

*Arbitraje seguido entre*

***FERMAR CORPORATION EIRL***

*(Demandante)*  
*Y*

***COMITÉ DE COMPRA CAJAMARCA 5***

***PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA***

*(Demandada y Reconviniente)*

---

***LAUDO***

---

*Tribunal Arbitral*

*Carol Apaza Moncada*

*Rider Vera Moreno*

*Aldo Jara Chu*

*Secretaria Arbitral*

*Lucia Mariano Valerio*

*Representante del demandante*

*Sr. Marco Antonio Córdova Franco*

*Representante del demandado*

*Procurador Publico Dr. Carlos Figueroa Ibérico*

**Resolución N° 24**

En Lima, a los 5 días del mes de agosto del año dos mil dieciséis, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos esgrimidos de las partes y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y en la reconvención, dicta el laudo siguiente para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

**I. CONVENIO ARBITRAL**

1. Con fecha 13 de marzo de 2014, Fermar Corporation E.I.R.L. (en adelante "demandante" o "proveedor") y el Comité de Compra Cajamarca 5 (en adelante el "COMITÉ") suscribieron el Contrato N° 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO para la "Provisión de productos a favor de los usuarios de los niveles Inicial y Primaria del Ítem CALLAYUC" (en adelante el CONTRATO), el cual en su cláusula vigésima refleja el siguiente convenio arbitral:

**"CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS"**

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 estos 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, este será designado por el Centro de Arbitraje establecido en el contrato correspondiente. De ser necesario efectuar un proceso arbitral, este se desarrollará en la ciudad de

Tribunal Arbitral  
Carol Apaza Moncada  
Rider Vera Moreno  
Aldo Jara Chu

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 Qali Warma"

2. En tal sentido, es relevante destacar que las partes pactaron resolver todas las controversias derivadas de la ejecución del Contrato, mediante arbitraje de derecho.

## II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

3. Los árbitros Rider Vera Moreno y Aldo Jara Chu fueron designados por cada una de las partes en la solicitud de arbitraje y su respuesta, respectivamente; y, estos, luego de manifestar oportunamente su aceptación, designaron a su vez a la doctora Carol Apaza Moncada como Presidente del Tribunal, quien también manifestó oportunamente su aceptación al cargo, cumpliendo con ello con el procedimiento establecido en el convenio arbitral y en la normativa aplicable.

## III. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

4. Con fecha 18 de noviembre de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, con la presencia de los representantes de ambas partes. En esta Audiencia, los miembros del Tribunal ratificaron haber sido designados conforme a ley y al convenio arbitral celebrado por las partes, reiterando no tener ninguna incompatibilidad para el cumplimiento del cargo, ni vínculo alguno con estas, obligándose a desempeñar sus funciones con imparcialidad, independencia y probidad.
5. En el mismo acto, quedó establecido que el arbitraje sería ad-hoc, nacional y de derecho, se designó como secretaría arbitral a ARBITRE S.R.L. y este a su vez a la abogada Lucía Mariano Valerio, señalando como lugar del

ARBITRAJE DE DERECHO  
FERMAR CORPORATION EIRL- COMITÉ DE COMPRA CAJAMARCA N°5 Y PROGRAMA NACIONAL DE  
ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALIWARMA

Tribunal Arbitral  
Carol Apaza Moncada  
Rider Vera Moreno  
Aldo Jara Chu

arbitraje la ciudad de Lima, siendo la sede arbitral las oficinas ubicadas en Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, Distrito de San Isidro, Provincia y Departamento de Lima.

6. De igual manera, se establecieron las reglas procedimentales aplicables al presente arbitraje, las cuales serían **(a)** las reglas de dicha acta; **(b)** el Manual de Compras del Modelo de Cogestión para la Atención de Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 322-2014-MIDIS/PNAEQW; **(c)** Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante la Ley de Arbitraje); **(d)** El Código Civil.
7. Se deja constancia que ninguna de las partes impugnó o reclamó contra el contenido de la referida Acta de Instalación.

#### IV. DEMANDA Y PRETENSIONES PLANTEADAS POR EL CONTRATISTA

8. Con fecha 22 de enero de 2015, el Contratista presentó su demanda, planteando las siguientes pretensiones:

Principal:

a) Se declare la resolución del Contrato N° 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO y sus adendas de fecha i) 13 de junio del 2014, ii) 14 de junio del 2014, iii) 27 de junio del 2014, por incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Comité de Compra Cajamarca No 5, en aplicación de la cláusula décimo sexta del contrato, conforme a lo establecido en la carta de resolución de contrato de fecha 25 de julio de 2014, emitida por mi representada.

b) La devolución del monto retenido por la Entidad demandada en calidad de fondo de garantía, conforme a la cláusula décima del contrato y las correspondientes cláusulas de sus adendas, cuyo monto

asciende a S/. 30,159.39 (treinta mil ciento cincuenta y nueve con 39/100 nuevos soles).

c) La devolución del monto retenido arbitrariamente por la Entidad demandada en los meses de mayo, junio y julio, ascendiente a la suma de S/. 1.312,98 (mil trescientos doce con 98/100 nuevos soles) monto que no tiene sustento ni corresponde a la retención acordada según el contrato y sus respectivas adendas.

**Pretensión Accesoria:**

d) Declarada fundada la pretensión principal 2.1., solicito que el Comité de Compra Cajamarca No 5 (en adelante el Comité) haga efectivo a mi favor el pago de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la resolución del Contrato N° 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO y sus adendas de fecha i) 13 de junio del 2014, ii) 14 de junio del 2014, iii) 27 de junio del 2014, por la suma de S/. 566,481.60 (Quinientos sesenta y seis mil cuatrocientos ochenta y uno con 60/100 nuevos soles), determinadas independientemente de la siguiente manera:

- Daño a la imagen a razón del 5% del monto contractual por cada año de vida institucional, hasta 08 años, ascendiente a la suma de S/. 84.972,24.
- Indemnización por Daño Futuro, ascendente a los montos que se dejarán de percibir en el sector privado y público por la suma de S/. 400.000,00.
- Indemnización por Daño emergente presente, ascendente a la inversión debidamente acreditada y asumida para el presente contrato, ascendente a la suma de S/. 83, 169.64.
- Lucro cesante por el monto total del contrato resuelto por causas imputables al demandado, ascendente a la suma de S/. 566,471,60.

- e) El pago de los intereses generados desde la fecha en que debió corresponder el pago hasta la fecha en que efectivamente se ejecutó, monto que deberá calcularse en ejecución del laudo.
- f) El pago total de los gastos administrativos producto del Arbitraje, incluyendo la totalidad de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría.
- g) El pago de costas y costos, entendidos como los honorarios profesionales de la asesoría legal que patrocina el presente proceso de arbitraje.
- 9.** Con fecha 10 de enero de 2014 se publicó en el portal institucional del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en adelante Qali Warma), la convocatoria del proceso de compra para la provisión de productos a distintas instituciones educativas dentro del país. Producto de este proceso, el Comité de Compra Cajamarca N° 5 (en adelante EL COMITÉ) adjudicó a FERMAR CORPORATION E.I.R.L. (en adelante EL PROVEEDOR) el ítem CALLAYUC, de acuerdo a los resultados de la evaluación y cuyos detalles y condiciones se encuentran especificados en el Contrato de Compra para la Provisión de Productos N° 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO, suscrito el 13 de marzo del 2014 (en adelante EL CONTRATO).
- 10.** Dentro de la cláusula cuarta del Contrato, se estableció el cronograma de entrega de productos, siendo la fecha de inicio el 03 de marzo de 2014 a favor de los usuarios de los niveles Inicial y Primaria del ítem CALLAYUC, según las especificaciones, características y cantidades establecidas en los Anexos del contrato, como se detallan:

Anexo N° 1 - Relación de Instituciones Educativas Adjudicadas.

Anexo N° 2 - Valores Adjudicados.

Anexo N° 3 - Especificaciones Técnicas de Alimentos.

Anexo N° 4 - Volúmenes de Productos No Perecibles Adjudicados por  
Institución Educativa  
Anexo N° 5 - Acta de Entrega - Recepción.

- 11.** Como es de verse, de la Relación de Instituciones Educativas, estas se encontraban en lugares alejados del distrito de Callayuc, provincia de Cutervo; sin embargo, estas complicaciones en ningún momento afectaron las fechas de entrega del producto pues esta se efectuó conforme a los plazos establecidos en el contrato.
- 12.** Del mismo modo, en dicho contrato en el anexo No 5 se estableció el modelo de Acta de Entrega - Recepción, la cual servía para dar la conformidad de los productos entregados a cada institución educativa.
- 13.** La entidad, respecto del ítem CALLA YUC, se encontraba representada por el Supervisor Provincial PNAE Qali Warma Cutervo, el señor Roberth Cubas Vásquez, con quien se efectuaban las coordinaciones respectivas para la prestación del servicio. En el marco de las coordinaciones efectuadas, conforme a los correos de fecha 28 de abril de 2014, al representante de la Entidad nos hace llegar el modelo de Acta de Entrega a fin de que se pueda elaborar y presentar los expedientes para la valorización correspondiente. Es decir, recién en dicha fecha, la Entidad nos remite los modelos de actas a ser entregadas para la emisión de los expedientes para pago, establecido en la Cláusula Sexta del Contrato.
- 14.** Sin embargo, la Entidad presentaba inconvenientes para la presentación de los expedientes del pago, por lo que recién con fecha 22 de mayo de 2014, el supervisor de la Entidad autoriza la presentación de los expedientes de pago, conforme es de verse en el correo de dicha fecha.
- 15.** Con fecha 23 de mayo de 2014, habiendo recibido la autorización de la Entidad para emitir los expedientes de pago, mi representada mediante Carta N° 023-2014/FC EIRL cumple con presentar las Actas y guías debidamente firmadas y selladas por los Directores y/o miembros de CAF

correspondiente al mes de mayo. A partir de dicha fecha, la Entidad contaba con 10 días hábiles para cumplir con el pago conforme a la Cláusula Sexta del Contrato.

**16.** Posteriormente, se solicitó el intercambio de presentación y/o marca de los productos, por lo que se autorizó la suscripción de las siguientes adendas:

- Adenda N° 01 al Contrato N° 006-2014-CC- CAJAMARCA 5/PRO de fecha 13 del mes de junio de 2014.
- Adenda N° 02 al Contrato N° 006-2014-CC- CAJAMARCA 5/PRO de fecha 14 del mes de junio de 2014.
- Adenda N° 03 al Contrato N° 006-2014-CC- CAJAMARCA 5/PRO de fecha 27 del mes de junio de 2014.

**17.** Mediante Carta de fecha 25 de junio de 2014, recibida por la Entidad con fecha 02 de julio de 2014, mi representada solicita se efectúe el pago pendiente por el mes de mayo en el plazo de 15 días hábiles a fin de que se subsane el incumplimiento de su obligación contractual de pago, conforme al procedimiento indicado en la parte *in fine* de la cláusula Décimo sexta del contrato.

**18.** Mediante Carta N° 003-2014-SUP/PROV-PNAEQW-UT-CJMR2-GFSP, emitida por la entidad, y recepcionada por mi representada el 16 de julio de 2014 (aproximadamente 2 meses luego de presentados los expedientes de pago), en donde se hace la devolución de las actas de entrega y recepción de productos.

**19.** Posteriormente, mediante Carta N° 023-2014/FC EIRL del 22 de julio de 2014, contestamos la devolución de las actas señalando que no se han incurrido en las observaciones efectuadas toda vez que las actas fueron modelos enviados por la propia Entidad y se encuentran en conformidad con el contrato y sus adendas, sin que existan discrepancias.

**20.** Ante la falta de respuesta de la Entidad, mediante Carta Notarial de fecha 25 de julio de 2014 se informa al Comité de la Resolución Contractual por

incumplimiento de sus obligaciones de pago, conforme a la cláusula Décimo sexta del contrato.

21. Posteriormente, por Oficio N° 007-2014-MIDIS-PNAE "QWD/CCC5, notificado el 05 de agosto de 2014, el presidente del Comité, haciendo referencia al Acta N° 35-2014-CC CAJAMARCA 5, resuelve declarando "improcedente la solicitud" de resolución de Contrato contenida en la Carta de fecha 25 de julio de 2014.
22. Por Oficio N° 008-2014-MIDIS-PNAE "QW"/CCC5, notificado el 18 de agosto de 2014 el presidente del Comité, haciendo referencia al Acta N° 36-2014-CC CAJAMARCA 5, dispone resolver el Contrato.
23. Posteriormente, mi representada remitió los expedientes para pago de las prestaciones ejecutadas por los meses de junio y julio, mediante carta N° 42-2014/FC ERIL y carta N°43-2014/FC ERIL respectivamente, los cuales fueron emitidas el 18 de agosto del 2014 y notificadas a la Entidad el 21 del mismo mes y año; estas contenían las actas en el mismo formato y llenadas de la misma manera que las que corresponden al periodo de mayo, sin que la entidad haya devuelto las mismas, sino que procedió a tramitarlas para pago sin observación alguna, por lo cual no existe coherencia en que siendo el formato y llenado de las actas para los tres periodos, hayan dilatado el pago sin fundamento alguno.
24. Así mismo en relación con lo dicho en el párrafo anterior, los pagos efectuados por parte de la Entidad respecto de los meses de mayo, junio y julio, además de haber sido dilatorios en extremo, no han saldado las obligaciones pactadas en el Contrato y Adendas respecto de los meses antes acotados; lo cual pasare a detallar:

• **RESPECTO DE MAYO**

- OBLIGACION TOTAL: S/. 52,855.25 (SEGUN ADENDA N° 1)
- PAGO EFECTUADO: S/. 41,232.08 efectuado el 04.09.14.
- SALDO PENDIENTE: S/. 11,623.17

• **RESPECTO DE JUNIO**

- OBLIGACION TOTAL: S/. 32,825.36 (SEGUN ADENDA N° 2)
- PAGO EFECTUADO: S/. 22,445.05 efectuado el 13.10.14
- SALDO PENDIENTE: S/. 10,380.31

• **RESPECTO DE JULIO**

- OBLIGACION TOTAL: S/ 35,407.23 (DEGUN ADENDA N° 3)
- PAGO EFECTUADO: S/ 26,813.17 efectuado el 18.11.14
- SALDO PENDIENTE: S/ 5,594.06

25. De acuerdo a la cláusula Sexta del Contrato 1, la Entidad demandada está obligaba a cancelar el pago de las entregas dentro de los 10 días hábiles posteriores a la conformidad por parte de Qali Warma, previa presentación del expediente para pago.
26. Conforme la misma cláusula Sexta, para que se pueda hacer efectivo el abono era necesario presentar el expediente para pago, el cual debía contar, entre otros documentos, las "Actas de Entrega - Recepción", cuyo modelo de documento había sido anexado al contrato como parte integrante dentro del anexo 5.
27. Dicho documento constituía la conformidad por parte de Qali Warma, y tal como lo expresa el mismo formato en su parte final que indica "nombres y apellidos del miembro del CAE que recepciona", debía ser el representante del Comité de Alimentación Escolar (CAE) el que otorgue la conformidad.
28. Esto se condice con lo señalado en la cláusula Duodécima del contrato que en su numeral 12.3 establece que el CAE será el que otorgue la conformidad y, en caso de observaciones las consignará en el acta de entrega - recepción respectiva.
29. De acuerdo a la Directiva No 001 -2013-MIDIS aprobada por Resolución Ministerial No 016-2013-MIDIS, normativa de Qali Warma que regula y define a los Comités de Alimentación Escolar (CAE), éstos se constituyen en cada institución educativa, conforme al Decreto Supremo N° 001-2013-MIDIS y están conformados por el director o representante de la Institución

Educativa Pública, quien lo preside y podrá delegar sus funciones en un docente, además de representantes de los padres y madres de familia de la institución educativa pública.

30. El numeral 77 del Manual de Compras de Qali Warma señala también que la conformidad de los productos y raciones será otorgada por el respectivo Comité de Alimentación Escolar (CAE), el cual deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad y cantidad de los mismos de acuerdo con la programación de raciones o los volúmenes de productos entregados por el proveedor a cada Institución Educativa. Precisando que de existir observaciones se consignarán en el acta de entrega - recepción respectiva, indicándose claramente el sentido de aquéllas.
31. Lamentablemente, dicha prerrogativa de dar la conformidad de la entrega y recepción de los productos y, a su vez, suscribir las actas de conformidad, no fue debidamente informada a los CAE, quienes por desconocimiento en un inicio fueron reacios a suscribir dichos documentos, hecho que originó una demora al obtener la documentación completa para la presentación del expediente de pago.
32. Se debe precisar que Qali Warma como usuaria delegó la potestad de suscribir las actas de conformidad a los directores de las instituciones educativas y, a su vez, presidentes de los CAE, como reales beneficiarios del suministros de productos, quienes debían dar la conformidad mediante dicho formato de Actas.
33. Debe indicarse que, dentro de los anexos del Contrato, en el número 5 se estableció el modelo de Acta de entrega- conformidad, misma que se usó para todas las entregas, tal como lo autorizó el propio representante de Qali Warma, Econ. Roberth Cubas Vásquez, con quien se efectuaban las coordinaciones respectivas para la prestación del servicio y que mediante correo de fecha 28 de abril de 2014, remitió el formato de Acta a utilizar.

- 34.** Es así que mi representada ingresó, el expediente de pago en fecha 23 de mayo de 2014, mediante Carta N° C 23-2014/FC EIRL, para que se proceda a la cancelación de los bienes entregados dentro de los 10 días hábiles siguientes; sin embargo, la demandada recién hizo efectivo el pago el 04 de setiembre del 2014 (es decir 3 meses después), cuando debió hacerse el 06 de junio de 2014.
- 35.** Debe indicarse que, habiendo transcurrido los 10 días hábiles para el pago, conforme la cláusula Sexta, se hizo ante la entidad las averiguaciones verbales y presenciales para el cobro, incluso requerimientos por correo electrónico; sin embargo, no fuimos atendidos pese a las insistencias, de ahí que con fecha 02 de julio de 2014 se le requirió a la Entidad, mediante comunicación notificada por conducto notarial, el cumplimiento de la prestación en el plazo de 15 días hábiles, conforme al último párrafo de la cláusula Décimo sexta del Contrato; sin embargo, pese a que dicho plazo venció el 23 de julio de 2014, la demandada no cumplió con su obligación, por lo cual procedía la resolución contractual.
- 36.** Es así, que en fecha 25 de julio de 2014 se cursó por conducto notarial la carta de resolución de contrato, al no haber cumplido la demandada con sus obligaciones de pago, pese al requerimiento previo efectuado, operando la resolución de contrato de pleno derecho, de ahí que se suspendió la ejecución del contrato, al surtir la resolución contractual todos sus efectos.

**DE LA "IMPROCEDENCIA" DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO FORMULADA POR LA ENTIDAD**

- 37.** La entidad en fecha 06 de agosto de 2014; es decir, después de haber sido resuelto válidamente el contrato, remitió el Oficio N° 006-2014-MIDISPNAE "QW/CCS5, donde el presidente del Comité de Compras, haciendo referencia a la Acta N° 35-2014-CC CAJAMARCA 5, resuelve declarar

"improcedente" la resolución de Contrato contenida en nuestra carta de fecha 24 de junio de 2014.

38. Debemos indicar que la carta notarial que contiene la resolución de contrato no es una solicitud para el inicio de un procedimiento administrativo o un pedido de gracia, a fin que la demandada pueda merituar su procedencia o no, sino que se trata de un acto jurídico con efectos inmediatos.
39. En caso la demandada no rubiera estado conforme con la resolución de contrato, correspondía que someta dicha discrepancia a arbitraje, conforme la cláusula del Contrato y dentro del plazo establecido en la misma.
40. Sin embargo, en lugar de someter dicha controversia a arbitraje, en fecha 18 de agosto de 2014 emite el Oficio N° 009-2014-MIDIS-PNAE "QW"/CCC5 sustentado en el Acta N° 36-2014-CC CAJAMARCA 5, donde el presidente del Comité, haciendo referencia al acta señalada, dispone resolver el Contrato, cuando este ya se encontraba resuelto de pleno derecho, generando un imposible jurídico ya que no puede resolverse un contrato que ha quedado resuelto previamente, por lo cual dicha resolución contractual es inválida.
41. En tal sentido, conforme se ha indicado, el contrato quedó resuelto en fecha 25 de julio de 2014, habiendo quedado consentida la resolución de contrato el 15 de agosto de 2014, sin que la entidad haya solicitado el inicio del arbitraje.
42. De acuerdo a la cláusula Décimo sexta del contrato señala expresamente que "(...) cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este

Tribunal Arbitral  
Carol Apaza Moncada  
Rider Vera Moreno  
Aldo Jara Chu

plazo sin que se haya iniciado alguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida".

