

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante: **CONSORCIO MARYCRIS (en adelante EL DEMANDANTE)**

Demandados: **COMITÉ DE COMPRAS LAMBAYEQUE 1 (en adelante EL COMITE)**
PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI
WARMA (en adelante EL PROGRAMA)

Tribunal Arbitral : **Juan Alberto Quintana Sánchez**
Carol Apaza Moncada
Manuel Porro Rivadeneira

RESOLUCIÓN Nº 16

Lima, 26 de abril de 2016

I. VISTOS:

1.1 Instalación del Tribunal Arbitral

Con fecha 20 de marzo de 2015 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral conformado por los abogados Juan Alberto Quintana Sánchez, Carol Apaza Moncada y Manuel Porro Rivadeneira, quienes suscribieron el Acta de Instalación correspondiente, conjuntamente con las partes, precisando que el Arbitraje sería ad hoc, nacional y de derecho, declarando abierto el proceso arbitral. Se dejó constancia que ninguna de las partes había impugnado o reclamado contra el contenido del Acta de Instalación.

En dicha Audiencia los miembros del Tribunal Arbitral ratificaron su aceptación al cargo y reiteraron que no estaban sujetos a incompatibilidad alguna para el cumplimiento del encargo, ni tenían vínculo con las partes.

De forma adicional, en el Acta de Instalación se especificó que para resolver la controversia se aplicaría la legislación peruana en especial el Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante **EL DECRETO LEGISLATIVO**).

También se determinó que en caso de interpretación e insuficiencia de las reglas establecidas, el Tribunal Arbitral quedaba facultado para resolverla a su mejor discreción.

1.2 De la existencia de Convenio Arbitral

En la Cláusula Vigésima de **EL CONTRATO** N° 009-2014-CC-LAMBAYEQUE 1/CB-RAC para la provisión del servicio de raciones a favor de los usuarios de los niveles inicial y primaria del Ítem Chongoyape 1 (en adelante **EL CONTRATO**), se incorporó la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje. Dicha cláusula expresamente refiere:

"CLAUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

20.1 Ante cualquier discrepancia contractual, las partes podrán recurrir a un arbitraje de derecho. El arbitraje será resuelto por árbitro único o por un Tribunal Arbitral, de acuerdo con el monto contractual y a los términos establecidos en **EL CONTRATO** celebrado. En el caso del Tribunal Arbitral, cada una de las partes designará a un árbitro y éstos de común acuerdo designarán al tercero, quien será el Presidente del Tribunal Arbitral. En caso que las partes no se pongan de acuerdo, en el nombramiento del Árbitro Único o en el Presidente del Tribunal Arbitral, éste será designado por el Centro de Arbitraje establecido en **EL CONTRATO** correspondiente. De ser necesario efectuar un proceso arbitral éste se desarrollará en la ciudad de Lima. El laudo arbitral es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia. **EL CONTRATO** establecerá los mecanismos de intervención que resulten necesarios para la defensa de los intereses de *QaliWarma*"

20.2 De manera excepcional y atendiendo a circunstancias sobrevenientes a la ejecución de las prestaciones, el Comité de Compra podrá declarar la nulidad de **EL CONTRATO** celebrado, por razones debidamente justificadas, y previo informe legal de la Unidad Territorial. En dichos supuestos, la Unidad de Prestaciones emitirá informe favorable respecto de la procedencia de dicha solicitud; sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales que se deriven.

Atendiendo a lo establecido por las partes y la cláusula transcrita, se determina que la controversia materia de autos debe ser resuelta mediante el presente proceso arbitral.

1.3 De la participación de la Parte No Signataria

Por escrito de fecha 20 de marzo de 2015, **EL PROGRAMA** a cargo del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, representado por la Procuraduría Pública, solicitó al Tribunal Arbitral se le tenga por apersonado al proceso en calidad de Parte No Signatario del Convenio Arbitral.

Al respecto, mediante Resolución N° 02 de fecha 14 de abril de 2015, el Tribunal Arbitral declaró como parte no signataria a **EL PROGRAMA** y dispuso que en adelante, todas las actuaciones del presente proceso le sean notificadas en calidad de demandado.

1.4 De la demanda

1.4.1 **EL DEMANDANTE** presentó su escrito de demanda con fecha 21 de abril de 2015, con las siguientes pretensiones:

- ✓ Pretensión Principal Nº 01.- Se declare la nulidad y/o invalidez de la resolución de **EL CONTRATO** dispuesta por **EL COMTE** mediante Carta Nº 037-2014-CC-LAMBAYEQUE 1 de fecha 03 de noviembre de 2014, por no ser acorde con el marco contractual y ley aplicable al presente caso.
- ✓ Pretensión Principal Nº 02.- Se declare la conclusión de **EL CONTRATO** por imposibilidad física y jurídica de continuar con su ejecución.
- ✓ Pretensión Principal Nº 03.- Se ordene a **EL COMTE** que cumpla con la devolución del fondo de garantía retenido conforme a la cláusula décima de **EL CONTRATO**.
- ✓ Pretensión Principal Nº 04.- Se declare la nulidad de la penalidad impuesta a **EL DEMANDANTE** debido a que no se sustenta en incumplimiento injustificado plenamente acreditado.
- ✓ Pretensión Principal Nº 05.- Se ordene a **EL COMITÉ** que cumpla con el pago de la suma de dinero correspondiente a las prestaciones pendientes de cancelación, más los intereses que se generen desde la fecha en que fueron retenidos hasta la fecha de pago.
- ✓ Pretensión Principal Nº 06.- Se ordene que **EL COMITÉ** asuma los gastos que demande la realización del presente arbitraje.

1.4.2 Las citadas pretensiones se basaron en los siguientes fundamentos de hecho:

1.4.2.1 Pretensión Principal Nº 01

- ✓ Del Procedimiento de resolución de **EL CONTRATO**.

Al respecto, **EL DEMANDANTE** alega que tal como fue pactado en el numeral 13.2 de la cláusula décimo tercera y en la cláusula décimo sexta de **EL CONTRATO**, **EL COMITÉ** se encontraba en la obligación de emitir informes técnicos tanto para resolver **EL CONTRATO** como para proceder a la aplicación de las penalidades establecidas en el referido documento como en el Manual de Compras.

Refiere que en ningún momento fue notificado con los informes técnicos y en los documentos en virtud de los que se le aplicó la penalidad y se resolvió **EL CONTRATO** no se hizo referencia alguna a ellos, razón por la cual concluye que **EL COMITÉ** habría incumplido con el procedimiento respectivo. Por ende solicita se declare **FUNDADA** su pretensión y consecuentemente, la nulidad de la resolución de **EL CONTRATO**.

- ✓ Respecto a la presentación de Certificados Sanitarios que no han sido emitidos por el Servicio Nacional de Sanidad Pesquera - SANIPES.

EL DEMANDANTE indica que es un empresa familiar integrada por la señora María Marcelina Llatas Sánchez y por la señorita Amalia Cristel Cubas Llatas, que desde el año 2006 presta servicios de forma independiente al PRONAA y, posteriormente, a **EL PROGRAMA** hasta el año 2013, fecha en la cual se constituyó el Consorcio Marycris.

Agrega que desde el año 2006 los servicios prestados fueron a entera satisfacción de los programas sociales, no fue penalizado y tampoco incurrió en causal alguna de resolución de los contratos que suscribió.

Refiere que es de conocimiento público que con fecha 05 de octubre de 2014, se realizaron a nivel nacional las elecciones regionales y municipales, razón por la cual con fecha 02 de octubre del mismo año, las partes suscribieron la Adenda N° 05 a **EL CONTRATO** reduciendo el número de raciones para dicha fecha debido a que las instituciones educativas que funcionarían como locales de votación suspenderían sus labores los días 03 y 06 de octubre de 2014.

En esta coyuntura, el proveedor que abastecía a **EL DEMANDANTE**, por razones que desconoce no pudo atenderlo, por tanto, se vio obligado a adquirir los productos de marca Angelus y Tormenta del Mar de la empresa "Servicio de Alimentación El Paraíso", la que abastecía también a otras empresas del mismo rubro económico. Dicha empresa cumplió con hacerle entrega de los certificados de sanitarios correspondientes.

Añade que en el mes de octubre de 2014, el Servicio Nacional de Sanidad Pesquera no contaba con una página web en la que los usuarios pudieran verificar la autenticidad de los Certificados Sanitarios, lo cual fue verificado por Notario Público a pedido de otro proveedor de **EL COMITÉ**.

EL DEMANDANTE señala que confiando que la documentación del proveedor era veraz, elaboró las raciones conforme se desprende de las Actas de Supervisión de fechas 06, 13, 20 y 27 de octubre de 2014, tanto en los turnos de 02:00am a 08:00 am como de 10:00am a 02:00 pm, en las que se le otorgaba la conformidad del servicio.

Alega que fue sorprendido al enterarse que el Certificado Sanitario de su proveedor "Servicio de Alimentación El Paraíso" era adulterado y, por ello, interpuso denuncias penales. Señala que dicha circunstancia, ajena a su voluntad, conllevó a la resolución de **EL CONTRATO**.

Finalmente, concluye señalando que durante la ejecución de **EL CONTRATO** trabajó con la marca Hatun Pez y que el uso del producto de marca Angelus y Tormenta del Mar fue una excepción pues sólo fue utilizado el 06 y 13 de octubre de 2014.

1.4.2.2 Pretensión Principal N° 02

EL DEMANDANTE refiere que el objeto de **EL CONTRATO** era que proveyera raciones durante el año escolar 2014 y que concluía el 17 de diciembre de 2014, por tanto,

siendo que es imposible que se reponga el servicio solicita que se declare la conclusión de **EL CONTRATO** por imposibilidad física y jurídica.

1.4.2.3 Pretensión Principal Nº 03

EL DEMANDANTE sostiene que dado su calidad de MYPE, **EL COMITÉ** le retuvo de sus valorizaciones un fondo de garantía que alcanzó la suma de S/ 86,598.10 Soles, que representaba el 10% del monto total de **EL CONTRATO**, de conformidad con lo establecido en su cláusula décima.

Agrega que inicialmente el 10% del importe de **EL CONTRATO** ascendía a la suma de S/. 91,174.97 Soles y que luego, por Adenda Nro. 02, se redujo a la suma de S/ 86,273.09 Soles y por Adenda Nro. 04 quedó determinado en S/ 86,598.10 Soles.

También manifiesta que al resolverse **EL CONTRATO**, **EL COMITÉ** se negó a la devolución del referido monto de garantía y, dado que solicita la nulidad de la resolución, le corresponde la devolución del citado fondo de garantía.

