

PROCESO ARBITRAL AD HOC

**CASO ARBITRAL: DANIEL HUMBERTO MUÑOZ PABLO Vs.
QALI WARMA Y COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2**

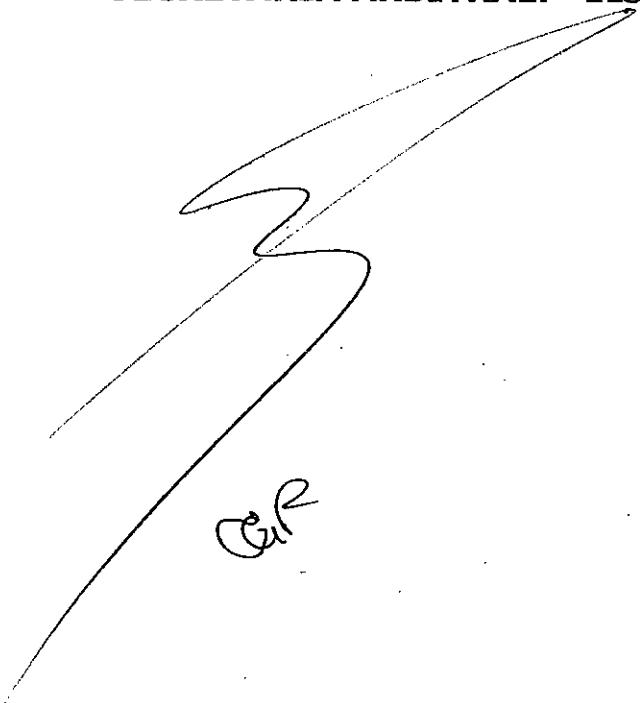
LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: DANIEL HUMBERTO MUÑOZ PABLO

DEMANDADOS: PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN
ESCOLAR QALI WARMA
COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2

ÁRBITRO ÚNICO: Mg. JIMMY PISFIL CHAFLOQUE

SECRETARIA ARBITRAL: ELSA VIOLETA ROJAS ARANA

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Elsa Violeta Rojas Arana". The signature is written in a cursive style with a large, sweeping "E" and "R".

RESOLUCIÓN N° 14.

En Cajamarca, a los 10 de noviembre del 2015, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin a la controversia planteada:

I.- EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

1. El Convenio Arbitral.

Está contenido en la Cláusula Décimo octava del Contrato N° 001-2013 Comité de Compras Cajamarca 2/RAC (en adelante, el Contrato) suscrito el 01 de marzo del 2013.

2. Instalación del Tribunal Arbitral.

Con fecha 30 de setiembre de 2014, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Árbitro Único Ad Hoc.

3. Normatividad aplicable al arbitraje.

Conforme a lo establecido en el acta de instalación, son de aplicación al presente arbitraje, las reglas establecidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Norma que Regula el Arbitraje, el Manual de Compras, Reglas que en defecto o vacío hubiera dictado Qali Warma, el Código Civil y las normas aplicables vigentes a la fecha de la convocatoria del proceso de selección del que deriva el Contrato de Litis.

II.- DE LA DEMANDA.

Con fecha 15 de octubre del 2014 el contratista Daniel Humberto Muñoz Pablo presenta su demanda arbitral.

Petitorio:

1. Liquidación del Contrato N° 001-2013-Comité de Compras Cajamarca 2/RAC y accesoriamente:



- a. Pago de S/. 348,255.89 por concepto de valorización del mes de octubre del 2013 relacionado con el Contrato N° 001-2013-Comité de Compras Cajamarca 2/RAC.
 - b. Pago de S/. 366,404.88 por concepto de valorización del mes de noviembre del 2013 relacionado con el Contrato N° 001-2013-Comité de Compras Cajamarca 2/RAC.
 - c. Pago de S/. 219,842.00 por concepto de valorización del mes de diciembre del 2013 relacionado con el Contrato N° 001-2013-Comité de Compras Cajamarca 2/RAC.
2. Inaplicación de penalidades al contrato (alternativamente, la reducción equitativa de la penalidad que corresponda).
3. Entrega del certificado de conformidad del servicio.
4. Indemnización de S/. 200,000.00 por daños y perjuicios.
5. Intereses Compensatorios y Moratorios TAMN aplicables a cada una de las sumas a reconocer y que se liquidarán desde la fecha de vencimiento para el pago de cada uno de estos conceptos en tanto que la indemnización desde el 26 de marzo del 2014 en que se requirió formalmente el pago.
6. Reembolso de gastos incurridos en el proceso arbitral.

Fundamentos de la Demanda:

El contratista Daniel Humberto Muñoz Pablo fundamenta su demanda en lo siguiente:

• **Antecedentes:**

El recurrente y el Comité de Compras Cajamarca 2 suscribieron el Contrato N° 001-2013-Comité-de-Compras Cajamarca2/RAC para la provisión del servicio de raciones dentro del programa de desayunos escolares. Este contrato fue objeto de siete adendas que en alguna medida modificaron tanto el número de raciones como el monto total contratado, el mismo que fue cumplido á cabalidad por el demandante; sin embargo el Comité de Compras, no ha cancelado la contraprestación respectiva y de modo específico las valorizaciones de los meses de octubre, noviembre y diciembre del 2013. Sin perjuicio de ello, los días 10 y 11 de octubre del año 2013, por causa de fuerza mayor, no se entregó las raciones. Esto determinó el descuento del importe no incluyéndose en la valorización de octubre 2013; en vía de conciliación extra judicial, se admitió que la causa de fuerza mayor y la aplicación de una penalidad por un día, cuyo monto debía

establecerse en su oportunidad, todo lo cual se formalizó con la suscripción de la adenda N° 7 a fin de reducir estos dos días.

Pese a lo anterior, mediante Carta N° 020-2014-PNAEQW/CCCAJAMARCA 2, remitida el 22 de abril del 2014, el Comité de Compras refiere la aplicación de una penalidad por dos días por un monto de S/. 890,833.40 no obstante, no se alcanza ninguna explicación de porqué el monto y menos porqué se desconoce el acuerdo contenido en el acta de conciliación extra judicial antes aludida.

- **Sobre la pretensión de liquidación del contrato N° 001-2013-Comité de Compras Cajamarca 2/RAC y sus accesorias:**

Señala que al parecer el Comité de Compras considera que la liquidación es un proceso unilateral a cuyo resultado no accede la contraparte; ante esta circunstancia debe realizarse de manera conjunta y se detalle los rubros respectivos a fin de saber con exactitud la situación financiera de dicho contrato. Debiendo la emplazada presentar el documento liquidatorio y sobre tal base, se determinará si existe saldo a favor del demandante. Con cargo a esta liquidación deberá atenderse el pago de las valorizaciones de los meses de octubre, noviembre y diciembre del 2013, por ello el carácter de accesorio de estos tres rubros.

- **En cuanto a la Inaplicación de penalidades al contrato:**

En la liquidación del contrato, deberá debatirse el aspecto de la penalidad a fin de establecer si debe imponerse, pues la demandada aplica la penalidad indicando solamente montos globales mas no se detalla cómo se llegaron a tales montos requiriendo explicaciones y la revisión de este concepto, pues vía conciliación extrajudicial, aceptó se aplicara la penalidad solo de un día de no provisión que se produjo por causa de fuerza mayor. Pese a dicho acuerdo el demandante considera que la penalidad no puede aplicarse ya que ni el contrato ni los documentos relacionados con él, han previsto una penalidad para el supuesto de no provisión; asimismo señala que las sanciones solo se aplican por el supuesto previsto expresamente en la ley o el contrato (principio de tipicidad y legalidad), siendo un imposible jurídico y físico, aplicar la analogía como sustento de una sanción; indica que la penalidad constituye una sanción por incumplimiento a una obligación contractual, si bien no se entregó raciones en dos días se debió a causa de fuerza mayor según lo aceptó la demandada en el acta de conciliación extrajudicial lo cual es causal de exoneración de la penalidad según lo indica el Art 1971 del Código Civil por tanto solicita que la penalidad no se aplique y se declare con la consecuente orden de reembolso de lo indebidamente retenido.

- **Sobre la Reducción de la penalidad que corresponda (pretensión alternativa):**

Señala que la posibilidad de la reducción de la penalidad está prevista en el Art. 1346 del Código Civil que exige tres requisitos cumplidos por la demandante: i) se está solicitando expresamente y en vía de acción; ii) la demandada ha aplicado una penalidad por S/. 890,833.40 que representa el 30% del monto del contrato que deviene en excesiva ya que la cláusula décima cuarta del contrato permite un máximo del 10% de su valor. Si se excede, el contrato debe resolverse, dicha penalidad debió ser aplicada por la entidad sin embargo no lo hizo deviniendo en excesivo pues el monto máximo de la penalidad solo podría ser s/.297,415.53; señala que también es excesiva ya que existe un acuerdo asumido en vía de conciliación extrajudicial el cual tiene carácter vinculante para las partes. En virtud de este acuerdo solo podía penalizarse por un día y no dos como se ha hecho; su monto equivale a la provisión de 54 días versus dos días de no provisión (en total son 182 días de provisión pactados). iii) El cuanto al requisito del cumplimiento parcial o irregular de la obligación, también se ha cumplido en tanto se descontó la no provisión de las raciones y por ello se firmó la adenda N° 7 del contrato.

Aggrega que si bien existe un acuerdo conciliatorio para aplicar la penalidad por un día, este acuerdo no contempló el monto involucrado lo que permite en esta ocasión determinarlo y por cierto, por decisión arbitral atendiendo a: La causa imputada no está penalizada en el contrato; La no provisión se debió a causa de fuerza mayor (admitida por ambas partes); Se descontó la no provisión y esa debería ser la única penalidad a aplicar. Para determinar con precisión el monto de la penalidad, debería considerarse la referencia contenida en las bases para la adquisición del servicio de provisión de raciones del mes de agosto del 2013, en la que recién se contempla como causal de penalidad, la no provisión de raciones estableciéndose el 0.10 % del monto del contrato por cada día de no entrega. Proceso que no se concluyó por falta de postores a cuya razón, se nos convocó para atender el requerimiento firmándose por tal motivo la adenda N° 6.

- **Entrega de certificado de conformidad del servicio:**

El contrato fue cumplido a cabalidad pues se entregó todas las provisiones menos las del 10 y 11 de octubre del 2013 que fueron compensadas al no incluirse su respectivo costo en la valorización del mes de octubre y ratificada con la adenda N° 7 por tanto la entidad debe certificar su conformidad respecto al modo como se cumplió el contrato.

- **Indemnización por daños y perjuicios:**

La aplicación unilateral de la penalidad, el exceso en el monto y su negativa a explicarla en su oportunidad, hace incurrir a la demandada en responsabilidad civil derivada de la relación contractual existente por incumplimiento de obligaciones contractuales, pues señala que: a) La penalidad solo puede aplicarse por causa pre establecida (Art. 1341 del C.C); b) Para el contrato la no provisión de las raciones no es un supuesto sancionado con penalidad, solo está afecto a descuento que se suscribió en la adenda N° 7 siendo, los supuestos para aplicar penalidad, previstos son distintos calidad, entrega tardía, etc. y no pueden aplicarse por extensión; c) El contrato sub materia tiene un monto total de S/. 2'974,155.30 y La penalidad es de un aproximado de S/. 890,000.00 pudiendo advertir que la penalidad equivale al 30% del monto total del contrato, no cabe duda que en esta operación priva de utilidades y capital, constituyendo afectación patrimonial que debe resarcirse.

Señala que los elementos de la responsabilidad civil se han configurado, por la existencia de la conducta antijurídica en la medida que se ha incumplido con obligaciones contractuales al aplicarse una penalidad por hecho no previsto para tal fin realizándose de manera oculta para el afectado abusando de su posición de dominio en el contrato; el daño patrimonial causado consiste en la privación de capital de trabajo que ha ocasionado incumplimiento de obligaciones derivadas de este contrato (personal, insumos, proveedores, obligaciones fiscales, etc.), que han tenido que cubrirse con capital ajeno; existe relación causa efecto entre la conducta y el daño (si se hubiese pagado el monto real del contrato, no existiría afectación). Considera que los representantes de la demandada han actuado con dolo pues han aplicado una penalización indebida, configurándose así los elementos de la responsabilidad civil.

El demandante solicita una indemnización asciende a S/. 200,000.00 señalando que se le han privado de su capital de trabajo e impedido realizar otras actividades comerciales por lo que estimativamente, debe señalarse esta suma como indemnización.

- **Pago de intereses en Tasa TAMN tanto para el reembolso del monto de las valorizaciones no pagadas como de la indemnización:**

Señala que las valorizaciones debieron pagarse a los veinte días calendarios posteriores a la presentación de cada una de estas, el impago constituye mora debiendo reconocerse intereses. En el presente caso, estas valorizaciones hasta la

fecha no se han pagado siendo dicha retención ilegal y arbitraria por lo que el concepto de interés moratorio al importe retenido, debe aplicarse la tasa comercial y el cómputo debe verificarse desde la fecha máxima en que debió pagarse la valorización. Para los intereses aplicables a la indemnización por daños y perjuicios debe regularse por el Art. 1985 del Código Civil y su cómputo, verificarse a partir de la fecha en que se produjo la retención indebida; no obstante, a fin de establecerse fecha exacta deberá tomarse en cuenta la fecha del requerimiento de pago de las valorizaciones, 26 de marzo del 2014.

- **Reembolso de gastos del proceso arbitral:**

Si bien este concepto no requiere demandarse pues el Árbitro deberá pronunciarse en el Laudo, no menos cierto es que el solo hecho que se conceda razón a mi demanda, hace que los gastos incurridos sean indebidos.

III.- DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Con fecha 06 de noviembre del 2014, la Procuraduría Pública del MIDIS y el Comité de Compra Cajamarca 2 contestan la demanda.

Fundamentos de Hecho:

Sobre la primera pretensión respecto de la Liquidación del Contrato N° 001-2013-Comité de Compras Cajamarca 2/RAC y accesorialmente: a) Pago de S/. 348,255.89 por concepto de valorización del mes de octubre del 2013 relacionado con el Contrato N° 001-2013-Comité de Compras Cajamarca 2/RAC. b) Pago de S/. 366,404.88 por concepto de valorización del mes de noviembre del 2013 relacionado con el Contrato N° 001-2013-Comité de Compras Cajamarca 2/RAC. c) Pago de S/. 219,842.00 por concepto de valorización del mes de diciembre del 2013 relacionado con el Contrato N° 001-2013-Comité de Compras Cajamarca 2/RAC; y sobre la segunda pretensión respecto de la Inaplicación de penalidades al contrato (alternativamente, la reducción equitativa de la penalidad que corresponda).

El proveedor y el Comité de compras 2, firmaron el contrato N°01-2013-COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2/RRC y adendas de fecha 01 de marzo 2013. El plazo para la ejecución del contrato era desde el 04 marzo al 18 de diciembre del 2013, el mismo que resulta ser un convenio que produce y transfiere derechos y obligaciones entre las

partes contratantes, debiendo entenderse a las obligaciones como la cosa que se debe hacer, normalmente, cuando el deudor cumple con sus obligaciones, estas se extinguen; pero si el deudor incumple alguna obligación corresponde ser reclamada por el acreedor o imponer penalidades pactadas conforme a lo establecido en el contrato de controversia se impuso las penalidades al proveedor de pleno derecho.

La cláusula cuarta del contrato establece en su valorización N° 32 del mes de octubre, el periodo de atención del 07 al 11 de octubre incluye los días 10 y 11 del incumplimiento. Señala Que se en el acta de supervisión del establecimiento de preparación de raciones de fecha 20 de setiembre del 2013, del proveedor se realizaron distintas observaciones con la presencia del señor Daniel Muñoz Pablo, dejando constancia que aunque se encontraron una serie de inconvenientes y se debe exigir el levantamiento de todas las observaciones, el proveedor se escudó indicando que está dispuesto a reparar todo pero que aún no le pagan y no tiene suficiente capital para seguir invirtiendo demostrándose con ello que el proveedor reconoce no cumplir con sus obligaciones contractuales.

Asimismo indica que con la carta s/n de fecha 02 de octubre del 2013, el proveedor comunica al PNAP QALI WARMA, con atención del Comité de Compra 2, que si es necesaria la restructuración la suspensión de entrega de raciones preparadas y se considera más factible y seguro la entrega de canastas con productos no perecibles, están aptos en renegociar para poderlo atender a partir de la fecha que ustedes crean por conveniente sin dejar desabastecidos de alimentos a los niños de edad escolar. Luego de ello mediante carta s/n de fecha 09 de octubre del 2013, el proveedor comunica al PNAE QALI WARMA que con fecha 02 de octubre se hizo llegar documento que hasta la fecha no ha sido atendido, por lo que se ha tomado la decisión de suspender la producción de raciones desde la fecha hasta llegar a un acuerdo entre las partes demostrando con ello el incumplimiento en la entrega de raciones a 154 instituciones educativas de Cajamarca y 2 instituciones educativas de Llacanora a partir del 10 de octubre.

Señala que con Carta N°014-2013-CC2 de fecha 10 de octubre del 2013, el presidente del comité de Compra N°02- Cajamarca comunica al proveedor que debido a la decisión unilateral de paralizar el servicio sin existir motivo que justifique contractualmente, es una clara manifestación de su voluntad de no querer seguir proveyendo el servicio, por lo que conforme a lo referido en la cláusula 13.1 (penalidad por retrasos) se aplicara la penalidad 0.10 del monto del contrato; hace de conocimiento que se aplicaran todas y

cada de las penalidades que hubiera lugar; no obstante ello, con carta s/n de fecha 10 de octubre del 2013, el proveedor comunica al PNAE Qali Warma, con atención del comité de compra, comunica que referente a la supervisión programada para el día viernes 11 a las 2:00 horas, solicitan se sirvan diferir la visita para el día lunes 14 de octubre a partir de las dos horas, debiendo comprender que la supervisión resulta más adecuada con una planta en operación, demostrándose con ello el proveedor expresa literalmente que día 11 su planta estaría inoperativa, consecuentemente impedido de proveer el servicio para el 11 de octubre del 2013, pues señala que por razones obvias la provisión se reanudara el día lunes 14 de octubre en horario normal, sin detallar las razones que para el son obvias y reafirmando que su planta esta inoperativa para cumplir con la entrega de raciones a los beneficiarios.

Mediante oficio N°036-2013-MIDIS/PNAEQW-UT-CJMRI de fecha 10 de octubre del 2013, la coordinadora de supervisión y monitoreo de la UT comunica al Presidente del Comité de Compras 02 de Cajamarca que el 10 de octubre del 2013 el Proveedor no ha entregado la ración del día en 29 instituciones educativas del distrito de Cajamarca, tal como se aprueba en las actas de supervisión. Del mismo modo, mediante oficio N°040-2013-MIDIS7PNAEQW la coordinadora de supervisor y monitoreo de la UT Cajamarca 1 comunica al presidente del comité de compras 2 Cajamarca, que el 11 de octubre del 2013, el proveedor no ha entregado la ración del día en 10 instituciones educativas de Cajamarca.

Con Carta N°027-2014-PNAEQW/CCCAJAMARCA 2 y anexos de fecha 08 de abril del 2014 el Presidente de Compra N°02 - Cajamarca, comunica la liquidación del contrato al proveedor; señalando que no se pagaron las valorizaciones de octubre, noviembre y diciembre que ascienden a s/ 934,732.69 ya que considero la penalidad en el contrato y se retuvo por el 100% de las instituciones educativas que no fueron atendidas los días 10 y 11 de octubre; asimismo se realizaron retenciones prorrataeadas de la garantía de cumplimiento del saldo restante por s/. 22,412.14 nuevos soles; igualmente se ha realizado la transferencia por s/. 219,314.80 por la liquidación de ejecución contractual referente a la garantía del proceso, señala que con ello queda liquidado el contrato, expresando por qué no se pueden pagar las valorizaciones de octubre, noviembre y diciembre.

Establece que el marco legal aplicable es el Manual de Compras de Qali Warma ya que la cláusula cuarta del contrato señala que las partes acuerdan que en caso de defecto o vacío de las reglas o normas anteriores, podrá aplicar supletoriamente las disposiciones

que establezca Qali Warma, para su regulación especial y supletoria las disposiciones del Código Civil.

Señala que el 21 y 22 del Manual de Compras establecen las funciones del Comité de Compra y de sus Presidentes, respectivamente; en ninguna de ella se establece la facultad de conciliar extrajudicialmente. En la demanda se adjunta un acta de conciliación extrajudicial de fecha 23 de diciembre del 2013, la misma que deviene en nula por lo siguiente. i) Al haber sido firmado por el Presidente del Comité ya que no tenía autorización de la unidad Territorial de Cajamarca, siendo este un requisito indispensable. ii) la motivación de acuerdo está relacionado a que no se contó con servicio de agua potable en la localidad por un hecho imprevisible de fuerza mayor, lo que es falso acreditando con carta N°001-2014-DDR-GO/EPS SEDACAJ SA de fecha 31 de enero del 2014 Mediante la cual el jefe de la División, Distribución y Recolección de la EPS SEDACAJ, comunica al Jefe de la Unidad Territorial de Cajamarca, que durante los días 09 al 11 de Octubre del 2013, si se contó con servicio de agua y iii) el contenido del acuerdo no es cierto, ni expreso, ni exigible; lo cual resulta necesario para su validez. Al analizar las obligaciones del proveedor, el mismo proveedor manifiesta en su escrito de demanda que incumplió con la entrega de raciones los días 10 y 11 de octubre del 2013 al señalar: iii) "La penalidad constituye una sanción por incumplimiento de una obligación contractual; para el caso si bien no entregue las raciones en dos días, tal se debió a fuerza mayor. Lo cual se demuestra que es falso con la carta N°001-2014-DDR-GO/EPS SEDACAJ SA de fecha 31 de enero del 2014. Al respecto el comité de compra Cajamarca 1 basándose en la Cláusula décimo tercera, según lo señalado en el numeral 13.1) de dicha Cláusula señala que el Contratista deberá entregar las raciones a la hora pactada (hora exacta). En caso no cumpla con entregar se aplicaran las penalidades:

- El contratista deberá asumir una penalidad ascendente al 0.10 % del monto total del contrato. Será aplicable por evento en cada centro educativo individualmente. Por ello se impone penalidades al proveedor por el monto total S/. 890,833.40 nuevos soles, por haber quedado demostrado que el proveedor incumplió con la entrega de raciones en 154 instituciones educativas de Cajamarca y 2 instituciones educativas de Ilacanora, los días 10 y 11 de octubre del 2013.
- Además el 13.4) establece los pactos aplicables a todas las penalidades. Cada penalidad se aplicara de forma independiente de las demás penalidades. No se establece un tope máximo para la aplicación de penalidades, salvo que se trate de resolución de contrato. Cada penalidad podrá ser deducida por el Comité de los pagos parciales o del pago final.

El numeral 87) del Manual de Compras, establece “en caso el contratista incurra en causales de incumplimiento al contrato, se aplicará la sanción económica establecida en calidad de penalidad; conforme el contrato y las bases integradas del proceso de compra, sin perjuicio de la potestad resolutoria del Comité de Compra”.

Asimismo, el numeral 97 del Manual de Compras 2 Constituyen causales de incumplimiento, que dan lugar a la imposición de penalidades los supuestos: a) Retrasos en plazo de entrega de raciones o productos. b) Incumplimiento de condiciones ofrecidas. c) Incumplimiento de entregas; en tal sentido, indica que el acuerdo entre las partes debe cumplirse entre ellas como si fuera una ley, y en caso de incumplimiento la parte perjudicada pueda imponer penalidades si se hubiera pactado; lo que sucede en el contrato materia de controversia.

Corresponde aplicar supletoriamente el artículo 1361 (obligatoriedad del contrato) del código civil peruano que establece “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. En esta norma encontramos positivizado el principio de legalidad de la obligatoriedad del contrato o pacta sunt servanda; por lo tanto, los pactos (obligaciones) deben cumplirse entre las partes. En consecuencia, de acuerdo a los fundamentos expuestos y el medio probatorio adjunto corresponde declarar infundada la pretensión.

Sobre la tercera pretensión principal por la cual el proveedor solicita la entrega del certificado de conformidad del servicio: Expresan su rechazo ya que la cláusula undécima del contrato establece:

En caso las raciones (...) (iii) sean entregados en cantidad inferior a lo pactado; dicha observación se consignará en el acta respectiva (..) sin perjuicio de la aplicación de la penalidad (...) conforme ha quedado demostrado.

Además, el numeral 93 del Manual de Compras de Qali Warma, establece: “la Conformidad será otorgada por el Comité de Alimentación Escolar (CAE), el cual verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad y cumplimiento de las condiciones (...)

Por lo expuesto, resulta siendo materialmente imposible que ante los incumplimientos contractuales del proveedor se le pueda otorgar la conformidad, correspondiendo declarar infundada la pretensión.

Sobre la cuarta pretensión principal por la cual el proveedor solicita la indemnización de s/. 200,00.00 por daños y perjuicios:

Por la cual proveedor solicita una indemnización por el supuesto daño y perjuicio por un monto total s/. 200,000.00 nuevos soles, la misma que resulta incierta y sin motivación alguna.

Indican que a lo largo de la contestación de la demanda se demuestra y sustenta que los puntos referidos carecen de todo valor factico y jurídico y que por consiguiente la pretensión carece de sustento que pueda demostrar daño alguno generado. Señalan que está probado que, suscrito el contrato con el proveedor, las partes se comprometieron a cumplir con las obligaciones contractuales, estableciéndose de manera clara y objetiva los supuestos de imposición de penalidades; sin embargo, está acreditado que el proveedor no entregó las raciones en 154 instituciones educativas de Cajamarca y 2 instituciones educativas de Llacanora, los días 10 y 11 de octubre del 2013, existiendo causales de imposición de penalidades, afectándose de esta manera a los escolares a los cuales se necesita entregar estas raciones con las especificaciones por cada ración.

El proveedor, además indica que el daño causado corresponde ser indemnizado por daños y perjuicios sin especificar mayor detalle. En relación a las obligaciones contraídas por el proveedor son ajenas a su representada más aún si solo se han limitado a indicar que se ha generado un daño sin haber podido demostrar fehacientemente dicha afectación.

Debemos manifestar que no se puede generar un daño por el solo hecho de decirlo; por el contrario el contratista incumplió con sus obligaciones contractuales, máxime si tal incumplimiento está plenamente demostrado, más aún, si el proveedor expresa en su demanda que incumplió con sus obligaciones los días 10 y 11 de octubre del 2013, lo cierto y claro que frente a su incumplimiento es que se procedió a la imposición de penalidades.

Lo cierto a todo es que el proveedor deberá demostrar que ha sufrido un daño, dado que no es suficiente el dicho de lo expuesto sino que debe existir la prueba indubitable que lo acredite, por cuanto hablar sin existir hechos concretos no hace suponer un daño cuantificable, dado que para cuantificar es importante determinar cuál es el daño

generado, por lo que a la fecha se encuentra carente de todo valor lo expuesto en la presente pretensión.

La responsabilidad contractual requiere del cumplimiento de tres presupuestos: i) que la conducta califique como antijurídica, ii) que el daño sea imputable, y iii) que las consecuencias de los hechos generen daño.

Al respecto, señala que el demandante no ha logrado acreditar los daños generados. Además señala que el contratista no ha fundamentado los tipos de daños en su pretensión, sobre todos estos deben estar relacionados con los hechos acontecidos y que son materia de la controversia que deben estar fehacientemente acreditados a fin de causar certeza frente al tribunal del hecho generador causado. En tal sentido solicita se declare infundada la pretensión.

Sobre la quinta pretensión principal por el cual el proveedor solicita intereses compensatorios aplicables a cada una de las sumas a reconocer y que se liquidaran desde la fecha de vencimiento para el pago de cada uno:

Manifiesta que lo pretendido por el demandante debe ser probado y acreditado con documentación que permita lo manifestado por el proveedor, teniendo en cuenta que la que la carga de la prueba le corresponde a este; ergo, el demandante no ha acreditado la aplicación indebida de penalidades por el comité de compra Cajamarca 2 y mucho menos su devolución. Debiendo declararse infundada la pretensión.

De la sexta pretensión principal por la cual el proveedor solicita el reembolso de gastos Incurridos el proceso arbitral: Respecto a los gastos en el proceso arbitral: es evidente que los gastos que viene incurriendo el proveedor derivan por causas atribuibles a ella misma y no a mi representada debiendo declararse infundada tal pretensión.

IV. DE LA TACHA FORMULADA POR LOS DEMANDADOS

Que el demandado PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA, en el mismo escrito de contestación de demanda, formula tacha a la copia legalizada del acta de conciliación extrajudicial, fundamentado la misma.



V.- DE LA ABSOLUCIÓN DE LA TACHA

Con fecha 22 de diciembre del 2014, el señor Daniel Humberto Muñoz Pablo, absuelve la tacha propuesta por el procurador del MIDIS y solicita se declare infundada.

Por lo que estando a las facultades con las que cuenta el Árbitro Único decidió que la misma sería resuelta al momento de Laudar.

VI.- DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN O FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Con fecha 06 de febrero del año 2015 se llevó a cabo la audiencia de conciliación o fijación de puntos controvertidos y de admisión de medios probatorios. En esta audiencia se establece que no se puede llegar a una conciliación ya que ambas partes se mantienen en sus posiciones, determinándose como puntos controvertidos los siguientes:

- 1. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A FAVOR DEL DEMANDANTE EL PAGO DE S/. 348,255.89 (TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO CON 89/100 NUEVOS SOLES) POR CONCEPTO DE VALORIZACIÓN CORRESPONDIENTE AL MES DE OCTUBRE DEL 2013, RELACIONADO CON EL CONTRATO N° 001-2013-COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2/RAC.**
- 2. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A FAVOR DEL DEMANDANTE EL PAGO DE S/. 366,404.88 (TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS CUATROCIENTOS CUATRO CON 88/100 NUEVOS SOLES) POR CONCEPTO DE VALORIZACIÓN CORRESPONDIENTE AL MES DE NOVIEMBRE DEL 2013, RELACIONADO CON EL CONTRATO N° 001-2013-COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2/RAC.**
- 3. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A FAVOR DEL DEMANDANTE EL PAGO DE S/. 219,842.00 (DOSCIENTOS DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS CON 00/100 NUEVOS SOLES) POR CONCEPTO DE VALORIZACIÓN CORRESPONDIENTE AL MES DE DICIEMBRE DEL 2013, RELACIONADO CON EL CONTRATO N° 001-2013-COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2/RAC.**
- 4. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO LA APLICACIÓN DE PENALIDAD O DE SER EL CASO LA REDUCCIÓN EQUITATIVA DE LA PENALIDAD QUE CORRESPONDE.**
- 5). DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DISPONER QUE EL COMITÉ DE COMPRAS HAGA ENTREGA DEL CERTIFICADO DE CONFORMIDAD A FAVOR DEL DEMANDANTE.**

6. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LOS DEMANDADOS PAGUE A FAVOR DEL DEMANDANTE UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS, POR UN MONTO ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 200,000.00 (DOSCIENTOS MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES).
7. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LOS DEMANDADOS PAGUE A FAVOR DEL DEMANDANTE LOS INTERESES COMPENSATORIOS Y MORATORIOS TAMN Y SI ÉSTOS DEBEN SER APLICABLES A CADA UNA DE LAS SUMAS DEMANDADAS; ASÍ COMO LA FECHA DE APLICABILIDAD.
8. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR QUE LOS DEMANDADOS ASUMAN LA INTEGRIDAD DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO ARBITRAL.

Asimismo, en esta misma audiencia se admitieron los medios probatorios de la demanda y contestación de demanda.

De La Parte Demandante:

Con respecto a la parte demandante se admitieron los documentos que se indican en la demanda del punto III MEDIOS PROBATORIOS, las documentales consignadas del 1 al 6 siendo conforme se detalla:

1. Contrato N° 001-2013-COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA S/RAC, incluidas siete adendas.
2. Acta de Conciliación extrajudicial, con acuerdo total, realizado ante el Centro de Conciliación “Rumi Tiana”.
3. Carta cursada requiriendo el pago de valorizaciones de fecha 26 de marzo del 2014.
4. Carta N° 027-2014-PNAEQW/CCCAJAMARCA 2.
5. Carta cursada por ALMAPO SRL mediante la que requiere el pago de S/. 733,316.51.
6. Carta cursada por KEY MARK SAC, por la cual requiere el pago de S/. 51,120.00.

Se admite también la exhibición que deberá realizar la demandada COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA de los documentos que contengan:

- a) La liquidación del contrato sub materia.
- b) La decisión de aplicar la penalidad, sus razones, el mecanismo utilizado para su aplicación y que arroje el monto descontado y la constancia de su notificación al suscripto.
- c) Las bases del proceso de Compra N° 003-2013-CC-CAJAMARCA 2 para la adjudicación de raciones para la atención del servicio alimentario del PNAEQW.

Asimismo se admite como medios probatorios extemporáneos las documentales presentadas por la demandante, conforme se detalla:

1. Carta de fecha 11 de octubre del 2013, cursada por el Señor Hugo Muñoz Montoya, Jefe de la División de Distribución y Recolección de la EPS SEDACAJ.
2. Carta N° 001-2014-DDR-GO/EPS SEDACAJ S.A., de fecha 28 de enero del año 2014, dirigida a la Dra. Rocío Elizabeth Portal Vasquez, Jefe de la Unidad Territorial CAJAMARCA 1, sobre desabastecimiento de agua potable en Av. La Paz.

De la parte demandada:

DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL

Con respecto a la Procuraduría del MIDIS se admitieron los documentos que se indican en el escrito de contestación de demanda, signados en el Punto IV y que se detallan:

1. Contrato N° 001-2013-COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA S/RAC y Adendas.
2. Carta N° 013-2013-PNAE QW/CC2
3. Acta de Supervisión del establecimiento de preparación de raciones de fecha 20 de setiembre del 2013.
4. Informe N° 001-2013-LRV/SP.
5. Carta s/n de fecha 02 de octubre del 2013
6. Carta s/n de fecha 09 de octubre del 2013
7. Carta N° 014-2013-CC2, de fecha 10 de octubre del 2013.
8. Carta s/n de fecha 10 de octubre del 2013.
9. Oficio N° 036-2013-MIDIS/PNAEQW-UT-CJMR1 Y ANEXOS (ACTAS DE SUPERVISIÓN) de fecha 10 de octubre del 2013.
10. Oficio N° 040-2013-MIDIS/PNAEQW-UT-CJMR1, de fecha 11 de octubre del 2013.
11. Carta N° 027-2014-PNAEQW/CCCAJAMARCA 2, de fecha 08 de abril del 2014 (sin anexos por no haber sido adjuntados).
12. Manual de Compras
13. Carta N° 001-2014-DDR-GO/EPS SEDACAJ S.A., de fecha 31 de enero del 2014.

DEL COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2

Con respecto al Comité de Compras Cajamarca 2 se admitieron los documentos que se indican en el escrito de contestación de demanda, signados en el Punto IV y que se detallan:

1. Contrato N° 001-2013-COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA S/RAC y Adendas.
2. Carta N° 013-2013-PNAE QW/CC2
3. Acta de Supervisión del establecimiento de preparación de raciones de fecha 20 de setiembre del 2013.
4. Informe N° 001-2013-LRV/SP.
5. Carta s/n de fecha 02 de octubre del 2013
6. Carta s/n de fecha 09 de octubre del 2013
7. Carta N° 014-2013-CC2, de fecha 10 de octubre del 2013.
8. Carta s/n de fecha 10 de octubre del 2013.
9. Oficio N° 036-2013-MIDIS/PNAEQW-UT-CJMR1 Y ANEXOS (ACTAS DE SUPERVISIÓN) de fecha 10 de octubre del 2013.
10. Oficio N° 040-2013-MIDIS/PNAEQW-UT-CJMR1, de fecha 11 de octubre del 2013.
11. Carta N° 027-2014-PNAEQW/CCCAJAMARCA 2, de fecha 08 de abril del 2014. (sin anexos por no haber sido adjuntados).
12. Manual de Compras
13. Carta N° 001-2014-DDR-GO/EPS SEDACAJ S.A., de fecha 31 de enero del 2014.

Se establece un plazo de diez (10) días hábiles para que las partes cumplan con la exhibición de documentos que les corresponde según lo señalado líneas arriba; bajo apercibimiento de tener por cierto las alegaciones hechas por el demandante y de resolverse con los documentos que obran en el documento arbitral.

VII.- AUDIENCIA DE INFORMES ORALES.

Mediante Resolución N°10 de fecha 25 de junio del 2015, se resuelve TENER POR PRESENTADOS, los escritos de alegatos presentados por las partes y se fija fecha para audiencia de informe oral para el día 08 de julio del 2015; llevándose a cabo en el día y hora establecidos en dicha resolución.

Con Resolución N° Doce de fecha 10 de setiembre del 2015, se resuelve Establecer plazo para laudar de 30 días hábiles.

En tal sentido, estando dentro del plazo de ley, el Tribunal Arbitral ha emitido el presente Laudo Arbitral.

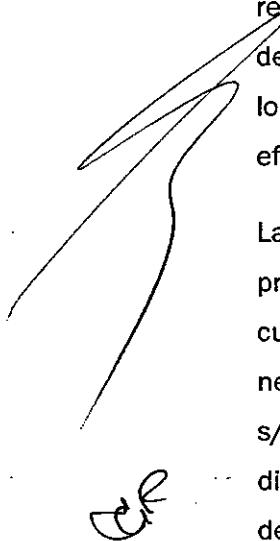
VIII.- SOBRE LA TACHA INTERPUESTA

Como se ha detallado mediante escrito de contestación de demanda, el demandado PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA formulara tacha a la copia legalizada del acta de conciliación extrajudicial, señalando que dicha acta deviene en Nula por lo siguiente:

- I) Al haber sido firmada por una persona que no tenía facultades para hacerlo (Ya que el presidente del Comité no tenía autorización del jefe de la Unidad territorial de Cajamarca, siendo requisito indispensable).
- II) La motivación de acuerdo está relacionado a que no se contó con servicio de agua potable en la localidad por un hecho imprevisible de fuerza mayor (lo cual es falso tal como se ha acreditado con la carta del Presidente de la EPSSEDAJ).
- III) La ley de conciliación señala que el acuerdo conciliatorio deberá consignar de manera precisa y clara los derechos, deberes u obligaciones ciertas expresas y exigibles acordadas por las partes(...). (...) *La omisión en el acta de algunos de los requisitos establecidos en los incisos c), d), e), g), h) e i) del presente artículo dará lugar a la Nulidad documental del acta*, que en tal caso no podrá ser considerado como acta de ejecución.

Dicha tacha fue absuelta por el demandante, con fecha 22 de diciembre del 2014, solicitando se declare infundada señalando que el Presidente del Comité si tiene capacidad de representación pues no hay norma que lo impida, prohíba y restrinja. El procurador público tiene capacidad solamente cuando existe por medio proceso judicial antes de tal la representación recae en la autoridad administrativa respectiva.

En el escrito de absolución de demanda se señala que la motivación del acuerdo está relacionada a la falta del servicio público, la motivación es una garantía de las decisiones judiciales. Señala que la conciliación no constituye un acto jurisdiccional con lo cual la referencia de motivación es ajena a la naturaleza jurídica y sin relevancia ni efecto jurídico en estas actuaciones arbitrales.

La denuncia sobre la validez del acta no precisa cuál de los requisitos de validez no se presentan en el acta cuestionada, pues todos están. Del mismo modo se pretende cuestionar el acta por aspectos formales pero en tal caso tales aspectos solo podrán negar validez al acta previo proceso judicial. Adjunta acta de conciliación original y acta s/n de fecha 11 de octubre del 2013 emitida por el Ing. Hugo Muñoz Montoya Jefe de la división de distribución y recolección de la EPS SEDACAJ en la que da fe que hubo desabastecimiento de agua los días 09, 10 y 11 en el sector de la fábrica.

Al respecto se precisa considerar que obra como Anexo 1-B, el medio probatorio ofrecido signado como Acta de Conciliación con Acuerdo Total – Acta de Conciliación N° 011-2013, Expediente N° 013-2013, emitido por el Centro de Conciliación “RUMITIANA”, de fecha 23 de diciembre del año 2013, en el cual consta el acuerdo conciliatorio por el incumplimiento de contrato por parte del proveedor DANIEL HUMBERTO MUÑOZ PABLO con respecto a la entra de servicios de los días 11 y 12 de octubre del 2013.

IX.- ANÁLISIS DE LA TACHA

Que, el Artículo 16º del D.Leg. N° 1070, Ley de Conciliación determina que respecto al Acta que: “*El Acta es el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes en la Conciliación Extrajudicial. Su validez está condicionada a la observancia de las formalidades establecidas en la presente ley, bajo sanción de nulidad*”; determinándose en el Artículo 18º que el acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución; y que los derechos, deberes u obligaciones ciertas y expresas que consten en dicha acta son exigibles a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

Que, los acuerdos conciliatorios son actos jurídicos, en tanto son manifestación libre y coincidente de la voluntad de las partes destinadas a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas –conforme a lo regulado en el artículo 140º del Código Civil- y por lo tanto esa manifestación de voluntad, orientada a la búsqueda de soluciones a una controversia, debe cumplir con los requisitos de validez señalados en la norma sustantiva (*agente capaz, fin lícito, objeto física y jurídicamente posible y observancia de la forma prescrita por ley bajo sanción de nulidad*).

Que, la tacha planteada versa sobre la supuesta nulidad del acta de conciliación; entonces resulta válido tener en consideración para efectos de análisis que la nulidad genera la invalidez absoluta de un acto jurídico, lo que supone su ineficacia total y original, no produciendo los efectos deseados por las partes y generando la imposibilidad de que sea saneado; planteamiento distinto con respecto a la anulabilidad que provoca invalidez relativa por la cual se da la posibilidad de que un acto jurídico afectado de un vicio superable pueda ser confirmado posteriormente por las partes intervinientes.

af
Pero si analizamos lo señalado por la legislación sobre conciliación extrajudicial (vigente desde el mes de junio del año 2008 en mérito a las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1070), podemos apreciar que se ha incorporado un concepto distinto a los de nulidad y anulabilidad, denominado “nulidad documental”, por el cual

se establece que la declaración de nulidad afecta únicamente al documento que contiene al acto jurídico (*acta de conciliación*), restándole su mérito ejecutivo, mas no afecta al acto jurídico mismo (*acuerdo conciliatorio*), que sigue manteniendo su plena validez.

Este término se encuentra mencionado en el artículo 16º de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, y surge ante la ausencia en un acta de conciliación de lo que podemos denominar *requisitos esenciales de validez* (*señalados en los literales c), d), e), g), h) e i)* del artículo 16º de la Ley N° 26872), teniendo como consecuencia que dicha acta de conciliación no podrá ser considerada ni como *título ejecutivo*, ni como *requisito de procedibilidad*. Ello genera la obligación al Centro de Conciliación de convocar a las partes para informarles del defecto de forma que contiene el acta y expedir una nueva que sustituya a la anterior con las formalidades de ley; pero la importancia de la forma probatoria en la *nulidad documental* va más allá; dado que conforme a lo señalado en el artículo 16º-A *in fine* de la Ley N° 26872, el acto jurídico contenido en el acta de conciliación sólo podrá ser declarado nulo en vía de acción por sentencia emitida en proceso judicial; así mismo, y de acuerdo a los dos primeros párrafos del artículo 22º del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS- el acuerdo conciliatorio subsiste aunque el documento que lo contiene se declare nulo, perdiendo el mérito ejecutivo y pudiendo ofrecerse como medio de prueba en un proceso judicial; siendo así debe considerarse que las actas de conciliación con acuerdo tienen *per se* el mérito de ser *títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial*, y en caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en ellas la parte perjudicada va a accionar solicitando el cumplimiento de dichas obligaciones a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

Que, como se advierte de los medios probatorios ofrecidos por las partes no obra uno que enerve la validez del acta de conciliación ofrecido como medio probatorio o que de plano declare su nulidad o cuestione su validez en sede judicial.

Que, adicionalmente debe considerarse que la tacha de documentos es el instrumento procesal que tiene por finalidad restarle eficacia probatoria al documento mismo, mas no al acto jurídico contenido en él; esto es, la tacha documentaria buscará que el documento no sea tenido en cuenta para probar la materia controvertida, ello se desprende de los artículos 242º y 243º del Código Procesal Civil; aplicables supletoriamente a la materia arbitral; que determinan que:

Artículo 242.- Si se deciara fundada la tacha de un documento por haberse probado su falsedad, no tendrá eficacia probatoria.

Si en proceso penal se establece la falsedad de un documento, éste carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil.

Artículo 243.- Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineeficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada.

Como puede advertirse, la tacha planteada por los demandados versa fundamentalmente en los siguientes supuestos:

- i) Al haber sido firmada por una persona que no tenía facultades para hacerlo (Ya que el presidente del Comité no tenía autorización del jefe de la Unidad territorial de Cajamarca, siendo requisito indispensable)
- ii) La motivación de acuerdo está relacionado a que no se contó con servicio de agua potable en la localidad por un hecho imprevisible de fuerza mayor (lo cual es falso tal como se ha acreditado con la carta del Presidente de la EPSSEDACAJ).
- iii) La ley de conciliación señala que la conciliación deberá que el acuerdo conciliatorio deberá consignar de manera precisa y clara los derechos, deberes u obligaciones ciertas expresas y exigibles acordadas por las partes (...).

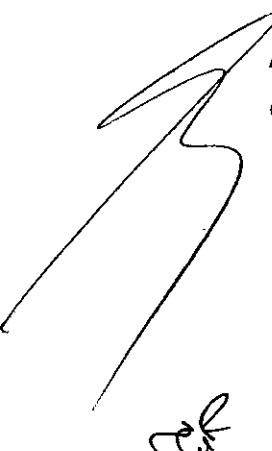
Siendo esto así, la tacha planteada pretende se prescinda del medio probatorio N° 2, referido al Acta de Conciliación extrajudicial presentada por el demandante; aludiendo una supuesta nulidad del acta de conciliación; sin embargo no ha acreditado documentariamente dicha nulidad; en el sentido de que conforme lo establecido en el artículo 16°-A *in fine* de la Ley N° 26872, el acta de conciliación sólo podrá ser declarado nulo en vía de acción por sentencia emitida en proceso judicial; pretensión que no puede ser amparada a través de una tacha.

En mérito a lo expuesto y siendo que el demandado no ha acreditado mediante resolución judicial consentida, la nulidad del acta de conciliación referida; el Árbitro Único resuelve: Declarar **IMPROCEDENTE** la tacha planteada por el demandado PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA, y en consecuencia admitir el medio probatorio COPIA LEGALIZADA DEL ACTA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL.

X.- ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

1. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A FAVOR DEL DEMANDANTE EL PAGO DE S/. 348,255.89 (TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO CON 89/100 NUEVOS SOLES) POR CONCEPTO DE VALORIZACIÓN CORRESPONDIENTE AL MES DE OCTUBRE DEL 2013, RELACIONADO CON EL CONTRATO N° 001-2013-COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2/RAC.
2. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A FAVOR DEL DEMANDANTE EL PAGO DE S/. 366,404.88 (TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS CUATROCIENTOS CUATRO CON 88/100 NUEVOS SOLES) POR CONCEPTO DE VALORIZACIÓN CORRESPONDIENTE AL MES DE NOVIEMBRE DEL 2013, RELACIONADO CON EL CONTRATO N° 001-2013-COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2/RAC.
3. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A FAVOR DEL DEMANDANTE EL PAGO DE S/. 219,842.00 (DOSCIENTOS DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS CON 00/100 NUEVOS SOLES) POR CONCEPTO DE VALORIZACIÓN CORRESPONDIENTE AL MES DE DICIEMBRE DEL 2013, RELACIONADO CON EL CONTRATO N° 001-2013-COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2/RAC.

Considerando que los tres primeros puntos controvertidos se interrelacionan y tienen similitud respecto a la sustentación del demandante y contradictorio de los demandados el análisis y evaluación se realizará de manera conjunta.


Así se tiene que todas versan sobre el pago de valorizaciones se tiene que:

1. Que con fecha 01 de marzo del 2013, el COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2, en adelante el COMITÉ y el Señor DANIEL HUMBERTO MUÑOZ PABLO, en adelante EL PROVEEDOR suscribieron el Contrato N° 001-2013-COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2/RAC – PROCESO DE COMPRA DIRECTA DE CANASTA BASICA – RACIONES PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ALIMENTARIO DEL PNAE QALIWARMA,, para la provisión del servicio conforme a los anexo del 01 al

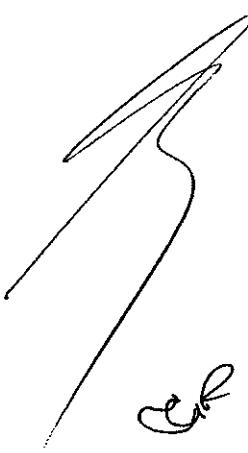
03, prestación que incluiría la entrega efectiva en las instituciones educativas públicas bajo el ámbito de la cobertura del COMITÉ.

2. Que, conforme se desprende de la Cláusula Tercera (Monto del Contrato) se detalla que el monto total asciende a S/. 2'990,240.61 (Dos millones novecientos noventa mil doscientos cuarenta con 61/100 nuevos soles); determinándose respecto a los pagos en la Cláusula Cuarta que:

"El COMITÉ autorizará el pago al PROVEEDOR dentro de los 10 (diez) días calendario siguiente al otorgamiento de la conformidad de cada valorización presentada, la misma que no excederá un plazo no mayor a 10 (diez) días calendario".

Determinándose en dicha cláusula que para obtener la conformidad respectiva el PROVEEDOR debe entregar las raciones adquiridas en las instituciones educativas públicas previstas, conforme con lo establecido en las Bases, lo cual deberá estar debidamente acreditado con los documentos de conformidad que se indican en el Manual de Compras.

Siendo que en el caso que el PROVEEDOR deba cumplir con estregas diarias, la presentación del expediente de pago deberá contener la prestación del servicio consolidando los días atendidos conforme al cuadro consignado en el contrato, debiendo tener en cuenta el plazo de valorizaciones descritas; entre los que se detallan los plazos a ser considerados para las prestaciones brindadas durante los meses de octubre a diciembre del año 2013.

- 
3. Que, durante la ejecución contractual el contrato principal fue materia de diversas modificaciones así se tiene que:
 - a. Mediante Addenda N° 001-2013 al Contrato N° 001-2013-CAJAMARCA 2- RAC Entre el Comité de Compra - Cajamarca 2 y EL PROVEEDOR Daniel Humberto Muñoz Pablo, las partes intervinientes realizan precisiones de aplicación de la Cláusula Cuarta del Contrato principal.
 - b. Con Addenda N° 002-2013 al Contrato N° 001-2013-CAJAMARCA 2- RAC Entre el Comité de Compra - Cajamarca 2 y EL PROVEEDOR Daniel Humberto Muñoz Pablo, se realizan precisiones de aplicación de la Cláusula

Tercera (Monto del Contrato) así como de la Cláusula Cuarta respecto del plazo; determinándose respecto al monto contractual que el monto total ascendería a la suma de S/. 2'908,378.71.

c. Con Addenda N° 003-2013 al Contrato N° 001-2013-CAJAMARCA 2- RAC Entre el Comité de Compra - Cajamarca 2 y EL PROVEEDOR Daniel Humberto Muñoz Pablo, se realizan modificaciones nuevamente al contrato principal respecto a la ración, detallándose el objeto del mismo, determinándose respecto al PAGO que:

- El COMITÉ autoriza el pago AL PROVEEDOR dentro de los diez (10) días calendarios siguientes al otorgamiento de la conformidad de cada valorización presentada. Luego de lo cual, se contará con diez (10) días adicionales para que se culmine con la tramitación del pago. Asimismo se detalla que, en total de días el pago se efectuará luego de veinte días (20) días calendarios, contabilizados desde el día siguiente en que el PROVEEDOR presente su valorización sin que medie observación alguna sobre esta, si el caso el proveedor tenga que enmendar errores en sus valorizaciones, el plazo de veinte (20) días se empezará a computarse a partir del día siguiente en el cual el proveedor haya levantado las observaciones, considerando que se haya entregado dentro de la fecha pactada.

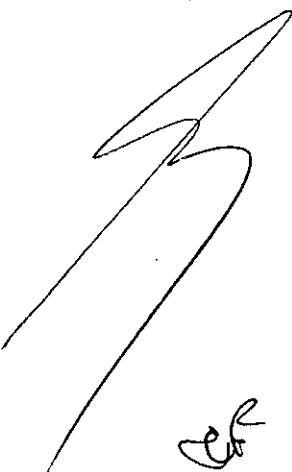
Así también se detalla que para que se obtenga la conformidad respectiva, EL PROVEEDOR debe entregar los productos en las Instituciones Educativas Públicas previstas, conforme con lo establecido en las Bases, lo cual deberá estar debidamente acreditado con los documentos de conformidad que se indican en el Manual de Compras.

Así también se indica que en caso que EL PROVEEDOR deba cumplir con estregas mensuales, la presentación de la valorización deberá contener la prestación del servicio consolidado los días atendidos conforme a cuadro que se consigna; asimismo vuelven a establecer el plazo de presentación de las valorizaciones descritas.

d. Con Addenda N° 004-2013 al Contrato N° 001-2013-CAJAMARCA 2- RAC Entre el Comité de Compra - Cajamarca 2 y EL PROVEEDOR Daniel

Humberto Muñoz Pablo, las partes contractuales realizan precisiones a la Cláusula Segunda referida al objeto del Contrato; así como la Cláusula Tercera (Monto del Contrato) el mismo que queda fijado en S/. 2'783,068.88.

- e. Con Addenda N° 005-2013 al Contrato N° 001-2013-CAJAMARCA 2- RAC Entre el Comité de Compra - Cajamarca 2 y EL PROVEEDOR Daniel Humberto Muñoz Pablo, se realizan modificaciones a la Cláusula Segunda del Contrato principal, y nuevamente el monto del contrato el que se fija en S/. 2'753,288.23.
- f. Con Addenda N° 006-2013 al Contrato N° 001-2013-CAJAMARCA 2- RAC Entre el Comité de Compra - Cajamarca 2 y EL PROVEEDOR Daniel Humberto Muñoz Pablo, suscrito con **fecha 24 de agosto del 2013**, una vez más realizan modificaciones al contrato principal modificándose el monto del Contrato el que se establece en S/. 2'974,155.26; determinándose respecto al pago que:
 - El COMITÉ autoriza el pago AL PROVEEDOR dentro de los diez (10) días calendarios siguientes al otorgamiento de la conformidad **de cada valorización presentada**. Luego de lo cual, se contará con diez (10) días adicionales para que se culmine con la tramitación del pago. Asimismo se detalla que, en total de días el pago se efectuará luego de veinte (20) días calendarios, contabilizados desde el día siguiente en que el PROVEEDOR presente su valorización sin que medie observación alguna sobre esta, si el caso el proveedor tenga que enmendar errores en sus valorizaciones, el plazo de veinte (20) días se empezará a computarse a partir del día siguiente en el cual el proveedor haya levantado las observaciones, considerando que se haya entregado dentro de la fecha pactada.



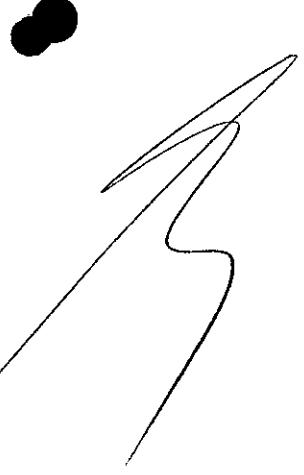
Así también se detalla que para que se obtenga la conformidad respectiva, EL PROVEEDOR debe entregar los productos en las Instituciones Educativas Públicas previstas, conforme con lo establecido en las Bases, lo cual deberá estar debidamente acreditado con los documentos de conformidad que se indican en el Manual de Compras.

Así también se indica que en caso que EL PROVEEDOR deba cumplir con estregas mensuales, la presentación de la valorización deberá contener la prestación del servicio consolidado los días atendidos conforme a cuadro que se consigna; asimismo vuelven a establecer el plazo de presentación de las valorizaciones descritas.

Haciéndose la siguiente precisión: “*para efectos de pago, el en caso el PROVEEDOR entregara los productos por encima de la fecha pactada, se contabilizará el pago a partir del día siguiente en que los productos han sido efectivamente entregados*”.

4. Que, como se advierte de la Contestación de la Demanda, el Presidente del Comité así como el Procurador del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social en el Punto 2.1.10 refieren que mediante Oficio N° 036-2013-MIDIS/PNAEQW/pnaeqw-ut-cjmr1 y Anexos (ACTAS DE SUPERVISION) de fecha 10 de octubre del 2013 (ANEXO 1-I), comunica al Presidente del Comité de Compras 02 Cajamarca que el **10 de octubre del 2013 el PROVEEDOR no ha entregado la ración del día en 29 instituciones educativas del Distrito de Cajamarca**, conforme se puede apreciar en las actas de supervisión anexas al presente oficio.
5. Que, asimismo en el punto 2.1.11, del escrito de contestación de demanda indica que mediante Oficio N° 040-2013-MIDIS/PNAEQW-UT-CJMR de fecha **11 de octubre del 2013 (ANEXO 1-J)**, la coordinadora de supervisión y monitoreo de la UT Cajamarca 1, comunica al Presidente del Comité de Compras 02 Cajamarca, que el 1 de octubre del 2013 el PROVEEDOR no ha entregado la ración del día en 10 instituciones educativas del distrito de Cajamarca.

Por lo que según refiere en el Punto 2.1.12 que con Carta N° 027-2014-PNAEQW/CCCAJAMARCA 2 y anexos, se fecha 08 de abril del 2014 (ANEXO 1-K) el Presidente del Comité de Compra N° 02 – Cajamarca, comunica la liquidación de contrato de proveedor, además de detallar las razones por las que no se pagaron las valorizaciones de octubre, noviembre y diciembre, según el detalle, detallando el cálculo que realizara en los siguientes términos:



CALCULO	LLACANORA	CAJAMARCA
Monto total del item	S/. 82,915.85	S/. 2'891,239.41

Número de días	2 (10 y 11 de octubre)	2 (10 y 11 de octubre)
Tasa de penalidad	0,001 (0.10%)	0.001 (0.10%)
Nº de I.E.	2	154
Penalidad	S/. 331.66	S/. 890,501.73

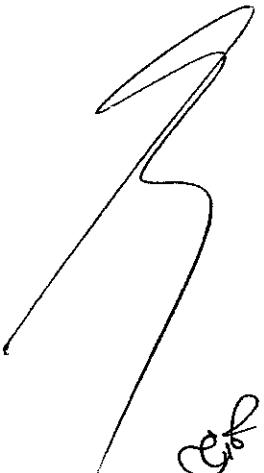
6. Que, en principio corresponde considerar que el contrato respecto del cual derivan las controversias es uno de prestaciones recíprocas, vale decir que ambas partes han asumido obligaciones donde una es la causa de la otra; existiendo una relación sinalagmática entre la prestación del Demandante y la de los demandados, esto quiere decir que la causa por la que la Demandante suscribió el contrato, es porque correspondía que la Demandada ejecute también sus propias obligaciones.
7. Que en relación al contrato sinalagmático o bilateral autores como el jurista francés LARROUMET, Christian, en su Teoría General del Contrato, han señalado que:

“Cada parte es acreedora y deudora de la otra parte. El contrato sinalagmático es el contrato por el cual cada una de las partes se compromete con la otra o las otras, si hay más de dos. En todos estos contratos, cada uno de los contratantes es a la vez acreedor y deudor de la otra parte. De ello se deduce que en un contrato sinalagmático, se considera que las obligaciones son recíprocas, es decir, que el acreedor es al mismo tiempo deudor y el deudor es al mismo tiempo acreedor. Pero esas obligaciones son también interdependientes, es decir, que si el acreedor es deudor, es porque el deudor es acreedor y ello en virtud del mismo contrato. En otras palabras, desde la celebración del contrato, cada contratante acepta comprometerse con el otro porque el otro se compromete con él.” (el resaltado y subrayado es nuestro).

8. Que, por otro lado, interesa señalar que conforme se observa de su contenido y naturaleza jurídica se trata de un contrato por adhesión, de acuerdo a lo prescrito en el Artículo 1390º del Código Civil que prevé que el contrato es por adhesión cuando una de la partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar. (Énfasis agregados); dado que las bases del proceso fueron elaboradas por el COMITÉ, tomando como sustento el Manual de Compras aprobado por el MIDIS, e incorporadas automáticamente al proceso de selección

desde la convocatoria, por lo tanto, para poder participar en el proceso de selección el PROVEEDOR aceptó las condiciones de las bases y posteriormente del Contrato y sus modificaciones; convirtiéndose en exigibles para las partes intervenientes.

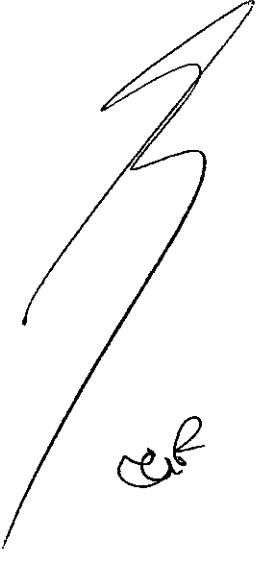
9. Que, siendo así corresponde considerar que fundamentalmente los alcances del Contrato se sustentan en las estipulaciones contenidas en el Manual de Compras, el cual lo define como el instrumento normativo que contiene las disposiciones, lineamientos y procedimientos de observancia obligatoria por los Comités de Compra, proveedores y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, en adelante Qali Warma, y son aplicables a las contrataciones que se realicen para la atención del servicio alimentario a los usuarios del programa, en el marco del modelo de cogestión de Qali Warma; asimismo se detalla que el Manual de Compra deriva de la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, al Decreto Supremo N° 001-2013-MIDIS, que establece disposiciones para la transferencia de recursos financieros a los comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios de Qali Warma, y de lo establecido en la Directiva Nº 001-2013-MIDIS, Procedimientos Generales para la Operatividad del Modelo de Cogestión para la atención del servicio alimentario de Qali Warma, aprobada por Resolución Ministerial N° 016-2013-MIDIS, y sus modificatorias. Para finalmente advertir que las contrataciones para la prestación del servicio alimentario a los usuarios de Qali Warma no se encuentran sujetas a la normativa de contrataciones del Estado, consagrada en el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, sus modificatorias y normas complementarias.

- 
10. Que, en tal sentido, corresponde de acuerdo a los puntos controvertidos considerar que el Punto VI.5 de la **Conformidad de la Prestación**, en el Numeral 75 determina que la entrega de las raciones y productos se realizará en las Instituciones Educativas Públicas, de acuerdo con lo establecido en el contrato; precisándose en el Numeral 77) que -en relación con la conformidad de los productos y raciones- será otorgada por el respectivo Comité de Alimentación Escolar (CAE), el cual deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad y cantidad de los mismos de acuerdo con la programación de raciones o los volúmenes de productos entregados por EL PROVEEDOR a cada

Institución Educativa. De existir observaciones se consignarán en el acta de entrega - recepción respectiva, indicándose claramente el sentido de aquéllas.

Determinándose que no se emitirá conformidad cuando la entrega de raciones o productos se realice en contravención de los plazos previstos en el contrato. Tratándose de raciones existirá un tiempo de tolerancia máximo de 20 minutos, luego de lo cual el proveedor será pasible de penalidad, y en caso el retraso sea superior a los 60 minutos, además de la penalidad, el Comité de Alimentación Escolar no deberá recibir las raciones y tampoco estas serán valorizadas ni pagadas. Tratándose de productos, el retraso en la entrega acarrea la imposición de la penalidad respectiva y el no reconocimiento del pago por los días de retraso.

11. Que, de los argumentos presentados por los demandados y las pruebas ofrecidas se advierte que las prestaciones realizadas durante el periodo comprendido entre los meses de octubre a diciembre del 2013, no fueron materia de observaciones ni cuestionamientos; y siendo que solamente se ha probado que EL PROVEEDOR no realizó el abastecimiento correspondiente a los días 10 y 11 del mes de octubre del año 2013, el Árbitro Único entiende que las demás prestaciones estuvieron acorde a las exigencias contempladas en la Cláusula Cuarta del Contrato principal y sus modificatorias contenidas en las Addendas descritas.
12. Que, en mérito a lo expuesto, y siendo que los días en los que el demandante incurrió en retraso ya han sido debidamente descontados conforme se verifica en los montos calculados; corresponde ordenar a los demandados cumplan con el pago de las valorizaciones de los meses de octubre, noviembre a favor del demandante.



4. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO LA APLICACIÓN DE PENALIDAD O DE SER EL CASO LA REDUCCIÓN EQUITATIVA DE LA PENALIDAD QUE CORRESPONDE.

1. En relación a la aplicación de penalidades resulta relevante considerar que la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 001-2013-COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2/RAC - PROCESO DE COMPRA DIRECTA DE CANASTA BÁSICA RACIONES PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ALIMENTARIO DEL PNAE QALIWARMA, determina:

13.1 Penalidad por retrasos:

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

- a) Tiempo de tolerancia (20 minutos): Por un retraso de hasta veinte minutos en la hora pactada en el cronograma de entrega de raciones a un centro educativo, ya sea que se trate de una o más raciones entregadas con retraso, EL CONTRATISTA no será pasible de penalidad
 - b) En caso EL CONTRATISTA tenga un retraso que exceda el tiempo de tolerancia establecido en el literal anterior, respecto de un mismo centro educativo, EL CONTRATISTA deberá asumir una penalidad ascendente a 0.10% del monto total del contrato. Esta penalidad será aplicable por evento en cada centro educativo individualmente. En caso de retraso sea superior a los setenta (60) minutos el CAE tendrá la facultad de no recibir las raciones, sin perjuicio que el COMITÉ aplique la penalidad y medidas correspondientes.
2. Que, a su vez el Manual de Compras determina en el Numeral 80) que las penalidades son aplicables automáticamente por la Unidad Territorial de Qali Warma cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el presente manual y en el contrato respectivo, y aquélla responda a circunstancias imputables al proveedor. Las penalidades se aplican sin perjuicio de la potestad resolutoria del Comité de Compra y de las acciones legales que correspondan; precisando en el Numeral 82 que cada penalidad se calculará de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas por la Unidad Territorial de Qali Warma de los pagos parciales o del pago final, conforme a lo señalado en el **numeral 80**) del presente manual; y en tal razón se detalla en el Numeral 83 que:

Las penalidades se aplicarán de acuerdo con el siguiente detalle:

Modalidad: Servicio de Raciones Preparadas**Causales referidas a la Entrega de las Raciones**

Causales de Incumplimiento	Penalidad
Entrega incompleta de raciones en las instituciones educativas: a) Entrega una cantidad menor de raciones a la establecida en el contrato. b) Entrega parcial: Sólido sin bebible o bebible sin sólido. c) Entrega de sólido sin acompañamiento o relleno. En los supuestos b) y c), se considerará como no ejecutada la prestación.	0,5% del monto total del contrato por día.
Retraso en la entrega de raciones en una o más instituciones educativas, que excedan el tiempo de tolerancia de 20 minutos en relación al horario establecido en el contrato.	0,1% del monto total del contrato por día.
Incumplimiento en la entrega diaria de raciones en las instituciones educativas (no entrega raciones).	1% del monto total del contrato por día.

Causales referidas a la Calidad de las Raciones

Causales de Incumplimiento	Penalidad
Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad.	0,5% del monto total del contrato por día.
En caso que los envases de las raciones no cumplan con las especificaciones técnicas descritas en las bases, no se encuentren herméticamente cerrados o no presenten sellado térmico, según corresponda.	0,5% del monto total del contrato por día.

Otras Causales de Incumplimiento Contractual

Causales de Incumplimiento	Penalidad
Incumplimiento de entrega de los certificados en la oportunidad ofertada.	0,5% del monto total de contrato por día.
Incumplimiento de entrega de programación de raciones en una o más Instituciones Educativas.	0,1% del monto total del contrato por día.
Incumplimiento en el horario establecido para la preparación de la recetas.	0,5% del monto total de contrato por día.
Incumplimiento de la programación de la preparación de las recetas.	0,1% del monto total de contrato por día.
No contar con el certificado de saneamiento ambiental vigente del establecimiento.	0,1% del monto total de contrato por día
No contar con los documentos que acrediten la realización de controles médicos semestrales del personal manipulador de alimentos.	0,5% del monto total de contrato por día
No contar con Plan Haccp de cada uno de los establecimientos donde se elaboran raciones, <u>desarrollado e implementado</u> como un sistema de control bajo la responsabilidad de un profesional de control de calidad durante el periodo de atención.	1% del monto total del contrato por día.

Modalidad: Provisión de Productos**Causales referidas a la Entrega de los Productos**

Causales de Incumplimiento	Penalidad
Incumplimiento en la entrega de productos en la fecha establecida en el contrato.	0,5% del monto total del contrato por día de incumplimiento.
Entrega incompleta de productos en las instituciones educativas: a) Entrega una cantidad menor de productos a la establecida en el contrato. b) Entrega de productos distintos a los indicados en el objeto de contratación. En el supuesto b), se considerará como no ejecutada la prestación.	0,5% del monto total del contrato por cada día de incumplimiento.

Causales de Incumplimiento	Penalidad
Productos no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos, siempre que no afecten la inocuidad.	0,5% del monto total del contrato por día.

Causales de Incumplimiento	Penalidad
Incumplimiento de entrega de los certificados en la oportunidad ofertada.	0,5% del monto total de contrato por día.
Incumplimiento en la entrega de volúmenes de productos en una o más Instituciones Educativas.	0,1% del monto total de contrato por día.
No contar con el certificado de saneamiento ambiental vigente del establecimiento.	0,1 % del monto total del contrato por día.
No contar con los documentos que acrediten la realización de controles médicos semestrales del personal manipulador de alimentos.	0,5 % del monto total del contrato por día.
No contar con los Manuales de Buenas Prácticas de Almacenamiento, Buenas Prácticas de Manipulación y de Programa de Higiene y Saneamiento, de cada uno de los establecimientos donde se almacenan y/o fraccionan productos, <u>desarrollado e implementado</u> como un sistema de control bajo la responsabilidad de un profesional de control de calidad durante el periodo de la adquisición y distribución de los productos.	1% del monto total del contrato por día.

3. Que, como se advierte el Manual de Compras prevé las diversas causales que generarían la aplicación de penalidades, determinándose en igual sentido los porcentajes de las mismas.

4. Que, de las pruebas presentadas por las partes se tiene que el PROVEEDOR DANIEL HUMBERTO MUÑOZ PABLO no cumplió con el abastecimiento los días 10 y 11 del mes de octubre del año 2013; de acuerdo al siguiente detalle:

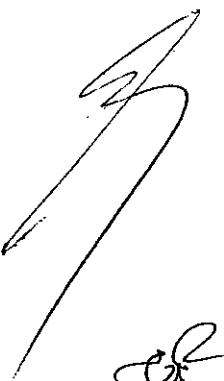
Día 10 de octubre del 2013: El PROVEEDOR no entregó la ración del día en 29 instituciones educativas del Distrito de Cajamarca.

Día 11 de octubre del 2013: La coordinadora de supervisión y monitoreo de la UT Cajamarca 1, comunica al Presidente del Comité de

Compras 02 Cajamarca, que el PROVEEDOR no ha entregado la ración del ~~10~~ día en **10 instituciones educativas del distrito de Cajamarca.**

5. Que como se determina en el Manual de Compras y el Contrato en efecto corresponderá al CONTRATISTA asumir una penalidad ascendente al 0.10% del monto total del contrato; sin embargo dicha penalidad **será aplicable por evento en cada centro educativo individualmente; vale decir que para determinar el quantum está se aplicará considerando el número de instituciones educativas que no fueron realmente atendidas.**
6. Que, en lo que corresponde al número de días no abastecidos, se ha determinado que no se realizó el abastecimiento del total de instituciones educativas por los días 10 y 11 de octubre; sin embargo y conforme corresponde a derecho resulta imperativo considerar que con fecha 23 de diciembre del 2013, el Presidente del Comité de Compras Cajamarca 2 y el señor Daniel Humberto Muñoz Pablo, suscribieron el Acta de Conciliación con Acuerdo Total – Acta de Conciliación Nº 011-2013 – Exp Nº 013-2013, referido a la entrega de servicio de los días 10 y 11 de octubre del 2013, considerando que en esas fechas no se habría contado con el servicio de agua potable en la localidad por un hecho imprevisible de fuerza mayor la cual habría sido acreditado con las constancias respectivas, determinándose en el Punto Segundo que:

“Las partes acuerdan que el incumplimiento de servicios de los días 10 y 11 de octubre del 2013 por parte del proveedor DANIEL HUMBERTO MUÑOZ PABLO, convienen en la aplicación de la penalidad por un día de incumplimiento del contrato, considerando el día que le ha concedido el Comité para que cumpla con restablecer el servicio alimentario, la aludida penalidad será aplicada en las valorizaciones presentadas por el proveedor y en liquidación del Contrato”.

- 
7. Que, sin perjuicio de lo anterior, se tiene que el demandante presentó como medio probatorio la Carta Nº 001-2014-DDR-GO/EPS SEDACAJ S.A. de fecha 28 de enero del 2014, suscrito por el Señor Ing. Hugo Muñoz Montoya, Jefe de la División de Distribución y Recolección de la

EPS SEDACAJ S.A. que el servicio de abastecimiento de agua potable durante el año pasado ha sido irregular, teniéndose que racionar por horas, específicamente en el sector de Mollepampa se agudizó el problema, es así que durante los días del 09 al 11 de octubre del 2013, en la Av. La Paz que incluye la cdra. 19, hubo un desabastecimiento total como consecuencia de varios factores; sin embargo, con fecha 31 de enero de 2015 el mismo Ingeniero Muñoz Montoya emite la Carta N° 001-2014-DDR-GO/EPS SEDACAJ S.A. (anexo M de la contestación de la demanda) mediante la cual precisa que si bien anteriormente refirió que existió desabastecimiento de agua potable en la cuadra 19 de la Av. La Paz; por un error involuntario y de apresuramiento, dicha información no concuerda con la base de datos del registro de ocurrencias de roturas de tuberías; aclarando que los días del 09 al 11 de octubre si se contó con el servicio de agua potable.

8. Que, es pertinente precisar que si bien el acuerdo conciliatorio se sustentó en que en los días de incumplimiento de entrega no se contó con el servicio de agua potable y pese a que no existe certeza respecto a la causa fortuita que pudiera haber generado el desabastecimiento y por ende justificar la no aplicación de la penalidad; no es competencia del Árbitro Único Pronunciarse sobre aquello ya que el acta de conciliación sólo podrá ser declarada nula en vía de acción por sentencia emitida en proceso judicial, conforme lo establecido en el artículo 16°-A in fine de la Ley N° 26872.

9. Que, ha quedado probado que el demandado ha incumplido sus obligaciones contractuales en los días 10 y 11 de octubre de 2013; por lo que no resulta amparable su solicitud de inaplicación de penalidad; sin embargo y siendo que el demandado ha solicitado como pretensión alternativa la reducción de dicha penalidad, corresponde analizar si corresponde dicha reducción.

10. Que, los demandados establecieron como monto de penalidad la suma de S/. 890, 833.40 Nuevos Soles y atendiendo a que el monto del contrato asciende a S/. 2'974,155.30 Nuevos Soles; tenemos que el monto de la penalidad equivale al 30% del contrato; lo que evidencia un

exceso en el quantum de la aplicación de penalidad por parte de los demandados.

11. Que, al existir una penalidad manifiestamente excesiva, conforme establece el artículo 1346º del Código Civil¹, resulta ampliarable la solicitud del demandante respecto de la reducción de la penalidad. En ese sentido, el Árbitro Único procederá a realizar un cálculo razonable y proporcional de la penalidad que se aplicará al demandante como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones. .

12. Que, atendiendo el contenido del OFICIO N° 036-2013-MIDIS/PNAEQW-UT,-CJMR1 y del OFICIO N° 040-2013-MIDIS/PNAEQW-UT,-CJMR1; los cuales se detallan la cantidad de instituciones educativas en las que el demandado no cumplió con la entrega de alimentos los días 10 y 11 de octubre de 2013, se tiene que:

- a. Respecto al día **10 de octubre del 2013**, de acuerdo al OFICIO N° 036-2013-MIDIS/PNAEQW-UT,-CJMR1, suscrito por la Lic. Marisol Mercedes Campomanez Guija, Coordinadora de Supervisión y Monitoreo VI Cajamarca, del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma – Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, el **PROVEEDOR NO ENTREGÓ RACIONES EN 29 INSTITUCIONES EDUCATIVAS**; documento que se encuentra sustentado con los respectivas Acta de Resultados de Visitas de Seguimiento a la Prestación del Servicio Alimentario en los Comités de Alimentación Escolar.

- b. Respecto al día **11 de octubre del 2013**, con OFICIO N° 040-2013-MIDIS/PNAEQW-UT,-CJMR1, suscrito por la Lic. Marisol Mercedes Campomanez Guija, Coordinadora de Supervisión y Monitoreo VI Cajamarca, del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma – Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social el **PROVEEDOR NO ENTREGÓ RACIONES EN 10 INSTITUCIONES EDUCATIVAS**; documento que igualmente se encuentra

¹ El juez a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

sustentado con las respectivas Acta de Resultados de Visitas de Seguimiento a la Prestación del Servicio Alimentario en los Comités de Alimentación Escolar.

Por lo que realizado el cálculo se tiene que:

CALCULO	LLACANORA	CAJAMARCA
Monto total del ítem	S/. 82,915.85	S/. 2'891,239.41
Número de días	2 (10 y 11 de octubre)	10 y 11 de octubre
Tasa de penalidad	0,001 (0.10%)	0.001 (0.10%)
Nº de I.E.	1	10/10/2013: 29 I.E. 11/10/2013: 10 I.E. Total 39 I.E. no abastecidas
Penalidad	S/. 165.83	S/. 112,758.36

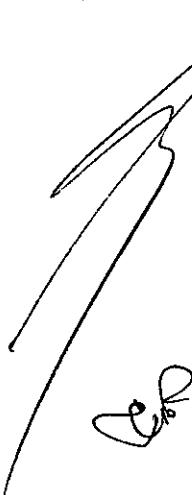
13. En ese orden, el Árbitro Único deja sentada su posición que las penalidades tienen que ser racionales y graduales, atendiendo a la naturaleza del contrato, el quantum y los días de prestación, que en el presente caso, el pretender aplicar una penalidad de casi 900 mil nuevos soles por 2 días de atraso respecto de un contrato de casi 3 millones de nuevos soles, a todas luces es excesivo, el cual no resiste ningún argumento que sostenga dicha penalidad, por el contrario, nos encontramos ante una cláusula abusiva o exorbitante que genera vulneración de un contrato de buena fe y trato justo; más aún que el propio código civil en su artículo 1349 permite la reducción de la penalidad cuando se encuentre ante una caso como el presente, por lo que, aplicando justicia en derecho, corresponde reducir la aplicación de penalidad realizada por los codemandados de S/. 890,833.40 Nuevos Soles, por el monto de de S/. 112,924.19 Nuevos Soles; por tanto, los codemandados deberán de reformular su liquidación de pago, solo aplicando la penalidad aquí señalada y proceder al pago del saldo final conforme se detalla en los actos resolutivos del presente laudo.



5. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DISPONER QUE EL COMITÉ DE COMPRAS HAGA ENTREGA DEL CERTIFICADO DE CONFORMIDAD A FAVOR DEL DEMANDANTE.

1. Que, conforme se establece el numeral 93) del Manual de Compras de Qali Warma: "la conformidad será otorgada por el Comité de Alimentación Escolar (CAE), el cual deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la cantidad, calidad y cumplimiento de las condiciones contractuales (...)" . Adicionalmente se tiene que el Comité de Compra con la asistencia técnica de Qali Warma, revisa y verifica la veracidad de la documentación que sustenta la conformidad de recepción de los productos y raciones.
2. Que estando a las precisiones contenidas en el Manual de Compras y el Contrato respectivo y siendo que de la sustentación respecto los puntos controvertidos anteriores se ha determinado que el PROVEEDOR ha incumplido parcialmente con el abastecimiento de las raciones pactadas en el Contrato y sus Addendas, incurriendo en la aplicación de penalidad por parte de los demandados, resulta materialmente imposible otorgar un certificado de conformidad a favor del demandante; por lo que corresponde declarar infundada esta pretensión.

6. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LOS DEMANDADOS PAGUE A FAVOR DEL DEMANDANTE UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS, POR UN MONTO ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 200,000.00 (DOSCIENTOS MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES).

- 
1. Que, al respecto corresponde considerar que el Artículo 1329º concordado con el Artículo 1330º del Código Civil, determina que se presume que la inejecución de una obligación obedece a *culpa leve del deudor*, recayendo en el afectado por la inejecución el probar la existencia de dolo o culpa inexcusable; vale decir que correspondía al acreedor, en nuestro caso al demandante probar y sustentar la existencia de la obligación y al Árbitro Único apreciar la inejecución de la misma o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; y, al afectado con el incumplimiento corresponde probar los daños y perjuicios sufridos y su cuantía; siendo así conforme lo determina los Artículos 13312º y 13322º del Código Civil, la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos y de su cuantía corresponde a quien fue perjudicado con la

inejecución; determinándose que cuando no pudiera ser probada en su monto preciso, este deberá fijarse con valoración equitativa.

2. Que, en el presente caso el demandante solicita una indemnización ascendiente a S/. 200,000.00 Nuevos Soles como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones esenciales de EL CONTRATO por parte de los demandados. Siendo esto así, el Árbitro Único estima necesario analizar si válidamente se han constituido los elementos esenciales de responsabilidad civil indemnizatoria. Por ello, es necesario referir que la responsabilidad por daños se basa en los siguientes elementos que han de considerarse para declarar fundada una pretensión de esta naturaleza:
 - (i) Antijuricidad o ilicitud del acto que da lugar a la reclamación;
 - (ii) Daños efectivamente causados y probados como consecuencia de dicho acto;
 - (iii) La relación o nexo de causalidad entre el acto ilícito que provoca el daño y los daños efectivamente probados; y
 - (iv) La imputabilidad o el factor de atribución que responsabiliza a quien los ha causado y le obliga a indemnizarlos, factor que se define por medio del dolo o la culpa con el que actúa el causante.
3. Que, asimismo, debe tomarse en cuenta que en materia indemnizatoria basta que uno de los elementos propios de la responsabilidad civil esté ausente, para que esta no se genere jurídicamente y para que no proceda el resarcimiento indemnizatorio pretendido.
4. Que, en el presente caso, se ha determinado que los demandados no cumplieron con cancelar las valorizaciones en la oportunidad y conforme a los plazos determinado en el Contrato y aplicó la penalidad de acuerdo a su criterio e interpretación, lo que configuraría el primer elemento justificativo de la responsabilidad por daño; sin embargo el demandante no ha probado objetiva y documentariamente el quantum de los daños generados como consecuencia de dicho incumplimiento por parte de los demandados.
5. Que, en mérito a lo expuesto y siendo que la pretensión indemnizatoria no cuenta con todos los elementos requeridos, corresponde declarar infundado dicho punto controvertido.

7. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LOS DEMANDADOS PAGUE A FAVOR DEL DEMANDANTE LOS INTERESES COMPENSATORIOS Y

MORATORIOS TAMBIÉN Y SI ÉSTOS DEBEN SER APLICABLES A CADA UNA DE LAS SUMAS DEMANDADAS; ASÍ COMO LA FECHA DE APLICABILIDAD.

1. Que, en relación a éste punto controvertido resulta pertinente considerar que si bien el Manual de Compras no contempla el pago de intereses; sin embargo al existir un vacío corresponde aplicar el manera supletoria las estipulaciones contenidas en el Código Civil, así se tiene que **Artículo 1242 del código adjetivo determina respecto al Interés compensatorio y moratorio que:**

El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.

Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

Así se tendrá que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso de dinero o de cualquier otro bien; por lo que tendrá como finalidad el de mantener el equilibrio patrimonial evitando que una de las partes obtenga un enriquecimiento al no pagar el importe del rendimiento de un bien. Así, se permite cobrarle a quien se beneficia del dinero o cualquier otro bien, una retribución adecuada por el uso que haga de él; en el caso de autos el demandante no ha probado que los demandados hubieran dado un uso diferente al presupuesto asignado para las valorizaciones pendientes.

2. Que, por otro lado el Código Civil prescribe que el interés moratorio tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago, sancionado el retraso, ya sea doloso o culposo, en el cumplimiento de la obligación que corresponde al deudor. El interés moratorio es independiente del compensatorio, reparando con ello los daños y perjuicios que el retraso haya ocasionado al acreedor.

Siendo así corresponderá que respecto a las valorizaciones no canceladas se deberá reconocer a favor del demandante DANIEL HUMBERTO MUÑOZ PABLO el pago de intereses moratorios los cuales serán calculados en ejecución de Laudo, a partir del momento en que se generó la obligación de procederse a su cancelación.

8. DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR QUE LOS DEMANDADOS ASUMAN LA INTEGRIDAD DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO ARBITRAL.

1. Que, al respecto corresponde tener en cuenta que el Artículo 69º del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje, dispone que el Laudo Arbitral debe pronunciarse sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral. Estos costos incluyen, pero no se limitan, a la retribución del árbitro, los honorarios y gastos del secretario, los gastos administrativos de la institución arbitral y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, ello de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 70º del acotado cuerpo normativo.
2. Que, en el mismo sentido, el Artículo 73º numeral 1) del mismo texto legal, dispone que 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.
3. En el convenio arbitral contenido en EL CONTRATO, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, corresponde al Árbitro Único o Tribunal Unipersonal pronunciarse sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Por lo que el Árbitro Único considera que tomando en cuenta el resultado en el que no se puede afirmar que exista una parte vencida, ya que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para generar las controversias, máxime si se considera la naturaleza de la contratación y el interés de salvaguardar los intereses del Estado; adiconado al hecho que el Árbitro Único tiene en consideración el comportamiento de las partes procesales durante el desarrollo del proceso, corresponde disponer que cada parte asumirá directamente los gastos y costos del proceso

Por las consideraciones expuestas;

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión; y en consecuencia se ordena a los demandados Comité de Compra Cajamarca 2 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma recalculen la liquidación del contrato la misma que

deberá ser efectuada tomando en cuenta el monto de las Valorizaciones del mes de octubre, noviembre y diciembre, deduciendo el monto detallado como penalidad conforme al tercer acto resolutivo.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADAS** las pretensiones accesorias a la pretensión originaria, en consecuencia dispongo que los demandados Comité de Compra Cajamarca 2 y el Programa Nacional De Alimentación Escolar Qali Warma cumplan con cancelar a favor del demandante Daniel Humberto Muñoz Pablo, lo siguiente:

- a) La valorización correspondiente al mes de octubre del 2013, relacionado con el Contrato N° 001-2013-COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2/RAC, por el monto de S/. 348,255.89 (trescientos cuarenta y ocho mil doscientos cincuenta y cinco con 89/100 nuevos soles); monto al que deberá descontarse la penalidad que se fija en el el tercer acto resolutivo del presente laudo.
- b) La valorización correspondiente al mes de noviembre del 2013, relacionado con el Contrato N° 001-2013-COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2/RAC, por la suma de S/. 366,404.88 (trescientos sesenta y seis cuatrocientos cuatro con 88/100 nuevos soles).
- c) La valorización correspondiente al mes de diciembre del 2013, relacionado con el contrato N° 001-2013-COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 2/RAC. por la suma de S/. 219,842.00 (doscientos diecinueve mil ochocientos cuarenta y dos con 00/100 nuevos soles).

TERCERA: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión; y en consecuencia inaplicable la penalidad de S/. 890, 833.40 Nuevos Soles, que impuso o impusieron los codemandados, por tanto, corresponde deducir la aplicación de la penalidad por el monto de S/. 112,924.19 (ciento doce mil novecientos veinticuatro con 19/100 nuevos soles), penalidad en que ha incurrido el PROVEEDOR DANIEL HUMBERTO MUÑOZ PABLO, monto que deberá ser descontado de la valorización correspondiente al mes de octubre del 2013.

CUARTA: Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión respecto de la emisión del certificado de conformidad a favor del demandante DANIEL HUMBERTO MUÑOZ PABLO.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la cuarta pretensión respecto de la indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/. 200,000.00 (Dos Mil y 00/100 Nuevos Soles).

SEXTO: Declarar **FUNDADA** la Quinta Pretensión en consecuencia disponerse el reconocimiento de los intereses moratorios conforme a ley; los cuales deberán ser liquidados en ejecución de laudo.

SÉTIMO: DISPONER que cada una de las partes asuma los costos que hubiera irrogado el presente proceso arbitral.

OCTAVO: ORDENAR que la Secretaría Arbitral cumpla con remitir el laudo arbitral de Derecho al Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, dentro del plazo de 05 días, bajo responsabilidad.

Notifíquese a las partes conforme a derecho.

Mg. Jimmy Pisfil Chafloque
ÁRBITRO ÚNICO

Elsa V. Rojas Arana
SECRETARIA ARBITRAL