- 43.** En ese sentido, la resolución formulada por la Entidad no tiene sustento toda vez que EL PROVEEDOR formuló de forma previa la resolución por incumplimiento de obligación de LA ENTIDAD.

#### **DE LA DEVOLUCION DEL MONTO RETENIDO POR LA ENTIDAD DEMANDADA**

##### **De la retención efectuada como garantía**

- 44.** De acuerdo a la cláusula Décima del contrato, se dispuso la retención del 10% del contrato como garantía, monto que se debía retener durante la primera mitad de la prestación del contrato.
- 45.** Es así que, para la primera prestación del mes de mayo se dispuso la retención de la suma de S/. 11,185.02.
- 46.** Posteriormente en los meses de junio y julio se efectuó las retenciones de los montos de S/. 10,380.31 5 y S/. 8,594.066, respectivamente.
- 47.** Todos estos montos hacen un total de S/. 30, 159.39, los cuales se mantienen en poder de la entidad como garantía, pese a que el contrato fue resuelto y la resolución contractual quedó consentida, por lo que corresponde su devolución.
- 48.** Debe indicarse que los pagos efectuados por concepto de los meses de mayo, junio y julio fueron cancelados de manera dilatoria toda vez que todos fueron cancelados no en su totalidad y fuera del plazo establecido de 10 días hábiles; observándose la dilación injustificada con la que la demandada efectúa sus obligaciones de pago.
- 49.** Por tanto, al haberse cumplido con la prestación de forma efectiva, sin haberse interpuesto penalidad alguna, no existe monto pendiente de

liquidar a favor de la demandada para que mantenga en su poder retenida la garantía, por lo cual corresponde su devolución.

**De la retención indebida del pago de mayo**

50. Como se ha señalado, mi representada presentó el expediente para pago el 23 de mayo de 2014 para el pago de la suma de S/. 52,855.25 y, recién el día 04 de setiembre de 2014, se efectuó el pago de forma incompleta.
51. De la revisión del expediente de pago se aprecia que el monto que correspondía cancelar, conforme las adendas modificatorias al contrato y de acuerdo a lo realmente ejecutado era de S/. 52,855.25, monto al cual correspondía efectuarle la retención de la garantía por la suma de S/. 11,185.02, pero debido a que el contrato se resolvió de puro de derecho por el incumplimiento de la entidad, ésta debió abonar a mi representada dicha cantidad; lo cual hasta la actualidad no ha cumplido.
52. Así mismo, el día 04 de octubre de 2014 recién se hizo efectivo el pago de la suma de S/. 41.232,08; es decir, dejándose de cancelar a favor de mi representada la suma de S/. 438.15 nuevos soles, sin que la entidad haya dado explicación alguna de dicha retención al momento de efectuar el pago y sin que a la fecha tengamos una respuesta del motivo de la misma, por lo cual a tratarse de una retención indebida, corresponde ordenar su devolución.

**De la retención indebida del pago de junio**

53. Como se ha señalado, mi representada presentó el expediente para pago el 21 de agosto del 2014 para el pago de la suma de S/. 32,825.36 y, recién el día 10 de octubre de 2014, se efectuó el pago en forma incompleta.
54. De la revisión del expediente de pago se aprecia que el monto que correspondía cancelar, conforme las adendas modificatorias al contrato y de acuerdo a lo realmente ejecutado era de S/. 32,825.36, monto al cual correspondía efectuarle la retención de la garantía por la suma de S/. 11,185.02.

Tribunal Arbitral  
Carol Apaza Moncada  
Rider Vera Moreno  
Aldo Jara Chu

10,122.40, pero debido a que el contrato se resolvió de puro de derecho por el incumplimiento de la entidad, ésta debió abonar a mi representada dicha suma; lo cual no ha sucedido hasta la actualidad.

55. Sin embargo, el día 10 de octubre de 2014 recién se hizo efectivo el pago de la suma de S/. 22,445.05; es decir, se dejó de cancelar a favor de mi representada la suma de S/. 257.91, sin que la entidad haya dado explicación alguna de dicha retención al momento de efectuar el pago y sin que a la fecha tengamos una respuesta del motivo de la misma, por lo cual al tratarse de una retención indebida, corresponde ordenar su devolución.

**De la retención indebida del pago de julio**

56. Como ha señalado, mi representada presentó el expediente para pago el 21 de agosto del 2014 para el pago de la suma de S/. 35,407.23, siendo que recién el día 18 de noviembre de 2014, se efectuó el pago en forma incompleta.
57. De la revisión del expediente de pago se aprecia que el monto que correspondía cancelar, conforme las adendas modificatorias al contrato y de acuerdo a lo realmente ejecutado era de S/. 35,407.23, monto al cual correspondía efectuarle la retención de la garantía por la suma de S/. 7,977.14, pero debido a que el contrato se resolvió de puro de derecho por el incumplimiento de la entidad, ésta debió abonar a mi representada dicha suma; lo cual hasta la fecha no ha sucedido.
58. Sin embargo, el día 18 de noviembre de 2014 recién se hizo efectivo el pago de la suma de S/.26,813.17, es decir, se dejó de cancelar a favor de mi representada la suma de S/.616.92, sin que la entidad haya dado explicación alguna de dicha retención al momento de efectuar el pago y sin que a la fecha tengamos una respuesta del motivo de la misma, por lo cual a tratarse de una retención indebida, corresponde ordenar su devolución.

## PRETENSIÓN ACCESORIA: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

### **Indemnización por daños y perjuicios**

- 59.** El demandado ha ocasionado daños a mi representada como consecuencia de haber incumplido las obligaciones pactadas en el contrato N° 006-2014-CCCAJAMARCA N° 5/PRO, toda vez que no ha hecho efectivo el pago del servicio efectivamente brindado, en la oportunidad que correspondía, lo que genera responsabilidad civil contractual; asimismo ha ocasionado daños por la falta de ejecución contractual por el periodo restante debido a la resolución por culpa de la entidad, en aplicación de lo prescrito en el Código Civil, ello aunado a la indebida retención de la garantía y de los pagos, situación que de forma integral debe ser indemnizada.
- 60.** Como se aprecia, la resolución del contrato por parte del demandado genera tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales. La sola mención a los daños patrimoniales, daño emergente y lucro cesante, no determina que sólo los daños de esta naturaleza sean resarcibles. Los daños extrapatrimoniales también son objeto de resarcimiento.
- 61.** Es importante recalcar que el daño no debe identificarse tan sólo con el valor de la prestación no realizada, en este caso a raíz de la resolución del contrato, sino que también incluye cualquier otra afectación que la parte haya soportado por causa del incumplimiento.

### **Concurrencia de presupuestos indemnizatorios**

#### **Conducta Antijurídica**

- 62.** La conducta deviene en antijurídica cuando contraviene una norma prohibitiva, y viola el sistema jurídico en su totalidad, afecta valores y principios sobre los que se construye el sistema jurídico. En el presente caso, el demandado cometió conductas ilícitas y abusivas que causaron daño a mi representada, una de ellas es la falta de pago del servicio

efectivamente brindado que constituye una conducta antijurídica, ya que el demandado ha incumplido las obligaciones contenidas en la cláusula sexta y novena del contrato, como es realizar el pago de la contraprestación a favor de mi representada, en el modo y forma establecida en el contrato.

63. Del mismo modo, la aplicación de retenciones sin sustento, sobretodo de la garantía, deviene en una conducta antijurídica atípica toda vez que es contraria a lo establecido en el numeral 88, literal b) del Manual de Compras.
64. Lo expuesto prueba que los hechos que han causado daño a mi representada son contrarios al ordenamiento jurídico y también constituyen el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato suscrito con el demandado, por lo tanto demuestran una conducta antijurídica por parte del demandado.

#### **Daño causado**

65. El daño es la lesión que la conducta antijurídica del demandado ha ocasionado a los derechos de mi representada, derechos que constituyen bienes e intereses jurídicamente tutelados por el ordenamiento jurídico. Siendo así la falta de pago de los servicios efectivamente prestados por mi representada ha ocasionado daños patrimoniales como daño emergente y lucro cesante, toda vez que mi representada no ha recibido el íntegro del pago por los servicios que prestó, a pesar de haber cumplido con los requisitos para que se haga efectivo el mismo, y sin que exista algún tipo de penalidad o sanción; es por ello que el incumplimiento de esta obligación, previamente pactada, en el contrato ha causado daños a mi representada.
66. La resolución del contrato por culpa de la entidad, también nos ha generado daños tanto económicos como morales, debido a que en virtud a ella nos vimos obligados de dejar de prestar los servicios de un momento

a otro, se perdió una fuerte inversión en maquinaria, insumos, alimentos, alquileres de local, pago de personal, y todos los gastos en que incurrimos para poder prestar el servicio. Del mismo modo dejamos de percibir la ganancia proyectada en base al contrato resuelto, constituyéndose así el lucro cesante, lo dejado de percibir por culpa de la resolución del contrato por causa imputable a la parte demandada.

67. Asimismo la indebida retención de la garantía y de montos de pago ha generado daño patrimonial toda vez que he dejado de percibir la contraprestación correspondiente por el servicio prestado, en forma oportuna y se mantiene retenido dinero que impide la utilización para el cumplimiento de obligaciones e inversiones por parte de mi representada.
68. Del mismo modo se ha ocasionado daño moral a mi representada, en el sentido que la indebida retención de pago y la resolución de contrato por su causa, atenta contra la buena reputación de mi representada, generando el precedente que ante terceros potenciales clientes indica que mi representada es una empresa de falta de seriedad que no honra sus acuerdos e incumple con sus obligaciones a tiempo, ya que nos hemos quedado sin liquidez al momento de cumplir nuestras obligaciones, disminuyendo gravemente las posibilidades de ser contratada por terceros, de obtener créditos de proveedores y entidades financieras. La resolución del contrato por causa imputable a la demandada ha impedido que éste pueda ser usado en otros procesos de selección ante entidades del sector público, integrando de este modo el daño moral con el daño emergente.

#### Nexo Causal

69. Es la relación de causalidad que debe existir entre el hecho antijurídico, que constituye el antecedente, y el daño causado, que es la consecuencia o efecto. En el presente caso se ha identificado plenamente la existencia de un nexo causal entre los actos antijurídicos realizados por el demandado, como son el incumplimiento del pago, la resolución del

contrato por culpa de la entidad y la retención indebida de la garantía; éstos hechos son la causa que de forma directa e inmediata han tenido como efectos el haber ocasionado sendos daños patrimoniales como morales a mi representada, los mismos que han sido descritos de forma general en el numeral anterior y posteriormente serán descritos e identificados de forma detallada.

**Factor de Atribución**

70. Es el ánimo deliberado de causar daño a la víctima, prescrito en el artículo 1969º, según el cual, aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo. La culpa se demuestra con la falta de diligencia o negligencia con que actúa aquel que causa el daño, en el presente caso el Comité demandado actúa con evidente dolo, ya que incumplió con el pago en forma oportuna pese a tener estos gastos presupuestados y no tener justificación para su falta de pago, ello a pesar que mi representada requirió previamente el cumplimiento de la obligación. Es por ello que la actuación del comité es dolosa toda vez que desde el 23 de mayo tenía conocimiento de su obligación de pago y recién la efectuó el 04 de setiembre de 2014.
71. Este proceder es doloso, ya que de haber efectuado el pago oportunamente requerido por mi representada, no habría sido necesaria la resolución de contrato. La incoherencia de los actos del demandado demuestra su negligencia, la falta de diligencia para verificar las condiciones que determinan la resolución del contrato de acuerdo a los términos contratados.

**Daño Moral como daño a la buena reputación empresarial**

72. Conforme al artículo 1322º del Código Civil, resulta aplicable el daño moral al presente caso, entendido éste como la categoría jurídica capaz de englobar a todos los daños de naturaleza extrapatrimonial que pueden

afectar a un sujeto de derechos, independientemente de su categoría de persona natural o jurídica.

73. La reputación corporativa constituye una síntesis de los factores de éxito de una compañía, toda vez que ya no sólo implica complacer a los accionistas, sino también a un amplio conjunto de partes interesadas que incluyen clientes, proveedores, empleados y sus familias, consumidores, etc. En ese sentido la reputación e imagen son nociónes próximas porque cuando una empresa mantiene durante mucho tiempo una imagen positiva ante sus proveedores dicha imagen deviene en reputación.
74. Es así que el daño moral vendría a ser el daño no patrimonial inferido en derechos que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza el derecho vulnerado, aquellos que recaen sobre bienes inmateriales, como el derecho de la imagen, a la buena reputación, al nombre, entre otros.
75. El hecho de que los daños extrapatrimoniales, por propia definición, no puedan ser valorados en dinero no significa que no puedan ser susceptibles de una indemnización. Dicha indemnización no podría cumplir una función compensatoria, sino más bien un papel satisfactor, dado que si bien no se puede eliminar totalmente el daño, por lo menos se busca que la víctima obtenga mecanismos para paliarlo.
76. En el caso de las personas jurídicas, cuando sufren un menoscabo a los atributos o presupuestos de su personalidad jurídica, estas están legitimadas para reclamar la reparación del daño moral padecido. Así pues, el patrimonio moral de un sujeto no se agota en sus pasiones o sentimientos, puesto que hay numerosos derechos sin contenido económico, que tienen carácter netamente "objetivo", como el nombre, la imagen, la honra, la intimidad, etc., que son dignos de protección y cuya violación ocasiona un "daño" al titular, aunque no hiera sus sentimientos.

77. Enfocado así el patrimonio moral del sujeto desde un ángulo netamente "objetivo", resulta indudable que también las personas jurídicas son titulares de ese tipo de derechos, y que si en alguna manera se los menoscaba, corresponde una indemnización, aunque la persona jurídica no sea pasible de "dolo".
78. A la hora de cuantificar el daño moral surgen dificultades, por cuanto dicho concepto resulta de difícil valoración, no obstante se han tenido en cuenta dos principales criterios:

**1) Beneficio obtenido por el causante de la lesión**

- El Comité demandado ha obtenido un beneficio al no cumplir con la obligación de pagar las facturas emitidas por la prestación efectiva del servicio, y además mantener en sus arcas el porcentaje retenido en virtud de la cláusula décima de, contrato, es decir la retención del 10% de las valorizaciones, así como por retener montos de dinero por las penalidades indebidamente impuestas. Habiendo procedido de la siguiente manera:
  - El contrato suscrito fue por el monto de S/. 566,481.60 monto del cual solamente se ejecutó la suma de S/. 121,087.84, según montos resultantes de las adendas suscritas con el demandante, existiendo un saldo pendiente de ejecutar de S/.90,928.45, monto que debe ser resarcido a favor de mi representada, en relación a la estructura de costos determinada para la prestación de la ejecución y de acuerdo a las inversiones y gastos realmente realizados.
  - Debe indicarse además que del total facturado de S/.121 ,087.84, solamente se ha cancelado en forma diminuta la suma de S/. 90,928.45, siendo que la diferencia en el pago continúa en poder de la entidad, monto que sigue generando un perjuicio a mi representada.

- Asimismo, existe un monto que ha sido descontado al pago por los servicios debidamente prestados, el cual asciende a la suma de S/.1,312.98, lo cual al igual que los otros conceptos vienen generando un perjuicio para con mi representada.
- Es evidente el beneficio obtenido por el Comité, que de forma total, indebidamente mantuvo en sus arcas la suma retenida de S/. 31,472.37, que correspondía devolver a mi representada y que viene generando un costo financiero.

### 2) Gravedad de la lesión

- La gravedad de la lesión está constituida por la falta de pago de las prestaciones efectivamente realizadas. Asimismo, por el peligro en que se encuentra la estabilidad de mi representada ya que prácticamente de forma exclusiva presta servicios a la demanda, es por ello que la falta de pago por los servicios que prestó colocan en grave peligro la continuidad de mi representada, más aún si se trata de una pequeña empresa.

### 3) Valor de la empresa y años de constitución

- En el caso de litis, el buen nombre y la imagen que tanto el PROVEEDOR y las personas que lo conforman han obtenido a través de sus años de actividad ininterrumpida en el mercado hace que exista un daño evidente contra la imagen del PROVEEDOR y la de sus integrantes. Si bien es cierto que como persona jurídica no se "apena", y puede suceder que el ataque no le produzca un menoscabo económico (no haga que los socios opten por disolver la sociedad, ni sus trabajadores renuncien); sin embargo la difamación ha afectado "objetivamente" la consideración del PROVEEDOR y, sobretodo, del conglomerado comercial y de entidades que forman parte de sus clientes potenciales, un derecho subjetivo de la persona

jurídica digno de tutela, como es la imagen, por lo que corresponde que el agravio moral sea indemnizado.

- Si nos remitimos a que quienes conforman del PROVEEDOR son personas naturales que ejercen actividades empresariales desde el año 2012, es decir que han desarrollado su reputación a cargo de diversos negocios por aproximadamente 3 años de forma ininterrumpida, entonces resulta evidente el gran valor, no sólo del PROVEEDOR, sino principalmente de las personas que lo conforman, que son quienes finalmente resultan directamente afectados por la conducta antijurídica del Comité demandado. Así pues, si determinamos como menoscabo a la imagen y buena reputación de los conformantes del PROVEEDOR susceptible de ser indemnizado con un porcentaje mínimo de 5% del contrato que es de S/. 28,324.08, por cada año de experiencia y buena reputación ganada, por lo que tenemos que el resarcimiento ascendería por Daño a la Imagen - incluido dentro del daño moral- en la suma de S/. 84.972,24.

#### **Daño emergente**

- 79.** Los actos antijurídicos del Comité han ocasionado a mi representada un daño emergente presente y futuro, es decir que a partir del accionar doloso del Comité, mi representada ha visto disminuido su patrimonio siendo gravemente perjudicada, toda vez que el comité impuso penalidades de forma indebida, resolvió el contrato sin que medie causal que lo justifique y consecuentemente no cumplió con su obligación de pago.
- 80.** Este daño emergente no sólo es presente, sino que también es futuro y se traduce en la pérdida de clientes y futuros ingresos patrimoniales, los que se dejaron de percibir ya que la resolución indebida del contrato, ocasionó que el PROVEEDOR ni sus integrantes puedan hacer uso de la experiencia

ganada en la ejecución del contrato. Más aún cuando la experiencia es un requisito indispensable para la participación en procesos de venta de insumos al Estado, es por ello que al no poder usar la experiencia ganada por que se resolvió el contrato indebidamente, se nos limita la participación usando y esta se ve truncada, tanto en el ámbito público como privado impidiendo que nuestros productos puedan extenderse a otras organizaciones, perdiendo a grandes potenciales clientes. Siendo ese el caso, nuestra limitación estimada es dejar de obtener nuevos clientes con un contrato normal de 12 meses, tiempo normal determinado para un abastecimiento de productos, con lo cual a razón de una utilidad igual a la estimada en el contrato resuelto, nos reporta un ingreso dejado de percibir de ventas al sector privado ascendente a la suma de S/. 200,000.00 determinado de acuerdo a la capacidad de contratación y operaciones de mí representada.