1.4.2.4 Pretensión Principal Nº 04

EL DEMANDANTE sostiene que con Carta Nº 075 -2014-C.C.Lambayeque de fecha 10 de diciembre de 2014, notificada con fecha 15 de diciembre de 2014, **EL COMITÉ** le comunicó que mediante Informe Nº 172-2014-MIDIS/PNAEQW/SPLAMB1 el Supervisor determinó los descuentos a realizar debido a que los certificados sanitarios presentados los días 06 y 13 de octubre de 2014 por los proveedores de **EL PROGRAMA** – Modalidad Raciones para los meses de setiembre y octubre no habían sido emitidos por la autoridad sanitaria (ITP -SANIPES).

Precisa que nunca fue notificado con los informes técnicos relativos a la aplicación de la penalidad, de acuerdo a lo recogido en el numeral 13.2 de la cláusula decimotercera y decimosexta de **EL CONTRATO**.

Además, refiere que en la Carta Nº 075 -2014-C.C.Lambayeque se hace mención a un informe en el cual se señalaría solo los descuentos que debían de realizarse sobre las valorizaciones pendiente por cancelar; sin embargo, no se hace mención a informe técnico alguno donde se sustente la aplicación de la penalidad.

En esta medida, se concluye que **EL COMITÉ** no habría cumplido con el procedimiento para la aplicación de las penalidades.

1.4.2.5 Pretensión Principal Nº 05

EL DEMANDANTE indica que a pesar de que en los días 06 y 13 de octubre de 2014, cumplió con la provisión de las raciones objeto de **EL CONTRATO**, conforme a lo determinado en las Actas de Entrega y Recepción de Raciones, **EL COMITÉ** le descontó la suma de S/6,382.50 sin justificación alguna.

1.4.2.6 Pretensión Principal N° 06

EL DEMANDANTE solicita que el pago de los gastos arbitrales, tales como honorarios arbitrales, asesoría legal y otros, sea asumido por **EL COMITÉ** y **EL PROGRAMA**.

Finalmente, **EL DEMANDANTE** hace un recuento de sus fundamentos de derecho en los que basa sus pretensiones indemnizatorias y ofrece sus medios probatorios.

1.5 Por Resolución N° 03 de fecha 27 de abril de 2013, se admitió la demanda presentada por **EL DEMANDANTE** y se corrió traslado a **EL COMITÉ** y a **EL PROGRAMA**.

1.6 De la contestación por parte de EL COMITÉ y EL PROGRAMA

Con fecha 29 de mayo de 2015, tanto **EL COMITÉ** como **EL PROGRAMA** presentaron su escrito de contestación señalando lo siguiente:

1.6.1 En relación a la Pretensión Principal N° 01

EL COMITÉ y **EL PROGRAMA** refieren que para proceder a la resolución de un contrato de pleno derecho como en el caso de autos, se debe incurrir en alguna o algunas de las causales de resolución prevista en el propio contrato, en el Manual de Compra o en aquellas disposiciones que forman parte de la relación contractual, como son las bases y las fichas técnicas.

Señalan que por Carta Notarial N° 37-2014-CC-LAMBAYEQUE 1, en cumplimiento de sus funciones, **EL COMITÉ** le comunicó a **EL DEMANDANTE** su decisión de resolver **EL CONTRATO**, de conformidad con lo establecido en los numerales 13.2, 16.1 y 16.2 del referido documento.

En la mencionada Carta Notarial se hace referencia al Oficio N° 2151-2014-ITP/DG-SANIPES y al Informe N° 057-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLAM/CTT, los cuales constituyen los informes técnicos previos indicados por **EL DEMANDANTE** y cuya notificación no constituye un requisito indispensable para proceder a la resolución de **EL CONTRATO**, pues no existe norma alguna que obligue a ello.

Agregan que dichos documentos no son los únicos informes existentes que acreditan fehacientemente que se cumplió con el procedimiento de resolución de contrato, pues también existen los siguientes: Informes Técnicos N° 140-2014-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLAMB/SLAMB/SLAMB1 remitido por el supervisor del Comité de Compra al Jefe de la Unidad Territorial de Lambayeque N° 01; el cual contiene el mencionado Informe N° 057-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLAM/CTT y que a su vez contiene el Informe N° 043-2014-MIDIS/PNAEQW-ULAMB/CTT remitido por el Coordinador Técnico Territorial al Jefe de la Unidad Territorial. Este último contiene los dos Informes de los Supervisores de Plantas y Almacenes de la Unidad Territorial signados con el N° 004-2014-MIDIS/PNAEQW/UTLAMBAYEQUE/COLL y N° 004-2014-MIDIS/PNAEQW/UTLAMBAYEQUE/AIB, quienes contrastaron los certificados sanitarios

presentados por **EL DEMANDANTE** con los emitidos por la autoridad sanitaria, concluyendo que se trata de certificados sanitarios adulterados (CERTIFICADO SANITARIO N° 11610-2014 Y N° 15596-2014) y, por ende, **EL COMITÉ** tomó la decisión de suspender la producción y/o distribución de los productos primero y luego la de resolver **EL CONTRATO**.

Alegan que con los informes técnicos, oficios, memorandos, cartas y demás documentación estaría demostrando de manera fehaciente que **EL PROGRAMA** cumplió con su labor de Supervisión conforme a lo pactado en la cláusula 13.2 de **EL CONTRATO**, y sobre la base de todos estos informes técnicos, de acuerdo a sus atribuciones **EL COMITÉ** tomó la decisión de resolverlo. Señala que se encuentra fehacientemente acreditado que la resolución de **EL CONTRATO** se realizó con arreglo a ley, pues el hecho de haberse adulterado los Certificados Sanitarios N° 11610-2014 Y N° 15596-2014 supone su invalidez, esto es su inexistencia, incurriéndose en la causal prevista en la cláusula décimo sexta inciso 16.2, existiendo además los informes técnicos previos sobre la base de la información brindada por el propio ente emisor de los Certificados Sanitarios.

Concluyen, por tanto, que habría quedado demostrado que **EL COMITÉ** procedió a resolver **EL CONTRATO** con arreglo a ley, amparándose para ello en lo establecido en la cláusula decimotercera, numeral 13.2 que establece que **EL PROGRAMA** verificará el cumplimiento de los términos ofrecidos en las propuestas técnicas, así como el cumplimiento de las especificaciones técnicas, la vigencia de las certificaciones presentadas en el proceso de compra y demás declaraciones y compromisos asumidos por los proveedores, por lo que en caso de verificarse incumplimiento de dichas condiciones, y/o falsedad o inexactitud de documentos, se procederá a emitir informes técnicos con la finalidad de resolver **EL CONTRATO**, así como en la cláusula decimosexta numeral 16.2, que establece que **EL COMITÉ** resolverá **EL CONTRATO** de pleno derecho cuando **EL DEMANDANTE** no cuente con los certificados correspondientes a los requisitos obligatorios.

Agregan que de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula séptima de **EL CONTRATO**, este documento no constituye el único que norma la relación contractual entre ambas partes, pues existen además otros, como son las Bases Integradas y la propuesta técnica de **EL DEMANDANTE**, siendo justamente las bases integradas las que establecen como requisito obligatorio que el postor presente una declaración jurada de los productos hidrobiológicos que distribuirá a las Instituciones Educativas Públicas que cuenten con Certificado Oficial Sanitario. Por tanto, **EL DEMANDANTE** tenía la obligación de asegurar que los productos hidrobiológicos contasen con el certificado sanitario otorgado por SANIPES.

En consecuencia, se establece que **EL DEMANDANTE** habría incumplido una obligación contractual generada en las Bases Integradas del proceso de selección, en la medida que el certificado sanitario oficial otorgado por SANIPES constituye un requisito obligatorio de acuerdo a la Declaración Jurada de las Bases Integradas, propuesta técnica de **EL DEMANDANTE** y las Especificaciones Técnicas de Alimentosa fin de garantizar la condición sanitaria del producto hidrobiológico.

Finalmente, señalan que el hecho que El Instituto Tecnológico de la Producción no publicite los certificados sanitarios que expide en su página web, no exime a **EL DEMANDANTE** de su responsabilidad de responder por la autenticidad de los Certificados Sanitarios que presentó, pues **EL CONTRATO** fue suscrito por **EL DEMANDANTE** y solo él es el responsable del cumplimiento del mismo o de su incumplimiento o cumplimiento parcial o defectuoso, como acontece en el presente caso. Ello de conformidad con lo establecido por el artículo 1325º del Código Civil, por lo que el hecho que haya recibido los Certificados Sanitarios cuestionados de una empresa distribuidora que no suele prestarle este servicio, no lo exime de responsabilidad ya que debió solicitar la información necesaria que le permita verificar la autenticidad de los mismos, demostrando así que no actuó con la diligencia ordinaria debida.

1.6.2 En relación a la Pretensión Principal Nº 02

EL COMITÉ y EL PROGRAMA alegan que el Tribunal Arbitral no tiene competencia para declarar la conclusión de **EL CONTRATO** porque se pactó de forma libre y voluntariamente la posibilidad de resolver **EL CONTRATO** de pleno derecho.

Se especifica que la cláusula resolutoria expresa no tiene como fin mantener la relación jurídica creada ante el incumplimiento contractual, sino, por el contrario, se fundamenta en la situación de desinterés del acreedor en continuar dentro de ella en caso su deudor incumpla prestaciones específicas, por lo que esta cláusula gira en torno a la resolución automática (una vez comunicada al deudor) en cuanto ocurra el incumplimiento establecido por las partes en pacto expreso y en base a la autonomía privada de la voluntad de las partes.

Por tanto, no resulta procedente que se declare la conclusión de **EL CONTRATO** pues lo contrario supondría reconocer que este se encuentra plenamente vigente y que por lo tanto cualquiera de las partes puede exigir su cumplimiento, lo cual no se condice con la voluntad de **EL COMITÉ** de no continuar con la relación contractual.

1.6.3 En relación a la Pretensión Principal Nº 03

EL COMITÉ y EL PROGRAMA indican que conforme a lo dispuesto en la cláusula décima de **EL CONTRATO**, la devolución de la garantía de fiel cumplimiento procede una vez se realice la liquidación, por lo que al no haberse aún realizado dicho procedimiento, no procede la devolución de la garantía de cumplimiento.

Agregando que en la cláusula undécima de **EL CONTRATO**, referida a la ejecución de garantías, se señala que **EL PROGRAMA** estará facultado a disponer definitivamente del fondo de garantía, cuando la resolución de **EL CONTRATO** por causa imputable al proveedor haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver **EL CONTRATO**.

