

RESOLUCIÓN N° 16

Lima, 20 de junio de 2016

LAUDO

I. INTRODUCCIÓN.-

Laudo Arbitral Nacional de Derecho

Emitido por Tribunal Arbitral cuya composición es como sigue:

Presidente: Gonzalo García Calderón Moreyra

Árbitros: Juan Manuel Revoredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

Secretario: Daniel Vega

Según el Proceso Arbitral seguido entre:

Trigal Alimentos E.I.R.L., representada por Pedro Kristian Romani Limaylla y Hugo Martín Rosado Oliden (en adelante, TRIGAL o el DEMANDANTE)

v.

Comité de Compra Lima 1 (en adelante, el COMITÉ o el DEMANDADO)

y

Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – MIDIS (en adelante, la PROCURADURÍA), como parte no signataria, representada por Luis Enrique Ames Peralta.

Proceso arbitral seguido entre Trigal Alimentos E.I.R.L. v. Comité de Compra Lima 1.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revoredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

VISTOS:

II. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.-

Con fecha 24 de febrero de 2014, TRIGAL y EL COMITE suscribieron los Contratos Nº 001-2014-CC-LIMA 1/PRODUCTO (ítem Chancay 1), Nº 002-2014-CC-LIMA 1/PRODUCTO (ítem Huaral 1) y Nº 003-2014-CC-LIMA 1/PRODUCTO (ítem Huaral 2) (en adelante, "los CONTRATOS").

Por carta notarial de fecha de 4 de noviembre de 2014, TRIGAL presentó ante el COMITÉ una solicitud de arbitraje, al amparo del convenio arbitral contenido en la cláusula vigésima de los CONTRATOS.

De lo anterior queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre las partes y la concurrencia de las condiciones para su validez.

III. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

TRIGAL designó como árbitro al doctor Juan Manuel Revoredo Lituma. Por su parte, EL COMITE designó a la doctora Rossana Merino Ramírez. Finalmente, ambos árbitros de parte designaron al doctor Gonzalo García Calderón Moreyra como Presidente del Tribunal Arbitral.

IV. TIPO DE ARBITRAJE.-

El 21 de mayo de 2015 se llevó a cabo en la sede institucional del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, "el CENTRO"), la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.

A dicha audiencia asistió en representación de TRIGAL, los señores Pedro Kristian Román Limaylla y Hugo Martín Rosado Oliden y, en representación del DEMANDADO y de la PROCURADURÍA, el señor Carlos Ricardo Torres Zavala.

2

Proceso arbitral seguido entre Trigal Alimentos E.I.R.L. v. Comité de Compra Lima 1.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

En la referida Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral se estableció que, en virtud de lo pactado en la cláusula vigésima de los CONTRATOS, el arbitraje sería institucional, nacional y de Derecho.

V. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE.-

En la referida Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral, los miembros del Tribunal Arbitral se ratificaron en su aceptación al cargo para el que fueron nombrados y quedaron firmes las reglas procesales consignadas en dicha Acta.

Así, se estableció que para el proceso arbitral, serán de aplicación las reglas procesales establecidas por los Reglamentos y decisiones del CENTRO. Supletoriamente, regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

Aunado a ello, en caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral queda facultado en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, inmediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe.

VI. ALEGACIONES DE LAS PARTES.-

En el Acta de Instalación anteriormente referido, el Tribunal Arbitral declaró abierto el proceso y otorgó a TRIGAL un plazo de quince (15) días a fin de que cumpla con formular sus pretensiones y con ofrecer los medios probatorios que las respaldan.

Por escrito presentado el 11 de junio de 2015, TRIGAL formuló las siguientes pretensiones:

6.1. Pretensiones formuladas en la Demanda presentada por TRIGAL:

Las pretensiones planteadas por el DEMANDANTE se transcriben a continuación:



The image shows three handwritten signatures in black ink. From left to right: a signature that appears to be 'J', a signature that appears to be 'H', and a signature that appears to be 'P' followed by a superscript '3'. These likely represent the signatures of the members of the arbitral tribunal mentioned in the document.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Repredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

1. *Solicitamos el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios por los perjuicios económicos ocasionados, ascendente al monto de S/. 600,000.00 (Seiscientos mil con 00/100 Nuevos Soles).*
2. *Solicitamos el pago de las prestaciones pendientes de cancelación a la fecha, ascendente al monto S/. 562,275.98 (Quinientos sesenta y dos mil doscientos setenta y cinco con 98/100 Nuevos Soles).*
3. *Solicitamos el pago de las costas y costos que deriven del presente proceso arbitral, y de su ejecución forzada.*
4. *Se deje sin efecto la imposición de probables penalidades impuestas por los presuntos incumplimientos.*
5. *Se declare la ineeficacia o se deje sin efecto las cartas notariales expedidas por el Comité de Compra Lima 1, a través de las cuales resolvió de forma unilateral los Contratos de Compraventa N° (s) 001-2014-CC-LIMA/PRO, 002-2014-CC-LIMA/PRO y 003-2014-CC-LIMA/PRO.*
6. *En ese orden, solicitamos el pago de una indemnización, el pago de las prestaciones pendientes de cancelación, la no aplicación de probables penalidades, el pago de las costas y costos que deriven del presente proceso arbitral, así como los intereses generados hasta la fecha que se realice el pago de lo solicitado.*

6.2. Posición de TRIGAL:

El DEMANDANTE sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

Mediante carta de fecha 06 de marzo de 2014, TRIGAL solicitó al COMITÉ la devolución de las garantías por seriedad de oferta de los CONTRATOS, que asciende a S/. 30,955.46 (Treinta Mil Novecientos Cincuenta y Cinco y 46/100 Nuevos Soles).

A través de la carta de fecha 15 de mayo de 2014, TRIGAL solicitó al Jefe de la Unidad Territorial Lima del Programa Nacional de Alimentación Qali Warma (en adelante, PNAEQW) la devolución de las garantías por seriedad de oferta de los CONTRATOS.

El 05 de junio de 2014, mediante carta notarial S/N dirigida al representante del COMITÉ, el señor Miguel Ángel Flores Morante, con domicilio consignado en Av. Grau N° 240, 2do piso – Huacho, TRIGAL comunicó lo siguiente:

- Se ejecutaron dos de los tres contratos celebrados y, mientras se realizaba el traslado de los productos a las dos Instituciones Educativas del ítem Huaral 2, sufrieron un robo.



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Repredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

- Solicitaron la suspensión de la atención por un plazo de veintiún (21) días y/o que se reduzca el contrato en este periodo.
- Que, el Comité de Compras Lima 3 le adeuda el pago de las prestaciones correspondientes a 6 contratos, por lo que no cuenta con liquidez y que da pie al incumplimiento con el COMITÉ.

Mediante la carta notarial N° 004-2014-CC-Lima-1m de fecha 06 de junio de 2014, el COMITÉ notificó a TRIGAL que:

- El 3 de junio de 2014 se verificó la inexistencia de productos en sus almacenes, por lo que no se realizó la liberación respectiva.
- Que los contratos firmados exigían que las entregas se realicen del 28 de mayo al 01 de junio del 2014, siendo los productos a entregar para ser consumidos del 2 al 30 de junio del 2014, por lo que a la fecha se desatendió el programa por 4 días consecutivos.
- Si el desabastecimiento llegara a totalizar 5 días consecutivos se aplicaría la cláusula 16.1 de los CONTRATOS.

Asimismo, mediante la carta notarial N° 005-2014-CC-Lima-1, de fecha 10 de junio de 2014, dirigida a TRIGAL, EL COMITÉ ratificó lo contenido en su carta del 06 de junio de 2014. Asimismo, precisó que a la fecha se había desatendido al programa por más de cinco (5) días consecutivos, por lo que se aplicaría la penalidad de la cláusula 16.1 de los CONTRATOS.

Con carta N° 046/2014- Trigal alimentos EIRL, de fecha 13 de junio de 2015, dirigida a la Sra. Luz Victoria Izaguirre Mejía, representante del COMITÉ, TRIGAL informó sobre la existencia de su carta del 05 de junio de 2014, los hechos mencionados en ella, reconoció haber recibido la carta N° 004-2014-CC-Lima-1 y volvió a requerir la devolución de la garantía por seriedad de la oferta.

En su misiva, TRIGAL también mencionó que, dado que no se les comunicó el supuesto cambio de representante y domicilio, la Carta N° 004-2014-CC-Lima-1 carece de efecto jurídico en fondo y forma. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional estableció, en el expediente N° 03090-2010-PA-TC, que cuando una parte varíe el domicilio, especialmente si es la parte obligada al pago, tiene el deber de comunicarlo al acreedor, en conformidad al artículo 40 del Código Civil, dentro de los 30 días de ocurrido el hecho. Como ello no ocurrió, el referido documento fue suscrito por persona que no acreditaba el poder formalizado a efecto de tener éste la eficacia jurídica requerida para el efecto.

El 13 de junio, al jefe de la Unidad territorial Lima provincias del PNAQW recibió la carta notarial de fecha 12 de junio de 2015, mediante la cual TRIGAL señaló:

- Que recibió las cartas N° 004-2014-CC-Lima-1 y 005-2014-CC-Lima-1 vía suscritas por Luz Victoria Izaguirre en calidad de presidenta del COMITÉ.
- Que las cartas N° 004-2014-CC-Lima-1 y 005-2014-CC-Lima-1 carecen de efecto jurídico, puesto que no se les comunicó el supuesto cambio de representante y domicilio, a pesar de que

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

la cláusula vigésimo tercera de los CONTRATOS exigía su comunicación con 15 días de anticipación.

- Que, el apercibimiento a cumplir con las obligaciones, regulado en la cláusula décimo sexta de los CONTRATOS, tiene sustento en los incumplimientos injustificados de una de las partes. Por ello, en vista de que el incumplimiento se sustenta en el robo sufrido, lo contenido en esta cláusula no es aplicable a este caso.
- Que, en aplicación del literal b) de la cláusula quinta de los CONTRATOS, se solicita la suspensión de la atención por 20 días, tiempo que le permitiría obtener los préstamos necesarios para la atención de los CONTRATOS.
- Que, el Comité de Compra Lima 3 le adeuda el pago de prestaciones correspondientes a seis (6) contratos. Asimismo, que dicha situación le resta liquidez, lo que a su vez genera el incumplimiento de los CONTRATOS firmados con el COMITÉ.
- TRIGAL solicitó al PNAEQW que le indique el nombre completo del representante del COMITÉ, así como su domicilio legal en donde deban de enviársele todas las comunicaciones referidas a los CONTRATOS.

A través de la carta de 13 de junio de 2014 (recibida el 16 de junio de 2014), TRIGAL comunicó que:

- El 05 de mayo de 2014 fue víctima del robo de los productos correspondientes a la tercera entrega.
- Que el Comité de Compra Lima 3 le adeuda los pagos correspondientes a 6 contratos.
- Que a la fecha el COMITÉ no le devuelve el dinero correspondiente a la garantía de seriedad de oferta, solicitando por estos tres motivos la suspensión de la atención por un periodo del 2 al 30 junio de 2015 y/o la reducción contractual por el referido periodo

El 18 de junio de 2014, TRIGAL recibe la carta notarial N° 006-2014-CC-Lima-1 a través de la cual se le comunica la resolución de los CONTRATOS. Adjunto a la misiva, se entregó el acta de sesión del COMITÉ de fecha 16 de junio de 2014, en la que consta la decisión.

Ese mismo día, TRIGAL emitió la carta notarial S/N dirigida a la presidenta del COMITÉ, Sra. Luz Victoria Izaguirre Mejía. La misiva fue entregada el día 20 de junio de 2014; sin embargo, no fue recibida por la secretaria de la presidenta, debido a que esta última estaba ausente. En la mencionada carta notarial se estableció que:

- Respecto a las cartas notariales emitidas por el COMITÉ, el requerimiento de cumplimiento de los CONTRATOS bajo apercibimiento de resolverlos contraviene el principio de buena fe contractual, toda vez que el COMITÉ tiene conocimiento de la imposibilidad material sobreviniente a TRIGAL acaecida por el asalto y robo de un camión con productos.
- LA falta de liquidez del TRIGAL se generó por la injustificada falta de pago respecto a seis (6) contratos de abastecimiento al PNAEQW firmados con el Comité de Compra Lima 3.