- 81.** Del mismo modo, la exigencia contenida en la Ley de Contrataciones del Estado, como factor de evaluación para los procesos de selección, de la presentación de contratos con sus respectivas constancias de conformidad del servicio, se limita en el caso del presente contrato, puesto que dicho contrato no podrá ser usado y, de ser el caso, limitado a un monto inferior al que efectivamente debió ejecutarse, lo cual disminuye la participación en los procesos de selección y también la obtención de nuevos clientes. Siendo ese el caso, nuestra limitación estimada es dejar de obtener nuevos clientes cuantificados en un contrato normal de 12 meses, tiempo normal determinado por el Presupuesto Anual del Estado, con lo cual a condiciones iguales a la que se cobraba a la demanda, pese a que existe un incremento del índice de Precios al Consumidor y ajustes inflacionarios, nos reporta un ingreso dejado de percibir de ventas al sector público ascendente a la suma de S/. 200,000.00 determinado de acuerdo a la capacidad de contratación de mi representada, montos que no deben verse reflejados en un solo periodo sino en la posibilidad de contratar hasta

los próximos 08 años según los plazos para acreditar experiencia ante el Estado como factor de evaluación.

- 82.** Debe tenerse en cuenta que la empresa a la cual represento tiene como única fuente de ingresos el servicio brindado al demandado, y por no decir, el más importante contrato que viene atendiendo hasta la actualidad es el celebrado con el Comité, por lo que de él dependen una serie de trabajadores así como que se generan prestaciones obligacionales con proveedores y terceros, por lo que la demora en el cumplimiento del pago por parte del demandado, ha ocasionado un serio perjuicio económico, tanto en gastos de urgencia (como son pago de insumos, pago de salarios a empleados, etc.), poniendo en peligro la estabilidad económica y la subsistencia misma de la empresa.
- 83.** Asimismo, se debe entender como daño emergente a la devaluación de los instrumentos y materiales adquiridos para la prestación del servicio, esto quiere decir, la devaluación, el desuso, el mantenimiento de maquinarias, el desuso de las mismas, hecho que acredito con las facturas adjuntadas como anexos.
- 84.** De igual manera, debe entenderse a la compra de los insumos que debieron ser utilizados para el cumplimiento de la obligación que se tenía, conforme las facturas que anexo a la presente con la cual acreditó la compra de insumos los cuales no fueron aprovechados debido a la resolución del contrato por incumplimiento de LA ENTIDAD.
- 85.** Para acreditar ello, paso a detallar la relación de bienes que fueron adquiridos por el PROVEEDOR, los cuales a la fecha han sido totalmente depreciados, conforme el detalle de la Estructura de Costos.
- 86.** Cabe agregar otros conceptos que deberán ser asumidos por el Comité demandado como los alquileres de inmuebles, y de vehículos, obligaciones que son debidamente acreditadas con los contratos que se anexan a la

presente demanda, por lo tanto estos gastos incurridos también deben ser restituídos.

- 87.** Asimismo adjuntamos actas de verificación notarial en las que se verifica que en el establecimiento utilizado para la ejecución contractual, que se habilitó y donde se encuentran los materiales de trabajo que fueron utilizados para la prestación del servicio, los cuales actualmente, como ya se ha dicho no son utilizados.
- 88.** Por lo dicho anteriormente, la suma por Daño Emergente presente se tiene determinada en la suma de S/. 83,169.64.

#### **Lucro Cesante**

- 89.** Consiste en la restricción del incremento en el patrimonio del dañado, es decir, es la ganancia patrimonial dejada de percibir por el dañado, o la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir. En ese sentido, queda claro que en el caso sub-Litis, se me ha causado un grave daño patrimonial a nivel de lucro cesante, explícitamente por dos situaciones:

- El pago de los montos dejados de percibir por la indebida resolución del Contrato, ello debido a que este es un concepto que efectivamente debió formar parte del patrimonio de mi representada en virtud del mencionado contrato que nunca adoleció de causal para su resolución ni debió ser sujeto a penalidades de ninguna índole, por lo que en ejecución del mismo, se deberá proceder a disponer el pago del monto fijado en el mencionado contrato, el cual se encuentra establecido en la cláusula tercera del referido contrato.
- El lucro cesante es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica por parte de quien resulta dañado con el accionar de otro, como en el caso del accionar del demandado al momento de resolver

independientemente el contrato. Como consecuencia del daño, y que éste se produjo al momento de resolver el contrato, tenemos que existe un monto contractual pendiente de ejecutar. Si bien podría limitarse dicho monto contractual exclusivamente a la utilidad, vemos que el contenido de la oferta económica con la cual mi representada se adjudicó el contrato cubre una serie de elementos como la adquisición de maquinarias, insumos, incluso los costos laborales, gastos administrativos, gastos operativos y bienes y equipos que mi representada debió adquirir con un retorno y costos estimados de un periodo contractual de 12 meses, que fue truncado por el accionar doloso del demandado. Es, por tanto, la totalidad del contrato pendiente de ejecutar lo que se ha dejado de ganar y que se habría ganado de no haber sucedido un daño, toda vez que la compra de todos los bienes, alquiler de vehículos, compromisos con proveedores, instalación de un soporte administrativo y operativo, cargas laborales y previsionales continúan en mi representada, pese a la resolución del contrato, puesto que el proyecto de desarrollo del contrato estaba orientado a la ejecución total del contrato y no a su cumplimiento parcial, por lo cual el monto indemnizatorio por lucro cesante alcanza la totalidad del contrato dejado de ejecutar.

ESTRUCTURA DE COSTOS			
CONCEPTOS	Mensual	Anual	
<b>COSTOS DIRECTOS</b>			
1 Compra de productos	21111,59	211115,35	
2 Vehículos y movilidad	2550,00	25500,00	
3 Servicios de fraccionamiento	392,67	3926,67	
4 Servicios de apoyo	512,40	5124,00	
<b>COSTOS INDIRECTOS</b>			
5 Alquiler de almacén / oficina	335,00	3350,00	
6 Maquinarias y equipos		3175,64	
7 Inmuebles y ambientación		1533,33	
8 Certificaciones		1310,68	
9 Mantenimiento de bienes	150,00	1500,00	
10 Otros gastos	183,33	1833,33	
11 Recursos Humanos	750,88	7508,78	
12 Aportaciones	67,58	675,79	
<b>GASTOS ADMINISTRATIVOS</b>	366,67	3666,67	
<b>COSTOS FINANCIEROS</b>	1303,16	13031,60	
<b>UTILIDAD</b>	32%	181.274,11	
<b>TOTAL NETO</b>		454.525,92	
<b>IGV</b>	18%	101.955,68	
<b>TOTAL</b>		566.481,60	

#### V. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE LA ENTIDAD

90. Con fecha 24 de febrero de 2015, la Entidad presentó su contestación de demanda, formuló oposición a las exhibiciones solicitadas por el demandante y planteo reconvención, en base a los siguientes términos.

**DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL RELACIONADA A QUE SE DECLARE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 006-2014-CCCAJAMARCA N° 5/PRO, Y SUS ADENDAS DE FECHA I) 13/06/14, II) 14/06/14, III) 27/06/14 POR INCUMPLIMIENTO DE**

**LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR EL COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA N° 5, EN APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA DEL CONTRATO CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LA CARTA DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE FECHA 25 DE JULIO DE 2014.**

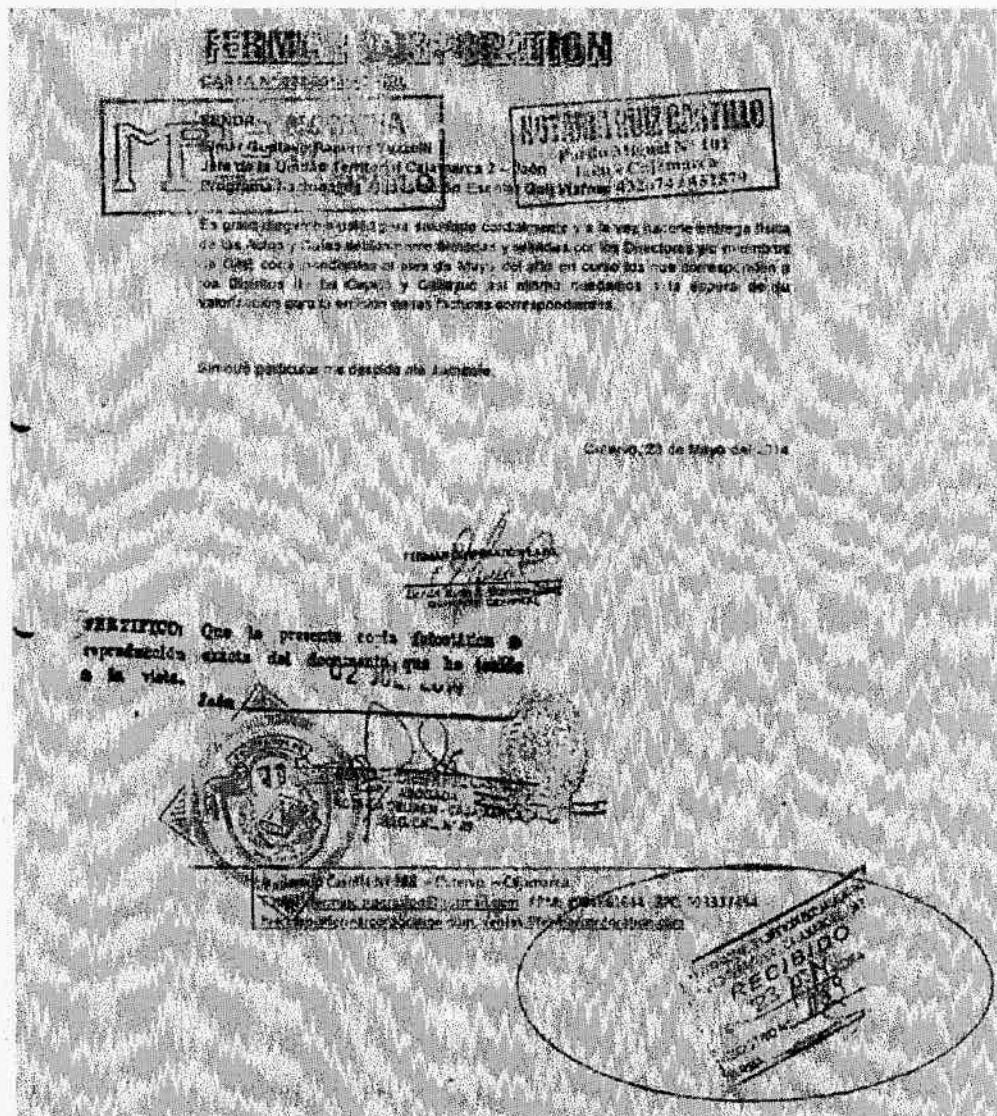
- 91.** Como se puede advertir del Contrato N° 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO (en adelante el contrato), la Adenda N°01 de fecha 13 de junio de 2014, la Adenda N° 02 de fecha 14 de junio de 2014 y la Adenda N° 03 de fecha 27 de junio de 2014, las partes voluntariamente, acordaron la posibilidad de resolver el contrato de pleno derecho correspondiendo tomar en cuenta lo regulado en el artículo 1430º del Código Civil.
- 92.** Con fecha 13/03/14, se celebró el contrato N° 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO (ANEXO 1-C), entre FERMAR CORPORACIÓN E.I.R.L y ELCOMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 5, adenda N° 1 de fecha 13/06/14 y adenda N° 2 de fecha 14/06/14, que tenía como objeto: "(...) contratar al PROVEEDOR para la provisión de productos a favor de los usuarios de los niveles Inicial y Primaria del ítem CALLA YUC".
- 93.** En la cláusula cuarta del contrato se determina que el PROVEEDOR deberá entregar los productos según el Anexo N° 04 - Volúmenes de Productos Adjudicados por institución Educativa, bajo las condiciones establecidas en las bases y mediante el Anexo N° 5 "Acta de Entrega Recepción".
- 94.** Los productos deberán entregarse a las Instituciones Educativas de acuerdo a los plazos establecidos en el siguiente cronograma:

Entrega	Plazo de Entrega	Oficio de Notificación	Período de Atención	Plazo de Presentación del Expediente para pago
1	Del 03 al 07 de Mayo	16	Del 10 al 31 de Mayo	Del 13 al 21 de Junio
2	Del 21 al 31 de Mayo	20	Del 01 al 30 de Junio	Del 04 al 11 de Julio
3	Del 21 al 30 de Junio	20	Del 05 al 30 de Junio	Del 06 al 14 de Julio
4	Del 22 al 30 de Junio	21	Del 02 al 30 de Junio	Del 05 al 13 de Julio
5	Del 14 al 30 de Junio	19	Del 01 al 25 de Julio	Del 04 al 11 de Julio
6	Del 10 al 20 de Agosto	15	Del 11 al 29 de Agosto	Del 14 al 22 de Agosto
7	Del 20 al 29 de Septiembre	22	Del 01 al 30 de Septiembre	Del 04 al 12 de Octubre
8	Del 22 al 30 de Septiembre	22	Del 01 al 31 de Septiembre	Del 06 al 14 de Octubre
9	Del 23 al 31 de Octubre	20	Del 03 al 28 de Noviembre	Del 05 al 14 de Noviembre
10	Del 20 al 28 de Noviembre	11	Del 01 al 17 de Diciembre	Del 04 al 12 de Diciembre
TOTAL		186		

95. Con la carta notarial No 021-2014/FC EIRL (ANEXO 1-0), recepcionada por la entidad el 23/05/14, el proveedor hace entrega física de las Actas y Guías debidamente firmadas y selladas por los Directores y/o miembros de CAE, correspondiente al mes de mayo del 2014 (expediente para pago), con la

Tribunal Arbitral  
Carol Apaza Moncada  
Rider Vera Moreno  
Aldo Jara Chu

precisión que el mencionado expediente debió entregarse del 06 al 14 de mayo del 2014; sin embargo, queda demostrado que fue entregado el 23/05/14, conforme el detalle siguiente:



96. Quedando demostrado que el proveedor incumplió lo establecido en la cláusula cuarta del contrato materia de controversia. Pese a ello, con la carta notarial No 281-14 (ANEXO 1-E) de fecha 25 de junio del 2014; el proveedor, reafirma que con fecha 23/05/14 ha presentado la siguiente documentación: solicitud de pago, actas de entrega-recepción y guías de

remisión (expediente para pago), otorgándole a la entidad el plazo de 15 hábiles para que cumpla con el pago de la prestación.

97. Cabe precisar que la cláusula sexta del contrato señala:

### CLÁUSULA SEXTA: FORMA DE PAGO

El Comité de Compra realizará el pago correspondiente a la contraprestación por la entrega efectiva de los productos 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).

El pago se hará efectivo mediante abono de la cuenta bancaria de EL COMITÉ a la cuenta bancaria de EL PROVEEDOR. Se cumplirá dicho plazo siempre y cuando EL PROVEEDOR cumpla con presentar su expediente para pago, de acuerdo al cronograma establecido en la Cláusula Cuarta del presente contrato.

El expediente para pago debe contener los siguientes documentos:

- ✓ Solicitud de pago.
- ✓ Actas de Entrada - Recopición.
- ✓ Actas de Remisión.
- ✓ Comprobante de Pago.

98. Quedando claro que el Comité procederá con el pago a los diez (10) días hábiles posteriores a la conformidad por parte de Qali Warma, haciéndose la salvedad que cuando el PROVEEDOR, no cumpla con entregar dicha documentación dentro del cronograma establecido, los retrasos en el pago son de exclusiva responsabilidad del PROVEEDOR.

**99.** En efecto conforme a la Directiva No 001-2013-MIDIS "Procedimientos Generales para la Operatividad del Modelo de Cogestión para la atención del servicio alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar", aprobada mediante Resolución Ministerial No 016-2013-MIDIS, se establece lo siguiente:

"6. 5. 2 Verificación de conformidad:

El Comité de Compra, con la asistencia técnica de Qali Warma, REVISA Y VERIFICA LA VERACIDAD DE LA DOCUMENTACIÓN QUE SUSTENTA LA CONFORMIDAD de recepción de los productos y raciones, suscrita por los Comités de Alimentación Escolar. (...)".

**100.** Como vemos, existe un procedimiento de verificación de conformidad otorgada por el Comité de Alimentación Escolar aprobada mediante Resolución Ministerial.

**101.** Esto tiene su razón de ser en el hecho que el Comité de Alimentación Escolar, de acuerdo al Decreto Supremo No 001-2013-MIDIS que "Establece disposiciones para la transferencia de recursos financieros a comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios del Programa Nacional Cunas Más y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma", se encuentra conformado, como mínimo, por:

- El director, o quien haga sus veces, de la institución educativa pública, quien preside el Comité.
- Dos (02) representantes de los padres de familia de la institución educativa pública.

**102.** En ese sentido la conformidad emitida por el director en conjunto con los representantes de los padres de familia necesariamente tiene que ser verificada por órganos técnicos especializados en temas de alimentos. El director y los representantes de padres de familia no tienen conocimientos especializados sobre las características técnicas de los productos. Es por

ello que el Comité de Compra y el Programa Qali Warma revisan y verifican la veracidad de la documentación que sustenta la conformidad (actas de entrega-recepción) suscritas por el Comité de Alimentación Escolar; lo que explica que el Supervisor de Compras Cutervo del programa haya devuelto con fecha 17 de julio del 2014 las actas de entrega y recepción de productos por las razones ya explicadas.

**103.** En ese orden de ideas queda demostrado que la recepción no implica la conformidad del producto, nuestra parte no tenía la obligación de realizar el pago correspondiente al expediente de pago referida a la primera entrega de mayo de 2014, no solo porque la presentación del expediente de pago se realizó extemporáneamente y de acuerdo a lo pactado es la demandante la única responsable del retraso en el pago, sino que el procedimiento de pago se vio interrumpido por la devolución que se efectuó de las actas de entrega-recepción con fecha 17 de julio de 2014, es decir dentro del plazo de requerimiento para efectuar el pago, el cual como repetimos no podía efectuarse aún en tanto no estuviesen conformes las actas de entrega-recepción, es decir resultaba imposible que se pudiera efectuar el pago si las actas de entrega-recepción estaban observadas y conforme al Manual de Compras mientras no haya la conformidad no se puede iniciar el procedimiento de pago, lo que deviene en invalida e ineficaz la carta de resolución de contrato enviada por la parte demandante (El Proveedor).

**104.** Por ello, con la carta No 004-2014-SUP/PRO-PNAEQW-UT-CJMR2-GFSP (ANEXO 1-F), el Supervisor Provincial de Compras Cutervo, observa las Actas de Entrega y Recepción de Productos y las devuelve por motivos que presentan errores que a continuación se detallan:

- Las cantidades y las presentaciones de los productos que figuran en las Actas de Entrega y Recepción de Productos no concuerdan con lo contratado.

Tribunal Arbitral  
Carol Apaza Moncada  
Rider Vera Moreno  
Aldo Jara Chu

- Las cantidades y las presentaciones de los productos que figuran en las guías de remisión no concuerdan con lo contratado y además no figuran las marcas de los productos.

**105.** Por lo que, no corresponde que con Carta Notarial No 556-2014 (ANEXO 1-G), de fecha 25/07/14, el proveedor intente responsabilizar al comité por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales; además resuelve el contrato por una causal no atribuible al Comité de Compra Cajamarca 05.

**106.** El 01/08/14, el Supervisor Provincial de Compras de Cutervo, comunica al Jefe de la Unidad Territorial Cajamarca 2, el informe No 005-2014-SUP/PROV-PNAEQW-UT-CJMER2-GFSP (ANEXO 1-H), manifestando de manera expresa en el numeral 6, lo siguiente:

"( ... ) Como podrá apreciarse hasta la fecha de emisión del presente informe, mi persona en calidad de Supervisora Provincial del Comité de Compra 5 - Cutervo, no ha dado conformidad (CLÁUSULA SEXTA: FORMA DE PAGO del Contrato No 006-2014-CC Cajamarca No 5/PRO) a la documentación presentada, por las observaciones que comunique al proveedor, mediante CARTAS N° 003 y 004-2014-SUP/PROV-PNAEQW-UT-CJMR2-GFSP, de fecha 16 de julio ( ... )".

**107.** Con la carta No 042-2014-MIDIS/PNAEQW-UTCJMR2 (ANEXO 1-1) de fecha 01/08/14, el Jefe de la Unidad Territorial Cajamarca 2, comunica al Presidente del Comité de Compra Cajamarca 2, y entre otros fundamentos recomienda de considerarlo pertinente cursar notificación al proveedor, previa acta de sesión del Comité de Compra, acerca de la improcedencia de la resolución de contrato, debido a que el Comité de Compras ha cumplido con sus obligaciones contractuales.