En esta medida, en tanto el laudo arbitral no se encuentre firme, **EL PROGRAMA** no se encuentra obligado a devolver el fondo de garantía de cumplimiento retenido.

1.6.4 En relación a las Pretensiones Principales Nº 04 y 05

EL COMITÉ y **EL PROGRAMA** refieren que se puede advertir de la documentación presentada por **EL DEMANDANTE** que no acredita con medio probatorio alguno lo pretendido, por tanto y en base a lo expuesto en la contestación de demanda y a los medios probatorios adjuntos, las pretensiones principales 4 y 5 debieran ser desestimadas.

1.6.5 En relación a las Pretensiones Principales Nº 06

Se alega que las pretensiones de **EL DEMANDANTE** son atribuibles a dicha parte, por ende debe ser responsable íntegramente del pago de todos los gastos que irroge el proceso arbitral.

1.6.6 Fundamentos de Derecho

Finalmente, **EL COMITÉ** y **EL PROGRAMA** hicieron un recuento de sus fundamentos de derecho en los que basa sus pretensiones y ofrecieron sus medios probatorios.

1.7 De la Reconvención

1.7.1 Con fecha 29 de mayo de 2015, **EL COMITE** y **EL PROGRAMA** presentaron su reconvención con las siguientes pretensiones:

- ✓ Primera Pretensión Objetiva Originaria Principal.- Que se pague a **EL PROGRAMA** una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de haberse generado un perjuicio a los beneficiarios de **EL CONTRATO** debido a que **EL DEMANDANTE** incumplió con sus obligaciones contractuales.
- ✓ Segunda Pretensión Objetiva Originaria Principal.- Que se ordene a **EL DEMANDANTE** asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir **EL PROGRAMA** para su mejor defensa en este proceso arbitral.

1.7.2 Las citadas pretensiones se basaron en los siguientes fundamentos de hecho:

1.7.2.1 Primera Pretensión Objetiva Originaria Principal

EL COMITE y **EL PROGRAMA** solicitaron que el Tribunal Arbitral tenga presente fundamentos de hecho establecidos al contestar su demanda.

Refirieron de igual forma que según el artículo 1152º del Código Civil, en concordancia con el artículo 1151º; en casos de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación procede una indemnización por daños y perjuicios, más aun cuando se está ante una situación de incumplimiento.

Agregaron que los elementos que conforman la responsabilidad contractual son: la existencia de un comportamiento dañoso o acto ilícito propiciado mediante un acto de imputación personal denominado culpabilidad (o dolo); la producción efectiva de un daño y la posibilidad de establecer una relación causal adecuada entre el hecho dañoso y el daño causado.

En esta medida, se establece que la presentación de certificados de SANIPES falsos ha traído como consecuencia el incumplimiento de las condiciones contractuales, lo que generó severo perjuicio a los beneficiarios de **EL PROGRAMA** no sólo ante la opinión pública de forma general, sino además, existe un perjuicio ocasionado por el hecho de que los productos objeto de **EL CONTRATO** no cumplieron con su finalidad pública.

✓ Respecto a la Determinación de la Responsabilidad del Proveedor

Se especificó que en términos jurídicos, la palabra "daño" significa el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra, y que afecta a sus bienes, derechos o intereses.

Se agrega que **EL DEMANDANTE** al incumplir con los requisitos establecidos por las Bases y **EL CONTRATO** perjudicó a los beneficiarios de **EL PROGRAMA** pues no pudo cumplir con la finalidad pública que buscaba el referido acuerdo y su responsabilidad se configura con la presentación del certificado de SANIPES.

✓ Respecto a la Responsabilidad Contractual y el daño causado

EL COMITÉ y **EL PROGRAMA** indican que **EL DEMANDANTE** incurrió en culpa inexcusable en sus responsabilidades e incumplió con los requisitos y condiciones contenidos en las Bases y **EL CONTRATO**.

En cuanto a la antijuricidad típica indican que se ajusta al artículo 1321º del Código Civil por cuanto la conducta negligente de **EL DEMANDANTE** generó que se haya tenido que resolver parcialmente **EL CONTRATO**.

En relación a la causalidad se especifica que se adecua al artículo 1321º del Código Civil por cuanto la actitud irresponsable y negligente (presentación de certificados de SANIPES falsos y adulterados) contribuyó a que los beneficiarios de **EL PROGRAMA** no puedan disfrutar de las conservas entregadas por **EL DEMANDANTE**.

Del daño efectivamente causado se determina que quedó acreditado porque el incumplimiento de **EL DEMANDANTE** ha causado un perjuicio a **EL PROGRAMA** y a sus beneficiarios, además de ocasionarle una exposición mediática negativa.

Finalmente se alega en lo referido al factor de atribución que **EL DEMANDANTE** incurrió en culpa inexcusable y para la determinación de la cuantía del daño que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1332º del Código Civil que el Tribunal Arbitral tenga en cuenta el perjuicio a **EL PROGRAMA**.

Por escrito de fecha 12 de junio de 2015 y ante el requerimiento del Tribunal Arbitral expresado en la Resolución Nº 04, **EL PROGRAMA** cuantificó su pretensión indemnizatoria en S/.10,000.00 soles.

1.7.2.2 Segunda Pretensión Objetiva Originaria Principal

EL COMITE y **EL PROGRAMA** solicitan que **EL DEMANDANTE** asuma el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos como consecuencia del desarrollo del proceso arbitral.

1.8 De la Contestación de la Reconvención

1.8.1 Con fecha 24 de julio de 2015 **EL DEMANDANTE** contestó la reconvención con base en los siguientes fundamentos:

- ✓ **EL DEMANDANTE** alega que en ningún momento negó que haya presentado documentos adulterados, sin embargo, señala que ello se produjo porque fue inducido a error por terceras personas.
- ✓ Reitera que el Servicio Nacional de Sanidad Pesquera no contaba con una página web en la que los usuarios pudieran verificar la autenticidad de los Certificados Sanitarios, lo cual fue verificado por Notario Público ante el pedido de otro proveedor, quedando establecido que la referida página web sólo tenía información actualizada de los años 2007 al 2011, no existiendo información del año 2012 en adelante.
- ✓ También indica que **EL DEMANDANTE** sería inimputable porque actuó con diligencia ordinaria en todo momento durante el proceso de selección y ejecución de **EL CONTRATO** de acuerdo a lo expuesto por la supervisión de **EL PROGRAMA** en las siguientes actas:
 - i) Con fecha 06 de octubre de 2014 en el turno de 02:00am a 06:30 am se aplicó la ficha higiénico sanitaria, obteniendo un puntaje de 98.9% con un calificativo de excelente.
 - ii) Con fecha 13 de octubre de 2014 en el turno de 02:00am a 07:00 am se realizó la verificación higiénico sanitaria del establecimiento de elaboración de raciones, obteniendo un puntaje de 100% siendo el calificativo de excelente.
 - iii) Con fecha 13 de octubre de 2014 en el turno de 10:00am a 02:30pm se aplicó la ficha higiénico sanitaria, obteniendo un puntaje de 98.4% encontrándose con un calificativo de excelente.
 - iv) Con fecha 20 de octubre de 2014 en el turno de 10:00am a 02:00pm se aplicó la ficha higiénico sanitaria, obteniendo un puntaje de 98% con un calificativo de excelente.
- ✓ **EL DEMANDANTE** aclara que sólo utilizó de manera excepcional las conservas de marca Angelus y Tormenta del Mar y ello se corrobora en las Actas de Supervisión levantadas por la supervisión de **EL PROGRAMA** de acuerdo al siguiente detalle:

- i) Con fecha 20 de octubre de 2014 en el turno de 02:00 am a 08:00 am se utilizaron conservas de la Pesquera Conservas Chimbote La Chimbota, marca Hatun Pez con certificado sanitario N° 15843.
- ii) Con fecha 20 de octubre de 2014 en el turno de 10:00 am a 02:00 pm se utilizaron conservas de la Pesquera Conservas Chimbote La Chimbota, marca Hatun Pez con certificado sanitario N° 15843.
- iii) Con fecha 27 de octubre de 2014 en el turno de 02:00 am a 08:00 am se utilizaron conservas de la Pesquera Conservas Chimbote La Chimbota, marca Hatun Pez con certificado sanitario N° 15843.
- iv) Con fecha 27 de octubre de 2014 en el turno de 10:00 am a 02:00 pm se utilizaron conservas de la Pesquera Conservas Chimbote La Chimbota, marca Hatun Pez con certificado sanitario N° 15843.
- v) Con fecha 13 de octubre de 2014 en el turno de 02:00 am a 07:00 am se utilizaron conservas del Fabricante Inversiones del Mar S.A.C.
- vi) Con fecha 13 de octubre de 2014 en el turno de 10:00 am a 02:30 pm se utilizaron conservas del Fabricante Inversiones del Mar S.A.C.

- ✓ Finalmente, **EL DEMANDANTE** refiere que ha cumplido con los términos ofrecidos en su propuesta técnica, así como en las especificaciones técnicas, vigencia de las certificaciones y demás declaraciones y compromisos, prueba de ello es que abasteció a **EL PROGRAMA** desde el año 2006.

1.9 Con fecha 17 de agosto de 2015, se realizó la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la presencia de ambas partes. Realizada la citada audiencia, considerando que las mismas manifestaron que en dicho momento no sería posible arribar a una conciliación, se procedió a determinar los puntos controvertidos, los cuales fueron fijados como a continuación se señala:

Respecto de la Demanda

- ✓ Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o invalidez de la resolución de **EL CONTRATO** dispuesta por **EL COMITE** mediante Carta N° 037-2014-CC Lambayeque 1 de fecha 03 de noviembre de 2014 por no ser acorde con el marco contractual y legal aplicable al caso.
- ✓ Determinar si corresponde o no declarar la conclusión de **EL CONTRATO** N° 009-2014-CC-LAMBAYEQUE 1/CB-RAC por imposibilidad física y jurídica de continuar con el mismo.
- ✓ Determinar si corresponde o no ordenar a **EL COMITÉ** que cumpla con la devolución del fondo de garantía retenido conforme a la cláusula décima de **EL CONTRATO**.
- ✓ Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la penalidad impuesta a **EL DEMANDANTE** al no haberse sustentado en un incumplimiento injustificado plenamente acreditado.

- ✓ Determinar si corresponde o no ordenar a **EL COMITÉ** que cumpla con el pago de la suma de dinero correspondiente a las prestaciones pendientes de cancelación, más los intereses que generen desde la fecha en que fueron retenidos hasta la fecha de su pago.