6

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

- Según lo establecido en la cláusula Décimo Sexta de los CONTRATOS firmados con el COMITÉ, se le requiere la cancelación de las primeras dos entregas, en el plazo máximo de 15 días, bajo apercibimiento de resolverse los CONTRATOS.
- Requirió la devolución de la garantía de seriedad de oferta indebidamente retenida por el COMITÉ.
- Se solicitó al COMITÉ que tenga presente la suspensión de las prestaciones de los tres contratos a partir de la fecha del robo de los productos hasta que el COMITÉ cancele las dos primeras entregas adeudadas y devuelva la garantía de seriedad de oferta retenida. Dicha suspensión estaría amparada en el artículo 1426 del Código Civil, que establece que en contratos con prestaciones recíprocas simultáneas, cada parte tiene derecho a suspender la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento.

El 18 de junio de 2014, TRIGAL remitió al COMITÉ, la relación de actas de distribución de productos correspondientes a las dos primeras entregas de los contratos firmados: abril y mayo.

El 20 de junio de 2014, la Notaria Ramos Zea emitió la carta N° 10,770 – Año 2,014, por la cual informó que no logró entregar carta Notarial de TRIGAL de fecha 18 de junio de 2014.

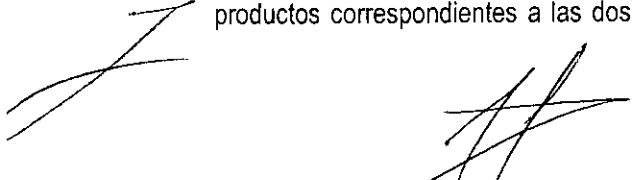
El 23 de junio de 2014, la Directora Ejecutiva del PNAQW recibió la carta notarial S/N enviada por TRIGAL cuyo contenido era el mismo que el de la misiva enviada a la Presidenta del COMITÉ el 20 de junio de 2014.

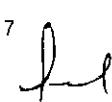
El 2 de julio 2014, TRIGAL recibió la carta notarial de fecha 25 de junio de 2014, mediante la que el COMITÉ dio respuesta a su carta notarial de fecha 12 junio de 2014. El COMITÉ señaló que:

- En cuanto a lo indicado en la carta notarial estese a lo acordado por el COMITÉ según acta N° 023-2014-CC Lima 01 de fecha 16 de junio de 2014 que acuerda rescindir los tres (3) contratos suscritos, decisión que fuera comunicada a TRIGAL el 18 de junio de 2014
- Respecto al cambio de representantes del COMITÉ, tal cual lo señala en su carta notarial de fecha 16 de junio de 2014, TRIGAL ha tomado conocimiento de este cambio al recibir las cartas notariales 004-2014-CC-Lima-1 y 005-2014-CC-Lima-1 de fecha 6 y 10 de junio respectivamente, cartas en las cuales figuraba su dirección real, la cual debió ser considerada para las comunicaciones a este Comité.

Mediante carta del 21 de julio 2014, el PNAEQW respondió la carta de TRIGAL de fecha 20 de junio de 2014. En ella, informó que la decisión del COMITÉ de resolver los CONTRATOS se encuentra dentro de las precisiones indicadas en el Informe N° 1155-2013-PNAEQW/UAJ y que en caso de existir controversias, TRIGAL podría hacer uso de la cláusula vigésima de solución de controversias.

TRIGAL refiere que, a través de la carta S/N de fecha 11 de setiembre de 2014, dirigida a la Sra. Luz Victoria Izaguirre Mejía, representante del COMITÉ, solicitó que se cumpla con la cancelación de los productos correspondientes a las dos primeras entregas (Abril y Mayo 2014), otorgándole un plazo de



7


Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Repredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

quince (15) días útiles para tal fin, bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento de pago atribuible al COMITÉ.

Señaló que el COMITÉ aún no le ha informado sobre el cambio de domicilio, tal cual lo exige la cláusula Vigésimo Tercera de los CONTRATOS.

6.3. Posición del COMITÉ

Por escrito presentado el 09 de junio de 2015, el COMITÉ contestó la demanda en los siguientes términos.

§ Respecto de la primera pretensión principal

El COMITÉ sostiene que TRIGAL no sustenta dicha pretensión, únicamente la cita. En ese sentido, el se reserva el derecho de pronunciarse como corresponda, una vez que dicha pretensión sea debidamente fundamentada por el demandante.

Por tal motivo, el COMITÉ solicita que se declare en su oportunidad INFUNDADA la presente pretensión.

§ Respecto de la segunda pretensión principal

El COMITÉ sostiene que TRIGAL no sustenta dicha pretensión, únicamente la cita. En ese sentido, el se reserva el derecho de pronunciarse como corresponda, una vez que dicha pretensión sea debidamente fundamentada por el demandante.

Por tal motivo, el COMITÉ solicita que se declare en su oportunidad INFUNDADA la presente pretensión.

§ Respecto de la tercera pretensión principal

En consideración del COMITÉ, es evidente que los gastos que viene incurriendo el proveedor devienen por causas atribuibles a ella misma y no al COMITÉ; por ende, la presente pretensión debe ser declarada INFUNDADA y atribuirse íntegramente el pago de costas y costos a TRIGAL.

§ Respecto de la cuarta pretensión principal

El COMITÉ sostiene que TRIGAL no sustenta dicha pretensión, únicamente la cita. En ese sentido, el se reserva el derecho de pronunciarse como corresponda, una vez que dicha pretensión sea debidamente fundamentada por el demandante.

Por tal motivo, el COMITÉ solicita que se declare en su oportunidad INFUNDADA la presente pretensión.

§ Respecto de la quinta pretensión principal



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revpredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

En el Informe N° 037-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLPR-CC, de fecha 10 de junio de 2014, la especialista en control de calidad, informó que no se encontró producto alguno en el almacén de TRIGAL para ser distribuidos a los ítem Chancay 1, Huaral 1, Huaral 2; que correspondían al mes de junio 2014, siendo la fecha de reparto para estos ítems del 28 de mayo 2014 al 01 de junio de 2014, conforme a los CONTRATOS.

Mediante el Informe N° 046-2013-MIDIS/PNAEQW-UTLPR-CS&M, de fecha de 11 de junio, la coordinadora de supervisión y monitoreo de la Unidad Territorial Lima Provincia, remitió actas de supervisión firmadas por presidente de CAES de las Instituciones Educativas visitadas en la que se evidencia el incumplimiento de la entrega de productos por parte de TRIGAL.

El 6 de junio de 2014, con la carta notarial N° 004-2014-CC-LIMA1 se comunicó a TRIGAL que los beneficiarios del COMITÉ tienen 4 días de no ser atendidos con sus alimentos.

El 10 de junio de 2014, mediante la carta notarial N° 005-2014-CC-LIMA1, se comunicó a TRIGAL que los beneficiarios del COMITÉ tienen más de cinco (5) días de no ser atendidos con sus alimentos.

Posteriormente, el 12 de junio de 2014, el supervisor del COMITÉ, con Informe N° 070-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLPR-SC LIMA01 informó al Jefe de la Unidad Territorial Lima Provincias sobre las acciones realizadas hasta el momento por el COMITÉ respecto al incumplimiento por desabastecimiento por parte de TRIGAL.

Mediante carta N° 0041-2014-UTLPR-MIDIS-PNAEQW de 16 de junio de 2014, el Jefe de la Unidad Territorial Lima Provincias recomienda al COMITÉ a aplicar las cláusulas respectivas en el caso de incumplimiento de acuerdo a los CONTRATOS.

El 16 de junio de 2014, el COMITÉ sesiona para deliberar sobre las medidas a tomar de acuerdo a la Carta del Jefe de la Unidad Territorial Lima Provincias. Tras analizar la documentación, el COMITÉ decide, mediante Acta 23-2013-CC-LIMA1, resolver los CONTRATOS en aplicación de su cláusula décimo sexta, numeral 16.10

El 18 de junio de 2014, con Carta Notarial N° 006-2014-CC-LIMA1 el COMITÉ comunicó a TRIGAL su decisión de resolver los CONTRATOS.

A través de la carta notarial N° 007-2014-CC-LIMA1 de fecha 01 de julio de 2014, el COMITÉ respondió la carta de TRIGAL del 16 de junio de 2014. Asimismo, con la carta notarial N° 008-2014-CC-LIMA1, el COMITÉ respondió la carta notarial N° 10936 entregada por TRIGAL.

El COMITÉ sostiene que por medio de los informes presentados por los especialistas del control de calidad y el de monitoreo y supervisión de la Unidad Territorial Lima Provincias, se evidencia el incumplimiento de abastecimiento de alimentos de TRIGAL.

Que, al cumplirse con el procedimiento establecido: apercibimiento de cumplimiento y emisión de los informes respectivos, el COMITÉ tenía la facultad de resolver los CONTRATOS.

9

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Repredro Lituma
Rossana Merino Ramírez

§ Respeto de la condición resolutoria del numeral 16.10 de la cláusula décimo sexta de los CONTRATOS

La cláusula resolutoria es la décimo sexta, en ella se establece que:

"CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

EL COMITÉ resolverá el presente contrato de pleno derecho, cuando:

(...)

16.10. EL PROVEEDOR incurra en retraso injustificado superior a los cinco (5) días continuos en una misma entrega o superior a los diez (10) días acumulados en dos o más entregas.

16.11. (...)

(...)

En cualquiera de estos supuestos la resolución se producirá automáticamente cuando EL COMITÉ comunique al PROVEEDOR que ha decidido valerse de la causal resolutoria correspondiente.

(...)"

Como se observa, existen 11 supuestos en los que basta que el COMITÉ comunique que ha decidido valerse de la causal resolutoria, para que los efectos se produzcan. En este caso, TRIGAL incurrió en el supuesto 16.10, por lo que bastó comunicarle a decisión de resolver los CONTRATOS, para proceder con la resolución.

Al respecto, el Código Civil señala, en su artículo 1430º:

"Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria."

Por su parte, MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, citado por SALVADOR VÁSQUEZ OLIVERA¹, dice:

"La cláusula resolutoria expresa es un elemento accidental del contrato, hay que pactarla para que exista, a diferencia de la resolución por incumplimiento que es un elemento natural de todos los contratos con prestaciones recíprocas; procede su ejercicio aunque no haya sido estipulada, salvo que se haya renunciado a ella. (...)"

La resolución se produce como consecuencia del incumplimiento previsto en el pacto comisorio, pero que es ineficaz, o sea que nadie puede valerse de ella, hasta que la parte fiel, mediante su declaración en ese sentido, le concede su efecto resolutorio, el cual actúa de pleno derecho. La declaración de la parte fiel no es, pues, constitutiva de la resolución, sino un requisito (condictio juris) para su eficacia."

¹ SALVADOR VÁSQUEZ OLIVERA (2005). Código Civil Comentado. Tomo VII. Contratos en General. Gaceta Jurídica. Página 510.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revpredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

En igual sentido, ARIAS SCHREIBER PEZET, citado por SALVADOR VÁSQUEZ OLIVERA², opina que:

"Este es uno de los medios contractuales más eficaces para lograr que se ejecuten las obligaciones, pues funciona de un modo automático y no es necesario que el perjudicado por el incumplimiento recurra al Poder Judicial."

En este marco jurídico, SALVADOR VÁSQUEZ OLIVERA³ regula los tres requisitos:

"Para que la cláusula resolutoria expresa produzca efectos se requiere:

- a) El incumplimiento de la prestación establecida con toda precisión, que provocará la resolución, es decir la condición previa.
 - b) El efecto específico que tiende a producir.
 - c) La comunicación cursada por la parte fiel a la parte infiel de querer valerse de la resolución.
- (...)

El espíritu de la norma contenida en el artículo 1430 es que las partes 'determinen con toda precisión' la o las prestaciones cuyo incumplimiento dará lugar a la aplicación del pacto comisorio.

El detalle riguroso de las prestaciones de la cláusula resolutoria expresa encuentra su fundamento en el carácter excepcional de la cláusula resolutoria."

Precisamente, en el presente caso, se ha cumplido con los tres requisitos:

- El incumplimiento se encuentra precisado en el numeral 16.10 de la Cláusula Décimo Sexta de los contratos: TRIGAL incurrió en retraso injustificado superior a los cinco (5) días continuos en una misma entrega.
- En la cláusula décimo sexta se especificó que la resolución sería de pleno derecho: "En cualquiera de estos supuestos la resolución se producirá automáticamente cuando el COMITÉ comunique al PROVEEDOR que ha decidido valerse de la causal resolutoria correspondiente".
- La comunicación del COMITÉ a TRIGAL fue realizada mediante carta notarial, notificada con fecha 19 de junio de 2014, en la cual se encuentra la intención de querer valerse de la condición resolutoria expresa e incluso invoca y cita el supuesto 16.10 de la cláusula décimo sexta de los contratos.