**108.** En el acta No 35-2014-CC CAJAMARCA 5, de fecha 04/08/14 (ANEXO 1-J), los miembros del Comité de Compras Cajamarca 5, concluyen en lo siguiente:

ARBITRAJE DE DERECHO  
FERMAR CORPORATION EIRL– COMITÉ DE COMPRA CAJAMARCA N°5 Y PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALIWARMA

**Conclusion:**

1. Teniendo en cuenta lo establecido el Comité de Compras Cajamarca N°5 por acuerdo ministerial determinante implementando la resolución del Contrato N° N°05-2014-CC-CAJAMARCA N°05-PRO del 06 de Octubre del Proveedor Consorcio Fervar y Fervar y al Contrato N°05-2014-CC-CAJAMARCA N°05-PRO del 06 de Octubre del Proveedor Fármacor Corporation ERL.
2. En este acto el comité recuerda que el proveedor debe o consumir o acordarle al proveedor y el programa no se cancelará de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Compras Cajamarca N°5.

**109.** Con el acta de supervisión de fecha 27/07/14 (ANEXO 1-K), se deja constancia de la supervisión al proveedor, la cual no pudo realizarse debido a que el portón del local se encontraba cerrado.

**110.** Con el acta de supervisión de fecha 06/08/14 (ANEXO 1-L), se deja constancia de la supervisión al proveedor, con la presencia del representante del proveedor lo siguiente:

"( ...) Encontrando que en el almacén hasta la fecha no cuenta con los volúmenes correspondientes para este ítem (Callayuc) para cada producto establecido en su contrato para abastecer en el mes de agosto.  
( ...)".

**111.** En el Informe No 046-2014-PNAE-QW/JACHQ-ECC (ANEXO 1-M) del Especialista en Control de Calidad UT -2 dirigido al Jefe de la Unidad Territorial Cajamarca UT-2, de fecha 08/08/14, se concluye y recomienda lo siguiente:

## 5. CONCLUSIONES:

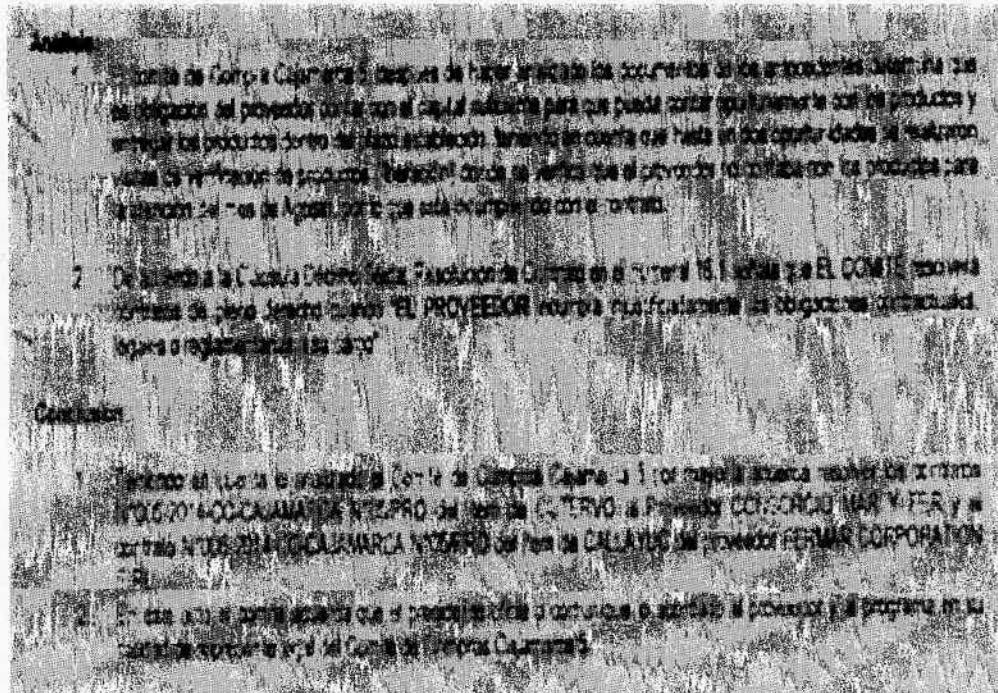
- De las verificaciones realizadas en el almacén el proveedor no tiene con los productos para la su respectiva liberación del ítem Callayuc.
- Realizar acciones con el comité de compra N°05 con el contrato suscrito N°006-2014-CC-CAJAMARCA N°5/PRO(ítem Callayuc).
- Se otorgó plazos para que el proveedor pudiera contar con todos los productos para su pronta liberación sin embargo no cuenta con ningún producto para el respectivo ítem de Callayuc para los usuarios del servicio alimentario de Qali warma.

## 6. RECOMENDACIONES:

- Es necesario que los proveedores haga llegar anticipadamente a la Unidad Territorial Cajamarca-2, el cronograma de actividades (compra, almacenamiento fraccionamiento y distribución) para realizar una supervisión adecuada y tener sus respectivas acuerdos.
- Se recomienda comunicar al especialista de control de calidad y a la UT-Cajamarca 2, para su respectiva liberación de los lotes adjudicados en las fechas señaladas de acuerdo a su cronograma presentados en su contrato de Compra de parte del supervisor de compra.
- Se debe mejorar la comunicación entre los proveedores y el PNAEQW.

**112.** Con la carta No 045-2014-MIOIS/PNAEQW-UTCJMR2 (ANEXO 1-N), de fecha 15/08/14, el Jefe de la Unidad Territorial Cajamarca 2, recomienda al Presidente del Comité de Compra Cajamarca 2, en aplicación de la Cláusula 16.1 del contrato la resolución del contrato, debido al incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a cargo.

**113.** Con el acta No 36-2014-CC CAJAMARCA 5 (ANEXO 1-N), de fecha 18/08/14, el Comité de Compras Cajamarca 5, analiza y concluye en lo siguiente:



**114.** Por lo que, con carta N° 009-2014-MIDIS-PNAE"QW"/CCC5 (ANEXO 1-O), recepcionada por el proveedor con fecha 18/08/14, el Comité de Compras Cajamarca 2 comunica la resolución del contrato, debido a que el proveedor no ha cumplido con sus obligaciones contractuales, como la de entregar los productos oportunamente a las Instituciones Educativas, según lo establecido contractualmente.

**115.** Al respecto, cabe precisar; que en el supuesto de una cláusula resolutoria expresa -como ocurre en el presente caso-, ver cláusula décimo sexta del Contrato No 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO, no se tiene como eje ni base el interés en 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.

**116.** Así, por acuerdo expreso de las partes, (el artículo 1430º del Código Civil) es norma de aplicación supletoria, que faculta a que las partes acuerden de manera expresa sobre una situación concreta dotando de una solución práctica y eficiente a casos de incumplimientos específicos que de producirse eliminan el interés del acreedor en continuar con la relación y lo liberen de ella; por ello la cláusula contractual ha de pactarse de manera específica y clara) y cuyo sustento es el interés del acreedor quien ante el incumplimiento del deudor no desea ya conservar la relación ni quiere la prestación, sino que prefiere separarse de la relación jurídica de manera definitiva.

**117.** En ese orden de ideas no resulta procedente que vuestro tribunal declare la resolución del mencionado contrato como lo pretende el demandante, pues de lo contrario supondría reconocer que el referido contrato se encuentra plenamente vigente y que por lo tanto cualquiera de las partes puede exigir su cumplimiento.

**118.** Finalmente el Tribunal deberá considerar que conforme al contrato solamente las partes podrán resolver el contrato en base a lo estipulado en su cláusula décimo sexta, siendo esto ratificado por el Manual de Compras.

**DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL RELACIONADA A LA DEVOLUCIÓN DEL MONTO RETENIDO POR LA ENTIDAD DEMANDADA EN CALIDAD DE FONDO DE GARANTÍA, CONFORME A LA CLÁUSULA DÉCIMA DEL CONTRATO Y LAS CORRESPONDIENTES CLÁUSULAS DE SUS ADENDAS, CUYO MONTO ASCIENDE A S/. 30,159.39.**

**119.** Que, el demandante fundamenta su pedido de devolución del fondo de garantía de cumplimiento en el hecho que no existe monto pendiente de liquidar a favor de la entidad demandada para que siga manteniendo en su poder el monto retenido.

**120.** Que, al respecto debemos señalar que conforme a lo dispuesto en la cláusula décima del Contrato No 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO, la

devolución de la garantía de fiel cumplimiento procederá una vez liquidado el contrato, por lo que una interpretación contrario sensu de dicha cláusula supone que mientras no se liquide el contrato no procede la devolución de la garantía de fiel cumplimiento, en ese sentido al no haberse liquidado el contrato no procede aún la devolución de tal garantía de cumplimiento.

**121.** Que, a mayor abundamiento la Cláusula Undécima del mismo contrato referida a la Ejecución de Garantías, señala que si la Resolución del Contrato por causa imputable al proveedor ha quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la resolución del contrato Qali Warma estará facultado a disponer definitivamente de los fondos de garantías retenidos, por lo que en tanto el laudo arbitral a expedirse en el presente procedimiento arbitral no se encuentre firme nuestra representada no se encuentra obligada a devolver el fondo de garantía de cumplimiento retenido conforme a lo pactado, que como es de vuestro conocimiento es ley entre las partes.

**122.** Asimismo debemos manifestar que el marco legal del contrato N° 006-2014-CC-CAJAMARCA No 5/PRO, establece en la Cláusula Décimo Novena, señala que: "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 normativas anteriores, se podrá aplicar supletoriamente las disposiciones que establezca QALI WARMA para su regulación especial y, supletoriamente las disposiciones del Código Civil".

**123.** Entendemos por lo tanto que las partes deberán someterse en su accionar a lo establecido en el Manual de Compras, a las disposiciones que establezca QALI WARMA y supletoriamente a las disposiciones del Código Civil.

**124.** Además, el artículo 1361º del Código Civil peruano establece que: "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se

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

**125.** En esta norma encontramos positivizado el principio de la obligatoriedad del contrato o pacta sunt servanda, por lo tanto, los pactos (obligaciones) deben cumplirse entre las partes. Este principio es consustancial al origen del derecho contractual, lo cual hace que no se cuestione su presencia.

**126.** En consecuencia, de acuerdo a los fundamentos expuestos y a los medios probatorios adjuntos, los mismos que nos reservamos ampliar en su debido momento, corresponde declarar INFUNDADO la presente pretensión, dado que se ha acreditado que no corresponde la devolución de la garantía de fiel cumplimiento.

**DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL RELACIONADA A LA DEVOLUCIÓN DEL MONTO RETENIDO ARBITRIARIAMENTE POR LA ENTIDAD DEMANDADA EN LOS MESES DE MAYO, JUNIO Y JULIO, ASCENDENTE A LA SUMA DE S/.1,312.98, MONTO QUE NO TIENE SUSTENTO NI CORRESPONDE A LA RETENCIÓN ACORDADA SEGÚN EL CONTRATO Y SUS RESPECTIVAS ADENDAS.**

**127.** Como puede advertir de la documentación presentada por el demandante no acredita con medio probatorio alguno el importe que recibió en calidad de pago correspondiente a mayo 2014, solo esta su manifestación, por lo tanto no se puede determinar fehacientemente si existió o no alguna retención indebida como lo sostiene la parte demandante.

**128.** En consecuencia, de acuerdo a los fundamentos expuestos y a los medios probatorios adjuntos, los mismos que nos reservamos ampliar en su debido momento, corresponde declarar INFUNDADA la presente pretensión, dado que se ha acreditado que no corresponde la devolución de S/. 1,312.98.

**DE LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA POR LA CUAL EL PROVEEDOR SOLICITA EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR**

**LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 006-2014-CC CAJAMARCA N° 5/PRO Y SUS ADENDAS DE FECHA I) 13/06/14, II) 14/06/14, III) 27/06/14, ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 566,481 .60 DETERMINADAS INDEPENDIENTEMENTE DE LA SIGUIENTE MANERA:**

- **DAÑO A LA IMAGEN A RAZON DEL 5% DEL MONTO CONTRACTUAL POR CADA AÑO DE VIDA INSTITUCIONAL, HASTA 8 AÑOS, ASCENDENTE A LA SUMA TOTAL DE S/. 84,972.24.**
- **INDEMNIZACIÓN POR DAÑO, ASCENDENTE A LOS MONTOS QUE SE DEJARAN DE PERCIBIR EN EL SECTOR PRIVADO Y PÚBLICO POR LA SUMA DE S/. 400,000.00.**
- **INDEMNIZACIÓN POR DAÑO EMERGENTE PRESENTE, ASCENDENTE A LA INVERSIÓN DEBIDAMENTE ACREDITADA Y ASUMIDA PARA EL PRESENTE CONTRATO, ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 83,169.64.**
- **LUCRO CESANTE, POR EL MONTO TOTAL DEL CONTRATO RESUELTO POR CAUSAS IMPUTABLES AL DEMANDANTE, ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 566,471.60.**

**129.** Con relación a las pretensiones accesorias referidas a la indemnización por daños y perjuicios planteada en la presente demanda debemos indicar lo siguiente:

- Debemos precisar que la decisión de los tribunales requiere la apreciación y valoración de circunstancias o sucesos que no están a su disposición, sino a la de las partes en el proceso o a la de terceros.
- Debemos indicar que a lo largo de nuestra contestación de la demanda hemos demostrado y sustentado que los puntos antes referidos carecen de todo valor fáctico y jurídico y que por consiguiente la presente pretensión accesoria debe seguir la suerte del principal, desestimándose; máxime si se carece de sustento que pueda demostrar daño alguno generado por nuestra parte, respecto de lo cual ahondaremos a continuación.
- Está probado a lo largo del presente escrito que, al suscribirse un contrato con el proveedor, las partes se comprometieron a cumplir con las obligaciones contractuales, estableciéndose de manera clara y objetiva los supuestos de imposición de penalidades.

- Está acreditado, que el proveedor no presentó su expediente de pago dentro del plazo señalado en el contrato, asumiendo por lo tanto exclusivamente la responsabilidad en la demora en el pago conforme a lo pactado.
- Con relación a las obligaciones contraídas por el proveedor, estas son ajenas a mí representada más aún si solo se han limitado a indicar que se ha generado un daño sin haber podido demostrar fehacientemente dicha afectación. Teniendo en cuenta que por las propias actividades como proveedor, siempre va a contraer obligaciones para los diversos servicios que brinda, sin que muchos de ellos tengan relación directa con la prestación brindada a la parte demandada, y cuando el propio demandante señala en su demanda que se le pagó por las prestaciones de mayo, junio y julio de 2014.
- Debemos manifestar que no se puede generar un daño por el solo hecho de decirlo; por el contrario el contratista incumplió con sus obligaciones contractuales y frente a su incumplimiento es que se procedió a resolver el contrato.
- Lo cierto a todo esto es que el proveedor deberá demostrar que ha sufrido un daño, dado que no es suficiente como repetimos el dicho de lo expuesto sino que debe existir la prueba indubitable que lo acredite, por cuanto hablar sin existir hechos concretos no hace suponer un daño cuantificable, dado que para cuantificar es importante determinar cuál es el daño generado, por lo que a la fecha se encuentra carente de todo valor lo expuesto en la presente pretensión.
- En ese sentido la responsabilidad contractual requiere del cumplimiento de tres presupuestos: (i) que la conducta califique como antijurídica, (ii) que el daño sea imputable, y (iii) que las consecuencias de los hechos generen daño.

- Al respecto, 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.
- Ahora bien, en términos constitucionales, el "daño" que origina una responsabilidad civil puede ser definido bajo la fórmula del daño jurídicamente indemnizable, entendido como toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extra patrimonial.
- En tal sentido, los daños pueden ser patrimoniales o extra patrimoniales. Serán daños patrimoniales las lesiones a derechos patrimoniales y daños extra patrimoniales, las lesiones a los derechos de dicha naturaleza, como el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos y por ende merecedores de tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral.
- En nuestra legislación civil, cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil Peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones.
- Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos dentro del ámbito de la denominada, responsabilidad civil extracontractual.

- Por otro lado Giovanna Visintini manifiesta que evaluar el daño derivado de un incumplimiento y del hecho ilícito significa, en primer lugar, identificarlo (es la primera investigación cognoscitiva sobre la existencia del daño: *an debeatur*) y en, segundo lugar, convertirlo en valor monetario equivalente (es la segunda investigación, que implica la cuantificación del daño: *quantum debeatur*).
- La primera operación que consiste en la individualización del daño resarcible presupone ya resuelta la cuestión de la imputación de la obligación del resarcimiento a un responsable y la estimación en términos de injusticia de la lesión sufrida por el damnificado, y está sujeta a directivas legislativas y jurisprudenciales dirigidas a circunscribir el área de los perjuicios resarcibles.
- Por otro lado, la segunda operación cuantificación del daño no siempre acompaña a la primera: puede ser enviada a un momento posterior.
- Cuando se habla de daño injusto, como elemento objetivo del hecho ilícito, se hace referencia a la lesión del interés tutelado; en cambio cuando se habla de daño en relación con la obligación de resarcimiento, es decir, con referencias al daño resarcible, la expresión asume el significado de perjuicio valorable en términos económicos, y abarca el daño emergente, lucro cesante y los sufrimientos morales padecidos por la víctima del ilícito y por otros.
- El lucro cesante debe ser evaluado con equitativa apreciación de las circunstancias del caso, no es posible una determinación precisa del daño situación que habitualmente se presenta con el lucro cesante al ser un daño que se proyecta en el futuro.
- Ahora bien las dos figuras como son el daño emergente y lucro cesante, no constituyen criterios para la determinación y la apreciación del daño a los fines del resarcimiento, únicamente sirven para identificar los perjuicios como aspectos del daño resarcible.

- La diferencia entre estos dos elementos respecto al daño emergente está en el hecho de que la pérdida sufrida corresponde a la sustracción de una utilidad que ya existía en el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante corresponde a nuevas utilidades que el damnificado habría presumiblemente conseguido si no hubiera verificado el hecho ilícito o el incumplimiento. Por lo que se ha dicho que el concepto jurídico de daño emergente es más amplio que el concepto económico. Así el valor de la cosa debida y no entregada como consecuencia del incumplimiento de una obligación de dar, configura un daño emergente y no lucro cesante, porque el acreedor ya tenía en su patrimonio el derecho a la prestación.
- Ahora bien, dado que el daño emergente, según lo define Luis Moisset de Espanés es el "perjuicio efectivo sufrido en perjuicio de la víctima que ha perdido un bien o un derecho", o, como lo define Ricardo Luis Lorenzetti, pues la pérdida o disminución de valores económicos existentes en el patrimonio del acreedor".
- Asimismo, conforme lo señala, Giovana Visintini: "la doctrina también ha aclarado, a propósito de la figura del daño emergente, que la disminución patrimonial correspondiente se produce no sólo cuando la utilidad perdida estaba ya adquirida, en la material disponibilidad del sujeto damnificado, sino también cuando es objeto de un derecho a incorporar en el patrimonio. Y por eso, se ha dicho, el concepto jurídico de daño emergente es más amplio que el concepto económico. Así, el valor de la cosa debida y no entregada como consecuencia del incumplimiento de una obligación de dar, configura un daño emergente y no un lucro cesante, porque el acreedor ya tenía en su patrimonio el derecho a la prestación".