Respecto de la Reconvención

- ✓ Determinar si corresponde o no ordenar a **EL DEMANDANTE** pague a **EL PROGRAMA** por concepto de indemnización por daños y perjuicios la suma de S/.10,000.00 Soles.

Común a ambas partes

- ✓ Determinar a cuál de las partes corresponde ordenar el pago de las costas y costos del proceso arbitral o si éstos deben ser asumidos en partes proporcionales en función al resultado final del presente proceso arbitral.

1.10 Con fecha 26 de octubre de 2015, se realizó la Audiencia de Declaración del señor Luis Enrique Carbajal Romero (Testigo ofrecido por **EL DEMANDANTE**) con la presencia de ambas partes.

1.11 Por escritos de fecha 09 de noviembre de 2015, **EL DEMANDANTE**, **EL DEMANDADO** y **EL PROGRAMA** presentaron sus alegatos finales.

1.12 Con fecha 21 de diciembre de 2015, se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación de ambas partes.

1.13 Mediante Resolución N° 14 de fecha 05 de febrero de 2016, notificada a las partes el día 09 de febrero del mismo año, el Tribunal Arbitral cerró la instrucción, estableciendo el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles. Dicho plazo fue ampliado mediante Resolución N° 15 de fecha 05 de marzo de 2016 por 30 días hábiles adicionales.

1.14 Cuestiones preliminares

Que antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde dejar constancia de lo siguiente:

- Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes y a la Ley al que las mismas se sometieron de manera incondicional.
- Que en momento alguno se ha recusado a alguno de los árbitros o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
- Que **EL DEMANDANTE** presentó su demanda dentro del plazo dispuesto y ejerció plenamente su derecho de defensa.

- Que **EL COMITÉ** y **EL PROGRAMA** fueron debidamente emplazados con la demanda, contestándola, reconviniendo y ejercitando plenamente su derecho de defensa.
- Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas.
- Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
- Que las decisiones del Tribunal Arbitral no han sido materia de objeción o reconsideración durante el desarrollo del proceso.
- Que el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.

1.15. Desarrollo de los puntos controvertidos

En la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 17 de agosto de 2015, el Tribunal Arbitral procedió a fijar los Puntos Controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas con la conformidad de las partes.

Al respecto, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que procederá a pronunciarse respecto de los Puntos Controvertidos fijados, en la forma y el orden que considere conveniente, para resolver de manera adecuada la totalidad de las controversias materia del presente arbitraje.

II. CONSIDERANDO

2.1. Primer Punto Controvertido.- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o invalidez de la resolución de EL CONTRATO dispuesta por EL COMITE mediante Carta N° 037-2014-CC Lambayeque 1 de fecha 03 de noviembre de 2014 por no ser acorde con el marco contractual y legal aplicable al caso.

2.1.1. El punto controvertido materia de análisis requiere en primer término establecer el contexto y el marco jurídico de **EL CONTRATO** con la finalidad de que **EL DEMANDANTE** elabore, transporte, distribuya y entregue diariamente una cantidad determinada de raciones alimentarias, a quienes denomina usuarios (alumnos) de nivel inicial y primaria de diversas instituciones educativas escolares de los distritos de Chongoyape y Patapo.

2.1.2. En este tipo de contrato **EL COMITÉ** como parte contratante tiene una naturaleza especial. Para entender su rol en el Contrato debe considerarse el origen de la contratación y para ello es imprescindible hacer referencia a **EL PROGRAMA**, que ha sido incorporado al proceso como parte no signataria del convenio arbitral mediante Resolución N° 02 de fecha 14 de abril de 2015.

- 2.1.3. Según se aprecia de la información pública obtenida a través de su página web, **EL PROGRAMA** fue creado a través del Decreto Supremo N° 008-2012-MIDIS, como un programa social del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – MIDIS, cuya misión es brindar servicio alimentario con complemento educativo a niños y niñas (a partir de los 3 años de edad) matriculados en instituciones educativas públicas del nivel inicial y primaria en todo el territorio nacional, a fin de contribuir a mejorar la atención en clases, la asistencia escolar y los hábitos alimenticios, promoviendo la participación y la corresponsabilidad de la comunidad local. Se pretende con ello promover el desarrollo humano a través del servicio alimentario de calidad en cogestión con la comunidad local.
- 2.1.4. El modelo de cogestión empleado por **EL PROGRAMA** constituye una estrategia de gestión diseñada desde el Estado y basada en criterios de corresponsabilidad, en la que el Estado y la comunidad organizada participan, de manera coordinada y articulada, en la ejecución de las prestaciones de **EL PROGRAMA**, teniendo por finalidad la promoción del desarrollo de capacidades en los actores de la comunidad y la participación empoderada de la población en dicha ejecución¹.
- 2.1.5. De acuerdo a la referida información pública², la atención del servicio alimentario de **EL PROGRAMA** requiere de un mecanismo de participación articulada y de cooperación entre actores de la sociedad civil y sectores público y privado a efectos de proveer un servicio de calidad a los usuarios de **EL PROGRAMA**. En tal sentido, el proceso para la atención del servicio alimentario comprende las siguientes fases: planificación del menú escolar, proceso de compra y gestión del servicio alimentario. Es en la modalidad de cogestión así definida que participan los denominados Comités de Compra y los Comités de Alimentación Escolar, que son las instancias de representación y participación de la comunidad reconocidas por **EL PROGRAMA**.
- 2.1.6. **EL PROGRAMA** define al Comité de Compras como una organización que congrega a representantes de la sociedad civil y entidades públicas que tienen el interés y/o competencia para apoyar el cumplimiento de los objetivos de **EL PROGRAMA**. Cuenta con capacidad jurídica para la compra de bienes, y otros actos establecidos en las directivas que apruebe **EL PROGRAMA**, que permita la atención alimentaria a los niños y niñas matriculados en instituciones educativas públicas del nivel inicial y primario. El Comité de Compras está conformado por representantes de los Gobiernos Locales, de las Redes de Salud y de los padres de familia de las Instituciones Educativas Públicas, entre otros, bajo el ámbito de intervención del PROGRAMA³⁴. Las compras que

¹ Artículo 2°, numeral 2.1 del Decreto Supremo N° 001-2013-MIDIS que establece disposiciones generales para la transferencia de recursos a los comités u organizaciones que se constituyan para la provisión de bienes y servicios para la prestación del servicio alimentario del PROGRAMA.

² Procedimientos generales para la operatividad del modelo de cogestión para la atención del servicio alimentario del PROGRAMA recogidos en la Directiva N° 001-2013-MIDIS, aprobada por Resolución Ministerial N° 016-2013-MIDIS de fecha 21 de enero de 2013, modificada mediante Resolución Ministerial N° 264-2013-MIDIS.

³ Artículo 3°, numeral 3.1 del Decreto Supremo N° 001-2013-MIDIS.

⁴ De acuerdo al numeral 11 del Manual de Compras del modelo de cogestión aprobado por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 2031-2013-MIDIS/PNAEQW, modificada por la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 1031-2014-

realizan estos Comités así conformados se financian con recursos del PROGRAMA. Para este efecto los Comités deben suscribir un convenio de cooperación con **EL PROGRAMA** en el que se detallen los compromisos, obligaciones, responsabilidades y principales aspectos operativos que aseguren la adecuada gestión para la ejecución de las prestaciones a cargo de **EL PROGRAMA**.⁵

2.1.7. Las funciones encargadas a los Comités de Compra deben ser desarrolladas de acuerdo con los lineamientos, criterios técnicos, manuales, bases y políticas de **EL PROGRAMA**, en coordinación y bajo la supervisión de este. Entre las funciones de los Comités de Compras se cuentan las siguientes:

- Conducir el proceso de compra de raciones y productos alimenticios.
- Seleccionar a los proveedores de las raciones y productos alimenticios.
- Suscribir contrato con los proveedores y emitir los pagos correspondientes.
- Supervisar el cumplimiento del contrato suscrito con los proveedores y su pago respectivo una vez efectuada la distribución y entrega efectiva de las raciones y productos alimenticios al Comité de Alimentación Escolar.
- Resolver contratos con los proveedores de raciones y productos alimenticios, en caso de incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, o cuando medie observación justificada de **EL PROGRAMA**.
- Rendir cuenta documentada periódicamente de los recursos transferidos por **EL PROGRAMA**.
- Cumplir estrictamente las especificaciones y lineamientos técnicos del manual de compras que apruebe **EL PROGRAMA**.

2.1.8. Dentro de este modelo de gestión los Comités de Compra cuentan entonces con reconocida personería y capacidad jurídica, lo que les permite realizar procesos de selección, suscribir contratos, obligándose y adquiriendo derechos, supervisando y fiscalizando su ejecución y, en su caso, resolviéndolos por incumplimiento, participando de esta forma en los procesos de solución de controversias pactados entre las partes.

2.1.9. Bajo este contexto, los contratos que suscriben los Comités de Compras tienen un marco jurídico específico, en el que si bien los recursos financieros provienen de **EL PROGRAMA** y, por ende, son recursos públicos, los contratos

MIDIS/PNAEQW, de fecha 10 de abril de 2014 y por la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 6195-2014-MIDIS/PNAEQW, de fecha 19 de noviembre de 2014, el Comité de Compras está constituido por: i) el Gerente de Desarrollo Social, o quien haga sus veces, de la municipalidad provincial, o distrital en el caso de Lima Metropolitana, que cuente con el mayor número de Instituciones Educativas Públicas en el ámbito del Comité de Compra. El Gerente de Desarrollo Social, o quien haga sus veces, actuará en calidad de Presidente y podrá delegar su representación; ii) el Director de la Red de Salud, o a quien éste delegue, de la provincia o distrito en el caso de Lima Metropolitana que cuente con el mayor número de Instituciones Educativas Públicas en el ámbito del Comité de Compra; iii) el Gobernador de la provincia o, en el caso de Lima Metropolitana, el Gobernador del distrito, que cuente con el mayor número de Instituciones Educativas Públicas en el ámbito del Comité de Compra; iv) un (1) representante de los padres de familia del nivel primario de la Institución Educativa Pública en el ámbito de Comité de Compra, que cuente con mayor número de usuarios del PROGRAMA; v) un (1) representante de los padres de familia del nivel inicial de la Institución Educativa Pública en el ámbito del Comité de Compra, que cuente con mayor número de usuarios del PROGRAMA.

