha originado que no podamos honrar las obligaciones asumidas con nuestros proveedores, quienes no han cortado el crédito, que con esfuerzo y cumplimiento habíamos conseguido, lo cual ha ocasionado que no podamos elaborar nuestros productos al no contar con un capital que nos permita comprar los insumos necesarios para la producción."*

Tal y como hemos desarrollado líneas más arriba, el daño emergente es la merma en el patrimonio del dañado, es decir, un empeoramiento en su situación patrimonial a como era antes de la producción de la acción del dañante. Sin embargo, la demandante señala que el daño que se le habría producido sería el "corte de las líneas de crédito" que había conseguido de parte de sus proveedores. Sobre el no poder elaborar sus productos por no contar con el capital que les permita adquirir los insumos necesarios, hemos de mencionar que ello sería resarcido con el pago de las facturas pendientes, empero la pérdida de líneas de crédito no es un concepto que calce con la definición esbozada de daño emergente, ni mucho menos se han acredita de modo fehaciente dichas pérdidas. Por consiguiente, este Tribunal Arbitral considera que no se ha producido daño emergente alguno que deba ser resarcido.

Por otra parte, sobre el daño por pérdida de chance menciona que:

*"Asimismo, se ha configurado un daño por perdida del chance, pues al no podernos presentar en las licitaciones por no contar con las posibilidades de fabricar el producto que requiere la Entidad, hemos perdido la oportunidad de un mejoramiento patrimonial futuro y posible."*

Este tipo de daño, también definido como el daño por la pérdida actual de un mejoramiento patrimonial futuro y posible, debe estar vinculado funcionalmente al derecho lesionado.

Constatamos pues que la pérdida de chance estaría estrechamente ligada con el no pago de las facturas pendientes por parte del PRONAA, pues dichas

sumas constituyen el capital con el que la empresa desarrolla sus actividades comerciales. Sin embargo, este Tribunal Arbitral no quiere dejar pasar por alto un hecho sumamente importante: la sanción por parte de la DIRESA Ayacucho. Dicha dependencia, en calidad de autoridad sanitaria regional, dispuso como medida de control la suspensión de la producción de la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C., con fecha 13 de junio de 2012, en virtud de lo establecido en el Art. 20º de la "Ley de Inocuidad de los Alimentos", concordante con lo establecido en el Art. 120º, inciso b) del "Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos", sin que a la fecha se haya acreditado que dicha medida ha sido levantada.

Por consiguiente, resulta contradictorio que la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C. aduzca que no puede participar en procesos de selección para fabricar el producto que requieren las entidades, cuando esta situación deviene no del incumplimiento del PRONAA, sino de la sanción que la DIRESA Ayacucho les habría impuesto. No se cumple, por tanto, con el grado de certeza que requiere la expectativa que se busca resarcir si es que de todos modos la demandante no podría fabricar ningún producto en su fábrica hasta que no se levante la medida de prevención.

En consecuencia, la indemnización solicitada por la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C. debe ser declarada infundada, pues no se cuenta con el elemento indispensable de la responsabilidad; es decir, con el daño.

#### SOBRE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO

Duodécimo.- Con relación a las costas y costos, el artículo 56º del Decreto Legislativo N° 1071, establece que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73º del referido cuerpo legal.

De acuerdo al numeral 1) del artículo 73º del D.L. N° 1071, sobre Asunción o distribución de costos, "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."*

**Décimo tercero.-** Teniendo en cuenta la Ley, los alegatos formulados por escrito, así como lo fundamentado tanto en las audiencias convocadas, las pruebas ofrecidas y las respectivas exposiciones, se determina que ambas partes han actuado basadas en la existencia de razones para litigar que resultan atendibles; por consiguiente, se considera que no corresponde condenar a ninguna de las partes al pago exclusivo de las costas y costos del proceso arbitral.

Por consiguiente, con relación a las costas y costos, el Tribunal Arbitral en Mayoría resuelve que los gastos arbitrales deberán ser asumidos por cada una de las partes en la proporción que les corresponde.

Por las razones expuestas, dentro del plazo establecido para estos efectos, y de acuerdo con lo establecido por la Ley de Arbitraje, este Colegiado

#### LAUDA

**PRIMERO:** Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C. referida al pago de la obligación de dar suma de dinero correspondiente a la totalidad de las facturas que se encuentran pendientes de pago. Por tanto, **ORDÉNESE** al PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) que cumpla con pagar la totalidad de las facturas pendientes y que ascienden a la suma de S/.  

85,459.37 (Ochenta y Cinco Mil Cuatrocientos Cincuenta y Nueve con 37/100 Nuevos Soles).

**SEGUNDO:** Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C. referida al pago de los intereses de la obligación descrita en la Primera Pretensión Principal. Por tanto, **ORDÉNESE** al PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) que cumpla con pagar los intereses legales por la mora en el cumplimiento del pago contados a partir del 12 de diciembre de 2012, los mismos que deberán liquidarse hasta la fecha de pago.

**TERCERO:** Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C. referida al pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante por una suma ascendente a S/. 20,000.00 (Veinte mil y 00/100 Nuevos Soles), de conformidad con los argumentos desarrollados en el análisis del Tercer Punto Controvertido.

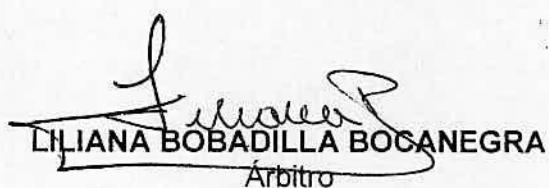
**CUARTO:** Declarar **INFUNDADA** la Pretensión Única de la Reconvención planteada por el PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) contra la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C., referida al pago de una indemnización por daño a la persona y daño moral por una suma ascendente a S/. 90,000.00 (Noventa mil y 00/100 Nuevos Soles), de conformidad con los argumentos desarrollados en el análisis del Cuarto Punto Controvertido.

**QUINTO: DISPÓNGASE** que tanto la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C. como el PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) asuman en partes iguales los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral, conforme a las razones expuestas en los Considerandos Duodécimo y Decimotercero.

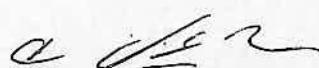
SEXTO: DISPÓNGASE que el presente Laudo de derecho sea notificado a las partes para los fines correspondientes.



GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO  
Presidente del Tribunal Arbitral



LILIANA BOBADILLA BOCANEGRA  
Árbitro



CHRISTIAN VIRÚ RODRÍGUEZ  
Secretario arbitral

**VOTO EN DISCORDIA DEL ABOGADO EDGAR MARTÍN GÓMEZ AGUILAR**

Que, habiendo establecido el Tribunal Arbitral, que se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que están señalados en el Acta respectiva y que, si al momento de referirse a algunos de los puntos controvertidos llega a determinarse que carece de objeto pronunciarse sobre otros con los que guarde vinculación, podrá omitir referirse a estos otros expresando las razones de dicha omisión.

**1. Establecer los parámetros a los que el Contrato N° 17-00-4-2012-C2-008, se encontraba sujeto:**

En el propósito de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado que en su numeral 52.3 del artículo 52º señala:

*"El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo";*

Es menester entonces circunscribir si el contrato se encontraría sujeto a dicha normativa, así como poder precisar si la figura de la "rescisión" se encuentra regulada en la Ley de Contrataciones y su Reglamento.

Así tenemos que el numeral 3.3 del artículo 3º de la Ley de Contrataciones del Estado, establece los supuestos en los que no resulta aplicable esta ley, situación que no reviste mayor análisis, evidenciando por lo tanto que la Ley como su Reglamento regulan perfectamente el contrato materia de análisis

Ahora bien, correspondería de manera imperiosa precisar si la Ley, el Reglamento o las normas de derecho público recogen la figura de la "Rescisión". Así tenemos que el Decreto Supremo N° 184-2008-EF – Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 228º Regulación del Arbitraje, dice:

*"En cualquier etapa del proceso arbitral, los jueces y las autoridades administrativas se abstendrán de oficio o a petición de parte, de conocer las controversias derivadas de la validez, invalidez, rescisión, resolución, nulidad, ejecución o interpretación de los contratos y, en general, cualquier controversia que surja desde la celebración de los mismos, sometidos al arbitraje conforme al presente reglamento,*

ARBITRAJE: TODO OMEY ALIMENTOS SAC CONTRA EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA – PRONAA  
Voto en discordia – fecha 18 de setiembre de 2014

*debiendo declarar nulo todo lo actuado y el archivamiento definitivo del proceso judicial o administrativo que se hubiere generado, en el estado en que éste se encuentre”.*

Estando a lo precisado, tenemos que la figura de la “rescisión” si se encuentra contemplada en la normativa del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que correspondería establecer si la mencionada figura de la “rescisión” se encontraba prescrita en el mencionado contrato.

La Cláusula séptima del contrato N° 17-00-4-2012-C2-008, en su numeral 7.1 dice:

*“El producto debe procesarse bajo las condiciones establecidas en el DS 007-98-SA. Las infracciones establecidas en el artículo 121 y 122 de la referida norma están sujetas a medidas que pueda tomar la autoridad sanitaria. En este caso, PRONAA de detectar esas infracciones se reserva el derecho de suspender la producción y/o de iniciar las acciones necesarias para la rescisión del contrato”.*

Al respecto Roberto Dromi ha manifestado que “La Administración contrata de diversas maneras: a) en ocasiones en el mismo plano, forma y condiciones que los particulares, y b) en otras oportunidades revestida del ropaje propio de un poder jurídico superior, que subordina al contratista. De ahí que se hable de contratos civiles de la Administración y contratos administrativos, respectivamente<sup>1</sup>. Semejante distinción es importante, ya que en los contratos administrativos, propiamente dichos, la Administración cuenta con facultades exorbitantes, como la potestad de modificar y rescindir unilateralmente el contrato cuando las necesidades públicas así lo exijan<sup>2</sup>.

Esta potestad responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina “cláusulas exorbitantes” que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público –como es el régimen de Contrataciones del Estado–, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado.<sup>3</sup>

Juan Carlos Cassagne, por su parte precisa que el Estado tiene “prerrogativas de modificar unilateralmente el contrato, de aplicar multas por sí y ante sí, entre otras.”<sup>4</sup> Estas especiales potestades o prerrogativas son las denominadas “cláusulas exorbitantes”, que “Se llaman así porque son evidentemente diferentes del derecho común. Así también tenemos que no se concebirían en los contratos civiles porque quedaría roto el principio de igualdad de las partes y el de la libertad

<sup>1</sup> DROMI, Roberto. “Derecho Administrativo” Tomo I, 1ra edición peruana, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 453

<sup>2</sup> DROMI, Roberto. “Derecho Administrativo” Tomo I, 1ra edición peruana, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 467

<sup>3</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Las cláusulas exorbitantes, en: THEMIS, Revista de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú, N° 39, Pág. 7.

<sup>4</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, segunda edición, Pág. 26

ARBITRAJE: TODO OMEY ALIMENTOS SAC CONTRA EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA – PRONAA  
Voto en discordia – fecha 18 de setiembre de 2014

*contractual.*<sup>5</sup> tal como lo señala Manuel María Diez.

Por tanto, los contratos administrativos son aquellos suscritos por la administración Pública como parte contratante, mediante los cuales participa en el mercado de bienes y servicios intercambiando prestaciones con los administrados, los cuales se caracterizan por: (i) el reconocimiento de las partes de la existencia de una situación de desigualdad, pues la Administración Pública no renuncia a sus prerrogativas inherentes como el ius variandi; y, (ii) la existencia de "cláusulas exorbitantes", las cuales difícilmente podrían encontrarse en contratos suscritos entre privados

A mayor abundamiento resulta pertinente precisar que el propio Tribunal Constitucional ha precisado que "*si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76º de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución.*"<sup>6</sup>

Por lo que concluyendo tenemos, que el contrato N° 17-00-4-2012-C2-008, se encuentra regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como regulado también la figura de la "rescisión".

## **2. Establecer si resulta valida la aplicación de la figura de la "rescisión por parte de la Entidad**

Según la doctrina, la rescisión es la acción y efecto de rescindir, de dejar sin efecto un acto jurídico. Por ello la posibilidad de rescisión afecta a diversas instituciones, tanto del Derecho Público como del Derecho Privado, de manera especial en materia de obligaciones y de contratos.

La rescisión de los contratos es una de las formas de su extinción por causas sobrevinientes después del perfeccionamiento de aquéllos. En sentido más concreto, la expresión hace referencia a la extinción del contrato anulándolo por lesión. La rescisión contractual que se apoya en un precepto legislativo o en cláusula de la convención, aparece como subsidiaria en principio, a falta de otro medio para la subsistencia del nexo o la reparación del perjuicio.

En consecuencia, teniendo como mérito las instrumentales ofrecidas en la contestación de demanda, signadas como anexos 1-N, 1-O, 1-P y 1-Q, como es el informe N° 00602-2012/DHAZ/DIGESA, Oficio N° 022288-2012/DHAZ/DIGESA, Oficio N° 2115-2012-GRA/GC-GRDS/DIRESA y Carta N° 624-2012-MIDIS-PRONAA/AYAC/JZ, Se tiene que la empresa Todo Alimentos Omey SAC jamás levantó las observaciones que pesaban sobre su representada **desde el 13 de**

<sup>5</sup> MARÍA DIEZ, Manuel. D право административного права. Buenos Aires: Ediktorial Plus Ultra, 1979, 2da edición tomo III pág. 41

<sup>6</sup> Numeral 19 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004

ARBITRAJE: TODO OMEY ALIMENTOS SAC CONTRA EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA – PRONAA  
Voto en discordia – fecha 18 de setiembre de 2014

junio del 2012, - es decir fecha anterior a la suscripción del contrato, quebrando así el principio de veracidad previsto en la Ley, a ello también se suma el hecho grave de que el producto que la mencionada empresa debería dejar al Estado a través del PRONAA es – “Pan de papa fortificado” – y que dicho producto se encontraba destinado al “Programa Escolar de Alimentación” población considerada vulnerable – convirtiéndose como tal en el interés general, y el servicio público fin y propósito del contrato.

En tal sentido resulta prudente recoger la opinión emitida por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado en el expediente N° 296/2013.TC que dice:

*“Para la configuración de los supuestos de hecho de la norma que contiene la infracción imputada, se requiere acreditar la falsedad o **inexactitud del documento cuestionado**; es decir, que éste no haya sido expedido por el órgano emisor correspondiente, que siendo válidamente expedido haya sido adulterado en su contenido, o que éste sea **incongruente con la realidad**, produciendo un falseamiento de ésta, a través del quebrantamiento de los **Principios de Moralidad y de Presunción de Veracidad**, de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 4 de la Ley, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1.7 del Artículo IV del Título Preliminar y el numeral 42.1 del artículo 42 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.”*

Por tanto, no obstante que luego de haber tomado conocimiento la entidad, se advierte que ésta actuó con la responsabilidad y razones fundadas - esto es – la Carta N° 624-2012-MIDIS-PRONAA/AYAC/JZ, de fecha 06 de diciembre de 2012, para aplicar la figura de la “rescisión” del contrato.

#### EN RELACIÓN AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

*Determinar si corresponde o no ordenar al PRONAA el pago de la obligación de dar suma de dinero correspondiente a las facturas que encuentran pendientes de pago y que ascienden a la suma de S/. 85,459.37 Nuevos Soles.*

Que, si bien, la empresa Todo Alimentos Omey SAC ha cumplido con la entrega de sus productos entre el 12 de octubre y el 12 de diciembre, lo cierto también es que dicha entrega vino sobrevenida como consecuencia de la temeridad con la que actuó desde el 13 de junio del 2012, fecha en la que ya había tenido conocimiento de las observaciones por parte de DIGESA, subestimando incluso el interés social del Estado – esto es – la alimentación al “Programa Escolar de Alimentación” población considerada vulnerable, en consecuencia responsabilizar absolutamente a la mencionada empresa por su accionar y declarar que no correspondería ordenar pago alguno por parte de PRONAA.

70

ARBITRAJE: TODO OMEY ALIMENTOS SAC CONTRA EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA – PRONAA  
Voto en discordia – fecha 18 de setiembre de 2014

### EN RELACIÓN AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

*Determinar si corresponde o no ordenar al PRONAA el pago de la obligación de dar suma de dinero correspondiente al pago de los intereses de la obligación descrita en la primera pretensión principal, por la mora en el pago, los mismos que se deberán liquidar hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.*

Habiendo declaro infundado la primera pretensión principal de la parte demandante carece de objeto pronunciarse sobre el particular, por lo que deberá declararse infundado también dicho extremo.

### SOBRE EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

*Determinar si corresponde o no ordenar al PRONAA el pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante por el incumplimiento en el pago de la obligación ascendente a S/. 20,000.00 Nuevos Soles, por el perjuicio causado al no haberse realizado el pago de manera oportuna.*

No existiendo por parte de PRONAA ninguna irregularidad en su accionar, es evidente que no existe nexo-causal, a dilucidar, no advirtiendo así una razón para indemnizar a la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C. por lo que su pretensión debe ser declarada infundada, al no contar con el elemento indispensable de la responsabilidad – esto es - el daño.

### EN RELACIÓN AL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO (RECONVENCIÓN)

*Determinar si corresponde o no ordenar a Todo Alimentos Oney S.A.C., el pago de una Indemnización por Daños y Perjuicios ascendente a la cantidad de S/. 90,000.00 Nuevos Soles, por el supuesto daño a la Persona en cuanto a los beneficiarios y Daño Moral en cuanto a la Entidad con el menoscabo de la legitimidad; por una supuesta distribución de un producto que no tenía autorización a producir y que fue altamente perjudicial para la población más necesitada como son los escolares; generando un menoscabo al beneficiario que es representado por la Entidad.*

En el presente extremo del Laudo correspondería determinar si procede declarar admisible o no el pago de una indemnización, y se ordene la obligación por parte de la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C. de pagar a favor de PRONAA una indemnización por daño a la persona en cuanto a los beneficiarios y daño moral.

Para empezar a analizar este punto, primero se debe tener en claro que se entiende por daño. No es el simple empobrecimiento del patrimonio de la víctima del ilícito, sino que debe ser entendido como la lesión de un interés protegido, y a partir de allí - de esa lesión - pueden generarse consecuencias de carácter

ARBITRAJE: TODO OMEY ALIMENTOS SAC CONTRA EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA

ALIMENTARIA – PRONAA

Voto en discordia – fecha 18 de setiembre de 2014

económico o no, dependiendo de la naturaleza del interés tutelado, pues en función a ello puede darse una pérdida patrimonial o no. Entonces nos encontramos que una lesión a un interés o bien jurídico tutelado puede ocasionar daños patrimoniales y no patrimoniales o extrapatrimoniales. Pero siempre ese daño debe ser un daño injusto, es decir que no tenga justificación.

Sobre el particular encontramos que el PRONAA reclama daño a la persona en cuanto a sus beneficiarios además del daño moral que es una forma de daño no patrimonial. En su tradicional concepción se conoce como aquel que se circscribe al daño causado al ámbito afectivo o sentimental de una persona, lo que trae como consecuencia sufrimiento, dolor, perturbación psíquica, desequilibrio emocional.

Por lo que en estricto tenemos, la moral es un conjunto de principios que posee toda persona. No existe dentro de la estructura psicosomática de una persona un lado o un ámbito moral. Simplemente ese "daño moral" surge, emerge, cuando se afectan ese conjunto de principios que integra la moral de una persona, lo cual conlleva a que ella se perturbe psicológicamente mediante la rabia, cólera, pena, frustración, impotencia, indignidad, incomodidad. Entonces lo que se ha dañado es la estructura psíquica de la persona como consecuencia de la afectación de sus principios morales.

Entonces cabe cuestionarse si se puede causar daño moral a las personas jurídicas, o al Estado. Pues a partir de esta idea de daño moral, doctrinaria y jurisprudencialmente se sostiene que si una persona física titular de derechos subjetivos, puede ser sujeto pasivo de daños o agravios morales, igualmente la personas jurídicas o de existencia ideal pueden sufrir agravios, pues ese ente colectivo cuando sufre un menoscabo en sus atributos o presupuestos de su personalidad jurídica, están legitimadas para reclamar la reparación del daño moral padecido, y es porque estas personas de existencia ideal, si pueden sufrir este tipo de perjuicio, ya que además de su patrimonio económico, son titulares de derechos subjetivos de otro tipo, que integran lo que en ellas se llama patrimonio moral, que tiene un contenido objetivo con independencia del querer o sentir de su titular.

En el Estado ese daño moral se podrá ver reflejado entre tantos otros, como en la pérdida de legitimidad del Estado, en tanto validez de un determinado orden político, en el cual ha confiado la ciudadanía para el cumplimiento de los proyecto socio-políticos establecidos, así como en la satisfacción de la necesidades públicas.

En consecuencia, cabe analizar la indemnización reclamada por el PRONAA por el concepto de daño moral el PRONAA pretende ser indemnizado con la suma de S/. 90,000.00. Que si bien es cierto la prueba del daño moral es *in re ipsa*, es decir que el daño no requiere probanza, lo que si debe ser demostrado es su existencia. En caso sub-litis el PRONAA se ha limitado a invocar que dentro de la indemnización pretendida debe considerarse el daño moral, el cual que a criterio

ARBITRAJE: TODO OMEY ALIMENTOS SAC CONTRA EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA – PRONAA  
Voto en discordia – fecha 18 de setiembre de 2014

de éste árbitro y como se desarrolló líneas arriba, si es susceptible de ser causado al Estado, por lo que de acuerdo a las instrumentales ofrecidas por el PRONAA en sus pruebas consideradas como anexos 1-N, 1-O, 1-P y 1-Q, como es el informe N° 00602-2012/DHAZ/DIGESA, Oficio N° 022288-2012/DHAZ/DIGESA, Oficio N° 2115-2012-GRA/GC-GRDS/DIRESA y Carta N° 624-2012-MIDIS-PRONAA/AYAC/JZ, estaría probando la existencia del daño moral, por lo que correspondería amparar la pretensión de su resarcimiento; declarando fundada su pretensión.

### **SOBRE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO**

Que considerando que ambas partes han actuado basadas en la existencia de sus razones bajo la perspectiva de exigir sus derechos, se considera que no corresponde condenar a ninguna de las partes al pago exclusivo de las costas y costos del proceso arbitral, por lo que cada una de las partes asumirá en forma proporcional lo que les corresponde.

### **FALLO**

En atención a las consideraciones antes expuestas, LAUDO:

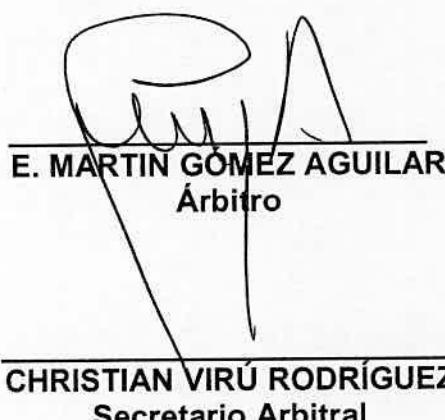
**PRIMERO:** Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda.

**SEGUNDO:** Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda.

**TERCERO:** Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda.

**CUARTO:** Declarar **FUNDADA** la primera pretensión de la reconvención a la demanda.

**QUINTO :** Disponer que tanto la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C. como PRONAA asuman en partes iguales los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral.

  
**E. MARTÍN GÓMEZ AGUILAR**  
Árbitro

  
**CHRISTIAN VIRÚ RODRÍGUEZ**  
Secretario Arbitral

73

## RESOLUCIÓN N° 18

Lima, 24 de noviembre de 2014

### I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 18 de septiembre de 2014, el Tribunal Arbitral emitió el Laudo Arbitral en mayoría que puso fin a las controversias surgidas entre la empresa TODO ALIMENTOS OMEY S.A.C. (en adelante, el Contratista) y el PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (REPRESENTADO POR LA PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL- MIDIS) (en adelante, la Entidad).
2. Dicho Laudo fue puesto en conocimiento de las partes el día 23 de septiembre de 2014, conforme consta en los cargos de notificación que obran en el expediente.
3. Mediante escrito presentado con fecha 30 de septiembre de 2014, la Entidad solicita la Interpretación e Integración del Laudo Arbitral.
4. Mediante Resolución N° 16 de fecha 13 de octubre de 2014, se resolvió poner en conocimiento del Contratista la solicitud de Interpretación e Integración del Laudo Arbitral efectuada por la Entidad por un plazo de cinco (05) días hábiles.
5. Que, la referida Resolución N° 16 fue notificada a la Entidad y al Contratista con fecha 22 y 23 de octubre de 2014, respectivamente, conforme consta en los cargos de notificación que obran en el expediente.
6. Se deja constancia que el Contratista no ha absuelto el traslado conferido mediante Resolución N° 16, no habiéndose pronunciado acerca de los pedidos efectuados por la Entidad.
7. En ese orden de ideas, mediante Resolución N° 17 del 07 de noviembre de 2014, se resuelve: (i) dejar constancia que el Contratista no se ha pronunciado acerca del escrito de Interpretación e Integración al Laudo Arbitral; (ii) traer para resolver los pedidos efectuados por la Entidad el 30 de septiembre de 2014; y finalmente, (iii) fijar en quince (15) días

- hábiles, el plazo para emitir un pronunciamiento sobre éstos, contado a partir del día siguiente de notificada la referida resolución.
8. En este sentido, y siendo que corresponde al Tribunal Arbitral resolver el pedido de Interpretación e Integración del Laudo Arbitral, este Colegiado expide la siguiente Resolución.

## II. CONSIDERANDOS

### 2.1. Marco conceptual de la Interpretación\* de laudo.

Ante todo, el Tribunal Arbitral considera necesario precisar la naturaleza jurídica de la Interpretación o Aclaración de laudo. En este sentido, de acuerdo con lo expresado por Fernando Vidal Ramírez<sup>1</sup>:

*"Notificadas las partes, éstas tienen derecho de solicitar la aclaración, la corrección y la integración del laudo. Ninguno de estos pedidos tiene un significado impugnatorio.*

*La aclaración tiene por finalidad disipar las dudas que genere la manera como ha sido redactado el laudo, explicando el sentido de una o más consideraciones en la que se funda la decisión y hacer las precisiones que motiva el pedido de aclaración".* (Subrayado nuestro)

En este orden de ideas, el Tribunal Arbitral considera necesario, de manera previa, fijar los límites de la Interpretación solicitada, con el fin de no desnaturalizar su uso.

De esta manera, el recurso de Interpretación o Aclaración tiene dos componentes: el primero, que es invocado por la parte solicitante, se refiere a la existencia de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso; y un segundo componente, el cual limita este carácter oscuro, impreciso o dudoso a la parte

\* El Decreto Legislativo N° 1071 ha variado la denominación de las solicitudes que se pueden interponer ante el Tribunal Arbitral respecto del laudo. Y si bien los textos citados hacen referencia a la solicitud de Aclaración, deberá tenerse presente que la esencia sigue siendo la misma y, por ende, también aplicables a la solicitud de Interpretación.

<sup>1</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Manual de Derecho Arbitral. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 134.

decisoria del laudo. Por lo tanto, no basta que exista una parte del laudo oscura, imprecisa o dudosa, sino que tal parte debe ser la parte decisoria (resolutiva) del laudo. Ahora bien, la norma también hace extensiva esta calificación a otras partes del laudo que influyan para determinar los alcances de la ejecución, lo cual debe ser interpretado muy restrictivamente para no abrir la posibilidad de que por ésta vía se pueda cuestionar todo el laudo.

Así, el recurso de Interpretación tiene por objeto solicitar al árbitro que aclare aquellos extremos de la parte resolutiva del laudo que resulten oscuros o dudosos, o aquellos que por ser oscuros o dudosos tengan un impacto determinante en lo resolutivo o decisario del laudo.

La doctrina arbitral es incluso más estricta al calificar las facultades de los árbitros de interpretar o aclarar su laudo. Al respecto, Hinojosa Segovia<sup>2</sup> señala que:

“[Debe] descartarse de principio que la aclaración sirva para resolver cuestiones esenciales que no hayan sido objeto de debate. En otras palabras, la aclaración del laudo no puede tener un contenido que desvirtúe su función; así, pues, ha de venir referida únicamente a la corrección de errores materiales o a la aclaración de conceptos oscuros u omisiones (y nunca a resolver cuestiones sustanciales de puntos que hayan sido objeto de controversia). El laudo que incurra en el vicio de la oscuridad, no cumple su fin, puesto que no queda decidida sin duda la controversia...”.

Por otro lado, Craig, Park y Paulson<sup>3</sup> señalan sobre el particular, que el “[...] propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su

<sup>2</sup> HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1991, pp. 336 y 337.

<sup>3</sup> Traducción libre del siguiente texto: “The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party's application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested «interpretation»” Craig, LAURENCE, PARK, William W. y Jan PAULSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Oceana Publications Inc., 2000, 3ra. edición, 2000, p. 408.

correcta ejecución (como, por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Ésta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Ésta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsideré su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte, el Tribunal tendría fundamentos de sobra en encontrar como innecesario o inapropiado el conceder la «interpretación» requerida.” (Subrayado nuestro).

De manera similar, comentando las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL que inspiran el marco legal peruano, Williams y Buchanan<sup>4</sup> señalan que:

“[...] durante la redacción de las Reglas de UNCITRAL (...) se consideró reemplazar la palabra «interpretación» por «aclaración» o «explicación». Sin embargo, en la versión final de las Reglas se mantuvo el término «interpretación». La historia legislativa de ‘las Reglas de UNCITRAL’ indica que el término «interpretación» tuvo la intención de referirse a la aclaración de la parte dispositiva del laudo. El Tribunal puede ser requerido para clarificar el propósito del laudo y las obligaciones y derechos resultantes para las partes, pero no para volver a revisar o reelaborar las razones del laudo...” (Subrayado nuestro).

Por otra parte, es menester mencionar que si bien el Decreto Legislativo N° 1071 no define en qué consiste la Interpretación o Aclaración, el artículo 406º del Código Procesal Civil, —cuyos principios el Tribunal Arbitral estima referenciales para interpretar el alcance del recurso— define la Aclaración con el siguiente alcance:

Artículo 406.- «Aclaración.-

<sup>4</sup> Traducción libre del siguiente texto: “During the drafting of the UNCITRAL Rules, the Working Party considered replacing the word ‘interpretation’ with ‘clarification’ or ‘explanation’. However in the final version of the Rules ‘interpretation’ was retained. The legislative history of the UNCITRAL Rules indicates that the term ‘interpretation’ was intended to refer to clarification of the dispositive part of the award. The tribunal can be requested to clarify ‘the purpose of the award and the resultant obligations and rights of the parties’ but not to revisit or elaborate upon the reasons for the award”. WILLIAMS, David y AMY BUCHANAN. «Correction and Interpretation of Awards Under Article 33 of the Model Law» En: International Arbitration Law Review. Volumen 4, N° 4, 2001, p. 121.

*El Juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influye en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión.*

*El pedido de aclaración será resuelto sin dar trámite. La resolución que lo rechaza es inimpugnable».*

En efecto, en el proceso arbitral, la Interpretación tiene por objeto solicitar al Tribunal Arbitral que aclare aquellos extremos de la parte resolutiva del laudo que resulten oscuros o que resulten dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento del árbitro que por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en lo resolutivo o decisorio del laudo, vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje.

Queda claro entonces, que según lo expuesto, mediante el recurso de Interpretación no se podrá solicitar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal Arbitral. Tampoco dicho recurso tendrá naturaleza impugnatoria, propia de las apelaciones o reconsideraciones. De lo contrario, se lograría por la vía indirecta lo que no se puede obtener por la vía directa, ya que el laudo en este caso es inapelable, tal como se ha señalado.

Entonces, sólo se puede interpretar o aclarar la parte resolutiva del laudo o, excepcionalmente, la parte considerativa en cuanto tenga que ser entendida para la ejecución adecuada de lo ordenado. Una "aclaración" de los fundamentos, de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del laudo es evidentemente improcedente y, como tal, debe ser desestimada.

En consecuencia y teniendo en cuenta el marco conceptual expuesto, el Tribunal Arbitral procederá a delimitar y resolver la solicitud de Interpretación e Integración presentada por el Contratista, en concordancia con la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071.

## **2.2. Solicitud de Interpretación**

EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) ha señalado lo siguiente en la Interpretación solicitada:

*"En el presente caso, a pesar [que] el presente Contrato 17-00-4-2012-C2-008 NO se regula por la Ley de Contrataciones ni su Reglamento, es un contrato administrativo regulado por un régimen especial.*

[...]

*De ahí que, aplicando las facultades de la Administración Pública en el Contrato 17-00-4-2012-C2-008, se acordó en la cláusula sexta (numeral 7.1) la rescisión unilateral del contrato cuando se trate de las infracciones establecidas en el DS 007-98-SA respecto a la vigilancia y control sanitario de los alimentos, por tratarse de una necesidad pública.*

[...]

*En el presente caso, invocando las facultades de la Administración Pública en un contrato administrativo, se rescindió el contrato (sin aplicar la Ley de Contrataciones ni su Reglamento; sino el régimen legal especial del mismo), conforme a lo comúnmente acordado en la cláusula sexta (numeral 7.1) del Contrato 17-00-4-2012-C2-008; todo lo cual es legalmente posible, conforme a los fundamentos precedentes."*

Concluyendo que:

*"[...] existen extremos oscuros en los fundamentos del laudo arbitral y del voto en discordia, en la cual no se está tomando en cuenta el régimen legal especial que norma el Contrato 17-00-4-2012-C2-008, sino la Ley de Contrataciones y su Reglamento, configurándose un sustento oscuro para laudar y emitir el voto en discordia."*

De lo expuesto, este Tribunal Arbitral supone que la Entidad pretende que se reformule el Laudo emitido, pues no está de acuerdo con las normas aplicadas ni con la fundamentación jurídica de por qué la rescisión del Contrato sería inválida.

81

Al respecto, es preciso reiterar lo que este Tribunal Arbitral ya había mencionado en el Laudo:

*Tal y como señala Aníbal Torres<sup>5</sup>, "la rescisión es el acto por el cual, mediante sentencia judicial, se deja sin efecto un contrato válido por causal existente al momento de su celebración" y puede ser entendida "como el remedio que la Ley prevé para tutelar la libertad contractual cuando se está en presencia de una situación de aprovechamiento de una de las partes contratantes que determina que la otra asuma obligaciones en condiciones inicuas".*

*Por su parte, Forno<sup>6</sup> considera que la rescisión es un "rezago del Derecho Romano que debió haberse asimilado a la teoría de la anulabilidad" y que en realidad se trata de "un supuesto de ineffectuación que solamente opera en los casos previstos por la ley".*

*En efecto, nuestro Código Civil regula únicamente tres supuestos en los cuales sería posible rescindir un contrato:*

1. *Por lesión (artículos 1447° y 1448°), cuando al momento de la celebración del contrato existe una excesiva desproporción entre las prestaciones, de más de dos quintas partes, siempre que esta desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad del otro.*
2. *Por venta de bien ajeno (artículo 1539° a 1541°), a solicitud del comprador cuando este no sabía que el bien no pertenecía al vendedor.*
3. *En la compraventa sobre medida (artículo 1575°), cuando el exceso o la falta en la extensión o cabida del bien es mayor que un décimo de la indicada en el contrato.*

Agrega luego este Tribunal arbitral lo siguiente:

<sup>5</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal, *Teoría General del Contrato*, Tomo II, Instituto Pacífico: Lima, 2012, pp. 1129-1130.

<sup>6</sup> FORNO FLOREZ, Hugo, *Rescisión del Contrato*, Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo VII Contratos en General, Gaceta Jurídica, 3era edición.

**En este orden de ideas, invocar causales distintas a las reguladas en nuestro Código Civil para rescindir un contrato es un imposible jurídico.**

Resulta pues incorrecto por parte del PRONAA el considerar que este Tribunal Arbitral consideró inválida la “rescisión” del Contrato N° 17-00-4-2012-C2-008 sólo por no encontrarse regulada en la Ley de Contrataciones ni en su Reglamento. Confunden los asesores legales del PRONAA la figura de la rescisión con la de la resolución sin llegar a comprender que la rescisión es una figura civil regulada en nuestro Código Civil en tres supuestos claramente establecidos y fuera de los cuales resulta inaplicable.

Sin perjuicio de ello, respecto de la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones y su Reglamento, es importante tener en consideración que:

En principio, toda normativa especial es aplicable a la materia específica que la misma pretende regular. Sin embargo, en la aplicación de una norma pueden advertirse ciertos vacíos o deficiencias, por lo que se hace necesario acudir a otras fuentes normativas para determinar la regulación de un caso concreto. Para estos casos, se hace necesario acudir al régimen general que disciplina dicha materia, configurándose de esta manera la aplicación supletoria de la norma general por defecto de la norma especial.

En efecto, la supletoriedad implica la existencia de “(...) la norma uno, a la que le corresponde regular un hecho pero no lo hace, denominada suplida, y a la norma dos, que sí contiene una regulación para tal hecho, llamada supletoria”, las que comúnmente se conectan o vinculan a través de una remisión. La aplicación supletoria de normas está “condicionada a que no exista incompatibilidad de naturaleza entre los ordenamientos vinculados”<sup>7</sup>.

Así, se entiende que la relación que conecta a ambas normas puede graficarse en la satisfacción que la norma general otorga a los vacíos legales originados en la norma especial.

<sup>7</sup> NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Ara Editores. Segunda Edición. Lima, 2004. Pág. 131 y 132.

En términos generales, se encontrarán dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las adquisiciones y contrataciones enumeradas en el artículo 3º de la Ley que las Entidades pretendan celebrar o perfeccionar, y por las cuales el Estado asume la obligación de retribuir con una suma dineraria al contratista por su prestación, la cual puede consistir en la entrega de bienes, realización de servicios o ejecución de una obra.

En ese orden de ideas, es preciso tener en cuenta que el objeto de la Ley N° 27060 es “*autorizar al PRONAA a adquirir directamente productos alimenticios nacionales a los pequeños productores locales, sin los requisitos establecidos por la Ley de Contrataciones*”. Es decir, el objeto de la norma es establecer un procedimiento de adquisición distinto al regulado en la Ley de Contrataciones del Estado. Sin embargo, la referida Ley N° 27060 regula sólo eso: el proceso de adquisición, más no la etapa de ejecución contractual, salvo lo referido a aplicación de penalidades y la resolución del contrato.

Por consiguiente, yerra el PRONAA al tratar de insinuar que se ha inaplicado la norma correcta en el presente caso, ya que ni la Ley N° 27060, ni su Reglamento, que son las normas especiales en la materia, regulan la etapa de ejecución contractual, siendo preciso recurrir a la siguiente norma que por carácter de especialidad regula las compras que realiza el Estado.

Este Tribunal Arbitral determinó que ninguna de estas normas comprende la rescisión del contrato sino que por el contrario, esta figura se halla regulada en el Código Civil para determinados supuestos, ninguno de los cuales corresponde con los hechos alegados por el PRONAA.

Sin perjuicio de lo ya mencionado, es imperioso tener en cuenta que, tal como se ha señalado líneas arriba, los pedidos de Interpretación solamente proceden cuando se refieren a la aclaración de extremos oscuros, dudosos e imprecisos de la parte resolutiva del laudo y no de la parte considerativa, pues de permitirse esto, se le estaría dando un carácter impugnatorio al Recurso de Interpretación, lo cual lo desnaturalizaría, siendo lo que realmente pretende el PRONAA en el presente caso, que el Tribunal Arbitral vuelva a pronunciarse sobre un pedido que ha sido resuelto claramente en el Laudo Arbitral.

En tal sentido, al haberse planteado el recurso de Interpretación o Aclaración vulnerando su propia naturaleza, debe ser declarado improcedente.

### **2.3. Sobre la solicitud de Integración**

El PRONAA, respecto de este extremo señala que:

*"Adicionalmente, también advierte que el Tribunal Arbitral ha omitido pronunciarse sobre las razones para dejar de aplicar los fundamentos de derecho invocados en nuestra contestación y reconvención (Ley N° 27060, el Decreto Supremo N° 005-2008-MIMDES, el Decreto Supremo N° 007-2010-MIMDES y la Directiva General N° 317-2009-MIMDES-Pronaa/DE, entre otros); tomándose una motivación aparente en el presente laudo, al no pronunciarse sobre los fundamentos legales invocados por mi representada y que se encuentra a conocimiento y decisión del Tribunal."*

Este Tribunal Arbitral, al absolver el pedido de Interpretación de Laudo Arbitral, ya mencionó que los dispositivos legales que cita el PRONAA están referidos a la etapa de selección, no regulando en medida alguna la de ejecución contractual salvo en lo mencionado líneas arriba.

La simple mención de un dispositivo legal no lo convierte en un fundamento ni mucho menos en un argumento válido. Este Tribunal Arbitral ha resuelto el presente caso en atención a los argumentos expuestos por ambas partes aplicando las figuras jurídicas pertinentes. Aún en el supuesto de que la rescisión hubiese estado regulada por alguna norma especial, ello no significa que el PRONAA haya aplicado adecuadamente esta figura civil. La incomprendión de la figura de la rescisión hace creer a la parte demandada (PRONAA) que ésta equivale a la resolución contractual, incitándole a seguir incurriendo en desaciertos con el fin de obtener una decisión distinta por parte de este Colegiado.

✓

MM

✓

✓

Es por ello que corresponde también declarar la improcedencia de la solicitud de integración, pues lo que busca el PRONAA es un nuevo pronunciamiento sobre las cuestiones de fondo que este Tribunal Arbitral ya ha resuelto.

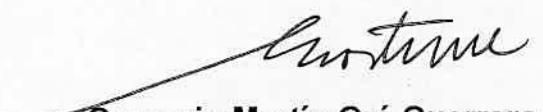
Por las consideraciones expuestas,

**SE RESUELVE:**

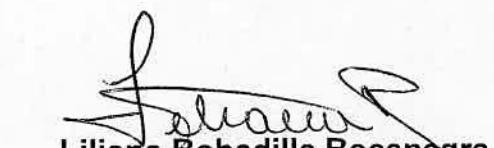
**PRIMERO.-** Declarar IMPROCEDENTE el pedido de Interpretación e Integración presentado por el PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA), de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de la presente Resolución.

**SEGUNDO.-** La presente Resolución forma parte del Laudo Arbitral emitido por mayoría con fecha 18 de septiembre de 2014..

***Notifíquese a las partes.***



**Gregorio Martín Oré Guerrero**  
Presidente



**Liliana Bobadilla Bocanegra**  
Árbitro



**Christian Virú Rodríguez**  
Secretario