- Ahora bien, y como lo que corresponde tratándose de responsabilidad civil no es sólo sustentar el daño emergente, sino además el cumplimiento efectivo de los cuatro elementos que dan lugar a reclamar una indemnización por daños y perjuicios.
- El daño puede siempre expresarse como emergente y como lucro cesante, y la única diferencia entre los dos elementos está en la mayor dificultad de prueba inherente a este último, con el resultado de que esta figura se presta más fácilmente para ser sometida a una apreciación equitativa.
- En el marco del lucro cesante se hace reingresar, desde hace un tiempo, a nivel de derecho aplicado, la noción de pérdida de chance, en la medida en que se trata de un tipo de daño proyectado en el futuro, esto sirve para penetrar en el lugar del daño patrimonial resarcible, un perjuicio que a menudo es incierto, es decir, vinculado no en modo cierto, sino sólo muy probable, al evento dañoso. Como tal, requiere el recurso al juicio equitativo y se sustrae a la aplicación del principio de la reparación integral que caracteriza el resarcimiento del daño patrimonial.
- Como se recuerda, el Dr. Carlos Fernández Sessarego señala que la referencia al daño a la persona es atribuible, diferenciándolo del daño moral, pues para este autor, existe una clara distinción entre el concepto de "daño a la persona" y el concepto de "daño moral". Además, distingue el "daño al proyecto de vida" como una grave limitación al ejercicio de la libertad- en qué consiste el ser humano- y un componente del denominado daño a la persona.
- Cabe mencionar, que en opinión del jurista citado, el daño moral se enfoca en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que conlleva al sufrimiento, dolor, perturbación espiritual, es decir, "es un daño específico que compromete básicamente la esfera

afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico", por lo que considera que no tiene sentido otorgarle autonomía y en su opinión, se encuentra conceptualmente subsumido dentro de lo que es el daño a la persona, que incide además sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión, lo que afecta directamente la manera en que la persona había decidido vivir, trunca su destino perdiendo el sentido mismo de su existencia.

- Sobre el particular, entendemos que los daños morales son "(...) aquellos que se concretan (...) en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso".
- "Daño moral: Afecta la vida sentimental del ser humano, consistente en el dolor, pena o sufrimiento de la víctima, manifestando dicho estado anímico en el quebrantamiento de la paz y la tranquilidad del espíritu, existe consenso de otro lado, en que el daño moral aborda la afectación de aquellos sentimientos considerados socialmente dignos, legítimos, por tanto merecedores de tutela jurídica.".
- Sobre este concepto indemnizatorio, el autor Leysser León Hilario define el daño a la persona de la siguiente manera: "El daño a la persona es mucho más sencillo de entender; es un atentado contra la integridad de un derecho individual, o una lesión a la personalidad. (...)".
- Ahora bien, luego de haber desarrollado doctrinariamente el daño emergente, el lucro cesante y el daño extra patrimonial, podemos concluir que de lo expuesto por él demandante, no se ha logrado acreditar fehacientemente a la fecha, los daños generados, pues en relación al supuesto daño a la imagen debemos señalar que el demandante no acredita con ningún medio probatorio que se haya

producido tal daño y menos que se pueda cuantificar en la cifra que indica pues esta resultaría de realizar una operación aritmética que no tiene ningún sustento fáctico ni legal, más aún si se calcula sobre la base del importe del contrato originariamente celebrado y no de la Adenda N° 03 que modificó el monto total del contrato a S/. 1'235,027.26.

- Que, en relación al supuesto daño futuro relacionado a lo que supuestamente dejó de percibir en el sector público y privado, debemos manifestar que tampoco acredita con ningún medio probatorio ese supuesto daño ocasionado y menos que se pueda cuantificar ese daño en los montos indicados. Los cuales tampoco tienen ningún sustento fáctico ni jurídico.
- Que, en cuanto al daño emergente como lo señalamos en un párrafo anterior el proveedor acredita que celebró contratos y asumió obligaciones e incurrió en gastos, pero de ninguna manera acredita que ellos tengan relación directa con la prestación brindada a nuestra parte máxime si como proveedor siempre va a contraer obligaciones para los diversos servicios que presta y dado que tal como lo ha señalado el propio demandante nuestra parte cumplió con el pago por todas las prestaciones del servicio que nos brindaron los meses de mayo, junio y julio de 2014, por lo que la demandante de ninguna manera acredita fehacientemente el daño que mi representada le habría ocasionado y menos el importe de este daño.
- Que, en cuanto al lucro cesante el demandante solicita el resarcimiento de S/. 1 '843,07 4.41 que sería el importe del contrato dejado de ejecutar; al respecto debemos señalar en primer lugar que este no es el importe del referido contrato ejecutado parcialmente, pues de acuerdo a la Adenda N° 03 el importe del contrato fue modificado y tal como lo señala el propio demandado el contrato fue ejecutado parcialmente por lo que resulta evidente que el demandado no acredita fehacientemente el

daño que le habríamos ocasionado ni establece los fundamentos en que se sustentaría la cuantificación del supuesto daño reclamado, máxime si fue el propio demandado quien incumplió sus obligaciones a partir de agosto de 2014.

- En consecuencia, de acuerdo a los fundamentos expuestos y los medios probatorios adjuntos, los mismos que nos reservamos ampliar en su debido momento, corresponde declarar INFUNDADA la primera pretensión accesoria planteada.

**DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA POR LA CUAL EL PROVEEDOR SOLICITA EL PAGO DE LOS INTERESES DESDE LA FECHA EN QUE CORRESPONDER EL PAGO HASTA LA FECHA EN QUE EFECTIVAMENTE SE EJECUTO, MONTO QUE DEBERÁ CALCULARSE EN EJECUCIÓN DEL LAUDO.**

**130.** Que, como lo hemos señalado en el punto anterior tal como se pactó en la Cláusula Sexta del Contrato N° 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO Y SUS TRES ADENDAS, en caso el proveedor no cumpla con entregar la documentación dentro del cronograma establecido, los retrasos en el pago serán de su exclusiva responsabilidad; por lo que habiendo quedado demostrado que la documentación del expediente de pago correspondiente a mayo de 2014 fue presentada fuera del plazo acordado en el contrato y sus adendas no corresponde pagar ningún interés generado por la demora en el pago ya que de acuerdo a lo pactado ello, es de exclusiva responsabilidad del demandante (El Proveedor); motivo por el cual solicitamos oportunamente DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión accesoria planteada.

**EN CUANTO A LA TERCERA Y CUARTA PRETENSIÓN ACCESORIA POR LA CUAL EL DEMANDANTE SOLICITA EL PAGO TOTAL DE LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS PRODUCTO DEL ARBITRAJE, INCLUYENDO LA TOTALIDAD DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y DE LA SECRETARIA, ADEMÁS DE LOS COSTOS Y COSTAS ENTENDIDOS COMO LOS HONORARIOS PROFESIONALES DE SUS ABOGADOS.**

**131.** Respecto de todos estos gastos que el demandante pretende trasladarnos debemos señalar que todos ellos son atribuibles a dicha parte y no a mi

representada; por ende dicha pretensión debe ser Declarada INFUNDADA y atribuirle integra mente el pago de todos estos gastos a la parte demandante.

#### V. RECONVENCIÓN DE LA DEMANDA

**132.** Con fecha 24 de febrero de 2015, la Entidad formuló reconvención a la demanda, en base a los siguientes términos.

##### **PRIMERA PRETENSION OBJETIVA ORIGINARIA PRINCIPAL:**

**Que se declare la invalidez e ineficacia de la Carta Notarial No 556-2014 de Resolución de Contrato, recepcionada por el Comité de Compras Cajamarca 05 con fecha 25 de julio del 2014, enviada por el demandante por contravenir el Contrato N° 006-2014-CC Cajamarca N° 5/PRO, las disposiciones establecidas en el Manual de Compras y, supletoriamente, el Código Civil.**

##### **Fundamento de la Primera Pretensión Principal**

**133.** La resolución del contrato materializada en la mencionada carta notarial N° 556-2014, recepcionada por el Comité de Compras Cajamarca 05 con fecha 25 de julio del 2014, se sustenta en el supuesto incumplimiento de pago por parte de nuestra representada respecto a las raciones entregadas por el demandante en mayo de 2014 y en el hecho de haberse enviado una carta notarial recepcionada por el Comité de Compras Cajamarca 05 con fecha 02 de julio de 2014 a fin que cumplamos con nuestra supuesta obligación de pago y no haber cumplido con el pago incurriendo en incumplimientos de las cláusulas sexta y novena del mencionado contrato.

**134.** En tal sentido nuestra parte no estaba obligada al pago dentro de los 10 días hábiles posteriores a la conformidad por parte de Qaliwarma de acuerdo a lo señalado en la cláusula sexta del contrato, ni estaba obligada

a cumplir con el pago luego del envío de la carta notarial del 02 de julio de 2014, mediante la cual el demandante nos otorgaba el plazo de 15 días hábiles para que cumplamos con el pago correspondiente a la facturación de mayo.

**135.** En cuanto a lo primero resulta aplicable lo dispuesto en el ítem 94 del Manual de Compras del Modelo de cogestión para la atención del servicio alimentario del PNAE que establece que los documentos que acrediten la conformidad de la entrega de los productos y/o raciones deben ser presentados por el proveedor, los mismos que son indispensables para que el Comité de Compra autorice e inicie el procedimiento de pago, lo cual se corrobora con lo dispuesto en el segundo párrafo de la propia cláusula sexta del contrato en el que se indica que se cumplirá dicho plazo siempre y cuando El Proveedor cumpla con presentar su expediente para pago de acuerdo al cronograma establecido en la cláusula cuarta, y en lo dispuesto en la última parte del primer párrafo de la cláusula sexta del tantas veces mencionado Contrato No 006-2014-CC Cajamarca No 5/PRO que establece que cuando EL PROVEEDOR no cumpla con entregar la documentación dentro del cronograma establecido, los retrasos en el pago serán de su absoluta responsabilidad, y tal como lo indica y acredita el propio demandante la documentación que debía presentarse para que se produzca el pago por las prestaciones de raciones acontecidas en mayo de 2014 se realizó el 23 de mayo de 2014, es decir se realizó fuera del plazo de presentación de expediente para pago establecido en la cláusula cuarta del Contrato N° 006-2014-CC Cajamarca N° 5/PRO y fuera del plazo establecido en las tres adendas.

**136.** En cuanto a lo segundo al enviarnos la carta notarial requiriéndonos que en el plazo de 15 días hábiles cumplamos con el pago por las prestaciones acontecidas en el mes de mayo tal como lo hemos indicado y acreditado en el punto anterior no estábamos obligados a realizar dicho pago dentro del plazo otorgado, pues la presentación del expediente de pago fue

extemporánea, máxime si mediante carta No 004-2014-SUP/PROVPNAEQW-UT-CJMR2-GFSP con fecha DE RECEPCIÓN 18 DE JULIO DE 2014, Qali Warma procedió a devolver al demandante las actas de entrega y Recepción del ítem: Callayuc correspondiente a la 1º entrega de productos (mes de mayo) por los errores que allí se indican, lo que implicaba la suspensión del procedimiento de pago en tanto no se subsanen dichos errores.

**137.** En efecto conforme a la Directiva N° 001-2013-MIDIS "Procedimientos Generales para la Operatividad del Modelo de Cogestión para la atención del servicio alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar", aprobada mediante Resolución Ministerial No 016-2013-MIDIS, se establece lo siguiente:

"6. 5. 2 Verificación de conformidad:

a. El Comité de Compra, con la asistencia técnica de Qali Warma, REVISA Y VERIFICA LA VERACIDAD DE LA DOCUMENTACIÓN QUE SUSTENTA LA CONFORMIDAD de recepción de los productos y raciones, suscrita por los Comités de Alimentación Escolar. (...)"

**138.** Como vemos, existe un procedimiento de verificación de conformidad otorgada por el Comité de Alimentación Escolar aprobada mediante Resolución Ministerial.

**139.** Esto tiene su razón de ser en el hecho que el Comité de Alimentación Escolar, de acuerdo al Decreto Supremo No 001-2013-MIDIS que "Establece disposiciones para la transferencia de recursos financieros a comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios del Programa Nacional Cunas Más y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma", se encuentra conformado, como mínimo, por:

- El director, o quien haga sus veces, de la institución educativa pública, quien preside el Comité.
- Dos (02) representantes de los padres de familia de la institución educativa pública.

**140.** En ese orden de ideas queda demostrado que nuestra parte no tenía la obligación de realizar el pago correspondiente al expediente de pago referida a la primera entrega de mayo de 2014, no solo porque la presentación del expediente de pago se realizó extemporáneamente y de acuerdo a lo pactado es la demandante la única responsable del retraso en el pago, sino que el procedimiento de pago se vio interrumpido por la devolución que se efectuó de las actas de entrega-recepción con fecha 18 de julio de 2014, es decir dentro del plazo de requerimiento para efectuar el pago, el cual como repetimos no podía efectuarse aún en tanto no estuviesen conformes las actas de entrega-recepción, es decir resultaba imposible que se pudiera efectuar el pago si las actas de entrega-recepción estaban observadas y conforme al Manual de Compras mientras no haya la conformidad no se puede iniciar el procedimiento de pago, lo que deviene en invalida e ineficaz la carta de resolución de contrato enviada por la parte demandante (El Proveedor).

**141.** Finalmente resulta incongruente la pretensión primera de la demandante respecto a que este tribunal resuelva el contrato y la Resolución de Contrato recepcionada por el Comité con fecha 25 de julio del 2014, enviada por el demandante por contravenir el Contrato N° 006-2014-CC Cajamarca N° 5/PRO.

**142.** En consecuencia, de acuerdo a los fundamentos expuestos y los medios probatorios adjuntos, los mismos que nos reservamos ampliar en su debido momento, corresponde DECLARAR FUNDADA nuestra primera pretensión principal.

#### SEGUNDA PRETENSIÓN OBJETIVA ORIGINARIA ACCESORIA

**Que se ordene a la parte demandante asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir el Comité de Compra Cajamarca N° 5 y la parte no signataria para su mejor defensa en este proceso arbitral.**

**Fundamentos de la Segunda Pretensión Principal**

**143.** Solicitamos que se ordene que la parte demandante asuma el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir el Comité de Compra Cajamarca 5 y/o la parte no signataria para su mejor defensa en este proceso arbitral. Es evidente que los gastos en los que viene incurriendo mi representada, son por causas atribuibles exclusivamente al Proveedor, por ende, la pretensión del pago de costas arbitrales debe ser declarada FUNDADA.

**CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN POR PARTE DEL DEMANDANTE**

**144.** Con fecha 09 de abril de 2015, el Contratista contesta la reconvención en los siguientes términos:

**Respecto a la Pretensión Principal de la Reconvención**

**145.** Debemos iniciar señalando que lo pretendido por los demandados no cuenta con asidero legal, toda vez que la resolución formulada por mi representada ha quedado consentida pues el Comité de Compras en ningún momento cuestionó tal decisión utilizando los mecanismos establecidos en el Contrato de provisiones; en ese sentido, no corresponde amparar lo pretendido por los demandados.

**146.** Con mayor precisión indicamos que el Contrato de provisiones establece en su cláusula décima sexta, que cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

**147.** Es así que queda claro que la resolución formulada por mi representada ha quedado consentida pues no ha sido sometida a arbitraje por parte del

Comité de Compras, debiéndose declarar improcedente y/o infundada la demanda.

**148.** Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, debemos señalar que los demandados han aceptado la existencia de un retraso en el pago, sin embargo, señalan que no estaban obligados a cumplir con su obligación de pago dentro de los 10 días pues no se habría cumplido con presentar los expedientes para pago dentro del plazo establecido en el cronograma que se encuentra en el contrato.

**149.** Al respecto, debemos negar rotundamente que mi representada no haya cumplido con presentar los expedientes de pago dentro del cronograma establecido en el Contrato y en las adendas, toda vez que como ya se ha señalado, la responsabilidad por el atraso en el cumplimiento de las prestaciones fue del Comité de Compras y su personal, quienes no se encontraban debidamente capacitados para asumir su dirección.

**150.** Como claro ejemplo, podemos tomar los expedientes de pago devueltos en el mes de mayo, los cuales aparentemente contaban con observaciones, sin embargo, al ser devueltos se verificó que no existían ninguna razón por la cual se deba haber observado, sobre todo teniendo en cuenta que el CAE ya había dado la conformidad del servicio, siendo que los productos, su calidad y cantidad fueron entregados en las condiciones establecidas en el contrato, sin ninguna observación, no cabiendo la posibilidad de que el Comité de Compras pueda observar de forma arbitraria los expedientes de pago por cuestiones que no se encontraban dentro de sus funciones.

**151.** Precisamos que la devolución del expediente se dio dos meses después de presentado el expediente para pago; es decir, que el Comité de Compras en ningún momento consideró el hecho de que para la prestación del servicio mi representada utiliza recursos propios, sin embargo, este hecho no se pudo mantener durante toda la prestación del contrato, por lo que se

remitió la carta notarial de requerimiento de pago, otorgando al Comité de Compras en plazo de 15 días para dar cumplimiento a su obligación, pues así lo establecía el contrato de productos.

**152.** Al no tener respuesta alguna, mi representada se vio en la obligación de dar por resuelto el contrato, pues no se podía continuar con brindar el servicio frente al incumplimiento de la obligación de pago que tenía el Comité de Compras.

**153.** Ahora bien, los demandados justifican el retraso en el pago haciendo referencia a la cláusula sexta del contrato, la cual establece la obligación del Comité de Compras de efectuar el pago en el plazo de 10 días posteriores a la conformidad con la excepción de que si el proveedor no cumple con presentar el expediente de pago dentro del plazo establecido en el cronograma, los retrasos en el pago serán de su exclusiva responsabilidad; sin embargo, esto no significa que si los proveedores no cumplen con presentar el expediente de pago dentro del plazo establecido, pese a que dicho retraso es de responsabilidad del Comité de Compras, el pago se retrasará de forma indefinida.

**154.** Los demandados señalan que no se encontraban en la obligación de cumplir con el pago dentro de los 10 días posteriores de presentado el expediente de pago; sin embargo, luego de la carta de fecha 25 de junio de 2014, donde mi representada le otorga el plazo de 15 días para que cumpla con su obligación, el Comité de Compras ya tenía la obligación de cumplir con el pago del servicio realizado en el mes de mayo, ello debido a que mi representada no podía ver perjudicado su derecho a recibir una contraprestación por el servicio brindado.

**155.** Los demandados están equivocados al señalar en el numeral g. de su reconvenCIÓN lo siguiente:

"En ese orden de ideas queda demostrado que nuestra parte no tenía la obligación de realizar el pago correspondiente al expediente de pago referida a la primera entrega de mayo de 2014 (...)".

**156.** Esta afirmación es completamente errada, toda vez que el Comité de Compras tenía la OBLIGACIÓN contractual de efectuar el pago por los servicios que mi representada brindó, y si bien la cláusula sexta establece que es de responsabilidad del proveedor el retraso en el pago cuando no se ha cumplido con presentar el expediente de pago dentro de la fecha establecida, también es cierto que el retraso se debió única y exclusivamente por responsabilidad del Comité de Compras, lo cual debió ser evaluado y atendido a la brevedad, pues la OBLIGACIÓN DE PAGO SE ENCONTRABA PLENAMENTE VIGENTE.

**157.** Otra justificante que utilizan los demandados es que el procedimiento de pago se vio interrumpido con la devolución de las actas de entrega - recepción; sin embargo, el Comité de Compras no se encuentra facultado para efectuar la observación del acta de entrega - recepción toda vez que dicha acta acredita la conformidad del servicio, y conforme lo establece el Manual de Compras, la conformidad solo la brinda el Comité de Alimentación Escolar - CAE.

**158.** El CAE emitió las actas de entrega - recepción en todas las oportunidades que se brindó el servicio sin que exista observación alguna, por lo que no le correspondía al Comité de Compras efectuar observación alguna, toda vez que las actas se elaboran al momento de la entrega del producto, y las observaciones se plasman en ese mismo momento, siendo imposible que el Comité de Compras pueda efectuar observación alguna pues no se encontraba al momento de la entrega del producto.

**159.** En ese sentido, teniendo en cuenta que la presentación de los expedientes de pago fuera de plazo fue de única y exclusiva responsabilidad del Comité de Compras, y además, habiéndose dado la conformidad del

servicio, entonces se debió cumplir con la obligación de pago por parte del Comité de Compra.

**160.** En ese sentido, habiendo demostrado que el Comité de Compras se encontraba obligado a cumplir con el pago del servicio brindado, además de que la resolución ha quedado consentida, corresponde declarar INFUNDADA la primera pretensión contenida en el escrito de reconvención.