⁵ Artículo 5° del Decreto Supremo N° 001-2013-MIDIS.

no los suscribe una entidad estatal. En efecto, el Comité de Compras, como sujeto de derecho, es distinto a **EL PROGRAMA**, que si tiene naturaleza pública. El Comité de Compras es una entidad no estatal con personería jurídica reconocida en forma expresa por el ordenamiento jurídico, que se constituye con una finalidad específica y que está conformado tanto por funcionarios públicos como por privados (padres de familia).

2.1.10. Esta atingencia, sin duda importante, genera que a estos contratos no les resulte aplicable la regulación establecida en la Ley de Contrataciones del Estado, en la medida que los Comités de Compra están fuera de su ámbito⁶.

2.1.11. En tal sentido, dentro del modelo de coestión ya aludido, **EL PROGRAMA** prevé una normativa específica que regula tanto los procesos de selección de proveedores, como los requisitos para firmar los contratos y su etapa de ejecución.

2.1.12. En efecto, **EL PROGRAMA** cuenta con un Manual de Operaciones⁷ y un Manual de Compras⁸. El numeral 1° de este último establece lo siguiente:

"El presente Manual de Compras es un instrumento normativo que contiene las disposiciones, lineamientos y procedimientos de observancia obligatoria por los Comités de Compra, proveedores y el Programa Nacional de Alimentación Escolar QaliWarma, en adelante QaliWarma, y son aplicables a las contrataciones que se realicen para la atención del servicio alimentario a los usuarios del programa, en el marco del modelo de coestión de QaliWarma."

El numeral 3° a su vez agrega:

"Las contrataciones para la prestación del servicio alimentario a los usuarios de QaliWarma no se encuentran sujetas a la normativa de contrataciones del Estado, consagrada en el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, sus modificatorias y normas complementarias. El proceso de compra no admite observaciones ni apelaciones."

Finalmente, el numeral 92° del Manual precisa lo siguiente:

"Lo establecido en el presente Manual de Compras prevalece sobre las normas de derecho privado que pudieran ser aplicables."

⁶El ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente en la fecha del contrato, estuvo establecido en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1017, no estando incluido el Comité de Compras ni alguna figura análoga.

⁷ Aprobado por Resolución Ministerial N° 174-2012-MIDIS de fecha 03 de octubre de 2012.

⁸Aprobado para efectos de este contrato por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 2031-2013-MIDIS/PNAEQW.

2.1.13. Es en este contexto que se suscribe **EL CONTRATO** entre **EL COMITÉ** y **EL DEMANDANTE**, cuya cláusula decimonovena, referida al marco legal aplicable, establece:

"El presente contrato se rige por el Manual de Compras aprobado por QALI WARMA. Las partes acuerdan que en defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, se podrá aplicar supletoriamente las disposiciones emitidas por QALI WARMA para su regulación especial y, supletoriamente las disposiciones del Código Civil."

2.1.14. Ahora bien, **EL CONTRATO** se suscribió con la finalidad de que **EL DEMANDANTE** provea del servicio de raciones a favor de los usuarios de los niveles Inicial y Primaria del ítem CHONGOYAPE 1, por un monto de S/. 911,749.68. El plazo de **EL CONTRATO** empezó desde el día siguiente en que fue suscrito hasta su liquidación, debiendo **EL DEMANDANTE** entregar las raciones diarias a que se comprometió desde el primer día del año escolar 2014 hasta su culminación.

2.1.15. El periodo de atención y entrega incluyó inicialmente 186 días, a razón de 491 raciones para nivel inicial y 2,338 raciones para nivel primaria. Las Instituciones Educativas correspondientes a los usuarios beneficiados fueron establecidas en el Anexo 1 de **EL CONTRATO**.

2.1.16. Posteriormente se disminuyó el monto de **EL CONTRATO** a través de la Adenda 01 de fecha 21 de marzo de 2014 a S/ 862,730.88, disminuyéndose igualmente los días de atención a 176, comprendidos en un periodo que iba del 24 de marzo de 2014 al 17 de diciembre del mismo año.

2.1.17. Por Adenda 4 del 29 de agosto de 2014 se volvió a modificar el monto de **EL CONTRATO**, incrementándolo a S/ 865,980.98 y el número de días de atención y entrega a 177.

2.1.18. Debido a que determinados locales de las Instituciones Educativas incluidas en **EL CONTRATO** serían utilizados como centros de votación para las Elecciones Regionales y Municipales realizadas el domingo 05 de octubre de 2014, las labores educativas se suspendieron los días viernes 03 y lunes 06 de octubre de ese mismo año. Ante ello, por Adenda 05 del 02 de octubre de 2014 se disminuyeron los días de atención y entrega de raciones en dichos locales y se redujo asimismo el monto de **EL CONTRATO** a S/ 858,979.62.

2.1.19. Finalmente, por Adenda 06 de fecha 17 de octubre de 2014 se incorporaron Instituciones Educativas y se incrementó por ende el monto contractual a la suma de S/864,559.74.

2.1.20. Al respecto **EL DEMANDANTE** expresa en su escrito de demanda⁹ que las elecciones realizadas el 05 de octubre del 2014 generaron la suscripción de la

⁹Página 7

referida Adenda 05 y que *"Como consecuencia de las circunstancias que se generan en época electoral, el proveedor que siempre nos ha abastecido con conservas, por razones que desconocemos, no pudo atendernos y nos vimos obligados a adquirir el producto de otro proveedor. "Añade que otros proveedores de la zona le recomendaron adquirir el producto de la firma Servicio de Alimentación El Paraíso que les proveía de conservas, a la que finalmente le compró un lote de marca Angelus y Tormenta del Mar, para lo cual se le entregaron los certificados sanitarios N° 11610-2014 y N° 15596-2014.*

2.1.21. Está probado en autos que tales certificados sanitarios resultaron ser falsos, hecho que incluso es admitido por **EL DEMANDANTE**. Sobre este aspecto no existe controversia entre las partes. No obstante ello basta verificar que en el Oficio N° 2151-2014-ITP/DG-SANIPES el Servicio Nacional de Sanidad Pesquera, encargado de emitir dichos certificados, señala: *"...se ha verificado... que la que la copia del certificado 11610-20... no ha sido emitido por nuestra entidad."* Incluso se han presentado en autos las copias de los certificados sanitarios N° 11610-2014 y N° 15596-2014 entregados por **EL DEMANDANTE**¹⁰ y las copias verdaderas de tales certificados obtenidas de la página web de SANIPES¹¹, siendo notoria la diferencia entre unos y otros.

2.1.22. Este hecho derivó en la resolución de **EL CONTRATO**, decisión adoptada por **EL COMITÉ** mediante Carta N° 037-2014-CC Lambayeque 1 de fecha 03 de noviembre de 2014.

2.1.23. **EL DEMANDANTE** cuestiona esta decisión de **EL COMITÉ** considerándola como no acorde con el marco contractual y legal aplicable al caso. Respecto del marco contractual señala que no se habría cumplido con un requisito formal establecido en las cláusulas decimotercera, numeral 13.2, y decimosexta, cual es contar con informes técnicos para proceder a la resolución de **EL CONTRATO**. Añade **EL DEMANDANTE**, y en esto radica lo central de esta parte del cuestionamiento de la resolución, que tales informes técnicos no habrían sido emitidos y que no le fueron notificados¹².

2.1.24. Lo que señala la cláusula decimosexta de **EL CONTRATO** es que: *"Para proceder con la resolución de un contrato, la Unidad Territorial debe haber emitido previamente el informe técnico que sustente los fundamentos de dicha decisión."*

2.1.25. El Tribunal Arbitral verifica en primer término que en efecto la citada cláusula contractual dispone la obligatoriedad de emitir informes técnicos antes de que **EL COMITÉ** pueda adoptar la decisión de resolver el Contrato. De modo que, corresponde verificar previamente si este procedimiento ha sido observado por **EL COMITÉ**.

¹⁰(Anexos 1-D y 1-F del escrito de contestación de la demanda)

¹¹(Anexos 1-C y 1-E del escrito de contestación de la demanda)

¹²Página 5 del escrito de demanda.

2.1.26. Al respecto el Tribunal Arbitral comprueba que los Informes técnicos si fueron emitidos de manera previa a la resolución contractual, los cuales se detallan a continuación:

- Oficio N° 2151-2014-ITP/DG-SANIPES del Servicio Nacional de Sanidad Pesquera.
- Informe N° 057-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLAMB/CTT emitido por el Coordinador Técnico Territorial de Lambayeque N° 01 de **EL PROGRAMA**, de fecha 31 de octubre de 2014.
- Informe Técnico N° 140-2014-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLAMB/SLAMB/SLAMB1 emitido por el Supervisor del Comité de Compras de fecha 03 de noviembre de 2014.
- Informe N° 043-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLAMB/CTT emitido por el Coordinador Técnico Territorial de fecha 31 de octubre de 2014.
- Informe N° 004-2014-MIDIS/PNAEQW/UT LAMBAYEQUE/COLL emitido por el Supervisor de Plantas y Almacenes de la Unidad Territorial de Lambayeque de fecha 31 de octubre de 2014.
- Informe N° 004-2014-MIDIS/PNAEQW/UT LAMBAYEQUE/AIB emitido por el Supervisor de Plantas y Almacenes de la Unidad Territorial de Lambayeque de fecha 31 de octubre de 2014.

2.1.27. Estos informes enfocan el análisis a la comprobación de un hecho concreto, que además no es discutido por las partes: la falsedad de los certificados sanitarios N° 11610-2014 y N° 15596-2014. Definen de ello un incumplimiento contractual y en esa línea recomiendan la resolución de **EL CONTRATO**.

2.1.28. El Tribunal Arbitral ratifica por ende que en este caso si se ha procedido de acuerdo a lo establecido por las partes en el numeral 13.2 de la cláusula decimotercera de **EL CONTRATO**, habiéndose cumplido con la emisión previa de los informes técnicos necesarios para fundamentar la decisión resolutoria de **EL COMITÉ**.

2.1.29. No obstante lo anterior, el cuestionamiento formal de **EL DEMANDANTE** a la resolución contractual va más allá pues señala que tales informes no le fueron notificados. Sobre este punto el Tribunal Arbitral ha revisado detenidamente los documentos contractuales y legales y verifica que la notificación de los informes técnicos no estuvo prevista como un requisito contractual para la resolución contractual. No es pues parte del procedimiento resolutorio la notificación de los informes técnicos cuya falta alega **EL DEMANDANTE**.