Respecto a la declaración de valerse de la resolución, el mismo autor señala la necesidad de determinar sus características:

- Es una declaración unilateral de notificación cuya finalidad y efecto es que la resolución cobre eficacia.
- Puede hacerse en cualquiera de las formas previstas en el artículo 141 del Código Civil: en forma expresa o tácita, siempre que sea indubitable (Casación N° 1556-01, Callao, Lima: 18-09-01).

² Ob. Cit. (2005). Página 510.

³ Ob. Cit. (2005). Página 512 y 513.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

- La declaración no puede hacerse antes de que se haya producido el incumplimiento previsto en el pacto comisario, sino incluso después del plazo prescriptorio para exigir el cumplimiento del contrato.
- El contenido mínimo de la declaración radica en poner de conocimiento de la otra parte infiel que se pretende que el contrato quede resuelto de pleno derecho por haberse producido el incumplimiento previsto en la cláusula resolutoria expresa.

Respecto a los efectos de la declaración, el mismo autor establece que:

- La resolución opera de pleno derecho y actúa automáticamente.
- La resolución se produce inmediatamente.
- La declaración es irrevocable una vez conocida por la contraparte.

Por las razones expuestas, los CONTRATOS fueron resueltos de pleno derecho desde el momento en que TRIGAL recibió la comunicación del COMITÉ (con fecha 19 de junio de 2014), haciendo valer la cláusula resolutoria.

Por otro lado, TRIGAL sostiene que su incumplimiento se justifica en que:

- Sufrieron un robo de productos durante el traslado a las IIIE del ítem 2 Huaral, tras haber cumplido con las primeras dos entregas.
- Solicitó la suspensión de la atención por un período de 21 días y/o se reduzca las prestaciones del contrato
- Asimismo, invocó la excepción de incumplimiento regulada en el artículo 1426 del Código Civil, ya que "el Comité de Compra Lima 3, le adeuda el pago de prestaciones correspondientes a seis (6) contratos, situación que le viene restando liquidez y que vienen ocasionando el incumplimiento de los contratos firmados con el COMITÉ."

§ Respeto del robo de los productos durante el traslado las IIIE del ítem Huaral 2

Los CONTRATOS firmados entre las partes son tres y son independientes entre sí. En cada uno, en su cláusula cuarta, se estableció un cronograma de entrega, cuyo cumplimiento configuraba la obligación de TRIGAL. Esto cronogramas establecieron:

- Con respecto al contrato N° 001-2014-CC-LIMA1/PRODUCTO – ITEM CHANCAY 1, se estableció que el plazo de entrega sería del 28 de mayo al 01 de junio de 2014. Asimismo, el período de atención correría desde el 02 al 30 de junio de 2014.
- Con respecto al contrato N° 002-2014-CC-LIMA1/PRODUCTO – ITEM CHANCAY 1, se estableció que el plazo de entrega sería del 28 de mayo al 01 de junio de 2014. Asimismo, el período de atención correría desde el 02 al 30 de junio de 2014.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

- Con respecto al contrato N° 003-2014-CC-LIMA1/PRODUCTO – ITEM CHANCAY 1, se estableció que el plazo de entrega sería del 28 de mayo al 01 de junio de 2014. Asimismo, el período de atención correría desde el 02 al 30 de junio de 2014.

Tras el robo que sufriera TRIGAL, registró la denuncia en el Cuaderno de Registro de Ocurrencias de Calle Común N° 279 de la Comisaría PNP – Aucallama de fecha 04 de junio de 2014. En ese, el señor Heber Ángel Pinedo Bobadilla denunció el haber sido víctima de robo el 5 de mayo de 2014.

Según su relato, fue sorprendido por cuatro sujetos armados y con los rostros cubiertos cuando bajó del vehículo que conducía (de placa B70-842 – Camión Mitsubishi – Fuso) a miccionar y revisar las llantas. Menciona que estos lo redujeron y ataron con sus pasadores, para luego ser introducido en la cabina del vehículo. Los sujetos tomaron el del vehículo, lo condujeron a un desolado entre las chacras, por un camino tipo trocha, en donde se encontraba otro vehículo esperando. Ahí traspasaron los productos destinado a los colegios estatales del Programa Qali Warma, cuyo valor ascendía a S/. 48,000.00 (Cuarenta y ocho mil con 00/100 nuevos soles).

De tal manifestación, el COMITÉ desprende que el supuesto robo sucedió - según acta - el 5 de mayo de 2014 y fue denunciado recién el 4 de junio de 2014, es decir, un mes después. Aún más, tras este plazo, los medios de prueba que corroboren su imputación se habían desvanecido, quedando en el limbo las incongruencias de su declaración.

Precisamente, según lo señalado por el señor Pinedo, se encontraba conduciendo el vehículo placa B70-842 – Camión Mitsubishi – Fuso; sin embargo, tras la revisión del sistema de registro de propiedad vehicular, se concluye que las características mencionadas del vehículo que conducía, no corresponden al rodaje de placa B70 – 842.

Asimismo, el COMITÉ precisa que el señor Heber Ángel Pinedo Bobadilla no ha precisado la categoría de su licencia de conducir, la cual debería ser de categoría A- II-B para poder manejar un vehículo de las características del Mitsubishi Fuso, conforme al REGLAMENTO NACIONAL DE LICENCIA DE CONDUCIR VEHÍCULOS AUTOMOTORES Y NO MOTORIZADOS DE TRANSPORTE TERRESTRE - DECRETO SUPREMO N° 040-2008-MTC.

A consideración del COMITÉ, lo anterior tiene que ser acreditado por TRIGAL a solicitud del Tribunal Arbitral, a fin de verificar si el señor Heber Ángel Pinedo Bobadilla se encontraba capacitado para conducir un vehículo N2 (Vehículos de peso bruto vehicular mayor a 3,5 toneladas hasta 12 toneladas). Aún más, en tanto el denunciado indicó que se encontraba transportando cerca de seis toneladas de alimentos, en un vehículo Mitsubishi – modelo Fuso, cuya capacidad de carga bruta, según la información de la web del concesionario Mitsubishi en Lima, se advierte que el modelo Fuso, es de 5 toneladas o hasta 12 toneladas.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que TRIGAL no presentó denuncia alguna por el robo de su mercadería, esperando tan solo que su "empleado y/o chofer" lo haga después de un mes de

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Repredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

supuestamente suscitado los hechos. Asimismo, dicha declaración se ve más desvirtuada en tanto se verificó la información presentada a SUNAT y se constató que TRIGAL, en el período junio 2014 (fecha de denuncia), sólo contaba con un (1) trabajador y/o prestador de servicio en su empresa. En ese sentido, TRIGAL tendría la obligación de acreditar el vínculo laboral que el denunciante tiene con la empresa y el motivo por el que no denunció el robo de su mercadería, ni informó durante las siguientes 24 horas de ocurrido el hecho al Programa Qali Warma.

§ Respecto de la solicitud de suspensión de la atención por un período de 21 días y/o se reduzca las prestaciones del contrato

Al respecto, el COMITÉ tiene en cuenta que la cláusula décimo novena de los CONTRATOS, la que establece el orden de prelación del marco legal de los CONTRATOS:

1. Manual de Compra.
2. Disposiciones emitidas por QALI WARMA.
3. Disposiciones del Código Civil.

Asimismo, resulta menester señalar que de acuerdo a la cláusula décimo sexta de los CONTRATOS, una causal de suspensión del contrato o de las prestaciones se debe al caso fortuito o fuerza mayor, tal como se señala a continuación:

“(...) En caso de suspensión del contrato o de las prestaciones por incumplimiento sin culpa de las partes, por caso fortuito o fuerza mayor, resolución contractual, desabastecimiento u otras razones, Qali Warma se encuentra facultada para aplicar los supuestos señalados en el numeral 58) del Manual de Compra, sin perjuicio de las acciones legales que corresponda.”

No obstante ello, en los CONTRATOS no se detalla los requisitos para que se configure el caso fortuito o fuerza mayor. Por lo que el COMITÉ sostiene que se debe recurrir al Manual de Compras, posteriormente a las disposiciones de Qali Warma y, finalmente al Código Civil.

De esta manera, el COMITÉ, al determinar que no se encontraron los requisitos buscados en los CONTRATOS, el Manual de Compras o las disposiciones de Qali Warma, corresponde analizar lo que el Código Civil menciona sobre caso fortuito o fuerza mayor.

Así, el artículo 1315 del Código define el caso fortuito o fuerza mayor como “la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.” Asimismo, el Código establece sus requisitos: Extraordinariedad; imprevisibilidad e irresistibilidad.

Al respecto, la doctrina señala que:

“5.1. Extraordinariedad

No hay dificultad en entender que lo ordinario o común no es fortuito. En relación con este punto, es curioso comprobar, de todos modos, cómo los antiguos exégetas franceses tuvieron la

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revpredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

audacia de establecer que los eventos ordinarios o comunes eran los que se producían cada dos o tres años (LAROMBIERE, DE MOLOMBE, AUBRY y RAU, citados por COVIELLO, 1895: 50). Más allá de tan arbitrarios límites temporales, reinaba lo insólito, lo excepcional. Se llegaba al extremo de identificar la categoría de los eventos "muy insólitos".

Actualmente y, como es obvio, el discurso anterior no es atendible, a pesar de su noble -aunque nocivo a la larga- intento de brindar a los intérpretes pautas precisas para la solución de problemas concretos. Lo extraordinario se juzga, principalmente, de acuerdo con las circunstancias temporales y espaciales.

Entre nosotros, por ejemplo, los ataques de grupos terroristas contra los medios de transporte terrestre han dejado de tener el carácter habitual que se les podía reconocer, sin problemas, en el decenio 1980-1990. En contrapartida, han pasado a ser comunes los asaltos a mano armada en carreteras, cometidos por delincuentes comunes.

Digna de seguir, en todo caso, es la doctrina que aconseja que "la evidencia y gravedad del caso fortuito no deben inducir, jamás, a descuidar el análisis relativo a la precisa determinación de la actividad a la que se encuentran obligadas las empresas, según la naturaleza del servicio" (BRECCIA, 1991: 479).

5.2. Imprevisibilidad

Autorizadamente, se ha sostenido que la imprevisibilidad no constituye un atributo del caso fortuito, dada la irrefutable comprobación de que existen hechos perfectamente previsibles (fenómenos atmosféricos de gran dimensión, por ejemplo, susceptibles de ser pronosticados por los meteorólogos) que pueden, con todo, revestir carácter liberatorio de responsabilidad (ALPA, 1999: 334). Se ha precisado, del mismo modo, que el criterio de la previsibilidad entra a tallar, con utilidad, "al momento de distinguir los daños, para efectos de limitar al solo caso de dolo el resarcimiento de los daños imprevisibles" (VISINTINI, 1979: 373).

Y más aún, los defensores del subjetivismo -de cuya posición, como creemos haber demostrado, es conveniente apartarse- no han tenido reparos para señalar que el concepto de "previsibilidad" sintoniza con sus postulados, pues constituiría un criterio de medición de la diligencia, de "una diligente 'previsión' remota y programática, dirigida a la autodisciplina seleccionadora de la conducta individual:

Abstenerse, por ejemplo, de aventurarse en operaciones difíciles o peligrosas, sin acompañarlas de adecuadas medidas de prevención" (FORCHIELLI, 1988: 3; CANDIAN, 1959: 990-991).

Como quiera que sea, el dato positivo no puede ser ignorado. No sin subrayar, una vez más, lo inapropiado de este tipo de definiciones legislativas, una pauta para interpretar el requisito de la imprevisibilidad podría ser la ofrecida por la doctrina francesa, que aprecia en ella, ni más ni menos, "un indicio de la irresistibilidad" (CHABAS, 2002: 4), y considera que para juzgar un

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revpredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

evento como impresivisible, hay que tener en cuenta el tiempo y el lugar, además de las circunstancias que se presenten, lo cual equivale a reconocer, una vez más, la relatividad de este rasgo (CHABAS, 2002: 4). En una sentencia del Tribunal de París, de julio de 1991, en materia de responsabilidad civil del médico por transfusión de sangre infectada con SIDA, se sostuvo que esta enfermedad, en el contexto actual, no presenta el carácter de la imprevisibilidad necesario para la verificación de una causa eximente, porque a la fecha de la transfusión, los riesgos de contaminación se habían vuelto conocidos (CHABAS, 2002: 7).

5.3. Irresistibilidad

La causa no imputable cuyo acaecimiento extingue la obligación y libera de responsabilidad, debe ser tal, que contra ella no se pueda hacer nada, de manera que impida al deudor proceder de una forma que no resulte dañosa para el acreedor. El caso fortuito o fuerza mayor es un obstáculo que no puede ser evitado por -ni un medio (CHABAS, 2002: 7), tal cual resultada graficado en la expresión latina *is divina, o en la empleada en el derecho común anglosajón: "act of God and the ing'senemies'* (CAEMMERER, 1933: 239, 252 ss.). En Italia se habla de *inevitabilita* (VISINTINI, 1979: 3).

La doctrina francesa propone un modelo objetivo para la evaluación de la irresistibilidad del caso fortuito (*appréciation "in abstracto"*) y compara, al respecto, el proceder del deudor específico y el proceder del individuo ordinario, normalmente diligente, ubicado en las mismas circunstancias externas que el agente (MAZEAUD y CHABAS, 1991: 658; CHABAS, 2002: 10). En Italia, los jueces examinan si la persona que incumple y que alega la causa no imputable, adoptó todas las medidas posibles, en concreto, para superar el impedimento (VISINTINI, 1979: 373)."

En consecuencia, a juicio del COMITÉ, se demuestra que el supuesto caso fortuito o fuerza mayor debió haberse comunicado dentro de las 48 horas de ocurrido en incumplimiento. En el presente caso, el supuesto caso fortuito fue el 5 de mayo de 2014 y los productos debieron ser entregados del 28 de mayo al 01 de junio de 2014. Es decir, se estaría en días de diferencia, no se encuentran dentro de las 48 horas de ocurrido el supuesto evento, lo que diligentemente la parte demandante debió haber realizado.

§ Respeto de la excepción de incumplimiento regulada en el artículo 1426 del Código Civil

En este punto, TRIGAL sostiene que "el Comité de Compra Lima 3, le adeuda el pago de prestaciones correspondientes a 6 contratos, situación que le viene restando liquidez y que viene ocasionando el incumplimiento de los contratos firmados con el COMITÉ."

En ese sentido, el COMITÉ manifiesta que los CONTRATOS fueron suscritos con este y no con el Comité de Compra Lima 3, que se trata de sujetos distintos, efectos jurídicos distintos y contratos distintos e independientes entre sí.

En tal sentido, se precisa que los Comités de Compra son parte del Modelo de Cogestión entre el Estado

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

y la comunidad organizada a fin de brindar la alimentación escolar. Es ese contexto se creó el "Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma" – PNAEQW. Posteriormente, mediante la Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 008-2012-MIDIS –norma de creación del PNAE QW- se autoriza al MIDIS aprobar mediante Resolución Ministerial, las normas complementarias necesarias para la adecuada implementación del PNAEQW.

En ese sentido, mediante Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto del año 2013 – Ley N° 29951, se dispone que los Comités de Compra del PNAEQW se regirán por los procedimientos operativos, de compras, de rendición de cuentas y demás disposiciones complementarias que fueran necesarias, establecidas por el MIDIS y, supletoriamente, por las normas del ámbito del sector privado.

Conforme lo prevé el Decreto Supremo N° 001-2013-MIDIS, el "modelo de cogestión" se define como una "estrategia de gestión basada en la corresponsabilidad en la que el Estado y la comunidad organizada participan de manera ordenada y articulada, en la ejecución de las prestaciones del PNAEQW".

Por ello, como la finalidad de este "modelo de cogestión" es "promover el desarrollo de las capacidades de los actores de la comunidad y la participación empoderada de la población en la ejecución de las prestaciones", se crearon los Comités de Compra que son "instancias de representación y participación de la comunidad reconocidas por el PNAEQW, que promueven y realizan acciones para la ejecución de las prestaciones del citado programa, de acuerdo a los lineamientos que para tal efecto apruebe el MIDIS mediante Resolución".

Así, cada Comité de Compra se regula por el régimen especial del Manual de Compras de Qali Warma, sus normas conexas y, supletoriamente, por las normas del Código Civil. En esa misma línea, cada Comité está conformado por diferentes personas, de acuerdo a lo establecido en el Manual de Compras del Modelo de Cogestión para la atención del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma vigente.

Por tales motivos, los supuestos incumplimientos de un Comité de Compra no pueden atribuirse a los supuestos incumplimientos de otro Comité de Compra, por tratarse de sujetos autónomos distintos, con competencias territoriales distintas, con integrante distintos, con representantes legales (presidentes) distintos, con contratos distintos y obligaciones distintas.

Por lo expuesto, el COMITÉ solicita que se declare INFUNDADA en este extremo la demanda.

§ Respecto de la sexta pretensión principal

De acuerdo al COMITÉ, TRIGAL resume sus pretensiones e incluye el pago de intereses generados hasta la fecha que se realice el pago de lo solicitado. Constituyéndose, así, una pretensión general de todo lo solicitado, lo cual es impreciso e indeterminado. Además, TRIGAL no sustenta dicha pretensión, únicamente la cita.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

En ese sentido, el COMITÉ se reserva el derecho de pronunciarse como corresponda, una vez que dicha pretensión sea debidamente fundamentada por el demandante.

VII. AUDIENCIAS Y DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.-

7.1. Determinación de Puntos en Controversia:

En la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, llevada a cabo con fecha 4 de noviembre de 2015, con la participación de TRIGAL y la PROCURADURÍA, el Tribunal Arbitral determinó como puntos controvertidos del presente proceso, los siguientes:

"A) Respecto del escrito de demanda presentado el 11 de junio de 2015; así como de la contestación de demanda presentada el 9 de julio de 2015:

a.1) Sobre la primera pretensión principal:

1. Determinar si corresponde o no ordenar al COMITÉ el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios por los perjuicios económicos ocasionados, ascendente al monto de S/. 600,000.00 (Seiscientos mil con 00/100 Nuevos Soles), a favor del DEMANDANTE.

a.2) Sobre la segunda pretensión principal:

1. Determinar si corresponde o no ordenar al COMITÉ el pago de las prestaciones pendientes de cancelación ascendente al monto S/. 562,275.98 (Quinientos sesenta y dos mil doscientos setenta y cinco con 98/100 Nuevos Soles).

a.3) Sobre la tercera pretensión principal:

1. Determinar si corresponde o no ordenar al COMITÉ el pago de las costas y costos que deriven del presente proceso arbitral, y de su ejecución forzada.

a.4) Sobre la cuarta pretensión principal:

1. Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la imposición de las presuntas penalidades impuestas por el COMITÉ los presuntos incumplimientos o, de ser el caso, proceder a la reducción de estas.

a.5) Sobre la quinta pretensión principal:

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

1. Determinar si corresponde o no declarar la ineeficacia de las cartas notariales expedidas por el COMITÉ, mediante el cual resolvió de forma unilateral los Contratos de Compraventa N° (s) 001-2014-CC-LIMA/PRO, 002-2014-CC-LIMA/PRO y 003-2014-CC-LIMA/PRO.

a.6) Sobre la sexta pretensión principal:

1. Determinar si corresponde o no ordenar al COMITÉ el pago de una indemnización a favor del DEMANDANTE, por haber incurrido en la falta de pago de las prestaciones pendientes de cancelación, la no aplicación de retenciones y penalidades, así como el pago de las costas y costos que deriven del presente proceso arbitral.

7.2. Admisión de Pruebas:

En la misma Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por TRIGAL y descritos en los numerales 1.) al 20.) del acápite IV de su escrito de demanda, así como los ofrecidos en los escritos de fecha 31 de julio de 2015 y 14 de agosto de 2015.

Del mismo modo, en la audiencia referida, el Tribunal Arbitral admitió los medios probatorios ofrecidos por el DEMANDADO y descritos en los numerales 1-A.) al 1-M.) del acápite IV de su escrito de contestación a la Demanda, así como los ofrecidos en los escritos de fecha 20 de julio de 2015 y 3 de agosto de 2015.

7.3. Audiericia de Ilustración:

En Audiencia de Ilustración, realizada del 25 de noviembre de 2015, el Tribunal Arbitral concedió a las partes el uso de la palabra con la finalidad de que ilustren al colegiado sus posiciones respecto al proceso, quienes procedieron a exponerlas.

7.4. Audiencia de Informes Orales:

En Audiencia de Informes Orales, llevada a cabo el 25 de abril de 2016, los representantes de las partes informaron al Tribunal Arbitral sus alegatos finales.

VIII. CUESTIONES PRELIMINARES.-

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revpredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en los CONTRATOS; ii) que, en ningún momento se interpuso recusación contra el Tribunal Arbitral, o se efectuó algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral de fecha 21 de mayo de 2015; iii) que, el DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iv) que, por su parte el DEMANDADO fue debidamente emplazado, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa y; v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.

Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia que los puntos controvertidos podrán ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.

En cuanto a las pruebas, el Tribunal Arbitral expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo prescrito en el artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1071.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que “(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios,

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes... ” (Sentencia de fecha 30/11/87) ⁽⁴⁾

Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

IX. ANÁLISIS.-

CONSIDERANDO:

PRIMERO: El presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas entre las partes respecto a la interpretación y ejecución de los CONTRATOS.

En este sentido, el Tribunal Arbitral deja constancia que procederá a resolver las controversias surgidas entre las partes en un orden distinto al establecido en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, la cual se llevó a cabo el 4 de noviembre de 2015.

SEGUNDO: Para tal efecto, es necesario precisar que el Principio de la Carga de la Prueba constituye un principio general de todo proceso, siendo norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza, la cual se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196º del Código Procesal Civil, conforme al siguiente tenor literal:

“Artículo 196.- Carga de la prueba. Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

Así, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de la prueba referidos, los mismos que se encuentran recogidos en el artículo 188º del Código Procesal Civil.

Por su parte, el artículo 43º del Decreto Legislativo Nº 1071 otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada.

⁴ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. “El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)”. Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.



21


Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revpredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

TERCERO: Para un desarrollo metódico y exacto de la controversia sometida al juicio de quienes conforman el Tribunal Arbitral, este colegiado considera pertinente establecer un orden de los aspectos a tratar, sobre la base de lo planteado en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 4 de noviembre de 2015, de la manera siguiente:

En primer lugar, el Tribunal estima pertinente abordar el cuestionamiento a la eficacia de las cartas notariales de resolución contractual expedidas por el COMITÉ.

Evidentemente, para determinar si corresponde declarar la ineffectuación de las resoluciones, el Tribunal examinará si es cierto que TRIGAL incumplió con sus obligaciones.

En segundo lugar, dependiendo de las conclusiones del Tribunal respecto al primer aspecto de análisis, el colegiado determinará si corresponde dejar sin efecto la imposición de penalidades en contra de TRIGAL por el incumplimiento de sus obligaciones o si procede ordenar la reducción de las mismas.

En tercer lugar, a partir de los medios probatorios incorporados al expediente, el Tribunal determinará si corresponde ordenar al COMITÉ pagar a favor de TRIGAL el monto de S/ 562,275.98 por prestaciones pendientes de cancelación.

En cuarto lugar, sobre la base de las conclusiones a las que haya arribado el Tribunal en el examen de las cuestiones anteriormente mencionadas, seguidamente se pronunciará sobre si corresponde ordenar al COMITÉ el pago de una indemnización a favor de TRIGAL por el monto de S/ 600,000.00 por perjuicios económicos.

En quinto lugar, del mismo modo, el Tribunal evaluará si el COMITÉ debe indemnizar a TRIGAL por haber incurrido en la falta de pago de sus prestaciones; así como si corresponde ordenar la no aplicación de retenciones y penalidades.

En último lugar, el Tribunal se pronunciará sobre los gastos, costas y costos relacionados al presente proceso arbitral.

CUARTO: El Tribunal ha tenido a la vista la Carta N° 006-2014-CC-LIMA-1, de fecha 18 de junio de 2014, por medio de la cual la Sra. Luz Izaguirre Mejía, en su calidad de Presidente del COMITÉ, comunica a TRIGAL la resolución de los CONTRATOS amparándose en el numeral 16.10 de la Cláusula Décimo Sexta de los CONTRATOS cuyo tenor es el siguiente:

Tribunal Arbitral:

Miguel Ángel Arias
Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Repredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

"CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO"

EL COMITÉ resolverá el presente contrato de pleno derecho, cuando:

1

16.10 EL PROVEEDOR incurra en retraso injustificado superior a los cinco (05) días continuos en una misma entrega o, superior a los diez (10) días acumulados en dos o más entregas."

De la carta se desprende que el DEMANDANTE ha faltado a las prestaciones a su cargo establecidas en los CONTRATOS respecto del mes de junio de 2014, pese a haber sido requerido para el cumplimiento de las mismas mediante cartas notariales previas (Nº 004-2014-CC Lima 1 y Nº 005-2014-CC Lima 1).

Al respecto, no existe controversia sobre el incumplimiento sino en cuanto a la responsabilidad, en tanto que TRIGAL acepta que no ha cumplido con las prestaciones del mes de junio, no obstante, mediante comunicación entregada al COMITÉ el 16 de junio de 2014, el DEMANDANTE refiere que ello se debió a varios factores: (i) con fecha 5 de mayo de 2014 fue objeto de un robo de los productos correspondientes a la segunda entrega; (ii) el Comité de Compras Lima 3 le adeuda pagos correspondientes a seis (6) contratos; y, (iii) el COMITÉ no ha cumplido con devolver el dinero correspondiente a la garantía de seriedad de oferta.

QUINTO: Para una correcta aproximación a los puntos en controversia, el Tribunal considera pertinente desarrollar brevemente la relación que existe entre obligación, incumplimiento y responsabilidad.

Así, en palabras de los autores De Ruggiero y Maroi, la obligación expresa principalmente, y normalmente, la relación jurídica por la cual una persona (deudor) está constreñida a una determinada prestación frente a otra (acreedor), que tiene el derecho de pretenderla, exigiendo al primero que la satisfaga. De esta manera, la obligación tiene tres elementos esenciales: el *doble sujeto* (activo y pasivo), el *vínculo* que media entre el acreedor y deudor y la *prestación*, siendo las características de la prestación la patrimonialidad y la correspondencia al interés del acreedor en su ejecución.⁵

De lo anterior podemos afirmar que el incumplimiento de una obligación es la defraudación al interés del acreedor en la prestación del deudor, en general, por causa imputable a éste.⁶ Precisamente, como Luis Díez-Picazo refiere, la lesión al derecho de crédito se presenta en dos formas: en una situación de *no*

⁵ DE RUGGIERO, Roberto y Fulvio MAROI. *Istituzioni di diritto privato*, Vol. II. 6^a ed. Reelaborada según el nuevo Código. Milán-Messina: Casa editrice Giuseppe Principato, 1947, p. 1-5.

⁶ Ver MICCIO, Renato. *Delle obbligazioni in generale*. Art. 1173-1320. 3^a Ed. Revisada y actualizada. Turín: Utet, 1982, pp. 5-7, quien refiere que "el interés del acreedor es conseguir el objeto de la prestación y es de naturaleza determinante y absoluta (...) de forma tal que constituye un derecho"; en un sentido similar, Massimo BIANCA afirma que el "elemento funcional de la relación obligatoria es el interés del acreedor", siendo "el interés que la prestación está destinada a satisfacer" (BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Volume 4: L'obbligazione*. Ott. A. Giuffrè Editore. Milano, Italia, 1991, p.41).



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revpredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

prestación, donde el deudor no realiza ningún acto dirigido a ejecutar la prestación debida, y en una situación de *prestación inexacta*, donde la conducta realizada por el deudor no coincide con la prestación debida. En ese orden de ideas, siguiendo al autor en mención, por un lado, los supuestos de *no prestación* son la imposibilidad sobreviniente, el incumplimiento y el retardo/mora, mientras que, por otro lado, las hipótesis de *prestación inexacta* son el cumplimiento parcial, el tardío y el defectuoso.⁷

SEXTO: Cualquiera fuera el presupuesto en el que se ubique la parte que asume una posición debitora en una relación jurídica contractual, el incumplimiento de sus obligaciones le genera responsabilidad, a título de ilícito contractual⁸: justamente, en nuestro ordenamiento, el artículo 1321 del Código Civil prescribe que quien no ejecuta sus prestaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios.

Ciertamente, de lo anterior se colige que la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones es atribuida al deudor luego de un análisis de imputabilidad, esto es, como señala el autor Zaccaria⁹, “en general, el incumplimiento tiene lugar siempre que el deudor, por causa imputable a él, no ejecute exactamente la prestación debida”.

SÉTIMO: Pese a ello, como explica Lorenzetti, a diferencia del derecho anglosajón donde la tradición no es basar la responsabilidad en el análisis de la conducta del deudor, sino en la satisfacción del interés del acreedor, en los países de tradición romanista, los deberes que se exigen al deudor no se extienden hasta la garantía del resultado, sino que se concentran en una exigencia de conducta diligente; así, el deudor se exime de responsabilidad probando su falta de culpa o la causa ajena.¹⁰

Precisamente, los artículos 1314¹¹, 1315¹² y 1317¹³ del Código Civil prescriben supuestos de ausencia de

⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Volumen I; p. 673-ss. Ver también, ZACCARIA, Alessio. *Commentario sub art. 1218*, en ID., *Commentario essenziale al libro IV del Codice Civile. Delle obbligazioni* (art. 1173-2059). Pardua: Cedam, 1996, pp.18-20, quien refiere que la doctrina y la legislación civilistas diferencian distintos presupuestos de incumplimiento: por un lado, el modelo alemán indica que “el incumplimiento puede ser total o puede tratarse de cumplimiento inexacto de la obligación” y, por otro lado, el modelo italiano introduce una tercera categoría, clasificando al incumplimiento en relativo (mora), absoluto y cumplimiento inexacto.

⁸ ZACCARIA, Alessio. *Commentario sub art. 1218*, en ID., *Commentario essenziale al libro IV del Codice Civile. Delle obbligazioni* (art. 1173-2059). Pardua: Cedam, 1996, pp.18-20.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis (2000), *Teoría sistemática del contrato*, p. 38, disponible en: <http://seer.ufrrgs.br/index.php/ppgdir/article/download/52835/32773> (última revisión: 18 de mayo de 2016, 17:26 horas).

¹¹ Inimputabilidad por diligencia ordinaria

Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

¹² Caso fortuito o fuerza mayor

Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

¹³ Daños y perjuicios por inejecución no imputable

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Repredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

culpa¹⁴ y exoneración de responsabilidad: (i) actuar con diligencia ordinaria, (ii) caso fortuito, (iii) fuerza mayor y (iv) otras causas no imputables al deudor.

OCTAVO: Como se desprende del artículo 1314, para el legislador peruano, hay responsabilidad del deudor solo si el incumplimiento se produce como consecuencia de una conducta o actuación negligente del obligado, es decir, si le es imputable. En otros términos, “*la negación de la responsabilidad del deudor cuando incumple actuando con la diligencia ordinaria requerida, significa que el daño total consecuencia del incumplimiento se reparte entre el acreedor y el deudor*”¹⁵.

En palabras del autor Massimo Bianca, “*la eventual existencia de impedimentos que no son superables con la diligencia requerida implica que el deudor no sea considerado negligente, aun cuando la prestación resulte incumplida o inexactamente cumplida*”¹⁶.

Así, el Tribunal se adhiere a lo desarrollado por el autor en mención en torno a la diligencia, quien considera a ésta “*como el empleo adecuado de las energías y de los medios útiles para la realización de un fin determinado. (...) Al final, en efecto, la diligencia llega a entenderse, ya sea como un mero esfuerzo volitivo, o bien como una valoración de la correspondencia objetiva entre el hecho y un modelo de comportamiento*”¹⁷. Evidentemente, la elección entre uno y otro concepto será determinado de manera casuística, toda vez que, a criterio del Tribunal, pueden existir circunstancias donde amerite tomarse ambas perspectivas en consideración y otras donde una prime sobre la otra, por tratarse, por ejemplo, de hechos donde estén involucrados conocimientos técnicos o manuales especializados de conducta.

NOVENO: Por su parte, el artículo 1315 menciona las características y consecuencias jurídicas de las situaciones de caso fortuito y de fuerza mayor, mas no da mayores alcances respecto a sus diferencias. Así, ha sido la doctrina la cual ha vinculado a los accidentes naturales (o actos de Dios en términos del *common law*) al caso fortuito y los actos atribuibles a terceros, a la fuerza mayor (o actos del principio, también según denominación anglosajona, para hechos relacionados a la autoridad).

Artículo 1317.- El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la in ejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

¹⁴ Ver BIANCA, Massimo. *Negligenza (Diritto privato)*. En: *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, UTET, Turín, 1976, pp. 190-196; quien refiere que “*la culpa se manifiesta, más apropiadamente, según su significado más común, como una omisión de diligencia que perjudica un interés ajeno jurídicamente tutelado. De tal forma, la culpa abarca a la negligencia en materia del hecho ilícito, y justifica la responsabilidad del sujeto sobre la base de la falta del empleo del esfuerzo que hubiera sido necesario para evitar el daño ocasionado al otro. Desde este punto de vista, la culpa también puede ser considerada como el criterio jurídico de imputación causal del daño al sujeto responsable*”.

¹⁵ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. *La importancia de hacer cumplir los contratos: los remedios generales frente a la lesión del derecho de crédito*, en: *Estudios de Derecho Contractual* (2014), Lima: Ius et Veritas, p. 363.

¹⁶ BIANCA, Massimo. *Art. Cit.*

¹⁷ BIANCA, Massimo. *Art. Cit.*

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revpredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

No obstante, resulta pertinente desarrollar brevemente las características de los supuestos en mención, de las cuales el autor Osterling Parodi refiere lo siguiente:

"Acontecimiento extraordinario es todo aquél que sale de lo común, que no es usual. La previsión, por su parte, debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación; a diferencia de la resistibilidad, que se presenta al momento de cumplirla. Si el acontecimiento fuera irresistible desde el momento en que se contrajo la obligación, el acto jurídico sería nulo, porque tendría objeto imposible.

El requisito de la previsión se exige cuando el deudor no previó lo que debía, o cuando, habiendo previsto el acontecimiento, se obliga a algo que presumiblemente iba a ser imposible. En ambos casos el acontecimiento es imputable al deudor, pues equivale a un hecho suyo.

(...) El acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación. La rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de realización, configuran el caso fortuito o de fuerza mayor.

El requisito de irresistibilidad, por último, supone la imposibilidad de cumplimiento. La dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aun cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo previsto. Tampoco interesa la situación personal del deudor, la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria.

En conclusión, las características de extraordinario, imprevisible e irresistible constituyen simples derroteros para el juez; su facultad de apreciación, en esta materia, es muy amplia, y comprenderá el examen de todas las circunstancias del caso analizado. Lo que en ciertas oportunidades es caso fortuito o de fuerza mayor, en otras no lo es"¹⁸.

DÉCIMO: Sin perjuicio de lo desarrollado, aun en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, a criterio del Tribunal, lo importante es determinar si el obligado ha actuado con la diligencia debida¹⁹, en tanto que esta actitud está estrechamente vinculada a la buena fe, siendo éste el principio al cual las partes deben ceñirse durante todo el tiempo que dure la relación²⁰.

Efectivamente, conforme a Castronovo (2011), la buena fe es también fuente de los denominados *deberes de protección*²¹, que para efectos de esta exposición tiene especial relevancia lo señalado por una doctrina nacional respecto al deber de diligencia:

"Pero, además, pocos han reparado en que, al referirse el artículo 1314 al deber accesorio de diligencia,

¹⁸ OSTERLING PARODI, Felipe. Comentarios al artículo 1314 del Código Civil [en línea], 2012, disponible en: <http://www.sterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%C3%ADculo%201314.pdf> (Última revisión: 18 de mayo de 2016, 17:47 horas).

¹⁹ Siguiendo a Felipe OSTERLING PARODI, art. cit., "usualmente el deudor tan solo debe probar que ha actuado con la diligencia requerida, vale decir, sin culpa, para quedar exonerado de responsabilidad. Generalmente el deudor no precisa demostrar el caso fortuito o de fuerza mayor".

²⁰ Ver Artículo 1362 del Código Civil, el cual reza: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

²¹ Ver Morales Hervías (2013), p. 58 ("...una relación obligatoria es compleja porque contiene deberes de prestaciones principales, deberes de prestaciones secundarias y deberes accesorios. La prestación principal es la acción humana, considerada como núcleo de la obligación. La prestación secundaria depende de la prestación principal. Y los deberes accesorios cautelan el vínculo obligacional; protegen a las partes, en sus personas o en su patrimonio, y protegen a los terceros, que con la obligación, tengan un especial contacto. Estos deberes accesorios son denominados deberes de protección o deberes funcionales").

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

brinda fundamento legal al acogimiento contractual integral de los deberes de protección, los cuales, a saber, pueden ser de dos clases:

a) *Los que coadyuvan a la realización del deber central (a la realización del deber primario de prestación), contribuyendo en mayor o menor medida a precisar la forma particular de ejecución de la prestación debida en función del tipo de utilidad comprometida en el deber de prestación.*

Aquí, los deberes de protección están destinados, pese a todo, a tutelar el interés de prestación (Ej.: en el transporte, trasladar a los pasajeros a destino, sanos y salvos; en las prestaciones médico- quirúrgicas, vigilar el desenvolvimiento de la propia conducta de manera tal que se le procure al paciente la utilidad inmaterial de mejorar su posición de salvamento, etcétera).

En esta hipótesis, al vincularse necesariamente el deber de protección de la obligación con la utilidad comprometida en el deber central, la ejecución de la diligencia debida no puede significar otra cosa que la no presentación de vicisitud alguna en el cumplimiento del deber central; es decir, el cumplimiento de la obligación.

b) *Los que tienen la específica función de tutelar a la persona y los bienes de la otra parte de la relación.*

Es decir, que también el artículo 1314 (concordado con el artículo 1362 del mismo) recoge la protección contractual del respeto a la esfera jurídica del acreedor (deberes de seguridad), recogiéndose la exigencia de tutela de la persona y de las cosas de cada uno de los sujetos de la relación obligatoria que no tienen por qué 'sufrir daños a causa o con ocasión del desarrollo de la relación'.

Empero, a diferencia de los deberes de protección que coadyuvan a la realización del deber central, aquí el deber accesorio de diligencia, encarnado en un deber de seguridad, tutela, no ya el interés de prestación, sino exclusivamente el interés de protección, cuya lesión puede dar también lugar, sin duda, a una responsabilidad contractual.

En esta hipótesis, entonces, el cumplimiento del deber de diligencia no conlleva el cumplimiento del deber central y, por lo tanto, no representa una prueba del cumplimiento de la obligación, sino, tan solo, la satisfacción de un interés de protección autónomamente considerado en sede contractual" (Fernández Cruz, 2005)

Pese a que un sector de la doctrina italiana rechaza al deber de diligencia como uno de carácter autónomo o accesorio, calificándolo como un criterio de responsabilidad²² (Rodotá, 1969), este Tribunal considera importante resaltar los dos aspectos del deber de diligencia señalados por el autor Fernández Cruz: en primer lugar, la diligencia debida significa la no presentación de vicisitud alguna en el cumplimiento de la obligación y, en segundo lugar, el comportamiento del deudor deberá ser diligente no solo para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, sino de todos aquellos aspectos que, en cuanto a las circunstancias de su posición, el acreedor espere no ser dañado.

De esta manera, siguiendo al autor Massimo Bianca, "el juicio de diligencia asume como contenido el comportamiento en sus concretas circunstancias; se valoran, en particular, los impedimentos que pueden presentar estas circunstancias y que se deben tender a superar mediante el esfuerzo diligente"²³.

UNDÉCIMO: En resumen, cuando dos partes se involucran en un contrato con prestaciones

²² Ver BIANCA, Massimo. Art. Cit.; precisamente, el autor refiere que "la diligencia se presta a dos distintos juicios en el campo de las obligaciones. El primero toma en consideración el esfuerzo útil para determinar el normal contenido del comportamiento del deudor, y se plantea, de tal modo, como un criterio concurrente para la individualización de la exacta prestación debida. El segundo, tiene en cuenta el esfuerzo útil para valorar el comportamiento efectuado por el deudor, en relación con los eventuales impedimentos encontrados, y se plantea, esta vez, como un criterio de responsabilidad".

²³ BIANCA, Massimo. Art. Cit.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

signalagmáticas²⁴, se construyen u obligan mutuamente a cumplir con ciertos actos, conductas o comportamientos que dan contenido, justamente, a dichas prestaciones. El incumplimiento de las obligaciones asumidas por una de las partes implica la lesión al interés de la otra, la cual aguarda su realización, y por consiguiente, quien incurre en esta falta debe responder de los daños y perjuicios que haya generado en su acreedor. Como afirma el autor Luciano Barchi, “la responsabilidad no es una fase de la obligación en la que se penetra a través del incumplimiento; es decir, que el deudor se hace responsable, no porque ha incumplido, sino porque ha asumido el deber de cumplir”²⁵.

Asimismo, la culpa es definida como un error de conducta, donde el sujeto no ha obrado como debió hacerlo, provocando un daño, pero sin necesariamente el propósito de causar ese daño (falta de previsión). En términos del autor Massimo Bianca, “la culpa representa una falta de idoneidad psíquica de la persona para comprender la relevancia social negativa de sus propias acciones”. Ahora bien, dado que esa relevancia social existe, el sujeto debe responder por sus acciones. Así, la culpa es un juicio de reprobabilidad sobre la conducta de sujeto, quien debiendo prever las consecuencias de su acción, no tuvo la capacidad de hacerlo.

Bajo este esquema, existen dos clases de culpa: (i) la llamada culpa-negligencia, que va a ser típicamente una culpa por omisión, donde se comprueba la existencia de un sujeto que omite realizar cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso (hace menos de lo que debe hacer y por eso actúa con falta de previsión), y (ii) la culpa-imprudencia o impericia, donde se comprueba la existencia de un sujeto que obra sin prever las consecuencias dañosas de su acción (hace más de lo que debe hacer).

DUODÉCIMO: En lo que respecta al presente caso, es importante reiterar que si bien TRIGAL acepta que no ha cumplido con las prestaciones del mes de junio (entrega del 28 de mayo al 1 de junio de 2014), cuestiona la determinación del COMITÉ de resolver el contrato.

Así, TRIGAL refiere que la resolución contractual es ineficaz por las siguientes razones:

- (i) Durante el traslado de la mercadería a las II.EE. del ítem 2 Huaral sufrieron un robo, con lo cual, no se cumple con el requisito necesario para la resolución contractual (“que el proveedor incumpla injustificadamente las obligaciones contractuales a su cargo”, numeral 16.1 de los CONTRATOS), en tanto que el incumplimiento está justificado por el hecho fortuito en mención.

²⁴ La expresión *sinalagma* es un término culto empleado por los justinianos para designar la voz latina *contractus*.

²⁵ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Art. Cit., p. 364.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revpredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

-
- (ii) Las cartas de resolución no han sido firmadas por representante válidamente comunicados a TRIGAL, es decir, el referido documento fue suscrito por persona que no acreditaba el poder formalizado a efecto de tener éste la eficacia jurídica requerida para el efecto resolutorio.
 - (iii) Las cartas de apercibimiento y de resolución contractual no tienen efecto legal por no haberse comunicado con anterioridad el cambio de domicilio del COMITÉ.

Asimismo, por carta Nº 046/2014-TrigalAlimentosEIRL (recibida por el COMITÉ el 13 de junio de 2014) refiere que no ha cumplido con sus prestaciones por falta de liquidez, generada por (i) la falta de pago por parte del Comité de Compras Lima 3 respecto de seis (6) contratos, (ii) por la no devolución de la garantía de seriedad de oferta, y (iii) por el robo mencionado líneas arriba.

DECIMOTERCERO: En relación a la primera razón principal para declarar la ineficacia de la resolución contractual efectuada por el COMITÉ, TRIGAL presenta una copia certificada de denuncia, cuyo contenido versa sobre el incidente sufrido por el Sr. Heber Ángel Pinedo Bobadilla, administrador de la empresa, quien declara haber sido víctima de robo agravado de especies (productos destinados para colegios estatales del programa Qali Warma) el día 5 de mayo de 2014, aproximadamente a las 04:00 horas del día, a la altura del Km. 74 de la Carretera Panamericana Norte – Variante Pasamayo.

Asimismo, TRIGAL provee al expediente la declaración dada el 12 de junio de 2014 por el Sr. Heber Ángel Pinedo Bobadilla en las oficinas del SEINCRI – PNP – Aucallama, según la cual se ratifica en la denuncia del 5 de mayo de 2014, no obstante, por temor por su vida y la de su familia, así como por falta de tiempo para impulsar la denuncia, manifiesta su deseo de no continuar con la misma.

De esta manera, el DEMANDANTE refiere que la resolución contractual hecha por el COMITÉ es ineficaz, en tanto que el incumplimiento se debe a un hecho fortuito o, como se ha explicado en considerandos anteriores, a un hecho de fuerza mayor (robo), ajeno a la voluntad del deudor, con lo cual, no habría responsabilidad de TRIGAL.

Sobre el particular, sin embargo, el Tribunal Arbitral ha manifestado su opinión respecto a la dispensa de responsabilidad del deudor conforme a la normativa vigente, siendo fundamental para la obtención de dicho resultado que la parte que ha incumplido con sus obligaciones haya obrado con diligencia, aun cuando las circunstancias sean de caso fortuito o fuerza mayor.

De esta manera, el Tribunal considera que no existen aspectos claros y determinantes para excusar de responsabilidad a TRIGAL, en tanto que la denuncia policial y la declaración de la víctima, incorporadas al

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Repredro Lituma
Rossana Merino Ramírez

expediente por el DEMANDANTE, no otorgan suficientes elementos en dicho sentido.

En efecto, por un lado, TRIGAL no refiere con mayor detalle cuáles fueron las pérdidas que sufrió como consecuencia del asalto. Por otro lado, tampoco otorga una razón sensata respecto a la decisión de la víctima por detener el vehículo. Precisamente, sobre el particular, el Tribunal considera que una conducta diligente supondría la revisión de los neumáticos antes del viaje y no durante el mismo, salvo que sea por una situación de emergencia, no obstante, de la declaración y descripción de hechos de la víctima, ésta no proporciona una razón importante para detener el vehículo antes de llegar a su destino. Asimismo, tampoco da mayores detalles respecto de la zona donde se produjo el incidente y por qué no esperó a llegar a un establecimiento relativamente seguro para realizar las acciones que refiere a la policía.

Adicionalmente, a criterio del Tribunal, el DEMANDANTE obró de manera negligente al no comunicar de inmediato lo sucedido a su contraparte, en tanto que se trataría de un hecho que pone en evidente riesgo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, a lo cual, el COMITÉ tiene derecho a estar informado, con la finalidad de actuar con prontitud y evitar las consecuencias dañinas del incumplimiento.

DECIMOCUARTO: El DEMANDANTE sostiene que la falta de liquidez que sufrió se produjo, conjuntamente con el robo, por la falta de pago por parte del Comité de Compras Lima 3 respecto de seis contratos y por la no devolución de la garantía de seriedad de oferta.

Al respecto, el Tribunal considera que ninguna de las dos razones adicionales brindadas por el DEMANDANTE justifica el incumplimiento de sus obligaciones; dado que, en primer lugar, TRIGAL hace referencia a contratos en los que no ha participado el COMITÉ, sino una entidad distinta, con lo cual, pretende equivocadamente deslindar responsabilidad por actos de terceros ajenos a la relación contractual que nos atañe, sin una apropiada justificación de su configuración como supuesto de fuerza mayor; y, en segundo lugar, no han sido presentados al expediente medios probatorios que respalden el dicho del DEMANDANTE en estos aspectos.

De la misma manera, a criterio del Tribunal, la argumentación del DEMANDANTE en este extremo es fútil, en tanto que la cláusula a la cual hace mención (cláusula quinta literal b²⁶) no establece, propia o

²⁶ **CLÁUSULA QUINTA: VIGENCIA, CONDICIONES DE EJECUCIÓN Y CAUSALES DE MODIFICACIÓN**

(...)

El presente contrato podrá ser modificado a través de adendas, en los siguientes casos:

(...)

b) **En relación a los días de atención**

- Interrupción de los días de atención por causas ajenas a las partes.

- Interrupción de los días de atención por causas imputables a EL PROVEEDOR."

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

específicamente, un derecho a favor del proveedor de interrumpir las entregas. Efectivamente, las partes refieren que las entregas podrán verse interrumpidas por causas ajenas a las partes, en cuyo caso se procedería a la firma de una adenda, no obstante, evidentemente, ello implica que, primero, las causales estén debidamente acreditadas y, segundo, que se haya suscrito una adenda en ese sentido.

De los hechos, en cambio, el Tribunal aprecia que las razones brindadas por TRIGAL para suspender las entregas no están adecuadamente probadas y, además, han sido alegadas luego de haber incurrido en incumplimiento, es decir, el DEMANDANTE no ha sido lo suficientemente diligente para solicitar la suspensión del contrato en la oportunidad debida.

Así las cosas, el Tribunal desestima las causales de incumplimiento alegadas por el DEMANDANTE, toda vez que los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor no han sido debidamente acreditados.

DECIMOQUINTO: En relación a la segunda razón principal alegada por el DEMANDANTE, este indica que la resolución es ineficaz dado que el COMITÉ no ha comunicado el cambio de representante y de domicilio dentro del plazo establecido en la Cláusula Vigésimo Tercera de los CONTRATOS.

Sobre el particular, se suele hablar de ineficacia del contrato en sentido lato para designar todas las hipótesis en las cuales los efectos del negocio no se producen o están llamados a decaer en un momento posterior.²⁷

Efectivamente, por ejemplo, ante el incumplimiento, el ordenamiento jurídico dota al acreedor de herramientas para ver satisfecho su interés, denominadas *remedios*.²⁸ Justamente, la resolución del contrato es el remedio para dar término al vínculo contractual por factores o hechos sobrevinientes que afectan el *sinalagma* o nexo de reciprocidad entre las partes.

Así, en lo que respecta a la terminación del contrato por el mecanismo resolutivo o resolución, el autor Rómulo Morales Hervias (2010) refiere lo siguiente:

"La resolución del contrato es el remedio que el ordenamiento jurídico otorga para oponerse a la

²⁷ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del derecho civil*, trad. Prof. Agustín Luna Serrano, 7^a ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1964, p. 235.

²⁸ Por efecto de las obligaciones, conforme al artículo 1219 del Código Civil, el acreedor está autorizado para lo siguiente: (i) emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado; (ii) procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor; (iii) obtener del deudor la indemnización correspondiente; (iv) ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Repredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

continuidad del vínculo contractual por eventos sobrevinientes que alteran el nexo de corresponsividad entre las prestaciones generadas de un contrato con prestaciones correspondientes (o contrato signalógámico)".

En ese sentido, conforme al Código Civil peruano, dicho remedio es gatillado a propósito del incumplimiento de una obligación (artículo 1426), la imposibilidad sobrevenida de la prestación (artículo 1431) o la excesiva onerosidad de la prestación (artículo 1440).

Así, en palabras del autor Hugo Forno Flórez (1987), “*la resolución por incumplimiento es la extinción de un vínculo contractual válido como consecuencia de la inejecución culpable a una de las partes, de las prestaciones que contiene la obligación creada a su cargo por el contrato*”. Lo cual significa que si la parte deudora no cumple con una de sus obligaciones contractuales y el interés del acreedor se ha visto insatisfecho, existe responsabilidad y éste podrá liberarse del contrato a través del mecanismo resolutorio.

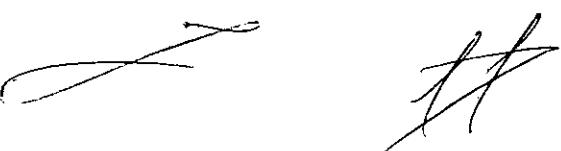
Precisamente, los efectos de la resolución son tres: efecto retroactivo, efecto reintegrativo y efecto resarcitorio. En primer término, una vez producida la resolución, sus efectos operan retroactivamente, por lo que las partes que han quedado desvinculadas, deben restituirse recíprocamente todo lo que hubieren recibido con motivo del contrato resuelto, es decir, se trata de volver las cosas al estado en que se hallaban con anterioridad a la celebración del negocio. En segundo término, como corolario del efecto retroactivo, las partes deben restituirse lo que del mismo modo recibieron con motivo del negocio jurídico extinguido o pagarse las indemnizaciones compensatorias o resarcitorias correspondientes.²⁹

DECIMOSEXTO: Ahora bien, respecto a las formas con que cuenta el acreedor insatisfecho para resolver el contrato, el ordenamiento jurídico peruano establece tres (3) mecanismos:

- (i) Resolución judicial o arbitral (artículo 1428 Código Civil);
- (ii) Resolución por intimación (artículo 1429 Código Civil); y,
- (iii) Resolución por cláusula expresa o de pleno derecho (artículo 1430 Código Civil).

Por la primera alternativa, el acreedor acude al juez o al árbitro para que declare la resolución del contrato que ha suscrito con su contraparte. Por el mecanismo intimidatorio, el acreedor remite una comunicación al deudor con la finalidad de que satisfaga el interés defraudado dentro de un plazo, luego del cual, en caso de no subsanarse el incumplimiento, operará la resolución del contrato. Por último, por la cláusula resolutoria expresa, las partes han establecido contractualmente que ante el incumplimiento de una

²⁹ MIQUEL, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. 3^a Ed. Actualizada, 2008, Lexis Nexis, p. 173.



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Repredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

determinada obligación, el contrato quedará resuelto de pleno derecho al momento que el deudor es comunicado con la decisión del acreedor de dar por terminada la relación jurídica.

En consecuencia, a efectos de resolver el punto en controversia, el Tribunal Arbitral considera conveniente proceder con dilucidar el mecanismo que debió ser implementado por el COMITÉ para dar por terminados los CONTRATOS; y, de ser correcta la elección del COMITÉ, determinar si la resolución estaba justificada.

DECIMOSÉTIMO: Sobre el particular, es menester anotar que el ordenamiento jurídico peruano recoge un valor fundamental de la actividad humana en la Constitución Política de 1993 y en el Código Civil: la libertad.

Efectivamente, las disposiciones constitucionales³⁰ y legales³¹ patrocinan la autonomía privada en sus dos manifestaciones: en la libertad de decidir la celebración de un contrato y, sobre todo, en la libertad de determinar su configuración interna.

En otras palabras, tras pasar un umbral de licitud, el contrato prevalece sobre las normas del ordenamiento jurídico nacional para regir los intereses de los privados; es decir, antes de prestar atención a las normas establecidas en el Código Civil, los elementos que guían la relación jurídica entre el acreedor y el deudor son la naturaleza y las estipulaciones propias del contrato.³²

DECIMOCTAVO: El Tribunal observa que el mecanismo de resolución acordado por las partes en caso de incumplimiento de las obligaciones del DEMANDANTE es uno de pleno derecho, lo cual nos refiere al artículo 1430 del Código Civil.

³⁰ "Artículo 62º.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. (...)"

³¹ "Artículo 1353.- Régimen legal de los contratos. Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sujetos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato."

"Artículo 1354.- Libertad contractual. Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo."

"Artículo 1356.- Primacía de la voluntad de contratantes. Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas."

³² "Art. 168.- Interpretación objetiva. El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revpredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

Efectivamente, cuando las partes refieren en la cláusula décimo sexta³³ que el COMITÉ podrá resolver el contrato de pleno derecho, por “de pleno derecho” debe entenderse el mecanismo de resolución por incumplimiento establecido en el artículo 1430 del Código Civil.

En palabras del autor Felipe Osterling Parodi (2010), “la posibilidad que tienen las partes para **resolver un contrato de pleno derecho constituye un supuesto regulado y permitido por nuestra legislación**. Así, el **artículo 1430º del Código Civil** establece que ‘puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión’”. (El énfasis es nuestro)

Sin embargo, ello no significa que cada línea del contrato que haga referencia a una obligación deba indicar si aplica la resolución de pleno derecho en caso de incumplimiento, de lo contrario, el documento que contiene el acto jurídico sería interminable. En cambio, las partes pueden optar por establecer en una cláusula las causales de resolución de pleno derecho, en cuyo caso, pueden indicar exactamente la obligación o hacer mención a un acápite del contrato que contiene una obligación.

DECIMONOVENO: En el caso que nos compete, el Tribunal Arbitral observa que el numeral 16.10 de la cláusula décimo sexta de los CONTRATOS, menciona con suficiente rigor la causal de resolución de pleno derecho, la cual supondría el retraso injustificado en el cumplimiento del contrato por más de cinco (5) días continuos en una misma entrega.

Precisamente, conforme a la Carta N° 006-2014-CC-LIMA 1, del 18 de junio de 2014, el COMITÉ da por resueltos los CONTRATOS debido a que TRIGAL no había cumplido con sus entregas dentro del plazo establecido en los mismos, pese a existir misivas (Cartas N° 004-2014-CC Lima 1 y N° 005-2014-CC Lima 1) exigiendo al DEMANDANTE el cumplimiento de las prestaciones a su cargo.

Por consiguiente, al no haber satisfecho el interés del COMITÉ, TRIGAL ha incurrido en la causal indicada en el numeral 16.10 de la cláusula décimo sexta de los CONTRATOS, correspondiendo, como consecuencia jurídica del supuesto de hecho, la resolución de pleno derecho del negocio jurídico suscrito

³³ **“CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: RESOLUCIÓN DE CONTRATO**

EL COMITÉ podrá resolver el presente contrato de pleno derecho, cuando:

(...)

16.10. *El PROVEEDOR incurra en retraso injustificado superior a los cinco (05) días continuos en una misma entrega o, superior a los diez (10) días acumulados en dos o más entregas.*

(...)

En cualquiera de estos supuestos la resolución se producirá automáticamente cuando EL COMITÉ comunique a EL PROVEEDOR que ha decidido valerse de la causal resolutoria correspondiente.” (El subrayado es nuestro)

Proceso arbitral seguido entre Trigal Alimentos E.I.R.L. v. Comité de Compra Lima 1.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Repredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

entre las partes, con efectos automáticos desde que la decisión tomada por el acreedor es comunicada al deudor.

Justamente, es de resaltar que en el último párrafo de la cláusula décimo sexta las partes indicaron que "la resolución se producirá automáticamente cuando EL COMITÉ comunique a EL PROVEEDOR [el CONSORCIO] que ha decidido valerse de la causal resolutoria correspondiente", lo cual es similar al segundo párrafo del artículo 1430 del Código Civil:

"Art. 1430.- Cláusula resolutoria expresa

(...)

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria." (El énfasis es nuestro)

Por consiguiente, el Tribunal Arbitral arriba a la conclusión que el mecanismo establecido en los CONTRATOS es el de resolución de pleno derecho o cláusula resolutoria expresa, por lo que la resolución contractual efectuada por el COMITÉ es correcta y viable en cuanto a su formalidad, bastando que dicha decisión sea comunicada a TRIGAL para que produzca sus efectos resolutorios, como sucedió en el caso que nos atañe.

VIGÉSIMO: Adicionalmente, al Tribunal le resulta insubsistente la aseveración hecha por TRIGAL, en tanto que en la cláusula vigésimo tercera de los CONTRATOS no existe una causal de ineffectuación para las comunicaciones suscritas por representante distinto al que suscribió los CONTRATOS sin previo aviso en dicho sentido o por cambio de domicilio del que remite la misiva.

Efectivamente, en ninguna de las cláusulas de los CONTRATOS está prevista una obligación de dar aviso del cambio de representante a la otra parte; por tanto, tampoco existe un acuerdo en el sentido de que dicha omisión genera la ineffectuación del contenido de la comunicación que el nuevo representante emita en ejercicio de sus funciones.

Asimismo, respecto al cambio de domicilio, el tenor de la cláusula en mención es como sigue:

CLÁUSULA VIGÉSIMO TERCERA: DOMICILIO PARA EFECTOS DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

Las partes declaran que a los domicilios establecidos en la introducción del presente documento se cursarán todas las notificaciones durante la ejecución del contrato. La variación del domicilio aquí declarado de alguna de las partes debe ser comunicada a la otra parte, formalmente y por escrito, con una anticipación no menor de quince (15) días calendario."

Así, el Tribunal advierte que el propósito de la cláusula citada es regular la efectuación de las notificaciones,

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Repredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

siendo para ello necesario que el domicilio de la parte a la cual se dirige la misiva correspondiente esté actualizada, razón por la cual, mientras no haya aviso de cambio de domicilio, las comunicaciones remitidas a las direcciones que figuran en el encabezado de los CONTRATOS están correctamente notificadas.

De este modo, la ineffectividad de la comunicación ocurre cuando ésta ha sido dirigida a una dirección desactualizada. En otras palabras, si el destinatario ha avisado oportunamente (con quince días de anticipación) al remitente el cambio de su domicilio, y éste último remite su comunicación a una dirección distinta, dicha notificación no surtiría efectos.

Así, siendo que de los hechos se desprende que el DEMANDANTE fue correctamente notificado con la carta de resolución emitida por el COMITÉ, y teniendo presente lo desarrollado en Considerandos anteriores, este Tribunal concluye que el remedio en mención surtió plenos efectos; y, en consecuencia, debe declararse infundada la quinta pretensión de la demanda interpuesta por TRIGAL.

VIGESIMOPRIMERO: Seguidamente, corresponde que el Tribunal determine si es viable dejar sin efecto la imposición de penalidades en contra de TRIGAL por el incumplimiento de sus obligaciones o si procede la reducción de las mismas.

A criterio del Tribunal, es importante tener presente el doble carácter de la cláusula penal: por un lado, la penalidad es debida independientemente de si el acreedor ha sufrido un daño, lo cual, a su vez, significa que el deudor no puede librarse de dicha obligación probando la inexistencia del daño; y, por otro lado, la cláusula penal limita el resarcimiento a la prestación acordada, salvo que se haya pactado la resarcibilidad del daño ulterior.³⁴

Sobre el particular, el Tribunal observa que en la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS, las partes han fijado como la siguiente penalidad al supuesto de incumplimiento que nos incumbe:

"CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: PENALIDADES

Las penalidades se aplicarán de acuerdo con el siguiente detalle:

Causales referidas a la Entrega de los Productos

Incumplimiento en la entrega de los productos en la fecha establecida en el contrato: 0,5% del monto total

³⁴ DE NOVA, Giorgio. *Clausola penale*, en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civil, t. II, Turín: Utet, 1988, pp. 377-383; asimismo, el Código Civil peruano prescribe lo siguiente en su artículo 1341: "El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores".

36

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

del contrato por día de incumplimiento"

De esta manera, este Colegiado verifica que las partes establecieron una penalidad como consecuencia jurídica al supuesto que el proveedor incurra en la causal de incumplimiento en mención.

Justamente, por la cláusula penal, el deudor está obligado a una determinada prestación, en caso de incumplimiento o retraso en el incumplimiento de las obligaciones a su cargo. Así, la cláusula penal es de naturaleza accesoria: el acreedor puede requerir el cumplimiento, en lugar de la penalidad, pero no puede, en cambio, acumular el cumplimiento y la penalidad.³⁵

VIGESIMOSEGUNDO: Por otro lado, la ley atribuye al juzgador el poder de disminuir equitativamente la pena.³⁶ No obstante, debido a que se trata de una intervención a la libertad contractual de las partes, dicha disposición es de naturaleza excepcional, siendo su objetivo el restablecimiento del equilibrio contractual antes que un favorecimiento gratuito al deudor.

Precisamente, el autor De Nova refiere que la penalidad puede ser reducida con dos condiciones, alternativas entre ellas: "en caso de que la obligación principal hubiere sido ejecutada en parte, o bien si el monto de la penalidad hubiese sido manifiestamente excesiva, teniendo en cuenta siempre (es decir, en ambos casos) el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento integral (...) El juez debe prestar atención al interés que el acreedor tenía en el cumplimiento, de acuerdo con el momento de la celebración del contrato"³⁷.

En ese orden de ideas, el Tribunal considera que no existen motivos para reducir la pena establecida en la cláusula décimo quinta de los CONTRATOS, en tanto que, primero, el Tribunal ha comprobado el incumplimiento de las obligaciones contractuales de parte de TRIGAL, segundo, la pena establecida no resulta excesiva (0,5% del monto total del contrato por día de incumplimiento) y, tercero, era de suma importancia para el acreedor (COMITÉ) que el proveedor (TRIGAL) cumpla con sus prestaciones en la oportunidad debida, dado que consiste en la provisión de alimentos para niños en etapa escolar.

En consecuencia, debe declararse infundada la cuarta pretensión de la demanda interpuesta por TRIGAL.

³⁵ *Ibid.*; salvo, según el artículo 1342 del Código Civil peruano, en caso de que la cláusula penal se estipule para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, donde el acreedor tiene derecho a exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.

³⁶ Ver Artículo 1346 del Código Civil peruano: "El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida".

³⁷ DE NOVA, Giorgio. Op. Cit.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Repredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

VIGESIMOTERCERO: En lo que respecta al segundo punto controvertido, el cual versa sobre si corresponde que el Tribunal ordene al COMITÉ pagar a favor de TRIGAL el monto de S/ 562,275.98 por prestaciones pendientes de cancelación, el Colegiado considera que no se cuenta con instrumentos suficientes para determinar si el monto de la deuda alegada es correcto, o si de ser de correcto, es exigible, o si ha sido pagada parcial o totalmente, o si corresponde que se hagan descuentos a la misma.

En otras palabras, el Tribunal considera que no existen medios probatorios suficientes que le permitan coincidir con las afirmaciones del DEMANDANTE respecto de la supuesta deuda en mención. Así, no se han presentado al expediente las copias de las facturas supuestamente impagadas, ni se ha exhibido algún medio probatorio que demuestre que el COMITÉ haya faltado al plazo establecido para el pago en la cláusula sexta de los CONTRATOS.

Por el contrario, según se advierte de la Cláusula Sexta de los CONTRATOS, las partes acordaron lo siguiente:

"CLÁUSULA SEXTA: FORMA DE PAGO

El Comité de Compra realizará el pago correspondiente a la contraprestación por la entrega efectiva de las raciones objeto del presente contrato, en un plazo de diez (10) días hábiles posteriores a la conformidad por parte de Qali Warma (cuando EL PROVEEDOR no cumpla con entregar la documentación dentro del cronograma establecido, los retrasos en el pago serán de su exclusiva responsabilidad)". (énfasis propio)

En efecto, la forma de pago según los CONTRATOS estaba supeditada al otorgamiento de la conformidad de Qali Warma, aspecto que no es posible corroborar, al no existir prueba alguna que dicha conformidad fue extendida por la Entidad. Tampoco es posible atribuirle validez a las afirmaciones vertidas por TRIGAL en tanto no ha acompañado documento probatorio que pruebe o si quiera suponga una negativa dolosa de otorgar dicha conformidad por parte de Qali Warma, lo que se traduce en una afirmación sin contenido probatorio que conlleva a la desestimación de lo solicitado por el DEMANDANTE.

Entonces, siendo este el escenario, el Tribunal no puede realizar un pronunciamiento favorable al DEMANDANTE respecto a este extremo del petitorio de la demanda y por tanto, corresponde declararla Infundada.

VIGESIMOCUARTO: En relación al primer punto en controversia, el cual se refiere a si corresponde ordenar al COMITÉ el pago de una indemnización a favor de TRIGAL por el monto de S/ 600,000.00 por perjuicios económicos, el Tribunal considera que es menester desarrollar brevemente ciertos aspectos en

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revpredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

torno al daño.

Así, en lo que respecta a su concepto, el daño es entendido como el detrimento, menoscabo o perjuicio que sufre un individuo, persona o ente en su integridad o patrimonio, así como en sus derechos personales o en sus derechos patrimoniales; es, en todo caso, la lesión de un interés protegido.

Efectivamente, el daño puede ser patrimonial y extrapatrimonial, donde, a su vez, el daño patrimonial se clasifica en daño emergente y lucro cesante. El primero es aquel que se produce directamente del evento dañoso y, el segundo, es aquella situación lesiva para una de las partes del contrato producida por un hecho dañoso que repercute en una relación jurídica intersubjetiva actual o probable y que le procura o iba a procurar un beneficio económico. Cuando el daño es patrimonial, la responsabilidad civil prioriza su función resarcitoria.

Precisamente, el daño es el primer elemento en la responsabilidad que debe verificarse para que opere la tutela resarcitoria. En términos de causalidad, no es el primer elemento que se da en la realidad, porque este puede analizarse como evento, pero causalmente es la consecuencia de un hecho que lo produjo (hecho generador); en otras palabras, el daño comprende el evento lesivo ("daño-evento") y sus consecuencias ("daño-consecuencia").

De allí la afirmación en la doctrina civilista que siempre la aplicación de un método de análisis de responsabilidad es un análisis *ex post facto* o análisis retrospectivo, es decir, corresponde determinar, en primer lugar, si es un daño resarcible, para lo cual el daño-evento debe cumplir con cuatro requisitos:

- (i) Certeza del daño: el daño debe ser cierto, tanto en un plano fáctico como lógico, esto es, que, además de demostrarse la existencia del daño-evento, ha de comprobarse una relación de causalidad entre éste y el daño-consecuencia.
- (ii) Subsistencia de la lesión: los efectos del daño continúan o éste no ha sido reparado, es decir, subsiste.
- (iii) Especialidad del daño: el daño debe afectar un interés que pertenezca a un sujeto de derecho específico o identificable, en otras palabras, a un derecho subjetivo en particular.
- (iv) Injusticia del daño: el daño ha de ser injusto, esto es, debe lesionar un interés tutelado por el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, en el caso que nos compete, el DEMANDANTE asevera que ha sufrido un daño ascendente a S/ 600,000.00 por culpa del COMITÉ. Sin embargo, si bien refiere cómo ha arribado a esa cifra, no presenta medios probatorios que avalen su afirmación, ni que vinculen los conceptos y montos

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Repredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

mencionados con los CONTRATOS. En otros términos, lo pretendido por TRIGAL no cumple con el análisis del daño anteriormente descrito, en tanto que el Tribunal Arbitral no tiene certeza respecto al daño alegado.

De esta manera, debido a que el DEMANDANTE no ha proporcionado elementos que respalden la pretensión bajo análisis, el Tribunal considera que ha de ser declarada infundada.

VIGESIMOQUINTO: En relación al sexto punto controvertido, el cual versa sobre si corresponde que el Tribunal ordene al COMITÉ indemnizar a TRIGAL por haber incurrido en la falta de pago de sus prestaciones, así como si corresponde la no aplicación de retenciones y penalidades, el Colegiado considera que dicho extremo del petitorio de la demanda debe ser desestimado.

Efectivamente, dado que, a criterio del Tribunal, no existen medios probatorios suficientes que le permitan coincidir con las afirmaciones del DEMANDANTE respecto de la supuesta deuda ascendente a S/ 562,275.98, no es posible encontrar motivos fundados para ordenar al COMITÉ que indemnice a TRIGAL por el supuesto incumplimiento; del mismo modo, el Tribunal se ve impedido de pronunciarse en el sentido solicitado por TRIGAL, toda vez que no hay certeza respecto del cumplimiento conforme de las prestaciones asumidas por el DEMANDANTE.

VIGESIMOSEXTO: Por último, en cuanto a las costas y costos del proceso arbitral, el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que el Tribunal Arbitral debe emitir pronunciamiento en el laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 del referido cuerpo legal.

Independientemente del resultado y de la decisión que se adopta en el presente laudo, el Tribunal Arbitral considera que ambas partes han llevado a cabo su defensa con serias deficiencias, razón por la cual no corresponde condonar a ninguna de las partes al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir el monto de las costas y costos del presente proceso que ya hayan sufragado o que se hubieren comprometido a sufragar en el futuro.

X. DECISIÓN.-

Que, finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral.

En atención a ello y siendo que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO de la siguiente manera:**

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda interpuesta por TRIGAL, referida al pago de una indemnización.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda interpuesta por TRIGAL, referida al pago de prestaciones pendientes de cancelación.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda interpuesta por TRIGAL, referida al pago de costas y costos del proceso.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda interpuesta por TRIGAL, referida a dejar sin efecto la imposición de probables penalidades.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la quinta pretensión de la demanda interpuesta por TRIGAL, referida a que se declare la ineficacia o se deje sin efecto las cartas notariales a través de las cuales se resolvieron los Contratos 001-2014-CC LIMA 1/PRO, 002-2014-CC LIMA 1/PRO y 003-2014-CC LIMA 1/PRO.

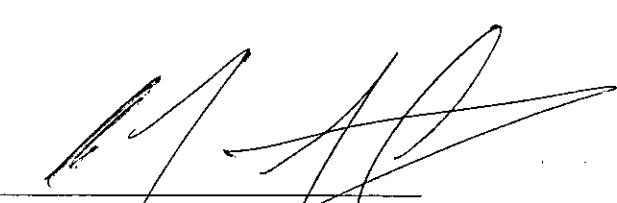
SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la sexta pretensión de la demanda interpuesta por TRIGAL, referida a todos los conceptos reclamados en las pretensiones anteriores, así como a los intereses legales reclamados.

Proceso arbitral seguido entre Trigal Alimentos E.I.R.L. v. Comité de Compra Lima 1.

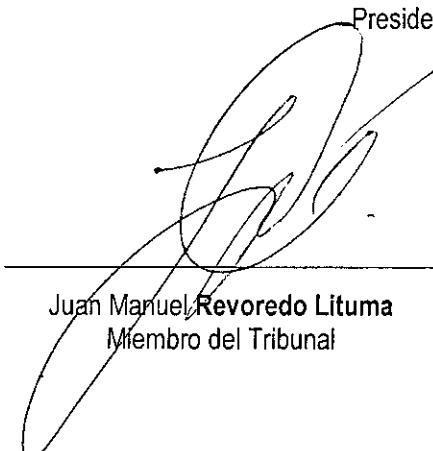
Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra
Juan Manuel Revoredo Lituma
Rossana Merino Ramírez

SÉTIMO: DISPONER que cada parte asuma el monto de los costos y costos del presente proceso que ya hayan sufragado o que se hubiere comprometido a sufragar en el futuro.



Gonzalo García Calderón Moreyra
Presidente del Tribunal Arbitral



Juan Manuel Revoredo Lituma
Miembro del Tribunal



Rossana Merino Ramírez
Miembro del Tribunal