**Respecto a la segunda pretensión principal**

**161.** Lo pretendido por los demandados no cuenta con asidero legal, toda vez que, conforme se puede apreciar en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, ambas partes se comprometieron a efectuar el pago de los honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral que siguen el presente caso.

**162.** En caso de que no se hubiera estado de acuerdo con la forma de pago, entonces los demandados se hubiesen opuesto en el momento de la audiencia.

**163.** En ese sentido, al no haber existido una oposición en el momento oportuno respecto de la forma de pago de los honorarios de los árbitros, así como de la secretaría arbitral entonces la pretensión solicitada mediante reconvención devendría en INFUNDADA.

**VI. CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERSIDOS, Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS**

**164.** Mediante el Acta de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 05 de junio de 2015 se dejó constancia de las siguientes actuaciones:

**165.** El Tribunal Arbitral invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio, sin embargo, ante la imposibilidad de arribar a un acuerdo parcial o total de las posiciones de las partes, el colegiado decidió proseguir con las

actuaciones arbitrales, dejando abierta la posibilidad de que éstas puedan llegar a conciliar sus puntos de vista.

**166.** Se fijó los siguientes puntos controvertidos:

- a) Determinar si corresponde o no declarar la resolución del Contrato N° 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO y sus adendas de fecha i) 13 de junio de 2014, ii) 14 de junio de 2014, iii) 27 de junio de 2014, por el incumplimiento de la Entidad.
- b) Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución del monto retenido en calidad de fondo de garantía, conforme a la cláusula décima del contrato y las correspondientes cláusula de sus adendas, monto que asciende a S/. 30,159.39 (Treinta Mil ciento Cincuenta y Nueve con 39/100 nuevos soles).
- c) Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución del monto retenido en los meses de mayo, junio y julio del 2014, ascendente a la suma de S/. 1,312.98 (Un Mil Trescientos Doce con 98/100 nuevos soles).
- d) De declararse fundado el primer punto controvertido, determinar si corresponde o no que ordenar a la Entidad pague a Fermar por concepto de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la resolución del Contrato N° 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO y sus adendas de fecha i) 13 de junio del 2014, ii) 14 de junio del 2014, iii) 27 de junio del 2014, la suma de S/. 566,481.60 (Quinientos Sesenta y Seis Mil Cuatrocientos Ochenta y uno con 60/100 nuevos soles), determinadas independientemente de la siguiente manera:

- Daño a la imagen a razón del 5% del monto contractual por cada año de vida institucional hasta 08 años ascendente a la suma de S/. 84,972.24.
- Indemnización por daño futuro ascendente a los montos que se dejaran de percibir en el sector privado y público por la suma de S/ 400,000.00.
- Indemnización por daño emergente presente ascendente a la inversión debidamente acreditada y asumida para el presente contrato ascendente a la suma de S/ 83,169.64.
- Lucro cesante por el monto total del contrato resuelto por causas imputables al demandado ascendente a la suma de S/. 566,471.60.

e) Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de los intereses generados desde la fecha en que debió corresponder el pago hasta la fecha en que efectivamente se ejecutó, monto que deberá calcularse en ejecución del laudo.

f) Determinar si corresponde o no declarar la invalidez e ineeficacia de la Carta Notarial N° 556-2014 de la resolución del contrato recibida por el Comité de Compras Cajamarca 5 con fecha 25 de julio de 2014.

g) Determinar que parte y en qué proporción les corresponde asumir los costos arbitrales.

**167.** Igualmente, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho que le corresponde para modificar, ampliar y analizar los puntos controvertidos fijados precedentemente, en el orden que considere conveniente, así como para prescindir motivadamente de pronunciarse sobre cualquiera de ellos.

**168.** Asimismo, en la referida diligencia se admitieron los medios probatorios presentados por las partes.

**169.** En el Acta de Determinación de los Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, el Tribunal Arbitral citó a las partes para que en fecha 24 de julio de 2015 a horas 18.30 se lleve a cabo la Audiencia de Ilustración de Posiciones.

**170.** Con Resolución N° 22, se dispuso que se lleve a cabo la Audiencia de informes orales en fecha 10 de mayo de 2016 a horas 18.00, habiendo las partes informado sus posiciones. En la misma audiencia se dispuso el cierre de la instrucción y, en consecuencia, se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles prorrogables por 30 días hábiles adicionales.

**171.** Mediante Resolución N° 23 se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, los cuales se empezarían a computar a partir del vencimiento del término original.

**172.** En consecuencia, el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.

## VII. CONSIDERACIONES INICIALES DEL TRIBUNAL

### MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA PRESENTE CONTROVERSIAS

**173.** El Tribunal Arbitral considera necesario precisar que, de acuerdo al numeral 3 del Acta de Instalación, las partes y el Tribunal establecieron que el arbitraje se resolverá de acuerdo a la reglas establecidas en la referida Acta, a lo dispuesto en el Manual de Compras del Modelo de Cogestión para la Atención de Servicio Alimentario de Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 322-2014-MIDIS/PNAEQW, la Ley de Arbitraje y el Código Civil.

**174.** En caso de discrepancias de interpretación, deficiencia o vacío existente en las normas que anteceden, el Tribunal Arbitral queda facultado para suplirlas a su discreción al amparo de lo establecido en los artículo 34º y 40º de la Ley Arbitral.

#### CUESTIONES PRELIMINARES

**175.** Antes de analizar la materia controvertida, el Tribunal Arbitral estima oportuno dejar constancia de lo siguiente:

- a) El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral vinculante entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
- b) La designación y aceptación de los miembros del Tribunal Arbitral se ajustó a las exigencias previstas en la Ley de la materia.
- c) Ni el Contratista ni la Entidad impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.
- d) El Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Por su parte, la Entidad fue debidamente emplazada con dicha demanda; habiendo ejercido su derecho de contestar la misma.
- e) Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna.
- f) El Tribunal Arbitral, dentro del plazo establecido de común acuerdo por ambas partes, procede a emitir el correspondiente Laudo.

## VI. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

**176.** El contratista mediante escrito de fecha 09 de abril de 2015, formula excepción de caducidad en los siguientes términos:

- Conforme al inciso 11 del artículo 446º del Código Procesal Civil, y en aplicación supletoria del inciso 52.2 del artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, procedemos a formular EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD, solicitando que la misma sea declarada FUNDADA en atención a los fundamentos siguientes:
- Sin perjuicio de lo expuesto en nuestro escrito de contestación, debemos señalar que conforme puede apreciarse de la reconvención, los demandados solicitan que se declare la invalidez de la carta notarial de resolución de contrato de fecha 24 de julio; sin embargo, el plazo para cuestionar la resolución ha caducado toda vez que únicamente se podía cuestionar la resolución del contrato dentro del plazo de los 15 días de notificado con la carta que resuelve el contrato.
- Al respecto, debemos hacer referencia a lo dispuesto en el último párrafo de la cláusula 16 del contrato que a su letra establece: "Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida".
- De la lectura del párrafo citado, se puede apreciar que las partes acordaron que ante cualquier controversia que surja referente a la resolución del contrato, la parte que lo considere, podrá someter dicha controversia a arbitraje, esto dentro del plazo de 15 días hábiles.

- En el presente caso, mi representada notificó el día 25 de julio del 2014 con la carta que contenía la resolución contractual, teniendo el Comité de Compras el plazo de 15 días para someter la resolución a una instancia arbitral, los cuales vencían el martes 05 de agosto, sin embargo, el Comité de Compras nunca procedió conforme a lo pactado, sino que, de forma irregular, mediante oficio N° 007-2014-MIDIS-PNAE "QW"/CCC5, informa que ha resuelto tener por improcedente la resolución de contrato, y posteriormente, mediante oficio N° 008-2014-MIDIS-PNAE "QW"/CCC5, se informa que se ha procedido a resolver el contrato de productos.
- Es decir, que el Comité de Compras, pese a que debió haber sometido la controversia a arbitraje, actúo de forma incorrecta declarando improcedente la resolución de contrato y procediendo luego a resolver el contrato.
- Cabe señalar que, en aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado, se ha establecido lo siguiente:

Artículo 52.- Solución de controversias

- o 52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de justicia.
- o 52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, (...), se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. (...)

- o Todos los plazos previstos son de caducidad.
- En ese sentido, se puede colegir que el Comité de Compras al no haber procedido a someter la controversia a arbitraje dentro del plazo de los 15 días posteriores a la notificación de la carta que dispone la resolución del contrato ha generado que su derecho caduque, pues no ha sometido la resolución a arbitraje.
- Respecto de la caducidad, podemos señalar que esta figura constituye un medio de extinción de la pretensión procesal, no obstante que el Código Civil prevé que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente. Es decir, la caducidad, en sentido estricto viene a ser la pérdida del derecho a entablar una demanda o proseguir la demanda iniciada en virtud de no haberse propuesto la pretensión procesal dentro del plazo señalado por ley.
- Desde el punto de vista jurídico la caducidad importa extinción, terminación, por falta de uso, por vencimiento del plazo fijado en la ley; por lo que la caducidad está referida a derechos temporales que sirven de sustento en determinadas pretensiones procesales, por lo que para que prospere esta excepción deben cumplirse dos presupuestos:
  - Que la pretensión tenga plazo fijado en la ley para accionar; lo cual se aplica en el presente caso toda vez que el plazo para accionar en contra de la resolución del contrato se encuentra fijado en: i) la cláusula décimo sexta del contrato de productos; y ii) en aplicación supletoria, el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado. En ambos documentos se establece un plazo para accionar frente a controversias surgidas de la resolución del contrato.
  - Que se ejercente la acción después de haberse vencido el plazo; en el presente caso, los demandados, pretender reconvenir solicitando se

declare improcedente la resolución del contrato de productos, sin embargo, como se viene demostrando, el plazo para cuestionar la resolución del contrato ha vencido el 15 de agosto de 2014.

- 177.** En conclusión, la excepción de caducidad procede cuando se ha interpuesto una demanda, en el presente caso una reconvención, fuera del plazo legal, por cuanto los plazos de caducidad son fijados por ley, y en aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones con el Estado, el plazo fijado es de 15 días, los cuales a la fecha de la interposición de la reconvención han vencido.
- 178.** En ese sentido, solicito se declare FUNDADA la excepción de caducidad, debiéndose declarar a su vez que la pretensión reconvenida se archive sin pronunciamiento sobre el fondo.

#### POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

**179.** Preliminarmente, se debe precisar que conforme al Manual de Compras, cuya tercera disposición general, que: "**Las contrataciones para la prestación del servicio alimentario a los usuarios de Qali Warma no se encuentran sujetas a la normativa de contrataciones del Estado, consagrada en el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, sus modificatorias y normas complementarias. El proceso de compra no admite observaciones ni apelaciones**". Por lo que, debe quedar expresamente establecido que dicho cuerpo normativo no puede ser invocado al marco legal del contrato, toda vez que jurídicamente no es aplicable el Decreto Legislativo N° 1017 y su reglamento.

**180.** En ese sentido, cualquier alegación efectuada al amparo del Decreto Legislativo N° 1017, deben considerarse por no puestas, en atención a su inaplicación a las contrataciones que se realizan en el marco de las contrataciones realizadas por Qali Warma.

- 181.** Sin embargo, dado que en el marco legal del contrato no existe regulación que aluda a la caducidad, corresponde, al presente caso la aplicación supletoria del Código Civil, el cual, en su artículo 2004º, señala: "**Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario.**"
- 182.** De la revisión de las normas que regulan al programa Qali Warma y sus contrataciones no se advierte que exista norma con rango de ley que fije algún plazo de caducidad relativo a la resolución del contrato, por lo que, lo pedido no posee amparo legal.
- 183.** Ahora, se advierte que en el contrato suscrito por las partes del cual se deriva la presente controversia se tiene que el último párrafo de la cláusula décimo sexta, señala: "**Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.**".
- 184.** A criterio de este Tribunal Arbitral, dicha disposición contractual propiamente no podría sustentar la caducidad del derecho alegada, si bien de conformidad con el artículo 1361º del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, disposición de la cual, deriva la frase "el contrato es ley entre las partes", la cláusula en comento, solo podría entenderse como una cuestión de cumplimiento de los términos del contrato.
- 185.** En tal sentido, la caducidad alegada no es amparable debiendo ser declarada infundada la misma.

## VII. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

**Determinar si corresponde o no declarar la resolución del Contrato N° 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO y sus adendas de fecha i) 13 de junio de 2014, ii) 14 de junio de 2014, iii) 27 de junio de 2014, por el incumplimiento de la Entidad.**

**186.** A fin de dilucidar el presente punto controvertido es necesario aterrizar en los argumentos principales establecidos por el demandante:

- Fermar habría cumplido con la presentación de todos los requisitos, incluida la conformidad de las Actas de recepción, en tanto correspondía que se cumpla con el trámite de pago en el plazo de diez (10) días como estipula el contrato.
- Fermar no habría incumplido con la cláusula sexta del contrato, en razón a que el retraso en la presentación del expediente de pago era atribuible a la Entidad por las comunicaciones efectuadas por parte de su personal.
- Las actas de entrega-recepción habrían sido entregadas en forma tardía, por parte del personal de la Entidad.
- Ante el incumplimiento de pago por parte de la Entidad de las prestaciones ejecutadas, habría requerido notarialmente -conforme al procedimiento de resolución contractual establecido en el contrato- y ante el incumplimiento de la Entidad procedió a resolver el mismo.

**187.** De la revisión de los actuados, se tiene la cláusula sexta del Contrato N° 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO, señala, lo siguiente:

*"El Comité de Compra realizará el pago correspondiente a la contraprestación por la entrega efectiva de los productos 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).

El pago se hará efectivo mediante abono de la cuenta bancaria de EL COMITÉ a la cuenta bancaria de EL PROVEEDOR. Se cumplirá dicho plazo siempre y cuando EL PROVEEDOR cumpla con presentar su expediente para pago, de acuerdo al cronograma establecido en la Cláusula Cuarta del presente contrato. (...)". (resaltado es nuestro)

**188.** El expediente para pago, debe contener los siguientes documentos:

- Solicitud de pago.
- Actas de Entrega – Recepción.
- Guías de Remisión.
- Comprobante de pago.". (negrita y subrayado agregado)

**189.** De lo que se advierte, en forma indubitable que el proveedor tenía la obligación de presentar su expediente de pago en función al cronograma establecido en la cláusula cuarta que establece lo siguiente:

Entrega	Plazo de Entrega	Días de Atención	Periodo de Atención	Plazo de Presentación del Expediente para pago
1	Del 03 al 07 de Marzo	16	Del 10 al 31 de Marzo	Del 13 al 21 de Marzo
2	Del 21 al 31 de Marzo	20	Del 01 al 30 de Abril	Del 04 al 11 de Abril
3	Del 21 al 30 de Abril	20	Del 05 al 30 de Mayo	Del 08 al 14 de Mayo
4	Del 22 al 30 de Mayo	21	Del 02 al 30 de Junio	Del 05 al 13 de Junio
5	Del 19 al 30 de Junio	19	Del 03 al 26 de Julio	Del 04 al 14 de Julio
6	Del 30 Junio al 08 de Agosto	15	Del 11 de al 29 de Agosto	Del 14 al 22 de Agosto
7	Del 20 al 29 de Agosto	22	Del 01 al 30 Setiembre	Del 04 al 12 de Setiembre
8	Del 22 al 30 de Setiembre	22	Del 01 al 31 de Octubre	Del 06 al 14 de Octubre
9	Del 23 al 31 de Octubre	20	Del 03 al 28 de Noviembre	Del 06 al 14 de Noviembre
10	Del 20 al 28 de Noviembre	11	Del 01 al 17 de Diciembre	Del 04 al 12 de Diciembre
TOTAL		188		

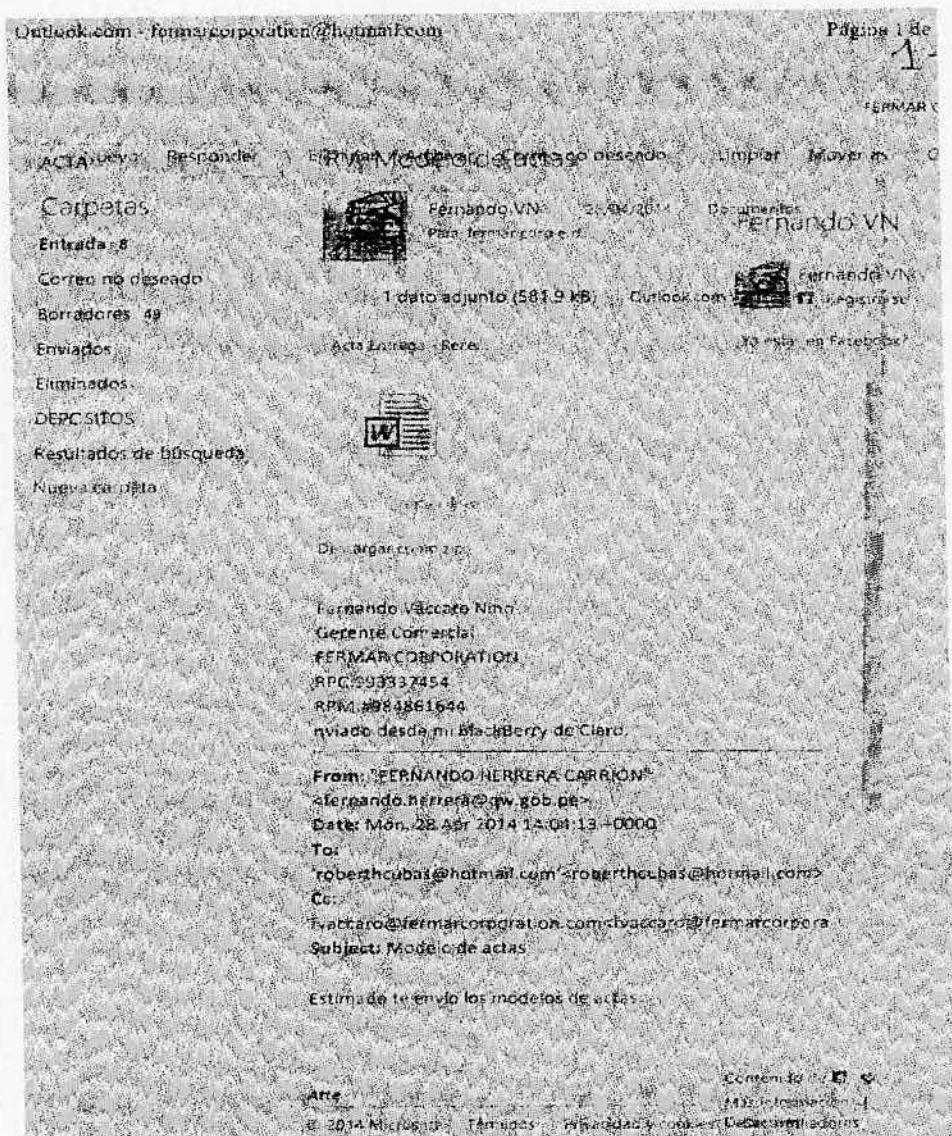
**190.** Del cuadro precedente se advierte que el plazo de presentación del expediente pago correspondientes al mes de mayo debió ser presentado en el periodo del 06 al 14 de mayo; sin embargo, el contratista presentó el expediente de pago el día 23 de mayo.