2.1.30. Si bien ello es así existe una formalidad connatural a toda decisión resolutoria y es que siendo esta siempre discrecional, debe estar debidamente fundamentada, de manera que la parte que debe soportar tal consecuencia conozca con claridad las razones que la motivan y con ello estar en capacidad de cuestionarla, en el supuesto que no estuviera de acuerdo. Sería imposible

efectuar esta defensa si quien resuelve un contrato no motiva su decisión, lo cual, además de arbitrario, sería atentatorio del derecho de defensa.

2.1.31. Corresponde entonces verificar si la Carta N° 037-2014-CC Lambayeque 1 de fecha 03 de noviembre de 2014¹³, por la cual **EL COMITÉ** comunicó a **EL DEMANDANTE** la resolución de **EL CONTRATO** estuvo debida y claramente motivada, de manera tal que este último tuviera certeza y claridad sobre lo que se le imputaba y la razón que fundamentaba la decisión resolutoria.

2.1.32. La referida carta hace mención expresa, clara e indubitable a la falsedad de los certificados sanitarios presentados por **EL DEMANDANTE**, citando textualmente las partes pertinentes del Oficio N° 2151-2014-ITP/DG-SANIPES del Servicio Nacional de Sanidad Pesquera y del Informe N° 057-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLAM/CTT emitido por el Coordinador Técnico Territorial de Lambayeque N° 01 de **EL PROGRAMA**, de fecha 31 de octubre de 2014.

2.1.33. El Tribunal Arbitral considera que con dicha comunicación **EL DEMANDANTE** si tuvo exacto conocimiento de los hechos que se le imputaban y por tanto pudo ejercer plenamente su derecho de defensa, muestra de ello es su sólida actuación durante el presente proceso arbitral.

2.1.34. Dos aspectos adicionales que corresponde analizar en este caso, desde el punto de vista formal, es si han cumplido los requisitos del tipo de resolución contractual y el grado de formalidad escrita pactados en **EL CONTRATO** o establecidos en la ley.

2.1.35. Respecto de lo primero debe precisarse que existen varias maneras de dar por terminado un contrato: mutuo disenso, nulidad, rescisión, resolución y desistimiento. En lo que respecta a la terminación por el mecanismo resolutorio o resolución, Rómulo Morales Hervias (2010) refiere lo siguiente:

"La resolución del contrato es el remedio que el ordenamiento jurídico otorga para oponerse a la continuidad del vínculo contractual por eventos sobrevinientes que alteran el nexo de corresponsividad entre las prestaciones generadas de un contrato con prestaciones corresponsivas (o contrato sinalagmático)".

Por su parte Hugo Forno Flórez (1987) añade: *"la resolución por incumplimiento es la extinción de un vínculo contractual válido como consecuencia de la inexecución culpable a una de las partes, de las prestaciones que contiene la obligación creada a su cargo por el contrato"*.

¹³Anexo 1-J de la demanda

2.1.36. Ahora bien, respecto a las modalidades que el ordenamiento jurídico otorga al acreedor insatisfecho para resolver el contrato, se establecen tres 3 mecanismos:

- Resolución judicial o arbitral¹⁴
- Resolución por intimación¹⁵
- Resolución por cláusula expresa o de pleno derecho¹⁶

2.1.37. **EL CONTRATO** contiene la modalidad resolutoria expresa que está plasmada en la cláusula decimosexta *in fine*:

"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".

2.1.38. Este mecanismo de resolución está regulado en el artículo 1430⁹ del Código Civil, en los siguientes términos:

"Art. 1430.- Cláusula resolutoria expresa

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."

2.1.39. Esta modalidad que supone en todos los casos un acto discrecional de quien decide¹⁷, requiere entonces, en primer lugar, un pacto expreso que habilite su empleo, lo cual existe en **EL CONTRATO** (*supra* numeral 2.1.37). Exige además que tal pacto esté referido a una prestación establecida con toda precisión en **EL CONTRATO**. Siendo que el incumplimiento de tal prestación podría dar pie a su resolución, el afectado debe comunicar indubitablemente su decisión de hacer valer este pacto resolutorio. La necesidad y exigencia de que la prestación se encuentre establecida con toda precisión responde a que el obligado a cumplirla debe tener claridad absoluta de lo que debe cumplir para no incurrir en la causal resolutoria. Además, va de suyo, tal prestación debe estar vinculada a una obligación esencial de **EL CONTRATO**. No cabría pactar esta modalidad para obligaciones no esenciales pues la resolución de un contrato por este mecanismo supone incumplimientos necesariamente graves que incidan directamente en la consecución del objeto de la relación contractual.

¹⁴Artículo 1428 Código Civil

¹⁵Artículo 1429 Código Civil

¹⁶(artículo 1430 Código Civil)

¹⁷ El propio Contrato señala que la resolución opera de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. Lo que significa que podría no querer hacerlo

- 2.1.40. Corresponde al Tribunal verificar si lo pactado en **EL CONTRATO** cumple con los requisitos anotados. La cláusula decimosexta, en su parte pertinente al contenido de la Carta Nº 037-2014-CC Lambayeque 1 de fecha 03 de noviembre de 2014, señala lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: RESOLUCIÓN DE CONTRATO

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

16.1. EL PROVEEDOR incumpla injustificadamente las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo.

16.2. EL PROVEEDOR no cuente con los certificados correspondientes a los requisitos obligatorios o estos no se encuentren vigentes hasta por un periodo superior a los tres (03) días hábiles de realizada la observación."

- 2.1.41. El Tribunal Arbitral entiende que el anotado numeral 16.1 es una muestra clara de una prestación no establecida con toda precisión en **EL CONTRATO**, tal como exige la norma legal antes citada. De acuerdo a dicho numeral, incumplir cualquier obligación contractual, legal o reglamentaria a cargo de **EL DEMANDANTE** facultaría a **EL COMITÉ** a resolver **EL CONTRATO** de pleno derecho, esto es sin necesidad de requerir previamente su cumplimiento. ¿A cuál obligación hace referencia esta causal? La respuesta sería a todas, lo cual no se condice con la exigencia legal de precisión en la determinación de la prestación a cumplir. No es factible desde la perspectiva del Tribunal Arbitral fundamentar la resolución automática de **EL CONTRATO** en esta causal.

- 2.1.42. No ocurre lo mismo con la segunda causal resolutoria prevista en el numeral 16.2 referido a no contar con los certificados correspondientes a los requisitos obligatorios o estos no se encuentren vigentes hasta por un periodo superior a los tres (03) días hábiles de realizada la observación.

- 2.1.43. En tanto se trata de certificados vinculados a obligaciones esenciales de **EL CONTRATO**, su falta conlleva a habilitar la facultad de **EL COMITÉ** de resolverlo automáticamente.

- 2.1.44. Finalmente, para concluir con el análisis de forma de la resolución de **EL CONTRATO**, en cuanto al grado de formalidad requerida para ejercer esta facultad de **EL COMITÉ**, se aprecia que la comunicación resolutoria ha sido comunicada por escrito y por la vía notarial, lo que satisface y valida este aspecto.

- 2.1.45. Corresponde ahora analizar los aspectos de fondo de la resolución de **EL CONTRATO** efectuada por **EL COMITÉ** y para ello toca verificar la racionalidad objetiva de la decisión adoptada. Sobre este aspecto **EL DEMANDANTE** ha reconocido su falta pero ha hecho diversas alegaciones para eximirse o al menos atenuar la responsabilidad. Primero señala que durante la ejecución contractual tuvo un desempeño satisfactorio, sin penalidades, que siempre trabajó con el producto de marca Hatum Pez, salvo los días 06 y 13 de octubre de 2014 en que de manera excepcional lo hizo con el producto de marca

Angelus y Tormenta del Mar, vinculado a los anotados certificados sanitarios falsos. **EL DEMANDANTE** también alega a su favor que los certificados le fueron entregados por un tercero que lo sorprendió en su buena fe y que no pudo verificar su autenticidad porque la página web del Servicio Nacional de Sanidad Pesquera – SANIPES no estuvo en funcionamiento durante el mes de octubre de 2014, lo cual habría sido certificado por un notario público a pedido de otro proveedor. Ha presentado en autos diversas pruebas que acreditan que en efecto, su desempeño como proveedor fue muy bueno, que las instituciones educativas a las que distribuía las raciones escolares manifestaban no tener queja de sus servicios y que fue un tercero el que le dio los certificados falsos para la atención de dos días del mes de octubre de 2014.

- 2.1.46. Al contestar la reconvenición **EL DEMANDANTE** añade que en ningún momento negó que haya presentado documentos adulterados, sin embargo, señaló que ello se produjo porque fue inducido a error por terceras personas. Reiteró que el Servicio Nacional de Sanidad Pesquera no contaba con una página web en la que los usuarios pudieran verificar la autenticidad de los Certificados Sanitarios, lo cual fue verificado por Notario Público ante el pedido de otro proveedor, quedando establecido que la referida página web sólo tenía información actualizada de los años 2007 al 2011, no existiendo información del año 2012 en adelante. También indicó que sería inimputable porque actuó con diligencia ordinaria en todo momento durante el proceso de selección y ejecución de **EL CONTRATO** de acuerdo a lo expuesto por la supervisión de **EL PROGRAMA** en las siguientes actas: i) con fecha 06 de octubre de 2014 en el turno de 02:00am a 06:30 am se aplicó la ficha higiénico sanitaria, obteniendo un puntaje de 98.9% con un calificativo de excelente, ii) con fecha 13 de octubre de 2014 en el turno de 02:00am a 07:00 am se realizó la verificación higiénico sanitaria del establecimiento de elaboración de raciones, obteniendo un puntaje de 100% siendo el calificativo de excelente, iii) con fecha 13 de octubre de 2014 en el turno de 10:00am a 02:30pm se aplicó la ficha higiénico sanitaria, obteniendo un puntaje de 98.4% encontrándose con un calificativo de excelente, iv) con fecha 20 de octubre de 2014 en el turno de 10:00am a 02:00pm se aplicó la ficha higiénico sanitaria, obteniendo un puntaje de 98% con un calificativo de excelente. **EL DEMANDANTE** refiere que sólo utilizó de manera excepcional las conservas de marca Angelus y Tormenta del Mar y ello se corrobora en las Actas de Supervisión levantadas por la supervisión de **EL PROGRAMA** de acuerdo al siguiente detalle: i) con fecha 20 de octubre de 2014 en el turno de 02:00 am a 08:00 am se utilizaron conservas de la Pesquera Conservas Chimbote La Chimbotana, marca Hatun Pez con certificado sanitario N° 15843, ii) con fecha 20 de octubre de 2014 en el turno de 10:00 am a 02:00 pm se utilizaron conservas de la Pesquera Conservas Chimbote La Chimbotana, marca Hatun Pez con certificado sanitario N° 15843, iii) con fecha 27 de octubre de 2014 en el turno de 02:00 am a 08:00 am se utilizaron conservas de la Pesquera Conservas Chimbote La Chimbotana, marca Hatun Pez con certificado sanitario N° 15843, iv) con fecha 27 de octubre de 2014 en el turno de 10:00 am a 02:00 pm se utilizaron conservas de la Pesquera Conservas Chimbote La Chimbotana, marca Hatun Pez con certificado sanitario N° 15843, v) con fecha 13 de octubre

de 2014 en el turno de 02:00 am a 07:00 am se utilizaron conservas del Fabricante Inversiones del Mar S.A.C., vi) con fecha 13 de octubre de 2014 en el turno de 10:00 am a 02:30 pm se utilizaron conservas del Fabricante Inversiones del Mar S.A.C. Finalmente, **EL DEMANDANTE** refiere que cumplió con los términos ofrecidos en su propuesta técnica, así como en las especificaciones técnicas, vigencia de las certificaciones y demás declaraciones y compromisos, prueba de ello es que abasteció a **EL PROGRAMA** desde el año 2006, manifestando que fue sorprendido al enterarse que el Certificado Sanitario de su proveedor "Servicio de Alimentación El Paraíso" era adulterado y, por ello, habría interpuesto denuncias penales.

2.1.47. Como quedó dicho, fueron tales circunstancias las que conllevaron a que **EL COMITÉ** adopte la decisión de resolver **EL CONTRATO** de pleno derecho, al no contar **EL DEMANDANTE** con los certificados correspondientes a los requisitos obligatorios.

2.1.48. Tal como señala **EL PROGRAMA** la falsedad de los Certificados Sanitarios N° 11610-2014 y N° 15596-2014 supone su inexistencia, incurriéndose en la causal prevista en la cláusula décimo sexta numeral 16.2 de **EL CONTRATO**.

2.1.49. Uno de los requisitos que **EL DEMANDANTE** estaba obligado a cumplir era que los productos hidrobiológicos que emplee cuenten con certificado sanitario oficial, esto es que fuera emitido por el Servicio Nacional de Sanidad Pesquera - SANIPES. Esta certificación era esencial dentro del cumplimiento del objeto del Contrato pues garantizaba que el producto destinado a la población infantil beneficiaria de **EL PROGRAMA** fuera apto para el consumo humano.

2.1.50. EL Oficio N° 2151-2014-ITP/DG-SANIPES del Servicio Nacional de Sanidad Pesquera - SANIPES, refiriéndose al Certificado Sanitario N° 11610-2014, establece textualmente lo siguiente:

"...el número 11610 emitido este año corresponde a una exportación de un producto congelado destinado a China, el cual corresponde a otra planta.

Por tal motivo, comunicamos que los lotes indicados en el documento adjunto no han sido certificados por el SANIPES..."

2.1.51. Lo mismo ocurre con el Certificado Sanitario N° 15596-2014, el cual fue realmente otorgado a la empresa Agroindustrias ANCOS S.A.C. y no a Inversiones Generales del Mar S.A.C., con lo cual los lotes indicados en el documento entregado por **EL DEMANDANTE** tampoco fueron certificados por el SANIPES.

2.1.52. Sumado a ello, el numeral 42 del Manual de Compras del Modelo de Cogestión para la Atención del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar QaliWarma señala que el postor debe presentar obligatoriamente una declaración jurada en la que se indique:

"Los productos hidrobiológicos que se utilizarán para la elaboración de raciones, cuentan con el Protocolo Técnico de Registro Sanitario vigente, Certificado Oficial Sanitario y de Calidad del Producto (que incluya prueba de esterilidad comercial) y han sido elaborados en plantas que cuentan con Protocolo Técnico de Habilitación o Registro de Planta de Procesamiento Industrial vigente, otorgado por SANIPES. Asimismo, el postor debe declarar que los citados productos hidrobiológicos serán adquiridos directamente del fabricante o distribuidor autorizado, además de que contará con la documentación que acredite su procedencia (factura), en la que deberá figurar el lote, marca y otros datos necesarios para la rastreabilidad del producto."

2.1.53. ¿Cuál es la importancia del certificado sanitario emitido por SANIPES? Esta pregunta requiere entender el rol que cumple esta entidad y es garantizar la inocuidad en toda la cadena productiva de los productos pesqueros y acuícolas, mediante la certificación sanitaria de calidad con el propósito de proteger la vida y la salud pública¹⁸. Funciones del SANIPES son, entre otras: realizar la vigilancia sanitaria y de inocuidad de la captura, extracción, recolección, transporte, procesamiento y comercialización de productos hidrobiológicos, otorgar la Certificación Oficial Sanitaria y de Inocuidad de los recursos y/o productos pesqueros, acuícolas y de piensos hidrobiológicos, dentro de su competencia.

2.1.54. De manera tal que los productos que no cuenten con la certificación sanitaria del SANIPES son productos oficialmente no catalogados como inocuos y podrían resultar dañinos para la vida y la salud pública.

2.1.55. De ahí que en el caso materia de análisis, tratándose de población infantil, vulnerable por naturaleza, que es a la que se pretende beneficiar con alimentación saludable, esta certificación, vital en todos los casos, se hace indispensable e imprescindible, toda vez que su omisión genera una potencialidad que supone una situación de inminente peligro para los beneficiarios del programa

2.1.56. Ahora bien, debe quedar claro que la buena conducta contractual previa a la entrega de los documentos adulterados por parte de **EL DEMANDANTE** y sus buenos resultados en la prestación del servicio constituyen sin duda razones de peso para sopesar la gradualidad de las sanciones de orden administrativo que le pudieran corresponder de acuerdo a las normas de **EL PROGRAMA**, resultando incluso justo que ello sea tomado en cuenta para tales fines; sin embargo, en sede contractual el incumplimiento está ligado a una obligación

¹⁸Artículo 1° de la Ley N°30063.

de carácter esencial, relativa al objeto mismo de **EL CONTRATO**, vinculada a la calidad, sanidad e inocuidad de los productos empleados para alimentar a los niños de **EL PROGRAMA**.

2.1.57. Que tales productos hayan sido usados solo en dos oportunidades durante la ejecución de **EL CONTRATO**, como afirma **EL DEMANDANTE**, no elimina ni disminuye la gravedad del hecho, pues se generó un riesgo potencial a los menores beneficiarios.

2.1.58. Por otro lado, que la responsabilidad de origen corresponda a un tercero, como también afirma **EL DEMANDANTE**, tampoco lo exime de las consecuencias que los hechos de ese tercero generen pues lo cierto del caso es que fue **EL DEMANDANTE** quien se obligó a contar con certificados sanitarios de los productos hidrobiológicos que utilizase en el cumplimiento de su prestación, declarando bajo juramento al momento de postular al proceso y de contratar que contaría con tales certificados. Antes bien, lo cierto del caso es que los días que utilizó los productos vinculados a los certificados adulterados en realidad no contaba con ellos. Por tanto, no es solo que los documentos que le fueron entregados por ese tercero fueran falsos, sino además que en buena cuenta utilizó productos que no tenían certificación de calidad e inocuidad sanitaria, habiendo declarado y asegurado bajo juramento que en todo momento los insumos que utilizaría para la ejecución de las prestaciones a su cargo contarían con tales certificados, estando ello vinculado a una obligación esencial de **EL CONTRATO**.

2.1.59. Bajo estas consideraciones el Tribunal Arbitral entiende que la resolución de **EL CONTRATO** efectuada por **EL COMITÉ** estuvo apegada al ordenamiento jurídico y que, por ende, no existe razón para disponer su nulidad o invalidez, correspondiendo entonces declarar infundada la pretensión ligada a este punto controvertido.

2.2. **Segundo Punto Controvertido.- Determinar si corresponde o no declarar la conclusión de EL CONTRATO N° 009-2014-CC-LAMBAYEQUE 1/CB-RAC por imposibilidad física y jurídica de continuar con el mismo.**

2.2.1. **EL DEMANDANTE** refiere respecto de este punto controvertido que el objeto de **EL CONTRATO** era que proveyera raciones durante el año escolar 2014 y que concluía el 17 de diciembre de 2014. Señala por tanto que siendo que es imposible reponer el servicio, solicita que se declare la conclusión de **EL CONTRATO** por imposibilidad física y jurídica.

2.2.2. La pretensión de **EL DEMANDANTE** vinculada a este segundo punto controvertido parte de la existencia de un contrato vigente que pueda ser declarado concluido en el laudo arbitral.

2.2.3. Sin embargo, a partir del análisis realizado respecto del primer punto controvertido, el Tribunal Arbitral ha concluido que la resolución de **EL**

CONTRATO efectuada por **EL COMITÉ** ha sido correctamente ejecutada y que por lo tanto la relación contractual no está vigente.

2.2.4. Siendo ello así, el Tribunal Arbitral considera que la pretensión vinculada a este punto controvertido debe ser declarada infundada.

2.3. **Determinar si corresponde o no ordenar a EL COMITÉ que cumpla con la devolución del fondo de garantía retenido conforme a la cláusula décima de EL CONTRATO.**

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la penalidad impuesta a EL DEMANDANTE al no haberse sustentado en un incumplimiento Injustificado plenamente acreditado.

Determinar si corresponde o no ordenar a EL COMITÉ que cumpla con el pago de la suma de dinero correspondiente a las prestaciones pendientes de cancelación, más los intereses que generen desde la fecha en que fueron retenidos hasta la fecha de su pago.

2.3.1. El Tribunal Arbitral tratará en conjunto estos tres puntos controvertidos al considerar que, al igual que el primer punto controvertido, están relacionados con un mismo incumplimiento contractual esencial relativo a no contar **EL DEMANDANTE** con los certificados sanitarios de los productos empleados en la preparación de raciones en determinado periodo contractual.

2.3.2. **EL DEMANDANTE** sostiene que **EL COMITÉ** le retuvo de sus valorizaciones un fondo de garantía que alcanzó la suma de S/ 86,598.10 Soles, que representaba el 10% del monto total de **EL CONTRATO**, señalando que al resolverlo, **EL COMITÉ** se negó a su devolución.

2.3.3. Sobre la aplicación de penalidades sostiene **EL DEMANDANTE** que con la Carta N° 075 -2014-C.C.Lambayeque de fecha 10 de diciembre de 2014, notificada con fecha 15 de diciembre de 2014, **EL COMITÉ** le comunicó que mediante Informe N° 172-2014-MIDIS/PNAEQW/SPLAMB1 el Supervisor determinó los descuentos a realizar debido a que los certificados sanitarios presentados los días 06 y 13 de octubre de 2014 por los proveedores de **EL PROGRAMA** – Modalidad Raciones para los meses de setiembre y octubre no habían sido emitidos por la autoridad sanitaria (ITP -SANIPES).Precisa que nunca fue notificado con los informes técnicos relativos a la aplicación de la penalidad, de acuerdo a lo recogido en el numeral 13.2 de la cláusula decimotercera y decimosexta de **EL CONTRATO**. Además, refiere que en la Carta N° 075-2014-C.C.Lambayeque se hace mención a un informe en el cual se señalaría solo los descuentos que debían de realizarse sobre las valorizaciones pendiente por cancelar; sin embargo, no se hace mención a informe técnico alguno donde se sustente la aplicación de la penalidad. En esta medida, se concluye que **EL COMITÉ** no habría cumplido con el procedimiento para la aplicación de las penalidades.

2.3.4. **EL DEMANDANTE** indica también que a pesar de que en los días 06 y 13 de octubre de 2014 cumplió con la provisión de las raciones, **EL COMITÉ** le descontó la suma de S/ 6,382.50 sin justificación alguna.

2.3.5. **EL COMITÉ** y **EL PROGRAMA** indican por su parte que la cláusula décima de **EL CONTRATO** establece que la devolución de la garantía de fiel cumplimiento procede una vez se realice la liquidación, por lo que al no haberse aún realizado dicho procedimiento, no procede la devolución de la garantía de cumplimiento. Agrega que en la cláusula undécima de **EL CONTRATO**, referida a la ejecución de garantías, se señala que **EL PROGRAMA** está facultado a disponer definitivamente del fondo de garantía, cuando la resolución de **EL CONTRATO** por causa imputable al proveedor haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolverlo. Se añade que en tanto el laudo arbitral no se encuentre firme, **EL PROGRAMA** no se encuentra obligado a devolver el fondo de garantía de cumplimiento retenido. Finalmente refieren que **EL DEMANDANTE** no habría acreditado con medio probatorio alguno lo pretendido.

2.3.6. Ahora bien, respecto del fondo de garantía reclamado por **EL DEMANDANTE**, ni **EL PROGRAMA** ni **EL COMITÉ** niegan haber efectuado tal retención. Sin embargo, alegan que este tema debe ser visto al momento de efectuarse la liquidación de **EL CONTRATO**, lo cual a la fecha aún no habría ocurrido.

2.3.7. El Tribunal Arbitral comprueba que la cláusula décima de **EL CONTRATO** señala en efecto que una vez liquidado este, **EL COMITÉ** procederá con la devolución de esta garantía de fiel cumplimiento, situación que a la fecha no ha ocurrido. Sin embargo, el Tribunal comprueba también que llegado el momento de la liquidación, la cláusula undécima de **EL CONTRATO** faculta a **EL COMITÉ** a disponer del fondo de garantía en caso de resolución del Contrato.

"Cláusula Undécima: Ejecución de Garantías

QALI WARMA está facultado para disponer definitivamente del fondo de garantía, cuando:

11.1 La resolución del contrato por causa imputable al proveedor haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponde íntegramente a Qali Warma, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado".

2.3.8. Lo que **EL CONTRATO** establece es una facultad de **EL COMITÉ** en cuanto a disposición del fondo de garantía, por lo que al momento de la liquidación y siempre que concurren las circunstancias establecidas en la cláusula Undécima de **EL CONTRATO**, **EL COMITÉ** debe evaluar y sopesar la excepcionalidad alegada de la situación que generó la resolución de **EL CONTRATO**, así como el correcto desempeño de **EL DEMANDANTE** durante la ejecución contractual. En

función de todo ello debe adoptar una decisión discrecional, ajustada a derecho, respecto de la procedencia o no de la devolución del fondo de garantía. Para este efecto el Tribunal Arbitral exhorta a ambas partes a que inicien la etapa de liquidación de **EL CONTRATO** a la mayor brevedad para que este asunto quede finalmente determinado y concluido. En virtud de lo anterior, la tercera pretensión de la demanda vinculada al tercer punto controvertido debe ser declarada improcedente.

2.3.9. Respecto de las penalidades cuya nulidad reclama **EL DEMANDANTE**, el Tribunal Arbitral verifica que la Carta N° 075 -2014-C.C.Lambayeque de fecha 10 de diciembre de 2014, que menciona en su demanda, hace referencia expresa a descuentos y no a penalidades.

2.3.10. El Tribunal Arbitral se ha detenido en cada uno de los medios probatorios ofrecidos por las partes y no encuentra un documento expreso de aplicación de penalidades o que haga referencia a las cláusulas decimotercera numeral 13.2 o decimoquinta de **EL CONTRATO** que regula los supuestos de su imposición.

2.3.11. **EL DEMANDANTE** no ha acreditado que se le haya impuesto las penalidades cuya nulidad demanda. La Carta N° 075 -2014-C.C.Lambayeque en la que sustenta esta pretensión no hace mención a penalidades sino a descuentos. Ni **EL PROGRAMA** ni **EL COMITÉ** han afirmado haber aplicado penalidades.

2.3.12. Lo anterior lleva al Tribunal Arbitral a considerar que en este caso no está probado que **EL COMITÉ** haya aplicado penalidades a **EL DEMANDANTE**, razón por la cual esta cuarta pretensión vinculada al cuarto punto controvertido debe ser declarada infundada.

2.3.13. Finalmente, sobre los descuentos referidos en la sexta pretensión de la demanda, **EL DEMANDANTE** reclama la devolución de S/ 6,382.50 que corresponderían a las raciones que distribuyó los días 06 y 13 de octubre de 2014, esto es los días en que empleó un producto que no contaba con certificación sanitaria.

2.3.14. Si bien no existe ningún medio probatorio en el expediente que acredite el descuento cuyo reembolso se demanda, y por lo tanto no es factible verificar si en efecto tal descuento ha ocurrido, ni **EL PROGRAMA** ni **EL COMITÉ** han negado o convenido en tal pretensión.

2.3.15. De manera tal que no estando probada esta pretensión, el Tribunal no puede más que declararla infundada, no sin antes indicar que las raciones elaboradas con un producto que carecía de certificación sanitaria oficial no constituyen un cumplimiento de **EL CONTRATO** y, por ende, no pueden generar obligación de pago para **EL COMITÉ**.

2.4. Determinar si corresponde o no ordenar a EL DEMANDANTE pague a EL PROGRAMA por concepto de indemnización por daños y perjuicios la suma de S/.10,000.00 Soles.

2.4.1. Sobre esta pretensión, tanto EL PROGRAMA como EL COMITÉ se amparan en los artículos 1151¹⁹ y 1152²⁰ del Código Civil. Refieren que la presentación de certificados de SANIPES falsos ha traído como consecuencia el incumplimiento de las condiciones contractuales, lo que generó severo perjuicio a los beneficiarios de EL PROGRAMA no sólo ante la opinión pública de forma general, sino además, existe un perjuicio ocasionado por el hecho de que los productos objeto de EL CONTRATO no cumplieron con su finalidad pública. Asimismo, invocan el artículo 1321²¹ del mismo Código. Por último, respecto a la cuantía del daño moral supuestamente sufrido, se ampara en el artículo 1332²² del referido cuerpo legal. Sobre la base de estos artículos, solicitan el pago de una indemnización por el daño patrimonial supuestamente sufrido.

2.4.2. Pues bien, tratándose de un arbitraje de derecho, el Tribunal Arbitral considera pertinente recalcar que nuestro sistema jurídico ha dividido la reparación de los daños diferenciando a las reparaciones contractuales de las extracontractuales. Las primeras responden ante la preexistencia de una relación jurídico-patrimonial, mientras las segundas son fuente de obligaciones, debiéndose cumplir en ambos casos con una serie de presupuestos:

- a. La imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
- b. La ilicitud o antijuridicidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- c. El factor de atribución, es decir, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- d. El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.

¹⁹Artículo 1151.- El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas:

1.- Las previstas en el artículo 1150, incisos 1 ó 2.

2.- Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.

3.- Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.

4.- Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

²⁰Artículo 1152.- En los casos previstos en los artículos 1150 y 1151, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda.

²¹Artículo 1322.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

²²Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

e. El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

2.4.3. Ahora bien, toda persona que alega un daño debe probarlo. Este daño, según la doctrina, es el menoscabo que – a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado – sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio.

2.4.4. En el presente caso, lejos de haberse acreditado el cumplimiento de los requisitos mencionados anteriormente, se indica que el supuesto incumplimiento de **EL DEMANDANTE** habría causado un desprestigio al Programa de Alimentación Escolar y que la situación trajo una exposición mediática negativa. Asimismo, si bien el artículo 1332 del Código Civil permite que el juez utilice una valoración equitativa para fijar el monto de la indemnización, ello no implica que la parte que solicita dicha indemnización no deba cumplir con su carga de la prueba y probar el daño sufrido, así como los demás elementos mencionados.

2.4.5. Como se puede apreciar, ni **EL PROGRAMA** ni **EL COMITÉ** han probado fehacientemente el supuesto daño, por lo que la presente pretensión debe ser declarada infundada.

2.5. Sobre la asunción de costos y costas

2.5.1. En el convenio arbitral celebrado entre las partes, no existe pacto expreso acerca de la imputación de los costos y costas del arbitraje, razón por la cual corresponde apelar a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje.

2.5.2. Sobre este particular, el artículo 73 de la Ley de Arbitraje establece que los "costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

2.5.3. Atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos y considerando el buen comportamiento procesal de las partes y el criterio de razonabilidad que debe guiar toda decisión, corresponde disponer que cada parte asuma el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y del secretario arbitral.

2.5.4. Fuera de estos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

2.6. De la prueba actuada y los argumentos expuestos

El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° del Decreto Legislativo Nº 1071 y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados a partir del Punto III de este Laudo, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 1071, este Tribunal Arbitral, en **DERECHO**.

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la demanda.

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Tercera Pretensión Principal de la demanda, debiendo tomarse en consideración la exhortación expuesta en los considerandos 2.3.6. a 2.3.8 del presente laudo.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la demanda.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la Quinta Pretensión Principal de la demanda.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la reconvención.

SÉPTIMO: DISPONER que cada parte asuma el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de los árbitros y del secretario arbitral. Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.



ALBERTO QUINTANA SANCHEZ
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL



CAROL APAZA MONCADA
ÁRBITRO



MANUEL PORRO RIVADENEIRA
ÁRBITRO