**191.** El Manual de Compras, establece en el ítem 77, lo siguiente: "La conformidad de los productos y raciones será otorgada por el respectivo Comité de Alimentación Escolar (CAE), el cual deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad y cantidad de los mismos de acuerdo con la programación de raciones o los volúmenes de productos entregados por EL PROVEEDOR a cada Institución Educativa. De existir observaciones se consignarán en el acta de entrega-recepción respectiva, indicándose claramente el sentido de aquéllas.". (subrayado agregado)

**192.** En igual sentido, el indicado Manual dispone en su ítem 79, lo siguiente: "Las actas de entrega - recepción suscritas por el Comité de Alimentación Escolar acreditan la conformidad de la entrega de las raciones y productos distribuidos en las Instituciones Educativas Públicas. Estas son indispensables para que la Unidad Territorial inicie el procedimiento del pago respectivo. Las actas de entrega - recepción presentadas por EL PROVEEDOR para efectos del pago tienen carácter de declaración jurada.". (subrayado agregado)

**193.** Conforme se aprecia, contractualmente se tenía establecida una fecha determinada para la presentación del expediente de pago; sin embargo, el demandante en alusión a las documentales que así lo acreditan, ha manifestado que de acuerdo al correo electrónico de fecha 28 de abril de 2014 que le dirige el Econ. Roberth Cubas Vásquez, quien se desempeñaba la labor de Supervisor Provincial de Qali Warma, le señaló lo siguiente:

**Tribunal Arbitral**  
Carol Apaza Moncada  
Rider Vera Moreno  
Aldo Jara Chu

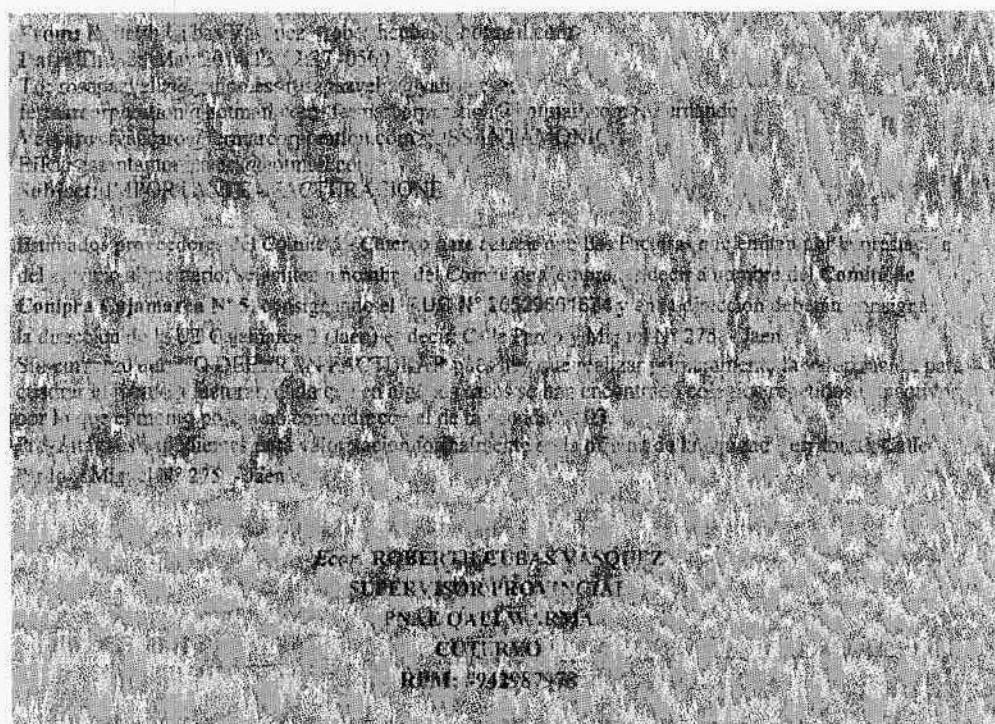


**194.** Como se advierte de la cláusula sexta del Contrato, uno de los requisitos para presentar el expediente de pago, es que el mismo tenga las actas de entrega - recepción, las cuales, conforme se aprecia del correo electrónico antes copiado le habrían sido recién entregadas al contratista en fecha 28 de abril de 2014.

**195.** Ahora bien, de los actuados se tiene que el supervisor de Qali Warma remitió un correo electrónico en fecha 22 de mayo de 2014 al contratista

Tribunal Arbitral  
Carol Apaza Moncada  
Rider Vera Moreno  
Aldo Jara Chu

indicándole que aún no podía presentar la factura correspondiente a lo entregado por este, conforme se aprecia de la siguiente imagen:



**196.** Nótese pues que, conforme al ítem 26.3 del Manual, las facultades del supervisor provincial son las siguientes:

- a. Brindar asistencia técnica permanente al Comité de Compra y apoyar en la elaboración de las actas y cualquier otra documentación vinculada a las contrataciones.
- b. Participar en todas las sesiones del Comité de Compra.
- c. Consolidar las consultas formuladas por los proveedores a efectos de remitirlas al Jefe de la Unidad Territorial.
- d. Elaborar un listado de las propuestas presentadas y remitirla a la Unidad de Prestaciones para su sistematización.

- e. Remitir a la Unidad de Prestaciones copia del acta de selección de propuestas para la publicación de resultados en la página web de Qali Warma.
- f. Preparar el contrato a ser suscrito por el Comité de Compra y el postor ganador del proceso de compra respectivo.
- g. Otras funciones que le asigne el Jefe de la Unidad Territorial.

**197.** De allí que se puede afirmar que, conforme al marco aplicable que rige la controversia, el Supervisor Provincial de QALI WARMA no tenía como función aportar a los proveedores los modelos de Acta de Entrega – Recepción, máxime si estos habrían sido parte de los anexos del contrato – contenidos en la cláusula segunda del contrato, Anexo N° 5 – Acta de Entrega – Recepción-, conocidos por el proveedor desde su suscripción.

**198.** De modo que, si desde la firma del contrato el demandante tenía el modelo de acta de entrega – recepción, que debía utilizar para sustentar el expediente de pago, debió acreditar que el Anexo 5, contenido en el contrato revestía algún tipo de imposibilidad de ser utilizado, no habiendo demostrado tal hecho, la comunicación efectuada por correo electrónico por parte del Supervisor provincial, sólo acredita el envío de las Actas de Entrega –Recepción, pero no prueba que estas sean distintas al modelo contenido en el Anexo 5 del contrato ni se aprecia indicación, recomendación o mandato del no uso de los modelos de actas que se adjuntaron al contrato.

**199.** En consecuencia, no existiendo motivo o documento que corrobore el no uso de dicho anexo que forma parte del contrato, el cual si prueba el conocimiento pleno de las obligaciones a cargo de cada una de las partes suscriptores, lo manifestado por el demandante no es equivalente a un fundamento sólido para atribuir la demora a QALI WARMA, toda vez que de serlo, tal afirmación sería equivalente a que recae en la figura del supervisor provincial establecer en forma unilateral cambios al cronograma pactado y con ello, modificar al contrato, sin considerar las formalidades

establecidas, supuesto de hecho que no ha sido considerado como parte del contrato.

**200.** Siendo ello así, no existe fundamento o argumento debidamente corroborado que demuestre la responsabilidad de QALI WARMA para que el proveedor no haya podido presentar dentro de los plazos establecidos sus respectivos expediente de pago.

**201.** En suma, debe privilegiarse que de conformidad con el artículo 1361º de Código Civil: "**Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.**", en tanto, si es un hecho no controvertido que el demandante conocía desde la suscripción del contrato las fechas en las que debía presentar sus respectivos expedientes de pago por cada entrega realizada conforme a lo detallado en la cláusula cuarta del contrato suscrito por las partes, correspondía que dicha parte acredite que el anexo 5 del contrato contenía imposibilidad y dicho extremo no ha sido acreditado en el presente proceso.

**202.** De otro lado, aun en el hipotético caso que se considere como válido que el demandante conoció las Actas con el correo electrónico del Supervisor al día 28 de abril de 2014, lo cierto es que el cronograma de pago estableció como fecha para su presentación desde el día 6 al 14 de mayo. Sumado a ello, si con el correo 22 de mayo el demandante pretendía probar que era el supervisor quien impedía la presentación del expediente de pago, cómo así se explica que dicha parte procede a presentar el expediente con fecha 23 de mayo, si el correo cursado no establece parámetro alguno de fecha en la cual supuestamente debería presentarse el expediente. Tales supuestos no hacen sino reforzar que las partes están obligadas a respetar los términos contractuales, no encontrando eximente alguno para desconocer unilateralmente tales obligaciones.

**203.** Por ende, este colegiado no podría concluir que las indicaciones por parte del Supervisor Provincial de Qali Warma, delimitaron el actuar del contratista, toda vez que dicha afirmación debería estar acompañada de la sujeción de la conducta del demandante a lo expuesto por el Supervisor y no es así, en razón que ha quedado demostrado que aun cuando el mismo en la comunicación de fecha 22 de mayo, manifestó que no debía presentarse la facturación, el demandante procedió a efectuarla al día siguiente, hecho que prueba que no existió sujeción entre lo dicho por uno y lo actuado por el demandante.

**204.** Superada la alegación del demandante respecto a la participación del supervisor corresponde verificar si el actuar de la Entidad se sujetó al contrato respecto del plazo contenido en la cláusula sexta del contrato.

**205.** Nótese que de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 12.3 y 12.5 de la cláusula Duodécima, la conformidad de la entrega de los productos está a cargo del Comité de Alimentación Escolar, precisando que tales actas de entrega sólo acreditan la entrega de los bienes realizada por el proveedor, lo que es indispensable para que la Unidad Territorial inicie el trámite de pago.

**206.** En ese sentido, debe quedar claro que i) El CAE otorga la conformidad de la entrega de los bienes y; ii) Qali Warma inicia el trámite del pago, esto supone la existencia de dos momentos debidamente delimitados y que además se encuentran amparados legalmente a través de lo dispuesto en la Directiva No 001-2013-MIDIS "Procedimientos Generales para la Operatividad del Modelo de Cogestión para la atención del servicio alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar", aprobada mediante Resolución Ministerial No 016-2013-MIDIS, se establece lo siguiente:

"6. 5. 2 Verificación de conformidad:

El Comité de Compra, con la asistencia técnica de Qali Warma, REVISA Y VERIFICA LA VERACIDAD DE LA DOCUMENTACIÓN QUE SUSTENTA LA

CONFORMIDAD de recepción de los productos y raciones, suscrita por los Comités de Alimentación Escolar. (...)".

**207.** De lo que se puede inferir, que la conformidad a la que se refiere la cláusula sexta del contrato es a la conformidad de QaliWarma, hecho que era conocido por el Proveedor tal y como ha sido citado por ellos mismos en el numeral 4.1.1 de sus propia Demanda Arbitral que hace mención a la "conformidad por parte de QaliWarma" y no a otra conformidad, en todo caso, existió una etapa durante el proceso de selección (bases integradas) donde el Proveedor pudo aclarar este punto en forma directa o a través de sus asesores legales y no se advierte que ello haya sido objetado en ningún extremo.

**208.** Lo mencionado guarda estrecha relación con lo dispuesto en la cláusula sexta del contrato, que determina que: i) el pago será efectuado en un plazo de diez (10) días hábiles **posteriores a la conformidad efectuada por Qali Warma** y; ii) El plazo se encuentra sujeto a que el demandante cumpla con presentar el expediente de pago dentro del plazo establecido en el cronograma.

**209.** En consecuencia, debe quedar establecido que: i) el demandante presentó el expediente de pago en fecha posterior a la establecida en el cronograma pactado en el contrato; ii) que con fecha 16 de julio de 2014, luego de dos meses, la Entidad remitió observaciones a las Actas, las cuales habrían sido absueltas por el demandante con fecha 22 de julio del mismo año<sup>1</sup>; iii) el contratista resolvió el contrato mediante carta notarial con fecha 25 de julio de 2014.

<sup>1</sup> Al respecto debe precisarse que aun cuando el requerimiento de absolución de observaciones por parte de QALI WARMA no se considere un término prudente, eso no supera el hecho que el demandante al incumplir el plazo contenido en el cronograma, se atribuyó la responsabilidad de la demora en la tramitación del pago.

**210.** Asimismo, cabe precisar que si bien el Contratista cumplió con el procedimiento establecido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato para la resolución, pues requirió el pago por vía notarial y otorgando el plazo de 15 días hábiles al Comité para que cumpla con el pago, así como su pedido se encontraba dentro de las atribuciones contenidas en la cláusula novena del contrato, lo cierto es que la demora en el pago por parte de la Entidad no convalida el incumplimiento del demandante con el cronograma, por el contrario, dicho actuar lo responsabiliza de la demora en el trámite de pago conforme a la cláusula sexta del contrato.

**211.** Llegado a este punto, corresponde precisar que de acuerdo al contrato, la parte que no estaba de acuerdo con la Resolución efectuada tenía el plazo de quince (15) días para que someta la controversia a arbitraje, caso contrario la misma habría quedado consentida, siendo argumento del demandante que la Resolución del contrato interpuesta por dicha parte quedó consentida el día 15/08/14.

**212.** Sin embargo, conforme a todos los hechos evaluados que han sido aportados tanto por el demandante como por el demandado, este colegiado si bien no puede concluir que le asistió el derecho a Fermar de resolver el contrato, toda vez que el supuesto incumplimiento de pago por parte de la Entidad partió del incumplimiento en la presentación del expediente de pago del contratista en relación al cronograma establecido en el contrato, tampoco puede desconocer las consecuencias y los efectos que las partes le han otorgado; sin embargo, dado que el demandante no ha probado legalmente que el incumplimiento en el que sustenta la resolución del contrato no le sea imputable, este colegiado declara infundada la presente pretensión.

**213.** En esa medida, aun cuando el argumento del demandante está orientado a reflejar que la Entidad dejó consentir la resolución de contrato por parte del Contratista, con lo cual habría quedado firme el

incumplimiento de obligaciones de parte de la Entidad, debe tenerse en cuenta que no habiendo sido probado el incumplimiento injustificado por parte de la Entidad respecto al pago, este colegiado no podría declarar la resolución efectuada por el demandante como válida, máxime si de conformidad a lo dispuesto en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato conllevaría a que el demandante se irroge un derecho expectativo de requerir que se le indemnice cuando ha quedado probado que el incumplimiento nació de su conducta.

**Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución del monto retenido en calidad de fondo de garantía, conforme a la cláusula décima del contrato y las correspondientes cláusula de sus adendas, monto que asciende a S/. 30,159.39 (Treinta Mil ciento Cincuenta y Nueve con 39/100 nuevos soles).**

**214.** El Manual de Compras aprobado por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 2031-2013-MIDIS/PNAEQW de fecha 17 de diciembre de 2013, establece en la última parte del inciso b) del ítem 50: "(...) En el caso específico de las MYPE, podrán solicitar acogerse al mecanismo de retención de dicho porcentaje de forma proporcional conforme a lo establecido en el Contrato, para lo cual, deberán presentar su Constancia de REMYPE, expedida por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo".

**215.** En ese sentido, la cláusula decima del Contrato suscrito por las partes, establece:

"El PROVEEDOR ha acreditado ser una MYPE mediante la presentación de la respectiva constancia de inscripción en el REMYPE, solicitando acogerse al mecanismo de retención. El COMITÉ retendrá el 10% del monto total del contrato para constituir el fondo de garantía, durante la primera mitad de la prestación del servicio, según detalle:

(...)

**Una vez liquidado el contrato, El COMITÉ procederá con la devolución de la garantía de fiel cumplimiento.** (Subrayado y negrita agregado)

**216.** Ahora, de lo establecido en el Manual de Compra de Qali Warma y en el

Contrato suscrito por las partes, se advierte que a efectos de garantizar el cumplimiento del mismo, se exige, como requisito para la celebración del contrato, la presentación de una garantía de fiel cumplimiento del contrato, equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual.

**217.** En ese sentido, el término garantía contiene en esencia la finalidad de

brindar seguridad, protección o certeza sobre algo. Es por ello, que el Manual de Compra busca que la contratación de raciones para los beneficiarios de Qali Warma puedan cumplir con sus funciones encomendadas frente a la comunidad, por lo que, es esencial el requerimiento y presentación de la garantía.

**218.** En términos generales, la garantía exigida por el Manual de Compras tiene por finalidad desincentivar el incumplimiento injustificado del contratista, así como asegurar a la Entidad una reparación económica en caso este incumpla el contrato.

**219.** De lo expuesto, se tiene que la garantía en los términos expuesto, cumple una doble función: compulsiva y resarcitoria. Es compulsiva, por cuanto, lo que pretende es compelir u obligar al contratista a que cumpla sus obligaciones contractuales, pues de lo contrario se haría merecedor de las penalidades establecidas en el contrato y/o en el Manual de Compras, y, en su caso, a la ejecución de la garantía presentada por él. Es resarcitoria, pues lo que se pretende a través de su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista.

**220.** Ahora, este tipo de garantía posee como característica, fundamental la vigencia. En este caso, se determina que la garantía debe tener vigencia,

hasta la liquidación del contrato, dado que, en el caso que exista algún incumplimiento por parte del contratista la Entidad pueda contar con una reparación económica por el incumplimiento en mención de conformidad con la finalidad de la misma.

**221.** Evidentemente, mientras no se haya liquidado el contrato, no es posible determinar que la garantía haya cumplido con el objetivo garantizar el cumplimiento de los contratos, en los cuales se encuentran comprometidos intereses y recursos públicos.

**222.** De la revisión del Manual de Compras y del Contrato suscrito por las partes, no se advierte, que se entiende por liquidación del contrato, tampoco, se aprecia un procedimiento para liquidar el mismo; sin perjuicio de ello, si la parte demandante hubiese pretendido que el Tribunal Arbitral liquide el contrato o revise la liquidación efectuada por la Entidad lo hubiese solicitado expresamente en su demanda; empero no lo hizo.

**223.** Sobre el particular, según la Real Academia Española, liquidación significa acción o efecto de liquidar, entendiéndose por liquidar: Hacer el ajuste formal de una cuenta. Saldar, pagar enteramente una cuenta. Poner término a algo o a un estado de cosas. Determinar en dinero el importe de una deuda.

**224.** En base a lo señalado, a criterio del Tribunal Arbitral, una liquidación de un contrato implica un proceso de cálculo, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total del servicio, y el saldo económico, que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad.

**225.** Ahora, ese proceso de cálculo se materializa en un documento que contiene todas los pagos parciales realizados, los reajustes, los impuestos que afectan la prestación, así como, las penalidades aplicables al contratista, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse

determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes.

- 226.** De forma independiente a lo precisado por este Tribunal Arbitral, es de señalar que es obligación del Contratista requerir, en base a una debida diligencia, que se cumplan con todas las disposiciones contractuales, toda vez, que si el contrato establecía como condición para la devolución del fondo de garantía a la liquidación del mismo, siendo que dicha situación no estaba clara en el contrato, debía requerir formalmente a la Entidad que proceda a esclarecer dicho aspecto del contrato y se proceda a liquidar el mismo.
- 227.** En relación a lo establecido, es de particular atención, que por el principio del "pacta sunt servanda", lo que pactado por las partes es de obligación para ellas, por lo que, si se establecen puntos no claros en el Contrato, es de diligencia debida, que el contratista solicite la aclaración o precisión de aquel aspecto dudoso o no explicado en el contrato, más aún, cuando ello involucra un aspecto económico que va a afectar al contratista en la oportunidad de culminación del contrato, dado que, al no tener claro cómo se liquida el contrato, no sería posible que se le devuelva el fondo de garantía.
- 228.** En atención a ello, de la revisión de los actuados no se advierte que el contratista haya procedido en la forma que se ha señalado, menos aún, se aprecia medio probatorio alguno que permita establecer que el contratista requirió a la Entidad, proceda a liquidar el contrato a efecto de que se proceda a la devolución del fondo de la garantía de cumplimiento.
- 229.** En este escenario, de lo expuesto por la demandante y de los medios probatorios aportados, no se evidencia que se haya liquidado el contrato materia del presente arbitraje.

**230.** Por otro lado, si bien, se advierte de lo expuesto por las partes en sus informes orales, que el contrato fue ejecutado en el año 2014, no se tiene medio de prueba alguno que determine que el mismo haya sido liquidado.

**231.** A criterio de este Tribunal Arbitral, la ejecución de un contrato es un acto distinto al de su liquidación, lo que, implica que la Entidad emita un documento de constancia de conformidad de la ejecución del contrato, establecer si se aplicaron penalidades al contratista, lo retenido, el saldo a favor o en contra, entre otros aspectos.

**232.** Así como, que el Tribunal Arbitral proceda a realizar la liquidación del contrato cuando dicho acto no ha sido solicitado por ninguna de las partes, estaríamos ante un supuesto extra petita que no admisible.

**233.** Lo dicho hasta aquí, determina con claridad que no sería posible devolver el fondo de garantía de fiel cumplimiento al demandante. En consecuencia, no corresponde atender lo solicitado debiéndose declarar improcedente la pretensión.

**Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución del monto retenido en los meses de mayo, junio y julio del 2014, ascendente a la suma de S/. 1,312.98 (Un Mil Trescientos Doce con 98/100 nuevos soles).**

**234.** De la revisión de los actuados se tiene que el monto pretendido por el demandante en realidad responde a un deductivo realizado por la Entidad, toda vez, que se ha demostrado en el presente proceso que algunas instituciones educativas no fueron atendidas por el demandante, ya que no se encontraban funcionando.

**235.** Siendo que el monto en comento responde justamente a la cantidad de centros educativos que no fueron atendidos y que efectivamente no existía una entrega real y efectiva de bienes a los beneficiarios.

**236.** En consecuencia, corresponde declarar infundada la pretensión incoada por la demandante.

**De declararse fundado el primer punto controvertido, determinar si corresponde o no que ordenar a la Entidad pague a Fermar por concepto de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la resolución del Contrato N° 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO y sus adendas de fecha i) 13 de junio del 2014, ii) 14 de junio del 2014, iii) 27 de junio del 2014, la suma de S/. 566,481.60 (Quinientos Sesenta y Seis Mil Cuatrocientos Ochenta y uno con 60/100 nuevos soles), determinadas independientemente de la siguiente manera:**

- **Daño a la imagen a razón del 5% del monto contractual por cada año de vida institucional hasta 08 años ascendente a la suma de S/. 84,972.24.**
- **Indemnización por daño futuro ascendente a los montos que se dejaran de percibir en el sector privado y público por la suma de S/ 400,000.00.**
- **Indemnización por daño emergente presente ascendente a la inversión debidamente acreditada y asumida para el presente contrato ascendente a la suma de S/ 83,169.64.**
- **Lucro cesante por el monto total del contrato resuelto por causas imputables al demandado ascendente a la suma de S/. 566,471.60.**

**237.** Debe tenerse presente que a fin de establecer la existencia de una responsabilidad civil, debe tenerse presente los siguientes presupuestos:

- **Daño: Es uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil, ya que si no existe daño se descarta cualquier análisis posterior de esta figura; así sin daño no hay lugar a responsabilidad civil. Se define como "todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o**

evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"<sup>2</sup>.

- Antijuridicidad: Se entiende a una conducta antijurídica como aquella que no se encuentra justificada por alguna norma existente en el ordenamiento jurídico.
- Nexo Causal: Es la relación entre el daño y el agente que daña. Requiere de dos análisis fundamentales: la causalidad material y la jurídica. Esto implica que deben diferenciarse entre las condiciones materiales que explican la producción de determinado resultado - causas materiales o de hecho- y los criterios normativos que justifican y delimitan los responsables de un determinado daño -causalidad jurídica-. Es decir, a pesar de que la causalidad material se dé en la realidad, que de facto sea constatable que determinada conducta produce determinado daño, no por ello deberá responder el autor, ya que falta aún por analizarse si dicha causalidad pasa el análisis de determinados razonamientos, denominados criterios de imputación objetiva, los cuales serán expuestos más adelante<sup>3</sup>.
- Factor de Atribución: Se tiene a factores objetivos como subjetivos, en el caso de los segundos tenemos al dolo y la culpa. El dolo se define como la intención deliberada de causar daño a otro. Esta acepción de dolo cabría tanto para el ámbito contractual como extracontractual, aunque en el primero se señala que basta la intención deliberada de incumplir, retrasarse en el cumplimiento o cumplir mal para que se entienda configurado el factor de dolo.

<sup>2</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. española de SANTOS BRIZ, I. Madrid, 1959. Y notas SANTOS BRIZ, T.I, Madrid, 1958, pág. 193. Citado en VICENTE DOMINGO, E. op. cit., págs. 303 y ss. También, en CONCEPCION RODRIGUEZ, J.L., op. cit., págs. 72 a 80, y en DIEZ PICAZO, L., op. cit., pág. 307

<sup>3</sup> LORENZO ROMERO, D. (Reseña de sobre, M<sup>a</sup> Luisa ARCOS VIEIRA: Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia. Ed. Cizur Menor. Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 1.

**238.** Asimismo, debe tener presente que el artículo 1331º del Código Civil aplicable supletoriamente, establece: "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.". Ello se condice, con la máxima procesal que quien afirma un hecho debe probarlo.

**239.** En ese sentido, la jurisprudencia italiana señala que: "Es evidente que para que se pueda hablar de resarcimiento ha de haberse producido un daño, y la prueba, al menos de forma general, del mismo, incumbirá al actor: 'la parte interesada debe probar la existencia del daño sufrido aunque el demandado niegue su propia culpa y la atribuya a un tercero, sin oponer ninguna excepción, ni aún genérica sobre la existencia del daño'" (Casación Nº 01092 de fecha 23 de abril de 1953)<sup>4</sup>.

**240.** Ahora, dentro del régimen de responsabilidad civil de nuestro ordenamiento jurídico se reconocen básicamente a los daños materiales llamados también patrimoniales y a los inmateriales denominados a su vez como no patrimoniales.

**241.** Ahora, en el caso de daños patrimoniales se tiene que los mismos se clasifican en daño emergente y lucro cesante.

**242.** En el primero se tiene un daño directo y materializado de forma inmediata a consecuencia de la producción del daño, siendo que en el caso, del lucro cesante, este se aprecia en el tiempo, con las ganancias dejadas de percibir a ocurrencia de la circunstancia dañosa.

**243.** En esa línea, a efecto de poder probar el daño emergente debe tenerse en consideración la demostración de que el bien se encontraba en el patrimonio del sujeto perjudicado antes del evento dañoso y que, como

<sup>4</sup> BONASI BENUCCI, Eduardo. *La Responsabilidad Civil*. Traducción y notas de Derecho español por Juan Fuentes Lojo y José Peré Raluy. Barcelona: José M. Bosch Editor. 1958.

consecuencia de éste, ha salido de la esfera patrimonial de la víctima, por lo que, se requerirá de medios probatorios que puedan corroborar que el bien objeto de daño se encontraba en el patrimonio del sujeto perjudicado, así como, que determine la verificación concreta de la ocurrencia del daño. Por ejemplo, en el caso de obras, que la ejecución de una obra se haya ejecutado la misma sin la observancia del expediente técnico, impidiendo que la obra cumpla su finalidad, siendo que dicha situación es corroborable mediante un peritaje técnico elaborado por un especialista debidamente acreditado.

**244.** Así, en el caso del lucro cesante, al tratarse de un daño que se produce en el tiempo, deberá demostrarse que el bien dejó de ingresar al patrimonio de la víctima por efectos del daño, asimismo, deberá acreditarse que existía una probabilidad o expectativa cierta de que el bien hubiera ingresado al patrimonio del perjudicado, de no haber ocurrido el daño, y que ello implicaría la pérdida de un lucro (beneficio económico).

**245.** Como se ha afirmado precedentemente, los daños referidos a emergente y lucro cesante, son y pueden ser objeto de valoración pecuniaria, es decir pueden ser cuantificados, por ser inminentemente patrimoniales.

**246.** Sin perjuicio de lo mencionado, dado que en el presente proceso se ha determinado declarar infundada la resolución del contrato efectuada por el demandante, carece de objeto analizar cada uno de los acápitulos solicitados; en consecuencia, se declara infundada la pretensión.

**Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de los intereses generados desde la fecha en que debió corresponder el pago hasta la fecha en que efectivamente se ejecutó, monto que deberá calcularse en ejecución del laudo.**

**247.** De la revisión del Manual de Compras, se evidencia que no existe regulación alguna sobre el pago de intereses.

**248.** En ese sentido, de conformidad con lo establecido en la cláusula décimo novena del Contrato, en defecto o vacío de regulación por parte del Manual de Compras aprobado por QALI WARMA se aplicará supletoriamente las disposiciones del Código Civil.

**249.** En relación a ello, se tiene que en principio, debemos señalar que se entiende por intereses "las cantidades de dinero que deben ser pagadas por la utilización y el disfrute de un capital consistente también en dinero"<sup>5</sup>.

**250.** En palabras de Jiménez Vargas Machuca, constituyen un aumento que la deuda (ya sea de dinero o de bienes, aunque mayoritariamente estamos hablando de deudas pecuniarias) devenga de manera paulatina durante un período determinado, sea como renta del capital de que el acreedor se priva (precio por el uso y disfrute del dinero o del bien de que se trate), o sea como indemnización por un retardo en el cumplimiento de la obligación, fijándose según el tiempo transcurrido y la cuantía de la prestación debida<sup>6</sup>.

**251.** Los intereses se clasifican por su fuente en convencionales y legales, en el caso del segundo término, es aquel consagrado por la ley, nace por imperio de ésta y sin la voluntad de las partes. La ley fija la obligación del deudor de pagar intereses.

**252.** Así, el artículo 1242º del Código Civil (en adelante CC) establece: "El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago".

<sup>5</sup> DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas. 1996, p. 282.

<sup>6</sup> JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Intereses, tasas, anatocismo y usura". En: Dike. Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ver: <http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ/art28.PDF>.

**253.** Del mismo modo, el artículo 1245º del CC, señala: "Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal".

**254.** Asimismo, el artículo 1246º del CC, prescribe: "Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal".

**255.** Por aplicación supletoria del Código Civil, como se puede apreciar es una disposición legal que la Entidad deba pagar intereses en el caso de ocurrencia de retraso en el pago al contratista.

**256.** Ahora, los intereses se clasifican asimismo según la función económica que desempeñen, en compensatorios y moratorios. En el caso de los intereses moratorios tienen por finalidad indemnizar la mora en el pago. Ello debido al retraso culposo o doloso del deudor en el cumplimiento de su obligación, constituyen la forma de indemnización específica que corresponde al retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias<sup>7</sup>.

**257.** En el caso de las normas antes glosadas se advierte la imposición de un interés moratorio.

**258.** En relación al presente caso, conforme se aprecia de lo desarrollado previamente sobre la primera pretensión principal en el presente laudo, la presentación del expediente de pago por parte del demandante ha sido extemporánea a lo establecido en la cláusula cuarta del contrato, por lo que, la demora en el pago respectivo es de única y absoluta responsabilidad del demandante; en consecuencia, dada la naturaleza accesoria de la pretensión la misma debe declararse infundada.

Determinar si corresponde o no declarar la invalidez e ineficacia de la Carta Notarial N° 556-2014 de la resolución del contrato recibida por el Comité de Compras Cajamarca 5 con fecha 25 de julio de 2014.

<sup>7</sup> Ibidem.

**259.** Sin perjuicio de lo manifestado por cada parte respecto a este punto controvertido, se deja constancia que el Tribunal Arbitral ha tenido en cuenta todo lo manifestado y documentos aportados por las partes en sus respectivos escritos postulatorios.

**260.** Sobre el particular, la primera parte del último párrafo de la cláusula décimo sexta determina que en caso el COMITÉ no cumpla con su obligación de pago, el PROVEEDOR puede requerir dicho cumplimiento otorgándole un plazo de 15 días, en caso de no cumplir con lo requerido puede proceder a resolver el contrato mediante comunicación notarial.

**261.** Al respecto, habiéndose analizado en el desarrollo del primer punto controvertido, la resolución realizada por el demandante no se ha sustentado en hecho y derecho adecuado, toda vez, que presentó su expediente de pago en forma extemporánea incumpliendo lo establecido en la cláusula cuarta del contrato suscrito por las partes.

**262.** En ese sentido, la resolución del contrato efectuada por el demandante no es válida al no haberse amparado en lo establecido en el contrato, por ende, debe declararse inválida la misma, en adición a lo desarrollado en el primer punto controvertido.

**263.** Ahora, si bien en la última parte del último párrafo de la cláusula décimo sexta se tiene que las partes tienen 15 días para cuestionar lo relativo a la resolución de contrato realizada por cualquiera de las partes y se tiene por entendido que de no hacerlo en tal plazo se tendrá por consentida la resolución.

**264.** Este Tribunal Arbitral, considera que no puede darse validez a una resolución contractual que no ha respetado los términos del contrato, más aún, no se le puede dotar de seguridad jurídica a un acto realizado en contravención a lo acordado por las partes.

**265.** En esa medida, advertida tal contravención no puede generar un efecto de no revisión de validez de lo actuado y menos puede por el solo transcurso del tiempo dejar de verificar que la resolución realizada cumpla mínimamente con los términos contractuales pactados, un supuesto en contrario desde la óptica del Tribunal Arbitral sería equivalente a amparar un abuso de derecho, proscrito por el ordenamiento en su conjunto.

**266.** Sumado a ello, debe quedar claro que pretender dar por consentida la resolución del contrato realizada por la demandante generaría un derecho que no le asiste, más aún, cuando su accionar originó la demora en su pago y no la inactividad de la Entidad, la misma que sólo podría haber sido materia de cuestionamiento siempre que el demandante hubiera cumplido con entregar el expediente de pago dentro del plazo establecido.

**267.** La demandante no puede desconocer el haber tramitado su pago en contravención a lo establecido en la cláusula cuarta del contrato, hacerlo generaría la situación impropia del sentido común y de los principios del derecho, así como, del aforismo "venire contra factum propium", en consecuencia, debe declararse fundada la presente pretensión.

**Determinar que parte y en qué proporción les corresponde asumir los costos arbitrales.**

**268.** El numeral 2 del artículo 56º del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73º del mismo cuerpo normativo.

**269.** Por su parte, el referido artículo 73º establece que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de

cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

**270.** Las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

**271.** Al respecto, este Tribunal Arbitral considera, a efectos de regular lo concerniente a los costos que generó la tramitación del presente proceso que, más allá de las consideraciones jurídicas establecidas en el presente laudo, efectivamente existieron aspectos de hecho y de derecho que sembraron incertidumbre en la relación contractual llevada por las partes, lo cual motivó el presente arbitraje. En ese sentido, a criterio de este Tribunal Arbitral, ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para discutir sus pretensiones en este fuero.

**272.** Al respecto, Huáscar Ezcurra Rivero ha comentado el artículo 73º de la LA y señaló que "Existe en la norma actual un énfasis muy claro en el sentido de que el que perdió el arbitraje, en principio, pagará los costos del arbitraje. Y los costos del arbitraje comprenden la obligación de la parte vencida de devolver a la parte vencedora todo lo que ella gastó con motivo del proceso arbitral; lo que en ocasiones podría ser un monto considerable (...)"<sup>8</sup>.

**273.** Respecto al concepto de "gastos razonables", Huáscar Ezcurra Rivero señala que "... a nuestro criterio, [el concepto de gastos razonables] indica que en el caso de gastos de abogados (que son una parte importante de los costos del arbitraje), la regla primera a aplicar es la regla de la razonabilidad. Es decir, antes de obligar a la parte vencida a asumir

<sup>8</sup> EZCURRA RIVERO, Huáscar. "Comentario al artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje". En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 810.

los costos del arbitraje, corresponde definir cuáles son los costos del arbitraje; y, en lo que a gastos en abogados se refiere, el legislador ha querido que los árbitros sean sumamente cuidadosos y tengan amplia discrecionalidad a fin de evitar abusos, disponiendo que, primero, los árbitros deberán, aplicando el principio de razonabilidad, definir cuáles serían los gastos razonables de abogados, que merecerían reconocimiento"<sup>9</sup>.

**274.** El Tribunal Arbitral considera que se deberá tener en cuenta el comportamiento procesal de la Entidad y el Contratista a lo largo del presente arbitraje.

**275.** En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que ambas partes deben asumir el 50% de los costos incurridos como consecuencia del presente arbitraje por concepto de honorarios arbitrales y gastos administrativos; en tanto los costos por servicios legales deben ser asumidos por cada parte, según corresponda.

#### VIII. DECISIÓN

El Tribunal Arbitral, en atención a las consideraciones y conclusiones expuestas en el presente laudo, resuelve:

**PRIMERO:** Declarar **INFUNDADA**, la excepción de caducidad planteada por el Contratista, en base a los argumentos expresados en el presente laudo.

**SEGUNDO:** Declarar **INFUNDADA**, la primera pretensión principal, por lo que, **no** corresponde declarar la resolución del Contrato N° 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO y sus adendas de fecha i) 13 de junio de 2014, ii) 14 de junio de 2014, iii) 27 de junio de 2014 efectuada por el Consorcio mediante carta de fecha 25 de

<sup>9</sup> EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Ob. cit.*; p. 812.

julio de 2014, por incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Comité, en aplicación de la cláusula décimo sexta del contrato.

**TERCERO:** Declarar **IMPROCEDENTE**, la segunda pretensión principal del demandante. En consecuencia, no corresponde ordenar a la Entidad la devolución del monto retenido en calidad de fondo de garantía, conforme a la cláusula décima del contrato y las correspondientes cláusula de sus adendas, monto que asciende a S/. 30,159.39 (Treinta Mil ciento Cincuenta y Nueve con 39/100 nuevos soles).

**CUARTO:** Declarar **INFUNDADA**, la tercera pretensión principal del demandante, por lo que, no corresponde ordenar a la Entidad la devolución del monto retenido en los meses de mayo, junio y julio del 2014, ascendente a la suma de S/. 1,312.98 (Un Mil Trescientos Doce con 98/100 nuevos soles).

**QUINTO:** Declarar **INFUNDADA**, la primera pretensión accesoria del demandante. En consecuencia, no corresponde ordenar a la Entidad pague a Fermar por concepto de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la resolución del Contrato N° 006-2014-CC-CAJAMARCA N° 5/PRO y sus adendas de fecha i) 13 de junio del 2014, ii) 14 de junio del 2014, iii) 27 de junio del 2014, la suma de S/. 566,481.60 (Quinientos Sesenta y Seis Mil Cuatrocientos Ochenta y uno con 60/100 nuevos soles), determinadas independientemente de la siguiente manera:

- Daño a la imagen a razón del 5% del monto contractual por cada año de vida institucional hasta 08 años ascendente a la suma de S/. 84,972.24.
- Indemnización por daño futuro ascendente a los montos que se dejaran de percibir en el sector privado y público por la suma de S/ 400,000.00.
- Indemnización por daño emergente presente ascendente a la inversión debidamente acreditada y asumida para el presente contrato ascendente a la suma de S/ 83,169.64.

- Lucro cesante por el monto total del contrato resuelto por causas imputables al demandado ascendente a la suma de S/. 566,471.60.

**SEXTO:** Declarar **INFUNDADA**, la segunda pretensión accesoria del demandante. En consecuencia, no corresponde ordenar a la Entidad el pago de los intereses generados desde la fecha en que debió corresponder el pago hasta la fecha en que efectivamente se ejecutó, monto que deberá calcularse en ejecución del laudo.

**SETIMO:** Declarar **FUNDADA**, la primera pretensión principal de la Entidad planteada en la reconvención. En consecuencia, corresponde declarar la invalidez e ineeficacia de la Carta Notarial N° 556-2014 de la resolución del contrato recibida por el Comité de Compras Cajamarca 5 con fecha 25 de julio de 2014.

**OCTAVO:** DECLARAR **INFUNDADA**, la tercera pretensión accesoria del demandante, por lo que, corresponde que cada parte deberá asumir los gastos arbitrales, costos y costas del arbitraje derivados de los honorarios del Tribunal Arbitral y del Secretario Arbitral en proporciones iguales (50% a cada una de ellas); asimismo, cada una de las partes deberá asumir los gastos de asesoría legal y otros vinculados en que hubieran incurrido a raíz del presente arbitraje.



CAROL APAZA MONCADA  
Presidente

Tribunal Arbitral  
Carol Apaza Moncada  
Rider Vera Moreno  
Aldo Jara Chu



**ALDO JARA CHU**  
Árbitro



**LUCIA MARIANO VALERIO**  
Secretaria Arbitral  
Arbitra Soluciones Arbitrales



ARBITRAJE DE DERECHO  
FERMAR CORPORATION EIRL- COMITÉ DE COMPRA CAJAMARCA N°5 Y PROGRAMA NACIONAL DE  
ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALIWARMA