

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que resuelve la controversia surgida entre Proalimentos Liber SA.S Sucursal Perú con el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 026: Programa Educación Básica para Todos que dicta el Árbitro Único, Alfredo Fernando Soria Aguilar.

Número de Expediente de Instalación: I023-2018

Demandante: Proalimentos Liber SA.S Sucursal Perú *(en adelante, el Contratista o el Demandante)*.

Demandado: Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 026: Programa Educación Básica para Todos *(en adelante, la Entidad o el Demandado)*.

Contrato N°: Contrato N° 041-2017-MINEDU/SG-OGA-OL

Monto del Contrato: S/. 37'248,414.82

Tipo y Número de Proceso de Selección: Concurso Público N° 029-2016-MINEDU/UE 026

Árbitro Único: Alfredo Fernando Soria Aguilar.

Secretaría Arbitral: Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L – Lucía Rosenda Mariano Valerio.

Monto de los honorarios del Árbitro Único: S/ 4,420.00


Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/ 2,433.00

Fecha de emisión del laudo: 5 de julio de 2019.

N° de Folios: 51 *(incluyendo la presente página)*

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- | | |
|--|---|
| <input type="checkbox"/> Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato. | <input type="checkbox"/> Reconocimiento y pago de intereses |
| <input type="checkbox"/> Resolución del contrato. | |
| <input type="checkbox"/> Ampliación del plazo contractual. | |
| <input type="checkbox"/> Defectos o vicios ocultos. | |
| <input type="checkbox"/> Formulación, aprobación o valorización de metrados. | |
| <input type="checkbox"/> Recepción y conformidad. | |
| <input type="checkbox"/> Liquidación y pago. | |
| <input type="checkbox"/> Mayores gastos generales. | |
| <input type="checkbox"/> Indemnización por daños y perjuicios. | |
| <input type="checkbox"/> Enriquecimiento sin causa. | |
| <input type="checkbox"/> Adicionales y reducciones. | |
| <input type="checkbox"/> Adelantos. | |
| <input checked="" type="checkbox"/> Penalidades. | |



Resolución N° 14

- I. En Lima, a los **5 de julio de 2019**, realizadas las actuaciones arbitrales de **conformidad** con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos de las partes, el Árbitro Único dicta el presente Laudo de Derecho.

II. ANTECEDENTES

- 2.1 El 3 de marzo de 2017, las partes celebraron el Contrato N° 041-2017-MINEDU/SG-OGA-OL para la Contratación del Servicio de Alimentación para alumnos de trece (13) colegios de alto rendimiento para el 2017 y 2018. (*En adelante, "el Contrato"*).
- 2.2 La Cláusula Décimo Sétima del mencionado Contrato contiene la cláusula de solución de controversias, que establece lo siguiente:

"Cláusula Décimo Sétima: Solución de Controversias:

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, o en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será institucional.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje (...)"

- 2.3 El 31 de enero de 2018, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, concurrieron: Alfredo Fernando Soria Aguilar, en condición de Árbitro Único, los representantes de ambas partes, el abogado Héctor Martín Inga Aliaga, representante de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE; quienes participaron en la Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad-Hoc. En dicho acto, el Árbitro Único ratificó su aceptación, señalando que no tiene ninguna incompatibilidad, ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada; expresando las partes asistentes su conformidad con la designación realizada, manifestando que al momento de la realización de dicha audiencia no tienen conocimiento de alguna causa que pudiera motivar una recusación del Árbitro Único. No obstante, el representante de la Entidad dejó constancia que mediante Oficio N° 13704-2017 – MINEDU-PP se opuso a la realización del arbitraje Ad Hoc, razón por la cual, se le otorgó el plazo de cinco (5) días hábiles para que formule su oposición.
- 2.4 En dicha audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el “Acta de Instalación”, el Árbitro Único fijó conjuntamente con las partes, establecieron las reglas de este arbitraje Ad Hoc, Nacional y de Derecho.
- 2.5 Así también, el Árbitro Único encargó la Secretaría Arbitral del proceso a Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L, quien a su vez designó a la abogada Lucía Rosenda Mariano Valerio.

III. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL

- 3.1 Mediante escrito del 7 de febrero de 2018, la Entidad sustentó su oposición manifestada en la Audiencia de Instalación, dándose cuenta de ello, a través de la Resolución N° 1 del 27 de febrero de 2018, por la cual se corrió traslado de la oposición al Contratista para que, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, se pronuncie al respecto.
- 3.2 Adicionalmente, a través de la referida Resolución N° 1 se dejó en custodia de la Secretaría Arbitral, la demanda presentada con fecha 21 de febrero de 2018.
- 3.3 Posteriormente, mediante Resolución N° 2 del 25 de junio de 2018, se resolvió declarar infundada la oposición planteada por la Entidad.
- 3.4 Mediante Resolución N° 3 del 25 de junio de 2018 se admitió a trámite la demanda arbitral, teniendo por ofrecidos los medios probatorios que sustentan su posición.
- 3.5 Asimismo, en la referida Resolución N° 3 se varió la sede arbitral a Av. Del Ejército N° 250 – Of. 506 – Miraflores –Lima – Lima.

- 3.6 El 19 de julio de 2018, la Entidad presentó su contestación de demanda, ofreciendo los medios probatorios que detalló y adjuntó.
- 3.7 En relación a lo señalado precedentemente, el escrito de contestación a la demanda fue proveído mediante Resolución N° 4 de fecha 29 de agosto de 2018, por la cual se tuvo por contestada la demanda, y por ofrecidos los medios probatorios que adjuntó al mencionado escrito. Asimismo, se citó a ambas partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos y a la Audiencia de Ilustración de Posiciones para el 12 de setiembre de 2018.
- 3.8 El 12 de setiembre de 2018, con la participación del Árbitro Único, la Secretaria Arbitral y las partes se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos, Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Posiciones, la misma que se inició invitando a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio, quienes expresaron que de optar por un acuerdo lo harían conocer al Árbitro Único, dejándose abierta la posibilidad de que las partes logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje.

Posteriormente a ese acto, se procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos:

1. *Determinar si corresponde o no declarar la nulidad, revocación, ineficacia y/o dejar sin efecto legal la resolución, resoluciones o documentos por los cuales la Entidad haya aplicado penalidades por el monto de S/ 60,071.15.*
2. *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad pague a favor del Contratista la suma de S/ 60,071.15.*
3. *Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad asuma el pago de los costos del proceso.*

Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Contratista en su escrito presentado el 21 de febrero de 2018 y, los ofrecidos por la Entidad en su escrito presentado con fecha 19 de julio de 2018.

Además, el Árbitro Único se reservó el derecho de disponer la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente, asimismo, se reservó la posibilidad de prescindir de las pruebas no actuadas en caso de que el Árbitro Único las considere prescindibles o innecesarias.

- 3.9 Mediante Resolución N° 6, de fecha 9 de octubre de 2018, se tuvo por ofrecidos los medios probatorios adicionales ofrecidos por el Contratista, presentados por el Contratista en su escrito de fecha 27 de setiembre de 2018, poniéndose a

conocimiento de su contraparte por el plazo de cinco (5) días hábiles. Posteriormente, a través del escrito del 16 de octubre de 2018, la Entidad solicitó un plazo adicional para que se pronuncie sobre las pruebas ofrecidas por el Contratista, otorgándosele a través de la Resolución N° 7 del 5 de noviembre del 2018.

- 3.10 Ante la posición de la Entidad, en la Resolución N° 8, del 4 de enero de 2019, sin que haya formulado cuestionamientos formales a las pruebas ofrecidas por el Contratista, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por éste, adjuntos a su escrito del 27 de setiembre de 2018. Asimismo, en la referida resolución, se cerró la etapa probatoria y se concedió a las partes el plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.
- 3.11 Mediante Resolución N° 9 del 5 de febrero de 2019 se tuvieron por presentados los alegatos de la Entidad, y se citó a la Audiencia de Informes Orales para el 28 de febrero de 2019, reprogramándose a pedido de las partes, para el 10 de abril de 2019.
- 3.12 Con fecha 10 de abril de 2019, con la asistencia del Árbitro Único, la Secretaría Arbitral y ambas partes se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, en la cual se le otorgó el uso de la palabra a los abogados de ambas partes, a fin de que expongan sus argumentos de defensa. Finalmente, el Árbitro Único realizó las preguntas que consideró pertinentes, las cuales fueron absueltas por las partes. Asimismo, se cerró la etapa de instrucción y se fijó el plazo para laudar por treinta (30) días hábiles, dejándose constancia que dicho plazo podría ser prorrogado, a entera discreción del Árbitro Único, por treinta (30) días hábiles adicionales, contando la Secretaría Arbitral con siete (7) días hábiles adicionales para notificar el laudo a las partes.
- 3.13 Conforme con lo anterior y con el numeral 45 del Acta de Instalación, mediante Resolución N° 13 se prorrogó por un término de treinta (30) días hábiles adicionales el plazo para laudar, computados a partir de finalizado el primer plazo. Luego de la expedición del laudo, la Secretaría contará con siete (7) días hábiles adicionales para notificarlo a las partes.

IV. PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL PROCESO

- 4.1 Atendiendo a las pretensiones formuladas en la demanda y a la posición del demandado, el Árbitro Único fijó los siguientes puntos controvertidos:
 - 1. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad, revocación, ineficacia y/o dejar sin efecto legal la resolución, resoluciones o documentos por los cuales la Entidad haya aplicado penalidades por el monto de S/ 60,071.15.

2. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad pague a favor del Contratista la suma de S/ 60,071.15.
3. Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad asuma el pago de los costos del proceso.

V. COSTOS DEL PROCESO

- 5.1 En lo referente a los costos arbitrales, éstos fueron fijados en los numerales 55 y 56 del Acta de Instalación del Arbitraje en la suma neta de S/ 4,420.00 netos para el Árbitro Único y en S/ 2,433.00 netos para la Secretaría Arbitral, debiendo cada parte asumir el 50% de dichos montos.
- 5.2 Mediante Resolución N° 1 del 27 de febrero de 2018, se informó que el Contratista acreditó el pago de los honorarios arbitrales del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral.
- 5.3 Posteriormente, mediante Resolución N° 5 del 12 de setiembre de 2018, se informó que la Entidad acreditó el pago de los honorarios arbitrales del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral.

VI. DECLARACIONES PRELIMINARES:

- 6.1 Antes de analizar la materia controvertida, corresponde remarcar lo siguiente:
 - (i) El Árbitro Único se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.
 - (ii) El Contratista interpuso su demanda dentro del plazo previsto, ofreciendo las pruebas correspondientes.
 - (iii) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda habiéndola contestado oportunamente.
 - (iv) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer sus pruebas, así como han contado con el derecho a informar oralmente.
 - (v) Se han analizado todas las afirmaciones de las partes y todas las pruebas admitidas en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde, aun cuando no se haga mención expresa de ellas en este Laudo.
 - (vi) El presente Laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación.

- 6.2 Corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, así como a los fundamentos expuestos por cada parte, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del arbitraje.

VII. OPOSICIÓN

Sobre la oposición formulada por la Entidad y lo resuelto por el Árbitro Único

- 7.1 El 31 de enero de 2018 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único Ad Hoc con la participación de los representantes de las partes y del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. En la referida audiencia, el representante del Ministerio de Educación (*en adelante, la Entidad*) dejó constancia de su oposición al arbitraje formulada ante OSCE a través del Oficio N° 41-2017-MINEDU-PP, otorgándosele el plazo de cinco (5) días hábiles para sustentar su oposición ante la sede arbitral.
- 7.2 Ante ello, la Entidad cumplió con sustentar su oposición al arbitraje a través del escrito presentado el 7 de febrero de 2018, corriéndose traslado a su contraparte a través de la Resolución N° 1, sin que el Contratista se haya pronunciado al respecto.
- 7.3 Mediante Resolución N° 2 el Árbitro Único DECLARÓ INFUNDADA la oposición formulada por la Entidad por las siguientes consideraciones:
- 7.3.1. La oposición de la Entidad se sustentó en el hecho que en la décimo sétima cláusula del Contrato N° 041-2017-MINEDU/SG-OGA-OL se estableció que el arbitraje era uno institucional, correspondiéndole al Contratista elija la institución arbitral que administraría el arbitraje, sin que dicha parte haya cumplido con ello,
- 7.3.2. Al respecto, la Décimo Sétima Cláusula del Contrato N° 041-2017-MINEDU/SG-OGA-OL:

CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122°, 137°, 140°, 143°, 146°, 147° y 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será de Institucional.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.9 del 45° de la Ley de Contrataciones del Estado.

7.3.3. Al respecto, el artículo 185° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹ (en adelante, la Ley), establece que:

“Artículo 185.- Convenio arbitral

En el convenio arbitral las partes deben encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral debidamente acreditada ante el OSCE a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo puede ser incorporado al contrato. La acreditación de la institución arbitral debe ser verificada por el funcionario que suscribe el contrato.

El OSCE publica en su portal institucional la relación de instituciones arbitrales acreditadas, así como los convenios arbitrales tipo.

En caso el convenio arbitral establezca que el arbitraje es institucional y no se haga referencia a una institución arbitral determinada, o se refiera a una institución arbitral no acreditada, el proceso arbitral debe ser iniciado por la parte interesada en cualquier institución arbitral acreditada.

En caso la institución arbitral elegida pierda su acreditación con posterioridad a la suscripción del contrato, y antes del inicio del proceso arbitral, el proceso arbitral respectivo debe ser iniciado por la parte interesada en cualquier institución arbitral acreditada.

Si en el convenio arbitral incluido en el contrato no se precisa que el arbitraje es institucional o no se designa a una institución arbitral determinada, o no se incorpore el convenio arbitral en el contrato, la controversia se resuelve mediante un arbitraje ad hoc, aplicándose las reglas previstas para este tipo de arbitraje.

¹ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, publicado el 10 de diciembre de 2015, aplicable a la presente controversia.

Las partes pueden establecer estipulaciones adicionales o modificaciones del convenio arbitral, en la medida que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado”.

- 7.3.4. Sobre el supuesto antes señalado, correspondió verificar la relación de instituciones registradas y acreditadas ante OSCE. No obstante, pese a que se ha publicado la Directiva N° 019-2016-OSCE/CD *“Directiva de acreditación de instituciones arbitrales por el OSCE”*, la cual establece el procedimiento y los requisitos para acceder al otorgamiento y renovación de la acreditación de instituciones arbitrales; no obstante, la vigencia de dicho dispositivo fue postergada, por ende, la acreditación de las instituciones arbitrales no había sido implementada². Por ello, siendo que no es posible que las Entidades puedan incluir dentro de sus respectivos convenios arbitrales a una institución arbitral que cumpla con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, no resultó atendible la oposición planteada por la Entidad.
- 7.3.5. En ese contexto, y ante la no acreditación de institución arbitral alguna, situación que hace imposible la designación del Árbitro Único, es que, OSCE, como órgano rector del sistema de contrataciones del Estado, a través de la Resolución N° 088-2017-OSCE/DAR³, designó al Árbitro Único para que se encargue de resolver las controversias derivadas del Contrato N° 041-2017-MINEDU/SG-OGA-OL en el marco del procedimiento administrativo de designación residual de árbitro para arbitraje ad hoc.
- 7.3.6. El criterio adoptado por el OSCE resulta jurídicamente sustentado en que, la Décimo Séptima Cláusula del Contrato N° 041-2017-MINEDU/SG-OGA-OL contiene un convenio arbitral que no designa a una institución arbitral determinada, por ende, corresponde que el presente arbitraje se tramite como ad hoc, dado que el penúltimo párrafo del citado artículo 185° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, así lo prevé.
- 7.3.7. Por todas estas consideración, el Árbitro Único DECLARÓ INFUNDADA la oposición formulada por la Entidad.

² OPINIÓN N° 158-2017/DTN emitida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

³ La Resolución N° 088-2017-OSCE/DAR fue comunicada al Árbitro Único a través del Oficio N° 11554-2017-OSCE/DAR-SDAA de fecha 22 de noviembre de 2017.

VIII. POSICIÓN DE LAS PARTES

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

8.1 El Contratista señaló que con fecha 3 de marzo del 2017 suscribió el Contrato N° 041-2017-MINEDU/SG-OGA-OL Concurso Público N° 029-2016-MINEDU/UE026 "Servicio de Alimentación para los alumnos de trece (13) colegios de Alto Rendimiento para el 2017 y 2018" Ítems N° 02, 03, 04, 06, 07, 08, 11 y 13, con su contraparte, siendo objeto del mismo el servicio de alimentación de los Colegios de Alto Rendimiento de Arequipa correspondiente al ítem 02, Ayacucho correspondiente al ítem 03, Junín correspondiente al ítem 06, Puno correspondiente al ítem 11 y Tacna correspondiente al ítem 13.

8.2 Adicionalmente, el Contratista señaló que con fecha 6 de julio de 2017, fue notificado con el Oficio N° 1127-2017-MINEDU/SG-OGA-OL, por el cual se le comunicó que habría incurrido en penalidad por mora en la prestación del servicio contratado, correspondiente al mes de abril (01 abril al 30 de abril), detallando el referido documento lo siguiente:

A).-En el Ítem N° 2

Conformidad Servicio de Provisión de Alimentación Abril 2017:

COAR	Penalidad	Fecha de Suscripción Del Contrato	Plazo De Ejecución	Fecha Máxima de Plazo de Entrega	Fecha Real de Entrega	Días de Retraso	Monto S/.
Arequipa	Plazo para presentar el plan de acción	03.03.2017	2	06.06.2017	07.03.2017	1	2,844.11

B).-En el Ítem N° 3

Conformidad Servicio de Provisión de Alimentación Abril 2017:

COAR	Penalidad	Fecha de Suscripción Del Contrato	Plazo De Ejecución	Fecha Máxima de Plazo de Entrega	Fecha Real de Entrega	Días de Retraso	Monto S/.
Ayacucho	Plazo para presentar el plan de acción	03.03.2017	2	06.06.2017	07.03.2017	1	2,835.99

C).- En el Ítem N° 6

Conformidad Servicio de Provisión de Alimentación Abril 2017:

COAR	Penalidad	Fecha de Suscripción Del Contrato	Plazo De Ejecución	Fecha Máxima de Plazo de Entrega	Fecha Real de Entrega	Días de Retraso	Monto S/.
Junín	Plazo para presentar el plan de acción	03.03.2017	2	06.06.2017	07.03.2017	1	2,755.91

D).-En el Ítem N° 11

Conformidad Servicio de Provisión de Alimentación Abril 2017:

COAR	Penalidad	Fecha de Suscripción Del Contrato	Plazo De Ejecución	Fecha Máxima de Plazo de Entrega	Fecha Real de Entrega	Días de Retraso	Monto S/.
Puno	Plazo para presentar el plan de acción	03.03.2017	2	06.06.2017	07.03.2017	1	S/. 2,883.76

E).-En el Ítem N° 13

Conformidad Servicio de Provisión de Alimentación Abril 2017:

COAR	Penalidad	Fecha de Suscripción Del Contrato	Plazo De Ejecución	Fecha Máxima de Plazo de Entrega	Fecha Real de Entrega	Días de Retraso	Monto S/.

Tacna	Plazo para presentar el plan de acción	03.03.2017	2	06.06.2017	07.03.2017	1	S/. 2,778.45
-------	--	------------	---	------------	------------	---	-----------------

Dichos montos ascienden a la suma de **S/ 14,048.22 soles.**

8.3 Adicionalmente, el Contratista indicó que al no encontrarse de acuerdo con las penalidades descritas en el punto anterior, es que presentó su solicitud de arbitraje ante el Ministerio de Educación en fecha 21 de agosto de 2017, reservándose el derecho de plantear otras pretensiones dentro del mismo proceso arbitral que pudieran surgir. Y, con fecha 9 de noviembre de 2017, el Demandante fue notificado con el correo electrónico "Información sobre Aplicación de Penalidades", enviado por la dirección electrónica CONTRACTUAL42@minedu.gob.pe, mediante el cual se les comunicó que incurrió en penalidad por mora en la prestación del servicio contratado, correspondiente a la primera conformidad del presente, detallando el referido documento lo siguiente:

A).-En el Ítem N° 4

Conformidad Servicio de Provisión de Alimentación Abril 2017:

COAR	Penalidad	Fecha de Suscripción Del Contrato	Plazo De Ejecución	Fecha Máxima de Plazo de Entrega	Fecha Real de Entrega	Días de Retraso	Monto S/.
Cusco	Plazo para presentar el plan de acción	03.03.2017	2	06.03.2017	07.03.2017	1	2,757.38

B).-En el Ítem N° 7

Conformidad Servicio de Provisión de Alimentación Abril 2017:

COAR	Penalidad	Fecha de Suscripción Del Contrato	Plazo De Ejecución	Fecha Máxima de Plazo de Entrega	Fecha Real de Entrega	Días de Retraso	Monto S/.

La Libertad	Plazo para presentar el plan de acción	03.03.2017	2	06.03.2017	07.03.2017	1	1,754.50
La Libertad	Plazo para el acondicionamiento del local	03.03.2017	15	21.03.2017	12.04.2017	22	38,599.07

C).- En el ítem N° 8

Conformidad Servicio de Provisión de Alimentación Abril 2017:

COAR	Penalidad	Fecha de Suscripción Del Contrato	Plazo De Ejecución	Fecha Máxima de Plazo de Entrega	Fecha Real de Entrega	Días de Retraso	Monto S/.
Moquegua	Plazo para presentar el plan de acción	03.03.2017	2	06.03.2017	07.03.2017	1	S/. 2,911.98

Ascendiendo dichas penalidades al monto de S/ 46,022.93 soles, que sumadas a las anteriores ya mencionadas hacen un total de S/ 60,071.15 soles.

8.4 Así, expresó que existen penalidades de dos naturalezas, aquellas que corresponden al plazo para presentar el plan de acción y otra referida al plazo para el acondicionamiento del local.

8.5 Adicionalmente en relación al plazo para la presentación del plan de acción, el Contratista señaló que en el literal 2.7 "Forma de pago" de la sección específica de las Bases integradas del Concurso Público N° 029-2016-MINEDU/UE026 "Servicio de Alimentación para los alumnos de trece (13) colegios de Alto Rendimiento para el 2017 y 2018" ítems N° 02, 03, 04, 06, 07, 08, 11 y 13, se establece que su contraparte realizará un único pago por el valor de S/ 1500.00 soles a favor del contratista por cada ítem, para lo cual el contratista hasta dos (02) días calendario de haber suscrito el contrato, deberá presentar un plan de acción por cada COAR

en el que se deberá indicar los procedimientos y mecanismos que se usarán para la elaboración de los documentos solicitados en el punto 4 literal "r", numerales 1 y 2 de los Términos de Referencia.

- 8.6 El Demandante expresó que se observa que las propias bases indican que para recibir los S/ 1500.00 soles era necesario se presente el referido plan de acción dentro de los 02 días calendario de suscrito el contrato, en ese sentido, de no presentarse el referido plan en dicho plazo, la consecuencia/sanción era no recibir los S/ 1500.00 soles antes mencionados.
- 8.7 Entonces, estando a los ítems descritos líneas arriba, el Contratista no habría recibido los S/ 1500.00 soles y añadido a ello se le impuso una penalidad por mora por cada ítem, por lo tanto, ha recibido doble sanción por un mismo hecho, atentándose evidentemente contra el principio *non bis in ídem*, el cual se encuentra regulado por el literal 10 del artículo N°230 de la Ley N° 27444 que prescribe lo siguiente: ***"NON BIS IN IDEM.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento."***, identificándose como el sujeto al Demandante, la presentación del plan de acción como el hecho y el argumento se basa en que no fue presentado en el plazo establecido.
- 8.8 Asimismo, es la posición del Contratista que, en la sección general de las bases integradas correspondientes, su contraparte determina que se encontraría en una penalidad por mora, indicando que ésta se genera cuando se evidencia un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones del objeto del contrato, lo cual no ha ocurrido, ya que el objeto del mismo es brindar el servicio de alimentación integral de forma diaria durante la permanencia de los estudiantes en el COAR, contando con un programa nutricional, lo cual ha sido hasta la actualidad cumplido a cabalidad.
- 8.9 De igual manera, el Contratista argumentó que la información que debe contener el referido plan de acción, conforme a las bases es los *procedimientos y mecanismos que se usarán para la elaboración de los documentos solicitados en el punto literal "r" de los términos de referencia*, pues el mencionado numeral "r" es un plan de trabajo, en este sentido, su contraparte estaría solicitando un plan que establezca como se hace un plan, lo cual no resulta razonable, sin embargo, ésta de buena fe, presentó ambos documentos, siendo el mencionado plan de trabajo, que es el que rige para la ejecución del servicio, aprobado por el Ministerio de Educación, sin perjuicio de ello, es necesario indicar que el mencionado plan de trabajo fue entregado oportunamente, lo cual se acredita con las cartas remitidas a la Entidad, el cual no fue observado en ningún momento.

- 8.10 En consecuencia, las penalidades por mora aplicadas al Contratista vinculadas a la presentación del plan de acción, no se encuentran ajustadas a derecho y estarían vulnerando principios de tipicidad y razonabilidad y demás principios administrativos, inclusive las propias disposiciones de las bases administrativas del proceso de licitación, por lo que, éste sería un acto arbitrario al imponernos una doble sanción (además siendo una de ellas inexistente jurídicamente).
- 8.11 Adicionalmente, el Contratista en relación al plazo para el acondicionamiento del local señaló que solicitó la ampliación del plazo de ejecución de la implementación e instalación de cocina y afines en el Colegio de Alto Rendimiento COAR - La Libertad motivada en que el norte del país atravesaba una situación de emergencia caracterizada por el calentamiento anómalo del mar el cual produce humedad lo que desencadenó fuertes lluvias causando desbordes, inundaciones y aluviones que afectaron a varias localidades de las ciudades de Piura y Virú, en donde se encuentran ubicados los Colegios de Alto Rendimiento, situación que incluso llevó a su contraparte a postergar en dos oportunidades el inicio de actividades por no contar con garantías para el ingreso a las sedes, adicionalmente y teniendo en cuenta la situación se declaró la Emergencia Sanitaria por el plazo de noventa (90) días calendario en los departamentos de Ica, Áncash, Cajamarca y La Libertad a través del Decreto Supremo N° 005-2017-SA.
- 8.12 Adicionalmente, el Contratista indicó que a pesar de la de la situación climática y los riesgos que se generarían dadas las condiciones climáticas presentadas, y con el fin de dar cumplimiento a sus obligaciones en los tiempos establecidos contractualmente, se hizo envío de equipos para realizar el acondicionamiento de las instalaciones y la dotación del servicio de alimentación desde la ciudad de Lima por disponibilidad de proveedores, sin embargo, algunos de los mismos no llegaron a la sede debido a los múltiples cierres en las vías que conectaban las ciudades de Virú y Piura con la ciudad de Lima. Los cierres en las vías se detallan en el cuadro a continuación conforme al informe de bloqueo y restricción de vías reportadas por el Ministerio del Interior, lo que es de público conocimiento y por tanto este hecho no requiere de acreditación o probanza:

DISTRITO	LUGAR	TIPO FENÓMENO	DE SITUACIÓN
Piura/Piura	Km. 946 Carretera Panamericana Norte - Chiclayo	Erosión de la capa asfáltica	Vía restringida para vehículos de carga
Morrope/Chiclayo	Km 28 de la carretera Panamericana	Crecida de rio por intensas lluvias	Vía bloqueada

	Norte, Antigua ruta Chiclayo – Piura		
Virú/ Trujillo	Km 519 Carretera Panamericana (Puente Virú)	Caída del puente Virú por crecida de rio	Vía Bloqueada
Chicama/Ascope	Km 612 Carretera Panamericana Norte	Crecida del Rio Chicama	Vía Bloqueada
Paijan/Trujillo	Km 635 Carretera Panamericana Norte	Crecida del rio Arenita	Vía Bloqueada
Piura/Piura	Km 901 Carretera Penetración Chiclayo – Bayóbar – Sechura (Piura)	Crecida de las aguas de la quebrada la Niña	Vía Cerrada (Por las constantes precipitaciones en la zona)
Chimbote/Chimbote	Km 334 de la Carretera Panamericana Norte	Lluvias intensas ha inundado la vía	Vía Bloqueada
Chimbote/Chimbote	Km 443, 407 (Sector Huambacho) 429 (Puente Lacramarca) de la Carretera Panamericana Norte	Caída de postes, lluvias intensas, crecida de rio	Vía restringida
Casma/Chimbote	Km 22 al 38 Carretera Panamericana Norte (Puente Sechin)	Colapso del puente por crecida de las aguas del Rio Loco	Vía Bloqueada
Huarmey/ Áncash	Km 253 Carretera Panamericana Norte (Zona Zorras)	Lluvias intensas, crecida de rio, deterioro de la capa asfáltica	Vía Bloqueada
Rico Seco/Lima	Km 103 Carretera Panamericana Norte – Sector Rio Seco	Desprendimiento de piedras y lodo (Huayco)	Vía Restringida

- 8.13 Entonces, es la posición del Contratista que como alternativa a la anormal situación presentada, se hizo envío de algunos equipos y dotación a través de carga aérea, sin embargo, algunas de las encomiendas reposaron en los almacenes de las aerolíneas a causa de que, por las elevadas inundaciones en la ciudad, se carecía de los vehículos adecuados para el traslado de tal forma que no pudieron ingresar a la zona de los aeropuertos para poder hacer el traslado de los mismos al COAR, en el caso específico del COAR La Libertad, no se pudo hacer el traslado de la Ciudad de Trujillo a la Ciudad de Virú por la caída del puente Virú, el resto de la mercadería fue devuelta a la ciudad de Lima hasta que se volviera a tener acceso vial a la zona, sin embargo, se llegó a adecuar y dotar las áreas en un 60% hasta donde se pudo hacer los mantenimientos sin el uso de equipos, ya que la ciudad de Virú tuvo corte permanente del servicio de energía eléctrica.
- 8.14 Así, sostiene el Contratista que en virtud del espíritu de cumplimiento y la buena fe y considerando que dicha parte tuvo los mismos contratos en los años 2015 – 2016, nuestro equipamiento mayor (cocinas, tabola, equipos refrigeración, mesas de trabajo, utensilios de cocina, y demás), se encontraba en un almacén cercano dentro la ciudad de Virú, Proalimentos Liber pudo dar inicio al servicio, aún antes de que se restableciera la comunicación a través del puente Virú, todo esto en aras de dar cumplimiento a nuestro compromiso con el COAR.
- 8.15 Posteriormente, el Demandante indicó que al trasladar los equipos en las condiciones de las pistas, éstos sufrieron daños, lo cual generó costos adicionales que fueron asumidos para poder prestar el servicio. Asimismo, indicó que empezó a prestar el servicio de alimentación, un fin de semana por solicitud escrita de la Entidad, a pesar de que la conexión del puente Virú fue restablecida posteriormente, sin embargo dicha parte actuó de buena fe, pagando un excesivo sobrecosto por los insumos ya que los proveedores de la zona, siendo que apenas habían conseguido mercadería y estaba sobrevalorada. De igual forma, manifestó que pagó un sobrecosto de personal que tuvo que ser trasladado varias veces de Virú a Trujillo y luego de Trujillo a Virú para poder cumplir sus funciones. Dichos costos fueron asumidos, a pesar que, considerando la situación de ese momento en el que no había acceso a la zona por motivos de fuerza mayor, una alternativa era comunicar la imposibilidad de la prestación del servicio, sin embargo, el Demandante cayó en sobrecostos por la voluntad de cumplir cabalmente con la prestación del servicio, lo cual no es considerado por la ENTIDAD, quien aplicó una penalidad fuera de lo razonable sin tomar en consideración las circunstancias que albergaban al COAR la Libertad, todo el esfuerzo, el sobrecosto y la buena fe de PROALIMENTOS LIBER S.A.S. así como lo establecido por el artículo 34 de la Ley de Contrataciones con el Estado y el artículo 1315 del Código Civil.
- 8.16 PROALIMENTOS LIBER S.A.S. solicitó ampliación, sin embargo a través del Oficio N° 845-2017-MINEDU/SG-OGA del 29 de marzo del 2017, fue negada, indicando que se debía determinar cuándo tendrían fin los hechos que motivaban la solicitud de ampliación de plazo, lo cual era física y jurídicamente imposible,

pues se trataba de condiciones climáticas que constituyen hechos fortuitos y que evidentemente son ajenos al Contratista.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

- 8.17 La Entidad sostiene que la aplicación de penalidades es de S/ 60,071.15 siendo la suma total de los descuentos o penalidades aplicadas de manera mensual en la ejecución del servicio brindado por el Contratista.
- 8.18 Bajo ese contexto, la Entidad indicó que es importante tener en consideración que el CONTRATO N° 041 -2017- MINEDU-SG-OGA-OL, tenía como objeto el "SERVICIO DE ALIMENTACIÓN PARA LOS ALUMNOS DE TRECE (13) COLEGIOS DE ALTO RENDIMIENTO PARA EL 2017 Y 2018" ITEMS N° 2,3,4,6,7,8,11 y 13", y que la Cláusula Quinta del contrato, establece lo siguiente:

"El plazo de ejecución del presente contrato es de veintidós (22) meses, para los ítems 2,3,4,6,7,8,11 y 13, contabilizados desde la culminación del acondicionamiento e instalación ya partir del día siguiente de realizada la comunicación por parte de la Entidad al correo oficial brindado por EL CONTRATISTA.

Asimismo, el plazo para la implementación del software o sistema tecnológico:

- *El plazo para la implementación del software o sistema tecnológico, será de cuarenta (40) días calendario a partir del día siguiente de suscrito el contrato.*
- *El plazo para acreditar documentalmente en relación a la implementación del software o sistema tecnológico será de cinco (05) días calendario de iniciado el servicio.*

El plazo para el acondicionamiento e instalación de todo el material e insumos (cocina, comedor, almacenes, etc) para el inicio del servicio, será de quince 15 días calendario de suscrito el contrato y la culminación del área usuaria (el sombreado y subrayado es nuestro).

- 8.19 Asimismo, la Entidad acotó que respecto a los pagos, la Cláusula Cuarta del contrato establece que la Entidad se obliga a pagar la contraprestación al contratista en soles, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y de acuerdo a las condiciones establecidas en el numeral 12 del Capítulo III Términos de Referencia de las Bases Integradas del proceso. Asimismo, indicó que la Entidad debería efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguiente a la conformidad de los servicios, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

- 8.20 Estando a lo señalado precedentemente, la Entidad aclaró que lo establecido en el numeral 12 del Capítulo III Requerimiento de las Bases Integradas del procedimiento de Selección CP N° 29-2016- MINEDU-UE 026, que establece:

"FORMA DE PAGO:

Único entregable:

EL MINEDU podrá otorgar un único por el valor de S/. 1,500.00 (Mil quinientos con 00/100 Soles) por cada ítem a favor del contratista, para lo cual el contratista hasta dos días calendario de haber suscrito el contrato, deberá de presentar un plan de acción por cada COAR en el que se deberá de indicar los procedimientos y mecanismos que se usarán para la elaboración de los documentos solicitados en el punto 4 literal i, numerales 1 y 2 de los presentes términos. (...)"

- 8.21 Así, señaló que las Bases Integradas impusieron una obligación al Contratista sujeta a un plazo de ejecución claramente establecido, por tanto su cumplimiento se sujeta a lo establecido en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, en concordancia a lo dispuesto por el artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: "Si el contratista incurre en retraso en la ejecución de la prestación del Contrato, la Entidad le aplicará automáticamente una penalidad por mora por cada día de retraso".

- 8.22 Ahora bien, refirió que la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, sobre las penalidades, establece lo siguiente:

"Si el contratista incurre en retraso Injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde:

F= 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.

F=0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Se considera justificado el retraso, cuando el CONTRATISTA acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo, conforme el artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

(...)

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta o del pago final, según corresponda: o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de ser el caso, la Entidad puede resolver el contrato por incumplimiento.

- 8.23 Adicionalmente, la Entidad indicó que se aprecia que el contrato establecía, un régimen respecto al pago y al procedimiento de cálculo de penalidades durante la prestación del "Servicio de mensajería nacional", los cuales han sido expresamente y previamente señalados en las Bases del procedimiento de selección.
- 8.24 Además, la Entidad señaló que el plazo de ejecución del servicio contratado, conforme a la Cláusula Quinta, es de 22 meses, el cual se inició en el mes de abril de 2017, por lo que, la penalidad por mora aplicada al contratista, se estableció en la primera armada de los pagos que le fueron efectuados; ello a razón de que el contratista presentó los siguientes documentos fuera del plazo establecido en el Contrato y las Bases del Procedimiento de Selección, conforme al cuadro siguiente:

COAR	N° PAGO	PERIODO	SUPUESTO DE HECHO
ITEM 02 COAR AREQUIPA	1er mes	01/04/2017 al 30/04/2017	Retraso de 1 día en presentar plan de acción
ITEM 03 COAR AYACUCHO	1er mes	01/04/2017 al 30/04/2017	Retraso de 1 día en presentar plan de acción
ITEM 06 COAR JUNIN	1 er mes	01/04/2017 al 30/04/2017	Retraso de 1 día en presentar plan de acción
ITEM 11 COAR PUNO	1er mes	01/04/2017 al 30/04/2017	Retraso de 1 día en presentar plan de acción
ITEM 13 COAR TACNA	1er mes	01/04/2017 al 30/04/2017	Retraso de 1 día en presentar plan de acción
ITEM 04 COAR CUSCO	1er mes	01/04/2017 al 30/04/2017	Retraso de 1 día en presentar plan de acción
ITEM 07 COAR LA LIBERTAD	1er mes	15/04/2017 al 14/05/2017	Retraso de 1 día en presentar plan de acción

			Retraso de 22 días para acondicionamiento del local
ITEM 08 COAR MOQUEGUA	1er mes	01/04/2017 al 30/04/2017	Retraso de 1 día en presentar plan de acción

En ese sentido, la Entidad precisó, respecto de los supuestos de hechos penalizados, lo siguiente:

i) Plan de Acción:

Que, conforme a lo establecido en el numeral 12 del Capítulo III Requerimiento de las bases integradas del procedimiento de selección CP N° 29-2016-MINEDU UE/026, el plazo para presentar el plan de acción era de 02 días calendario de haber suscrito el contrato:

"Único entregable:

EL MINEDU realizará un único pago por el valor de S/. 1500.00 por cada ítem, a favor del contratista, para lo cual el contratista hasta dos días calendario de haber suscrito el contrato, deberá de presentar un plan de acción por cada COAR en el que se deberá de indicar los procedimientos y mecanismos que se usarán para la elaboración de los documentos solicitados en el punto 4 literal i, numerales 1 y 2 de los presentes términos de referencia"

ii) Acondicionamiento e instalación de todo el material e insumos:

Que, conforme a lo establecido en el literal b) numeral 9.2 del Capítulo III Requerimiento de las bases integradas del procedimiento de selección CP N° 29-2016-MINEDU UE/026, se tiene que el plazo para el acondicionamiento e instalación de todo el material e insumos (cocina, comedor, almacenes, etc.) será de quince (15) días calendario luego de suscrito el contrato y la comunicación del área usuaria.

Asimismo, la Cláusula Quinta del contrato suscrito el 03.03.17, respecto al acondicionamiento e instalación establece lo siguiente:

"(...) El plazo para el acondicionamiento e instalación de todo el material e insumos (cocina, comedor, almacenes, etc.) será de quince (15) días calendario a luego de suscrito el contrato y la comunicación del área usuaria."

8.25 En ese sentido, la Entidad indicó que habiéndose suscrito el contrato el 03 de marzo de 2017, el plazo máximo para que el contratista presente el Plan de Acción para los ítems 02, 03, 04, 06, 07, 08, 11 y 13 era hasta el día 06 de marzo de 2017⁴; sin embargo el contratista con fecha 07.03.17 mediante Carta N° 037-2017-

⁴ El contrato fue suscrito el 03.03.17, el plazo para la presentación del plan de acción concluía el

PROALIMENTOS LIBER S.A.S SUCURSAL PERU presentó dichos Planes de Acción, es decir, con un día de retraso respecto del plazo establecido en el numeral 12 del Capítulo III Requerimiento de las Bases Integradas.

Asimismo, respecto del Acondicionamiento e instalación del material de insumos, la Entidad indicó que conforme a lo establecido en la Cláusula Quinta del Contrato, dicho plazo sería de 15 días calendario luego de suscrito el contrato y la comunicación del área usuaria. En ese sentido, sostuvo la Entidad que respecto del COAR LA LIBERTAD, con fecha 06.03.17 se suscribió el Acta de Entrega del inmueble para el inicio de servicio de acondicionamiento e instalación; estando a ello, el contratista tenía como fecha máxima para el acondicionamiento hasta el 21.03.17; sin embargo, fue entregado el 12.04.17; es decir con 22 días de retraso.

- 8.26 Posteriormente, la Entidad señaló lo siguiente respecto a las penalidades por mora aplicadas al Contratista respecto del servicio de alimentación para los ítems 02, 03, 04, 06, 07, 08, 11 y 13 del Contrato:

a.- En relación al ítem 07 Colegio de Alto Rendimiento de La Libertad:

Respecto del Plan de Acción:

Que, la DEBEDSAR en calidad de área usuaria otorgó la Conformidad N° 374-2017- MINEDUA/MGP-DIGESE-DEBEDSAR de fecha 07 de abril de 2017, correspondiente a la entrega del plan de acción del servicio de alimentación para los alumnos del Colegio de Alto Rendimiento-COAR La Libertad, remitiendo el informe N° 397-2017 MINEDUA/MGP/DIGESE/DEBEDSAR/BBYSS-CAAG de fecha 04 de abril de 2017, mediante el cual el coordinador de bienes y servicios de residencia informa en los numerales 2.2 y 2.3 sobre la conformidad del único pago por entregable del servicio, lo siguiente:

"2.2 En tal sentido con Carta N° 037-2017 PROALIMENTOS LIBER SAS SUCURSAL PERU el proveedor cumplió con entregar el plan de acción según lo estipulado en los Términos de referencia de las bases integradas y su oferta el día 07 de marzo de 2017.

*2.3 Dicho entregable cumple con lo solicitado en los términos de referencia de las bases integradas y la oferta presentada. Cabe precisar que el entregable **presenta un día de retraso lo que deberá ser tomado en cuenta por la oficina de Logística para las acciones correspondientes**"*

En consecuencia, habiéndose suscrito el contrato el 03 de marzo de 2017, el plazo

05.03.17, sin embargo en aplicación supletoria del numeral 5 del artículo 183 del Código Civil; asimismo del artículo 121 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el plazo concluía el 06.03.17, dado que el 05.03.17 fue domingo.

máximo para que el contratista presentará el Plan Acción era hasta el 06 de marzo de 2017: sin embargo fue presentado el 07.03.17; teniendo así como retraso un día, razón por la cual el Área de Logística de la entidad aplicó la penalidad por mora ascendente a **SI. 1,754.50.**

Respecto del Acondicionamiento e instalación de todo el material e insumos:

De igual forma, la DEBEDSAR en calidad de área usuaria otorgó la Conformidad N° 990-2017-MINEDUA/MGP-DIGESE-DEBEDSAR de fecha 28 de junio de 2017, correspondiente a la primera armada del servicio de alimentación para los alumnos del Colegio de Alto Rendimiento-COAR La Libertad, remitiendo el informe N° 054-2017 MINEDUA/MGP/DIGESE-DEBEDSAR-COAR LA LIBERTAD-ES de fecha 15 de mayo de 2017, mediante el cual el encargado de servicios del COAR La Libertad informó el desarrollo del referido servicio, el mismo que en el numeral 1.4, 1.14 y 1.15 refiere lo siguiente:

"1.4 Que, con fecha 06 de marzo de 2017, se suscribe el Acta de Entrega de Inmueble para el inicio de servicio de acondicionamiento e instalación de todo el material e insumos donde funcionará los ambientes de cocina y comedor para su respectivo acondicionamiento.

1.14 Que, con fecha 12 de abril de 2017, se suscribe el Acta de conformidad de acondicionamiento del local donde funcionará los ambientes de cocina y comedor para el servicio de alimentación de los estudiantes del COAR La Libertad. Cabe precisar que el periodo establecido para la implementación es de 15 días.

1.15 Que, con fecha 15 de abril de 2017 y de acuerdo a lo señalado en punto 1.12 de los antecedentes del presente informe, se da inicio al "Servicio de alimentación para los alumnos de trece (13) Colegios de Alto Rendimiento para el 2017 y 2018" ítem 07 COAR La Libertad, con el servicio de almuerzo".

En consecuencia, habiéndose suscrito el contrato el 03 de marzo de 2017 y el Acta de entrega de inmueble para el inicio del servicio de acondicionamiento suscrita el 06.03.17, el contratista tenía como **fecha máxima para dicho acondicionamiento el 21 de marzo de 2017**; sin embargo conforme se aprecia del Acta de conformidad de acondicionamiento ésta fue presentada el 12.04.17. Por ello, **el contratista tuvo un retraso de 22 días**, razón por la cual el Área de Logística de la Entidad aplicó la penalidad por mora ascendente **SI. 38,599.07.**

b- En relación al Ítem 02 Colegio de Alto Rendimiento de Arequipa:

Respecto del Plan de Acción:

Que, la DEBEDSAR en calidad de área usuaria otorgó la Conformidad N° 370-2017-



MINEDUA/MGP-DIGESE-DEBEDSAR de fecha 07 de abril de 2017, correspondiente a la entrega del plan de acción del servicio de alimentación para los alumnos del Colegio de Alto Rendimiento-COAR Arequipa, remitiendo el informe N° 393-2017 MINEDUA/MGP/DIGESE/DEBEDSAR/BBYSS-CAAG de fecha 07 de abril de 2017, mediante el cual el coordinador de bienes y servicios de residencia informa en los numerales 2.2 y 2.3 sobre la conformidad del único pago por entregable del servicio, lo siguiente:

"2.2 En tal sentido con Carta N° 037-2017 PROALIMENTOS LIBER SAS SUCURSALPERU el proveedor cumplió con entregar el plan de acción según lo estipulado en los Términos de referencia de las bases integradas y su oferta el día 07 de marzo de 2017.

2.3 Dicho entregable cumple con lo solicitado en los términos de referencia de las bases integradas y la oferta presentada. Cabe precisar que el entregable presenta un día de retraso lo que deberá ser tomado en cuenta por la oficina de Logística para las acciones correspondientes"

En consecuencia, habiéndose suscrito el contrato el 03 de marzo de 2017, el plazo máximo para que el contratista presentará el Plan Acción era hasta el 06 de marzo de 2017, sin embargo fue presentada el 07.03.17; teniendo así como retraso un día, razón por la cual el Área de Logística de la entidad aplicó la penalidad por mora ascendente a **SI. 2,844.11**.

c- En relación al ítem 03 Colegio de Alto Rendimiento de Ayacucho:

Respecto del Plan de Acción:

Que, la DEBEDSAR en calidad de área usuaria otorgó la Conformidad N° 371-2017-MINEDUA/MGP-DIGESE-DEBEDSAR de fecha 07 de abril de 2017, correspondiente a la entrega del plan de acción del servicio de alimentación para los alumnos del Colegio de Alto Rendimiento-COAR Ayacucho, remitiendo el informe N° 394-2017 MINEDUA/MGP/DIGESE/DEBEDSAR/BBYSS-CAAG de fecha 04 de abril de 2017, mediante el cual el coordinador de bienes y servicios de residencia informa en los numerales 2.2 y 2.3 sobre la conformidad del único pago por entregable del servicio, lo siguiente:

"2.2 En tal sentido con Carta N° 037-2017 PROALIMENTOS LIBER SAS SUCURSAL PERU el proveedor cumplió con entregar el plan de acción según lo estipulado en los Términos de referencia de las bases integradas y su oferta el día 07 de marzo de 2017.

2.3 Dicho entregable cumple con lo solicitado en los términos de referencia de las bases integradas y la oferta presentada. Cabe precisar que el entregable presenta un día de retraso lo que deberá ser tomado en cuenta por la oficina de Logística para las acciones correspondientes"

En consecuencia, habiéndose suscrito el contrato el 03 de marzo de 2017, el plazo máximo para que el contratista presentará el Plan Acción **era hasta el 06 de marzo de 2017; sin embargo fue presentado el 07.03.17**: teniendo como retraso un día, razón por la cual el Área de Logística de la entidad aplicó la penalidad por mora ascendente a **SI. 2,835.99**.

d- En relación al Ítem 04 Colegio de Alto Rendimiento de Cusco:

Respecto del Plan de Acción:

Que, la DEBEDSAR en calidad de área usuaria otorgó la Conformidad N° 372-2017-MINEDUA/MGP-DIGESE-DEBEDSAR de fecha 07 de abril de 2017, correspondiente a la entrega del plan de acción del servicio de alimentación para los alumnos del Colegio de Alto Rendimiento-COAR Cusco, remitiendo el informe N° 395-2017 MINEDUA/MGP/DIGESE/DEBEDSAR/BBYSS-CAAG de fecha 04 de abril de 2017, mediante el cual el coordinador de bienes y servicios de residencia informa en los numerales 2.2 y 2.3 sobre la conformidad del único pago por entregable del servicio, lo siguiente:

"2.2 En tal sentido con Carta N° 037-2017 PROALIMENTOS LIBER SAS SUCURSAL PERU el proveedor cumplió con entregar el plan de acción según lo estipulado en los Términos de referencia de las bases integradas y su oferta el día 07 de marzo de 2017.

2.3 Dicho entregable cumple con lo solicitado en los términos de referencia de las bases integradas y la oferta presentada. Cabe precisar que el entregable presenta un día de retraso lo que deberá ser tomado en cuenta por la oficina de Logística para las acciones correspondientes"

En consecuencia, habiéndose suscrito el contrato el 03 de marzo de 2017, el plazo máximo para que el contratista presentará el Plan Acción **era hasta el 06 de marzo de 2017; sin embargo fue presentado el 07.03.17**: teniendo así como retraso un día, razón por la cual el Área de Logística de la entidad aplicó la penalidad por mora ascendente a **SI. 2,757.38**.

e- En relación al Ítem 06 Colegio de Alto Rendimiento de Junín:

Respecto del Plan de Acción:

Que, la DEBEDSAR en calidad de área usuaria otorgó la Conformidad N° 375-2017-MINEDUA/MGP-DIGESE-DEBEDSAR de fecha 07 de abril de 2017, correspondiente a la entrega del plan de acción del servicio de alimentación para los alumnos del Colegio de Alto Rendimiento-COAR Junín, remitiendo el informe N° 396-2017 MINEDUA/MGP/DIGESE/DEBEDSAR/BBYSS-CAAG de fecha 04 de abril de 2017, mediante el cual el coordinador de bienes y servicios de residencia informa en los numerales 2.2 y 2.3 sobre la conformidad del único pago por entregable del

servicio, lo siguiente:

"2.2 En tal sentido con Carta N° 037-2017 PROALIMENTOS LIBER SAS SUCURSAL PERU el proveedor cumplió con entregar el plan de acción según lo estipulado en los Términos de referencia de las bases integradas y su oferta el día 07 de marzo de 2017.

2.3 Dicho entregable cumple con lo solicitado en los términos de referencia de las bases integradas y la oferta presentada. Cabe precisar que el entregable presenta un día de retraso lo que deberá ser tomado en cuenta por la oficina de Logística para las acciones correspondientes"

En consecuencia, habiéndose suscrito el contrato el 03 de marzo de 2017, el plazo máximo para que el contratista presentará el Plan Acción era el 06 de marzo de 2017; sin embargo fue presentado el 07.03.17; teniendo como retraso un día, razón por la cual el Área de Logística de la entidad aplicó la penalidad por mora ascendente a **SI. 2,755.91.**

f- En relación Item 08 Colegio de Alto Rendimiento de Moquegua:

Respecto al Plan de Acción:

Que, la DEBEDSAR en calidad de área usuaria otorgó la Conformidad N° 373-2017-MINEDU/VMGP-DIGESE-DEBEDSAR de fecha 07 de abril de 2017, correspondiente a la entrega del plan de acción del servicio de alimentación para los alumnos del Colegio de Alto Rendimiento-COAR Moquegua, remitiendo el informe N° 398-2017 MINEDUA/MGP/DIGESE/DEBEDSAR/BBYSS-CAAG de fecha 04 de abril de 2017, mediante el cual el coordinador de bienes y servicios de residencia informa en los numerales 2.2 y 2.3 sobre la conformidad del único pago por entregable del servicio, lo siguiente:

"2.2 En tal sentido con Carta N° 037-2017 PROALIMENTOS LIBER SAS SUCURSAL PERU el proveedor cumplió con entregar el plan de acción según lo estipulado en los Términos de referencia de las bases integradas y su oferta el día 07 de marzo de 2017.

2.3 Dicho entregable cumple con lo solicitado en los términos de referencia de las bases integradas y la oferta presentada. Cabe precisar que el entregable presenta un día de retraso lo que deberá ser tomado en cuenta por la oficina de Logística para las acciones correspondientes"

En consecuencia, habiéndose suscrito el contrato el 03 de marzo de 2017, el plazo máximo para que el contratista presentará el Plan Acción **era hasta 06 de marzo de 2017; sin embargo fue presentado el 07.03.17:** teniendo como retraso un día, razón por la cual el Área de Logística de la entidad aplicó la penalidad por mora ascendente a **SI. 2,911.98.**

g. En relación al Item 11 Colegio de Alto Rendimiento de Puno:

Respecto del Plan de Acción:

Que, la DEBEDSAR en calidad de área usuaria otorgó la Conformidad N° 376-2017-MINEDUA/MGP-DIGESE-DEBEDSAR de fecha 07 de abril de 2017, correspondiente a la entrega del plan de acción del servicio de alimentación para los alumnos del Colegio de Alto Rendimiento-COAR Puno, remitiendo el informe N° 399-2017 MINEDUA/MGP/DIGESE/DEBEDSAR/BBYSS-CAAG de fecha 04 de abril de 2017, mediante el cual el coordinador de bienes y servicios de residencia informa en los numerales 2.2 y 2.3 sobre la conformidad del único pago por entregable del servicio, lo siguiente:

"2.2 En tal sentido con Carta N° 037-2017 PROALIMENTOS LIBER SAS SUCURSAL PERU el proveedor cumplió con entregar el plan de acción según lo estipulado en los Términos de referencia de las bases integradas y su oferta el día 07 de marzo de 2017.

2.3 Dicho entregable cumple con lo solicitado en los términos de referencia de las bases integradas y la oferta presentada. Cabe precisar que el entregable presenta un día de retraso lo que deberá ser tomado en cuenta por la oficina de Logística para las acciones correspondientes"

En consecuencia, habiéndose suscrito el contrato el 03 de marzo de 2017, el plazo máximo para que el contratista presentará el Plan Acción **era hasta el 06 de marzo de 2017; sin embargo fue presentado el 07.03.17**, teniendo como retraso un día, razón por la cual el Área de Logística de la entidad aplicó la penalidad por mora ascendente a **SI. 2,833.76**.

h- En relación al Item 13 Colegio de Alto Rendimiento de Tacna:

Plan de Acción:

Que, la DEBEDSAR en calidad de área usuaria otorgó la Conformidad N° 369-2017-MINEDUA/MGP-DIGESE-DEBEDSAR de fecha 07 de abril de 2017, correspondiente a la entrega del plan de acción del servicio de alimentación para los alumnos del Colegio de Alto Rendimiento-COAR Tacna, remitiendo el informe N° 400-2017 MINEDUA/MGP/DIGESE/DEBEDSAR/BBYSS-CAAG de fecha 04 de abril de 2017, mediante el cual el coordinador de bienes y servicios de residencia informa en los numerales 2.2 y 2.3 sobre la conformidad del único pago por entregable del servicio, lo siguiente:

"2.2 En tal sentido con Carta N° 037-2017 PROALIMENTOS LIBER SAS SUCURSAL PERU el proveedor cumplió con entregar el plan de acción según lo estipulado en los Términos de referencia de las bases integradas y su oferta el día 07 de marzo de 2017.

2.3 Dicho entregable cumple con lo solicitado en los términos de referencia de las bases integradas y la oferta presentada. Cabe precisar que el entregable presenta un día de retraso lo que deberá ser tomado en cuenta por la oficina de Logística para las acciones correspondientes"

En consecuencia, de la revisión de la referida conformidad y habiéndose suscrito el contrato el 03 de marzo de 2017, el plazo máximo para que el contratista presentará el Plan Acción era hasta el 06 de marzo de 2017; sin embargo fue presentado el 07.03.17; teniendo como retraso un día, razón por la cual el Área de Logística de la entidad aplicó la penalidad por mora ascendente a **SI. 2,778.45**.

Por lo expuesto, la Entidad sostiene que el plazo máximo para que el Contratista presente el Plan de Acción para los ítems 02,03,04,06,07,08,11 y 13, era hasta el día 06 de marzo de 2017; sin embargo el Contratista con fecha 07.03.17 mediante Carta N° 037-2017-PROALIMENTOS LIBER S.A.S SUCURSAL PERU presentó dichos Planes de Acción, es decir, con un día de retraso respecto del plazo establecido en el numeral 12 del Capítulo III Requerimiento de las Bases Integradas. Asimismo, respecto al COAR LA LIBERTAD, el plazo para el Acondicionamiento e instalación del material de insumos, conforme a lo establecido en la Cláusula Quinta del Contrato, sería de 15 días calendario luego de suscrito el contrato y la comunicación del área usuaria.

En ese sentido, concluye la Demandada que habiéndose suscrito el Acta de entrega del inmueble para el inicio de servicio de acondicionamiento e instalación con fecha 06.03.17, el contratista tenía como fecha máxima para el acondicionamiento hasta el 21.03.17; sin embargo fue entregado el 12.04.17; es decir con 22 días de retraso. De manera que la Entidad procedió a la aplicación de penalidad por mora; dicha penalidad fue calculada y aplicada en la liquidación de la primera armada de los ocho COAR comprendidos en el contrato, conforme se puede apreciar a través del siguiente cuadro:

COAR	Monto en Soles por ítem	Plazo en días (22meses)	Penalidad Diaria en Soles	Días de retraso	Monto Total en Soles
ITEM 02 COAR AREQUIPA	4,692,785.12	660	2,844.11	1 (Plan de Acción)	2,844.11
ITEM 03 COAR AYACUCHO	4,679,390.10	660	2,835.99	1 (Plan de Acción)	2,835.99
ITEM 06 COAR JUNIN	4,547,259.00	660	2,755.91	1 (Plan de Acción)	SI 2,755.91

ITEM 11 COAR PUNO	4,758,198.00	660	2,833.76	1 (Plan de Acción)	S/. 2,833.76
ITEM 13 COAR TACNA	4,584,449.52	660	2,778.45	1 (Plan de Acción)	S/. 2,778.45
ITEM 04 COARCUSC O	4,549,682.04	660	2,757.38	1 (Plan de Acción)	S/. 2,757.38
ITEM 07 COAR LA LIBERTAD	4,631,887.84	660		1 (Plan de Acción) 22(Acondicionam iento de Local)	1754.50 38,599.07
ITEM 08 COAR MOQUEGU A	4,804,763.20	660	2,911.98	1	2,911.98
TOTAL				S/ 60,071.15	

- 8.27 Adicionalmente, la Entidad indicó que mediante el Oficio N° 1127-2017-MINEDU-SG-OGA-OL de fecha 05.07.17 (respecto de los COAR Arequipa, Ayacucho, Junín, Puno y Tacna) y correo electrónico de fecha 09.11.17 (respecto de los COAR Cusco, Junín, La Libertad y Moquegua), la Oficina de Logística del Ministerio de Educación, puso a conocimiento del contratista la aplicación de las penalidades, ello por haber incurrido en penalidad por mora o retraso, y acotó que en el caso de penalidades por mora, éstas son aplicadas debido al retraso incurrido en el cumplimiento de las prestaciones contratadas, retraso que no podría ser materia de subsanación ya que del contrato y las bases del procedimiento de selección, contemplan plazos estrictos para las actividades a realizar por el contratista y que, al no ser realizadas en dichos plazos, fueron pasibles de penalidades.
- 8.28 La Entidad precisó que respecto a lo referido por el contratista en los numerales 2.5.1.1; 2.5.1.2; 2.5.1.3 de su escrito de demanda sobre el pago del único entregable: Plan de Acción; si bien el numeral 12 del Requerimiento de las Bases Integradas, establece un único pago por el valor de S/. 1,500 Soles, tras la presentación del plan de acción, este no se llevó a cabo ante la ausencia de presentación por parte del contratista, de las correspondientes facturas y resto de documentación necesaria para la tramitación. Sin embargo, esta falta de pago no redundaba en un perjuicio del contratista toda vez que el párrafo segundo del mencionado numeral 12 del Requerimiento dispone que *"en el primer pago se deberá descontar el monto correspondiente al pago del único entregable correspondiente a la suma de S/. 1,500 Soles"*. Al no haberse realizado el pago del único entregable tampoco se procedió a su descuento del primer pago.

- 8.29 Asimismo, agregó la Entidad que respecto a la ampliación de plazo solicitada, se debe tener en cuenta que mediante Oficio N° 845-2017-MINEDU/SG- OGA, se declaró improcedente por cuanto la misma no cumplía con los requisitos señalados en el artículo 34° de la Ley de Contrataciones del Estado y en el artículo 140° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, al no precisar la fecha exacta de inicio y culminación del hecho generador del atraso, ya que a partir de que estos cesen es factible determinar el número de días para otorgar la ampliación de plazo contractual, situación que fue advertida y acreditada por el Contratista; tal como lo precisa el OSCE en la Opinión N° 055- 2011/DTN.
- 8.30 Entonces la Entidad sostiene que ha procedido de conformidad con la normativa de contrataciones en la aplicación de penalidades por mora en relación al retraso injustificado en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales en la ejecución de las prestaciones del "SERVICIO DE ALIMENTACIÓN PARA LOS ALUMNOS DE TRECE (13) COLEGIOS DE ALTO RENDIMIENTO PARA EL 2017 Y 2018" ITEMS N° 2, 3, 4, 6, 7, 8, 11 y 13. Por lo tanto, lo alegado por el contratista en su demanda, no se ajustan a la realidad de los hechos ni a derecho.
- 8.31 En relación a la segunda pretensión principal, la Entidad enfatizó que el contratista al realizar la prestación contratada, ha excedido en el plazo contractual establecido en el contrato y las Bases Integradas; razón por la cual se impuso la penalidad aplicada en relación a dichos retrasos; sin embargo, el contratista pretende justificar el incumplimiento de sus obligaciones con alegaciones sin ningún sustento fáctico ni jurídico.
- 8.32 Agregando que la penalidad correspondería tal cual se encuentra establecido en el artículo 133° el RLCE, aprobado por Decreto Supremo 350- 2018-EF, en donde se establece que "en todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente"
- 8.33 Finalmente, la Entidad sostiene que respecto a la aplicación de la penalidad, ajusta su conducta a lo establecido en la norma. Por ello ante el incumplimiento del plazo establecido en el contrato, ésta quedó expedita para la aplicación de penalidades que correspondan al ser estas aplicadas con carácter de inmediato, de acuerdo a lo expuesto en el desarrollo del presente escrito, siendo exclusiva responsabilidad de la Contratista la aplicación de éstas.

IX. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

- 9.1 Corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, así como a los fundamentos expuestos por cada parte, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con

derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del arbitraje.

- 9.2 Debe tenerse en cuenta, en relación con las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO referido a la primera pretensión principal de la demanda

- *Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad, revocación, ineficacia y/o se deje sin efecto legal la resolución, resoluciones o documentos mediante los cuales, la entidad ha acordado aplicar las penalidades referidas en el cuerpo de este escrito, por el monto de S/ 60,071.15 soles.*

Respecto de la penalidad y su regulación normativa

- 9.3 Este extremo de la controversia tiene como tema central declarar la nulidad, revocación, ineficiencia y/o se deje sin efecto legal la resolución o resoluciones mediante los cuales, la Entidad ha decidido aplicar penalidades por el monto de S/ 60,071.15 soles. Por tanto, el Tribunal Arbitral determinará, en base a los hechos y al derecho, si corresponde o no reconocer lo solicitado.
- 9.4 Dado que la presente pretensión está relacionada con la aplicación de penalidades, corresponde precisar los alcances de esta figura.
- 9.5 Como sostienen Álvarez y Morante, las penalidades: "(...) son consideradas instrumentos que tienen como finalidad dar seguridad a las partes respecto del cumplimiento de las obligaciones contraídas a través del contrato. (...)">⁵
- 9.6 El artículo 132 del RLCE establece las reglas generales aplicables a las penalidades, en los términos literales siguientes:

"Artículo 132.- Penalidades

⁵ ALVAREZ ILLANES, Juan y MORANTE GUERRERO, Luis. Manual de Contrataciones del Estado. Primera Edición. Pacífico Editores. Lima. 2013. p. 733.

El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

En el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, deben incluirse las previstas en el capítulo VII del presente título.

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento”.

- 9.7 Conforme con el citado artículo 132 del RLCE, existen penalidades por mora y también se puede prever otras penalidades, siendo la penalidad por mora, aquella que es materia de la presente controversia.
- 9.8 El citado artículo 132 del RLCE revela que existen dos tipos de penalidades: la penalidad por mora en la ejecución de la prestación y otras penalidades. La penalidad por mora es materia de la presente controversia.
- 9.9 El artículo 133 del RLCE, respecto de la penalidad por mora, establece lo siguiente:

“Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\begin{array}{lcl} \text{Penalidad} & & \\ \text{diaria} & = & \frac{0.10 \times \text{monto}}{F \times \text{plazo en días}} \end{array}$$

Donde F tiene los siguientes valores:



a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: $F = 0.40$.

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: $F = 0.25$.

b.2) Para obras: $F = 0.15$.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente.

Para los supuestos que por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora.

Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo”.

9.10 Conforme con el citado artículo 133 del RLCE, la penalidad por mora resulta aplicable automáticamente, siempre que se cumpla concurrentemente con lo siguiente:

9.10.1 Debe existir un retraso: Como lo expresa el artículo 133 del RLCE, la penalidad por mora resulta aplicable cuando existe un retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. Es decir, cuando el Contratista no ha cumplido, en la oportunidad pactada, con las prestaciones objeto del contrato.

9.10.2 El retraso debe ser injustificado: La penalidad por mora resulta aplicable cuando la prestación no es cumplida oportunamente por el contratista pero además, dicho retraso debe ser injustificado.

El último párrafo del artículo 133 del RLCE nos informa que el término “injustificado” se refiere a “imputable”, tal como se deriva de una interpretación *contrario sensu* de su propio texto.

En resumen, para que resulte aplicable la penalidad por mora debe existir un retraso en el cumplimiento y dicho retraso debe ser imputable al contratista (deudor de la prestación).

Por el contrario, no será aplicable la penalidad por mora cuando el retraso sea justificado⁶. Al respecto, el último párrafo el artículo 133 del RLCE, dispone que el retraso es justificado -no pasible de penalidad- en los siguientes supuestos:

(...) "Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo."

- 9.11 Asimismo, con una redacción muy similar al artículo 133 del RLCE, la Cláusula Décimo Tercera del Contrato contiene pactos relativos a la penalidad por mora. Se reproduce a continuación la parte pertinente de dicha cláusula:

"CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: PENALIDADES

Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto del Contrato, LA ENTIDAD le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\begin{array}{lcl} \text{Penalidad} & & \\ \text{diaria} & = & \frac{0.10 \times \text{monto}}{F \times \text{plazo en días}} \end{array}$$

Dónde: F= 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Se considera justificado el retraso, cuando EL CONTRATISTA acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta

⁶ Así se expresa en el primer párrafo del numeral 2.1.3. de la Opinión N° 148-2018/DTN que establece que: "(...) si bien el artículo 133 del Reglamento dispone que la penalidad por mora se aplica automáticamente, la Entidad, con ocasión de la documentación presentada por el contratista, debe verificar si éste se ha retrasado injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato o no, ya que si el retraso fuera justificado no correspondería aplicar la penalidad por mora".

imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo, conforme el artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (...)".

- 9.12 Finalmente, resulta relevante destacar que conforme con la Opinión N° 089-2017/DTN:

(...) "la penalidad por mora tiene por finalidad desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución. (...)".

- 9.13 Ahora bien, de acuerdo al caso en concreto el Tribunal analizará las penalidades por mora aplicadas al contratista, con la finalidad de determinar si las mismas corresponden ser aplicadas.

Respecto de las penalidades aplicadas al contratista

- 9.14 Mediante el Contrato N° 041-2017-MINEDU/SG-OGA-OL de fecha 03.03.17, el contratista se comprometió frente a la Entidad a brindar el servicio de Alimentación para los alumnos de trece colegios de Alto Rendimiento para el 2017 y 2018, para lo cual se pactan fechas determinadas por cada ítem.
- 9.15 Mediante el Oficio 1127-2017-MINEDU/SG-OGA-OL de fecha 06.07.17, la Entidad comunicó al demandante que ha incurrido en penalidad por mora en la prestación del servicio correspondiente al mes de abril de 2017, dado que el Contratista no presentó oportunamente el Plan de Acción en los COAR de Arequipa, Ayacucho, Junín, Puno y Tacna.
- 9.16 Posteriormente, con fecha 09.11.17, mediante correo electrónico remitido desde la dirección electrónica CONTRACTUAL42@minedu.gob.pe, la Entidad comunica al Contratista la aplicación de penalidades⁷ por no presentar oportunamente el Plan de Acción en los COAR de Cusco, La Libertad y Moquegua.
- 9.17 Como consecuencia de lo expresado en los dos numerales precedentes, la Entidad le impuso al Contratista un monto total de S/ 60,071,15 soles por concepto de penalidad por mora.
- 9.18 De lo mencionado, se desprende que la Entidad impuso las penalidades por mora, considerando dos supuestos de incumplimiento⁸, los cuales analizaremos a continuación:

⁷ Penalidades adicionales a las contenidas en el Oficio N° 1127-2017-MINEDU/SG-OGA-OL.

⁸ Penalidad por mora por no presentar oportunamente el Plan de Acción por COAR y penalidad por mora por incumplir el plazo para el acondicionamiento de local.

Respecto a la presentación del Plan de Acción

9.19 Según la Entidad, las Bases Integradas impusieron la obligación al Contratista de presentar el Plan de Acción por cada COAR, sujeta a un plazo de ejecución claramente establecido de dos días calendario desde la suscripción del Contrato⁹, por tanto su incumplimiento se sujeta a lo establecido en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Es decir, la Entidad sostiene que como consecuencia del cumplimiento no oportuno de presentar el plan de acción corresponde aplicar una penalidad por mora al contratista, tal como lo señala el artículo 133.

9.20 El Contratista sostiene que la no presentación oportuna del Plan de Acción no debería tener como efecto la aplicación de penalidades sino *"la consecuencia/sanción era no recibir los S/. 1500.00 soles"*¹⁰. Sobre este argumento, el Árbitro Único considera lo siguiente:

9.20.1 Lo pactado prevé que *"El MINEDU podrá otorgar un único valor de S/. 1500.00 por cada ítem a favor del contratista, para lo cual el contratista hasta dos días calendario de haber suscrito el contrato, deberá presentar un plan de acción por cada COAR"*. Esta es la consecuencia prevista en este enunciado. Sin embargo, ello no obsta a que, adicionalmente, conforme con lo pactado y con las normas de contratación con el Estado, la Entidad pueda aplicar una penalidad por retraso en el cumplimiento de la prestación.

9.20.2 El incumplimiento contractual faculta al acreedor a aplicar diversos mecanismos de tutela. Así, por ejemplo, como se encuentra reconocido por la normativa de contrataciones con el Estado, ante el incumplimiento de un contrato, el acreedor se encuentra facultado a aplicar penalidades, resolver el contrato y exigir indemnización. La norma no limita los mecanismos de tutela del acreedor, el cual se encuentra facultado a aplicar uno o más de los mismos¹¹, si lo considera pertinente.

⁹ La Entidad sostiene que el numeral 12 del Requerimiento de las Bases Integradas establece lo siguiente:
"Único entregable:

El MINEDU podrá otorgar un único valor de S/. 1500.00 por cada ítem a favor del contratista, para lo cual el contratista hasta dos días calendario de haber suscrito el contrato, deberá presentar un plan de acción por cada COAR en el que se deberá indicar los procedimientos mecanismos que se usarán para la elaboración de los documentos solicitados en el punto 4 literal i, numeral 1 y 2 de los presentes términos (...)".

¹⁰ Numeral 2.5.1.2. de la demanda.

¹¹ Por ejemplo, conforme con el numeral 2 del artículo 135.1 del RLCE el acreedor puede resolver el contrato adicionalmente a la aplicación de penalidades, cuando se alcance el monto máximo de penalidad por mora o

9.20.3 Por tanto, el no cumplir con la presentación del Plan de Acción del COAR dentro del plazo pactado, si bien implica que no se otorgue el monto de los S/. 1500.00 soles, no existe razón para sostener que no corresponda aplicar la penalidad por mora que, precisamente, es la consecuencia que puede aplicar el acreedor ante el no cumplimiento oportuno de las prestaciones.

9.21 El Contratista sostiene además, que:

"(...) no recibió los 1500.00 soles y añadido a ello se le impuso una penalidad por mora por cada ítem, por lo tanto, ha recibido una doble sanción por un mismo hecho, atentándose evidentemente contra el principio de non bis in ídem, el cual se encuentra regulado por el literal (sic) 10 del artículo N° 230 de la Ley N° 27444¹² que prescribe lo siguiente: "NON BIS IN IDEM.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento", identificándose como sujeto a mi representada, la presentación del plan de acción como el hecho y el argumento se basa en que no fue presentado en el plazo establecido". Sobre este argumento, el Árbitro Único considera lo siguiente:

9.21.1 Como lo afirma Morón *"El principio non bis in ídem constituye la garantía en favor del administrado que por un mismo hecho no podrá ser sancionado dos veces (dimensión material), ni podrá ser objeto de dos procesos distintos (dimensión procesal), operando como un límite a la acción persecutoria y sancionadora propia del Estado de modo que tenga una sola oportunidad para ejercer su ius puniendi"*¹³.

9.21.2 Conforme con lo expresado en el numeral precedente, el principio *non bis in ídem* evita que el administrado sea sancionado administrativamente, en más de una oportunidad. Es decir, el principio *non bis in ídem* evita que se aplique una doble sanción administrativa o que se desarrolle un doble procedimiento administrativo sancionador, por un mismo hecho.

9.21.3 El principio *non bis in ídem* es uno de los principios de la potestad administrativa sancionadora y no resulta aplicable al presente caso porque no otorgar los 1500.00 soles e imponer una penalidad como

el monto máximo para otras penalidades, asimismo el artículo 137 del RLCE prevé que adicionalmente a la resolución corresponde el reconocimiento de daños y perjuicios, entre otros.

¹² En la actualidad el Principio Non bis in ídem se encuentra numeral 11 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS).

¹³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décima edición. Lima. 2014. P. 786.

consecuencia del no cumplimiento oportuno de una prestación, no son sanciones administrativas¹⁴, sino consecuencias contractuales ante el incumplimiento que, conforme con la Ley de Contrataciones del Estado, es facultad del acreedor aplicar los diversos mecanismos de tutela, de manera conjunta o independiente, conforme con su interés, como explicamos anteriormente.

9.21.4 Adicionalmente, resulta importante precisar que, firmado el contrato entre una Entidad y el Contratista, se inicia la etapa de ejecución contractual, cuyas consecuencias contractuales no se rigen por las normas del procedimiento administrativo. Así ha sido reconocido por el OSCE, en la Opinión N° 130-2018/DTN que expresa que "Las disposiciones de la Ley N° 27444 y de su respectivo Texto Único Ordenado no son de aplicación supletoria a las disposiciones que regulan la ejecución de los contratos celebrados bajo el ámbito de la Ley y su Reglamento". Por ello, no corresponde aplicar el numeral 10 del artículo 230 de la Ley N° 27444 ni ninguna otra norma de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

9.22 El Contratista sostiene que, la penalidad por mora se genera cuando se evidencia un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones del objeto del contrato, lo cual no ha ocurrido, ya que el objeto del mismo es brindar el servicio de alimentación integral de forma diaria durante la permanencia de los estudiantes en el COAR, contando con un programa nutricional, lo cual ha sido cumplido por el Contratista a cabalidad.

Asimismo, el Contratista sostuvo que el plan de acción contiene los *procedimientos y mecanismos que se usarán para la elaboración de los documentos solicitados en el punto literal "r" de los términos de referencia*, pues el mencionado numeral "r" es un plan de trabajo. Esto implica, según el Contratista, que se solicitó un plan (de acción) que establezca como se hace un plan (de trabajo).

De lo indicado, se infiere que el Contratista sostiene que, en virtud que el Plan de Acción no es el objeto del contrato, dado que éste último consiste en brindar el Servicio de Alimentación para los alumnos de trece (13) Colegios de Alto Rendimiento para el 2017 y 2018, no sería aplicable la penalidad por mora, la cual solamente resulta aplicable al retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

Sobre los argumentos contenidos en el presente numeral, el Árbitro Único considera lo siguiente:

¹⁴ Por ejemplo, la Ley de Contrataciones del Estado prevé sanciones administrativas como la multa o la inhabilitación, sin embargo, ninguna de dichas sanciones administrativas concurre en la presente controversia.

9.22.1 Al remarcar que el objeto del contrato es brindar el servicio de alimentación integral en los COAR, el Contratista plantea una interpretación literal, para sostener que no se encuentra dentro de los alcances del artículo 133 del RLCE que, en la parte pertinente de su primer párrafo, establece lo siguiente:

*"En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las **prestaciones objeto del contrato**, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso".*

9.22.2 Como sostiene Rubio:

"Para el método literal, el procedimiento de interpretación consiste en averiguar lo que la norma denota, mediante el uso de las reglas lingüísticas propias al entendimiento común del lenguaje escrito en el que se haya producida la norma, salvo que los términos utilizados tengan algún significado jurídico específico y distinto del común, en cuyo caso habrá que averiguar cuál de los dos significados está utilizando la norma"¹⁵.

9.22.3 El objeto del contrato, en contratación pública, según Morón, tiene un significado jurídico distinto del común, pues:

(...) El objeto está constituido por las prestaciones y derechos recíprocos existentes entre la Administración y el contratista para alcanzar una finalidad pública (...)¹⁶.

9.22.4 Como sostienen Felipe Osterling y Mario Castillo, la prestación:

"Es la conducta que debe desplegar el deudor para que el acreedor obtenga lo deseado. En otras palabras, es la conducta de la cual el deudor satisface un interés del acreedor (...)."¹⁷ En el presente caso, la presentación del Plan de Acción dentro del plazo pactado.

9.22.5 Conforme con la definición de objeto de contrato expresada por Morón, el objeto del contrato no se limita a la prestación o a las prestaciones que se encuentren contenidas en una cláusula denominada "objeto del contrato"¹⁸, sino a todas las prestaciones y derechos existentes entre las partes para alcanzar la finalidad

¹⁵ RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial PUCP. Lima. 1996. P. 258.

¹⁶ MORON URBINA, Juan Carlos. La Contratación Estatal. Análisis de las Diversas formas y teorías contractuales que utiliza el Estado. Gaceta Jurídica. Lima. 2006. P.209.

¹⁷ OSTERLING PARODI, Felipe & CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomo XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1994. P.144.

¹⁸ Se reproduce la Cláusula Segunda del Contrato denominada Objeto: "El presente contrato tiene por objeto la contratación del Servicio de Alimentación para los alumnos de trece (13) Colegios de Alto Rendimiento para el 2017 y 2018, de acuerdo a los Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos".



pública. En el presente caso, a criterio del Árbitro Único, la presentación del Plan de Acción para cada COAR es una de las prestaciones existentes en el contrato para alcanzar la finalidad pública, por ende, su presentación fuera del plazo establecido en el contrato, es pasible de la aplicación de la penalidad por mora establecida en el artículo 133 del RLCE y la Cláusula Décimo Tercera del Contrato. En consecuencia, resultan eficaces las penalidades por mora, aplicadas por la Entidad al Contratista, por el concepto de incumplimiento del plazo para presentar el plan de acción materia de la presente controversia, las cuales ascienden a la suma total de S/ 21,472.08 Soles.

9.22.6 Dado que el Contratista no ha acreditado haber cumplido con presentar en la fecha pactada los Planes de Acción correspondientes a los COAR en los que fue penalizado por la Entidad, ni tampoco ha acreditado que dicho retraso sea justificado, NO CORRESPONDE: declarar la nulidad, revocación, ineficacia y/o se deje sin efecto legal las penalidades correspondientes a la presentación de los Planes de Acción, dado que las penalidades por mora, materia de la presente controversia han sido aplicadas conforme con el artículo 133 del RLCE y la Cláusula Décimo Tercera del Contrato.

Respecto al acondicionamiento del local

- 9.23 La Clausula Quinta del Contrato N° 041-2017-MINEDU/ SG-OGA-OL¹⁹ señala que el plazo para el acondicionamiento e instalación del material de insumos es de 15 días calendario luego de la suscripción del contrato y la comunicación del área usuaria.
- 9.24 El día 15.05.17 a través del Informe N° 054-2017-MINEDU-VMGP-DIGESE/DEBEDSAR-COAR LA LIBERAD-ES²⁰, el encargado del COAR La Libertad informó el desarrollo del referido servicio, el mismo que establece, en la parte pertinente, lo siguiente:

"(...)

1.4 Que, con fecha 06 de marzo de 2017, se suscribe el Acta de Entrega del Inmueble para el inicio del Servicio de acondicionamiento e instalación de todo el material e insumos, donde funcionará los ambientes de cocina y comedor para su respectivo acondicionamiento.

(...)

¹⁹ Anexo 5.4. de la Demanda.

²⁰ Anexo 10 de la Contestación



1.14 Que con fecha 12 de abril de 2017, se suscribe el Acta de conformidad de acondicionamiento del local, donde funcionará los ambientes de cocina y comedor para el servicio de alimentación de los estudiantes del COAR La Libertad (...)"

- 9.25 Por tanto, habiéndose suscrito el contrato el 03.03.17 y el Acta de entrega del inmueble para el inicio del servicio de acondicionamiento suscrita el día 06.03.17, el demandante tenía como fecha máxima para cumplir con tal prestación el día 21.03.17. No obstante, conforme se aprecia en el Acta de conformidad de acondicionamiento, esta fue entregada el 12.04.17. Es decir, el demandante tuvo un retraso de 22 días.
- 9.26 Frente a ello, el Área de Logística de la Entidad le aplicó la penalidad por mora ascendente a S/ 38,599.07²¹.
- 9.27 Resulta claro para el Árbitro Único que, la prestación no se ejecutó en el plazo previsto contractualmente y que la Entidad aplicó automáticamente una penalidad por mora en el acondicionamiento del local por una suma de S/ 38,599.07. No obstante, es relevante resaltar que el artículo 133 del RLCE establece que, para aplicar la penalidad por mora, no solamente debe existir un retraso, sino que debe tratarse de un retraso injustificado.
- 9.28 Según la Opinión N° 148-2018/DTN²² "Para efectos de la aplicación del artículo 133 del Reglamento un retraso será injustificado cuando: i) el contratista no hubiera solicitado la ampliación de plazo; ii) habiéndola solicitado ésta no fue aprobada por la Entidad; o, iii) no acreditó objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable".
- 9.29 Al respecto, el último párrafo del artículo 133 del RLCE establece lo siguiente:
- "Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo".*
- 9.30 En ese sentido, ante un retraso en la ejecución de las prestaciones le corresponde al contratista acreditar, de manera objetiva, que el retraso en la ejecución de la prestación obedece a una situación que no le resulta imputable. Es decir, la carga de la prueba de acreditar que el retraso no fue imputable al Contratista, le corresponde al propio Contratista. No será de aplicación de penalidad por mora si

²¹ Así consta en el Anexo 4 de la Contestación (Documento denominado Proveído N° 529-2017-MINEDU-SG-OGA-OL de fecha 10 de julio de 2017, firmado por la coordinación de ejecución contractual).

²² Numeral 3.2 de las Conclusiones de la Opinión N° 148-2018/DTN.

es que se concluye que el retraso (aunque se verifique su existencia) es justificado.

9.31 Con la finalidad de sustentar que el mayor tiempo no le resulta imputable, el Contratista sostuvo que su incumplimiento ocurrió producto de un **hecho fortuito o fuerza mayor** que no había previsto, lo cual lo imposibilitó cumplir la prestación en el plazo pactado. Así, el Contratista afirmó, en distintas oportunidades lo siguiente:

a) El numeral 2.5.2.7. de la demanda:

"En consecuencia, la penalidad por mora aplicada no se ajusta a derecho, pues nos encontrábamos ante un hecho fortuito y de fuerza mayor que no podía ser previsto, siendo además un hecho irresistible y por tanto eximente de responsabilidad del Contratista".

b) La Carta N° 0463-2017 PROALIMENTOS LIBER SAS – Sucursal Perú de fecha 12 de julio de 2017 referida a la aplicación de penalidades²³:

"(...) la aplicación de las penalidades por el plazo de implementación e instalación de cocina y afines en los COAR (...) resultaría improcedente en tanto se han configurado los supuestos establecidos en la cláusula décimo tercera del Contrato N° 041-2017-MINEDU/SG-OGA-OL, esto es un hecho fortuito que ha impedido el cumplimiento de nuestra obligación, causal eximente de responsabilidad, conforme a lo señalado en el artículo 1315 del Código Civil, de aplicación supletoria a nuestra relación contractual (...)".

c) El pedido de ampliación de plazo (Carta N° 015-2017/PROALIMENTOS LIBER SAS – SUCURSAL PERÚ de fecha 22 de mayo)²⁴:

"El hecho descrito anteriormente, ha generado un retraso para concluir con la implementación e instalación de cocina y afines. Por lo tanto, tenga a bien entender que dicho incumplimiento se debe a factores ajenos a nuestra voluntad (**caso de fuerza mayor**)".

9.32 Dado que el Contratista invoca el caso fortuito o fuerza mayor como supuesto de no imputabilidad, resulta importante señalar que ni la Ley de Contrataciones del Estado ni el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado desarrollan dicha

²³ Anexo 5.15 de la demanda.

²⁴ Carta N° 0195-2017/PROALIMENTOS LIBER SAS- SUCURSAL PERÚ de fecha 22 de marzo de 2017, remitida a la Jefe de Logística del Ministerio de Educación. Anexo 5.13 de la demanda.

figura. Por ello, conforme lo dispone las normas de contratación pública²⁵, de manera supletoria, se puede recurrir a las normas de derecho privado, en las que el artículo 1315 del Código Civil, dispone lo siguiente:

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

- 9.33 Desarrollando lo establecido por el Código Civil, a través de la Opinión 118-2017/DTN, el OSCE precisa los alcances de cada una de las características que debe reunir un evento para ser considerado como caso fortuito o fuerza mayor:

(...) "Hecho o evento extraordinario, se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas. Asimismo, un hecho o evento es imprevisible, cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible. Por último, el que un hecho o evento sea irresistible, significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento. (...)".

- 9.34 A continuación, el Arbitro Único analizará si el fenómeno del niño costero aludido existió y si cumple con los alcances para que dicho evento sea considerado como un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

Existencia del evento

- 9.35 Con el Informe de Emergencia N° 405-03/04/2017/COEN-INDECI, se encuentra acreditado la existencia de fuertes precipitaciones pluviales, desde el 31 de enero al 15 de marzo de 2017 que ocasionaron inundación, deslizamiento y huaycos que afectaron vías de comunicación en los distritos y provincias de la Región La Libertad²⁶. En dicho informe se expresa que:

²⁵ Conforme con el numeral 45.3 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones con el Estado "Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público".

²⁶ Informe de Emergencia N° 405-03/04/2017/COEN-INDECI/13:30 Horas (Anexo 5.11 de la Demanda).

(...) *"Desde el 31 de enero a 15 de marzo del 2017, se viene registrando fuertes precipitaciones pluviales ocasionando inundaciones, deslizamientos y huaicos que afectaron viviendas, vías y comunicación y áreas de cultivos en los distritos y provincias de la Región La Libertad. (...) El 18.03.17, a las 19:37 horas aproximadamente a consecuencia de fuertes precipitaciones pluviales se incrementó el caudal del río Virú afectando vía de comunicación, en el distrito y provincia de Virú."*

- 9.36 El citado Informe de Emergencia N° 405-03/04/2017/COEN-INDECI, fue emitido por INDECI que se trata de una entidad distinta de las partes y evidencia que el evento considerado como caso fortuito o fuerza mayor, se presentó dentro del período de cumplimiento de la prestación pactada y en la zona en la que se ejecutaría la misma.
- 9.37 Adicionalmente, respalda la acreditación de la existencia del evento, el Decreto Supremo N° 014-2017-PCM que declara en estado de emergencia a La Libertad y otros departamentos, por el plazo de sesenta (60) días calendario, por desastre a consecuencia de intensas lluvias²⁷, y el Decreto Supremo N° 005-2017-SA que declara la emergencia sanitaria por el plazo de noventa días calendario en La Libertad y otros departamentos²⁸.
- 9.38 Conforme con lo analizado, ha quedado acreditado que se presentaron fuertes precipitaciones pluviales que ocasionaron inundaciones, deslizamientos y huaicos que afectaron viviendas y vías de comunicación en la zona en la que se ejecutaría la prestación, así como el incremento del caudal del río Virú afectando la vía de comunicación en el distrito y provincia de Virú.

Evento imprevisible

- 9.39 Al respecto, a través del Boletín Estadístico virtual de la gestión reactiva N° 7 de fecha julio 2017 de INDECI²⁹, emitido por la Sub Dirección de Aplicaciones Estadísticas de la Dirección de Políticas, Planes y Evaluación INDECI, el cual revela que el fenómeno del Niño Costero del 2017 con la ocurrencia de lluvias torrenciales, es un hecho imprevisible, dado que supera la aptitud razonable de previsión del deudor:

(...) *"Después de 20 años de la presencia del ultimo fenómeno del Niño de carácter extraordinario nuevamente en el Perú se presentó el Niño Costero, con la*

²⁷ Anexo 3 del Informe de Emergencia N° 405-03/04/2017/COEN-INDECI/13:30 Horas (Anexo 5.11 de la Demanda).

²⁸ Anexo 5.10 de la Demanda.

²⁹ Documento 10 del Escrito presentado por el Contratista con fecha 27 de setiembre de 2018, con Sumilla: "Téngase Presente".

ocurrencia de lluvias torrenciales que se inició en la cuarta semana del mes de diciembre de 2016 y se prolongó hasta el 31.05.17, las cuales causaron huaicos, deslizamientos, derrumbes, tormentas (...)".

El evento resulta imprevisible dado que, como ha sido acreditado, dicho fenómeno se presentó después de 20 años y ese dato objetivo nos remarca que superó la aptitud razonable de previsión del Contratista.

Además este reporte de INDECI da cuenta que esta circunstancia se mantuvo desde la cuarta semana del mes de diciembre de 2016 hasta el 31 de mayo de 2017, período que comprende y excede ampliamente el período de ejecución de la prestación.

- 9.40 Sobre si resulta imprevisible el evento, en su escrito de Alegatos, presentado con fecha 22 de enero de 2019, la Entidad sostuvo textualmente lo siguiente:

"(...) debemos preguntarnos si ¿El Fenómeno del Niño es imprevisible en nuestro país?, la respuesta es negativa pues, si bien es cierto no se sabe a ciencia cierta las fechas exactas, si, se tiene conocimiento que en ciertas épocas se suscitan, para lo cual, hecho notorio y de pública evidencia se observa a continuación de lo informado por los diarios comunicaciones de ENFEN, en donde se especifica un rango de fechas en donde se suscitan".

Debajo del citado texto de la Entidad, en su escrito de alegatos, aparece una vista del Comunicado Oficial ENFEN N° 02-2017 "Estado del sistema de alerta: Vigilancia de El Niño Costero" que informa lo siguiente:

"El Comité Multisectorial ENFEN, ante la evolución reciente de las condiciones océano-atmósfera en el Pacífico Ecuatorial Oriental, que incluye la costa norte del Perú, considera que existen condiciones favorables para un evento El Niño costero débil en el presente verano.

Por lo tanto, el Comité Multisectorial ENFEN da inicio a un estado de "vigilancia de El Niño Costero", durante el cual continuará monitoreando e informando sobre la evolución de las condiciones actuales y actualizando las perspectivas en forma más frecuente".

Asimismo, la Entidad adjunta una vista de la publicación electrónica del diario La República, de fecha 17 de febrero de 2017 que informa lo siguiente:

"Sociedad

Fenómeno 'El Niño costero' aún continuará hasta fines de marzo

Advertencia. Condiciones atmosféricas permiten extensión de este evento climático, según el ENFEN. Fuertes lluvias se registrarán en zonas de Tumbes, Piura y Lambayeque".

- 9.41 Sobre el Comunicado Oficial ENFEN N° 02-2017, presentado por la Entidad respaldando la previsibilidad del evento, el Árbitro Único aprecia que dicho comunicado data del 24 de enero de 2017, fecha posterior a la firma del contrato. Este dato resulta relevante dado que si la Entidad pretende acreditar la posibilidad de previsibilidad del evento, la prueba debería acreditar que, a la firma del contrato (o en fecha anterior a la firma del contrato), existía la posibilidad de prever el evento, lo cual no ocurre con el Comunicado que cita, ni con la nota periodística a la que alude.
- 9.42 Respecto de la publicación electrónica del diario La República, de fecha 17 de febrero de 2017, que cita la Entidad, dicha información señala que: *"Fueres lluvias se registrarán en zonas de Tumbes, Piura y Lambayeque"*, no se incluye a La Libertad, lo cual remarca el carácter de imprevisible de lo ocurrido en la Libertad, dado que dicha referencia no la menciona.
- 9.43 Considerando todo lo anterior, el Árbitro Único concluye que se trata de un evento imprevisible dado que se presentó después de 20 años, en lugares y con una magnitud que no fueron previsibles.

Evento extraordinario

- 9.44 Sobre si resulta extraordinario, en su escrito de Alegatos, presentado con fecha 22 de enero de 2019, la Entidad sostuvo textualmente lo siguiente:

"En nuestro país NO ES UN EVENTO EXTRAORDINARIO puesto que como un hecho notorio y de pública evidencia, es un evento natural recurrente de un calentamiento marino-costero como manifestación de los cambios que ocurren en las capas superficiales y subsuperficiales".

Debajo de dicha aseveración, la Entidad colocó una vista de la web de Senamhi en la que, con el título "Fenómeno del Niño" se informa que *"La presencia de estas aguas cálidas a lo largo de las costas peruanas, es un fenómeno recurrente que tiene una duración de varios meses"*. (www.senamhi.gob.pe/?p=fenomeno-el-nino).

Al respecto, el Árbitro Único considera que dicha descripción se refiere al fenómeno del niño como presencia de aguas cálidas y no se refiere a las consecuencias del fenómeno del niño (lluvias torrenciales, huaicos, deslizamientos, derrumbes y tormentas) que son precisamente las que restringieron la posibilidad del proveedor de cumplir oportunamente su prestación y que constituyen un evento extraordinario por su magnitud y su ubicación.

- 9.45 El Boletín Estadístico virtual de la gestión reactiva N° 7 de fecha julio 2017 de INDECI³⁰, emitido por la Sub Dirección de Aplicaciones Estadísticas de la Dirección de Políticas, Planes y Evaluación INDECI remarca claramente que el evento es extraordinario al expresar lo siguiente:

"El Niño Costero por la ubicación donde se desarrolló el evento, se puede calificar como extraordinario, que como es conocimiento general, causó graves daños en muchos departamentos del Perú, por lo que el gobierno central declaró en emergencia 13 de los 24 departamentos y a la Provincia Constitucional del Callao."

El evento resultó extraordinario por la ubicación en donde se desarrolló el fenómeno del niño y también por su magnitud que afectó a 13 departamentos, lo cual resulta fuera de lo común y por ende cumple con el requisito de ser extraordinario.

Evento irresistible



- 9.46 Como lo expresan Osterling y Castillo *"el que un evento sea irresistible quiere decir que la persona (en este caso el deudor) es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento"*³¹.
- 9.47 Es evidente que ninguna persona puede impedir la ocurrencia o los efectos del fenómeno del niño.
- 9.48 Se evidencia también lo irresistible del evento, con la declaración del Estado de Emergencia efectuado mediante el Decreto Supremo N° 014-2017-PCM³² de fecha 10.02.17 en el que se declaró en Estado de Emergencia los departamentos de Áncash, Cajamarca y la Libertad, por el plazo de 60 días calendarios y con la postergación de las clases para el 3 de abril de 2017, como consta en el correo de fecha 15 de marzo de 2017, remitido por la supervisora de servicios generales para los colegios de alto rendimiento de la Dirección General de Servicios Educativos Especializados³³.

³⁰ Documento 10 del Escrito presentado por el Contratista con fecha 27 de setiembre de 2018, con Sumilla: "Téngase Presente".

³¹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de Derecho de las Obligaciones. Segunda edición. Volumen V. ECB Ediciones. Lima. 2014. P. 2127.

³² Anexo 5.11 de la Demanda, Declaratoria de Estado de Emergencia.

³³ Documento 8 del Escrito presentado por el Contratista con fecha 27 de setiembre de 2018, con Sumilla: "Téngase Presente"



25

9.49 Es importante destacar la caída del puente Virú³⁴, que impidió la conexión terrestre desde la ciudad de Trujillo hacia la provincia de Virú y el Sur del país, situación que restringió la posibilidad de acceder al COAR La Libertad. Precisamente, el lugar donde se realizaría la prestación de acondicionamiento e instalación del material de insumos se encontraba ubicada específicamente en la Provincia de Virú³⁵. Por tanto, la caída del puente Virú imposibilitó el trasladar de los equipos e insumos al COAR La Libertad, según se infiere del mapa de ubicación del COAR La Libertad³⁶.

9.50 Cabe anotar que, el Contratista señaló a través de la nota publicada por América Noticia³⁷ que,
(...) *"El Presidente puso en funcionamiento el puente modular en Virú el 17 de abril del 2017."*

No obstante, el día 12 de abril de 2017 a través del Acta de conformidad³⁸ se dejó constancia del cumplimiento por parte del contratista del acondicionamiento e instalación del servicio de provisión de alimentos para el colegio de Alto Rendimiento La Libertad. Es decir, el Contratista cumplió su prestación incluso antes del funcionamiento del puente modular Virú.

9.51 Cabe añadir que, la noticia del día 27.03.17, presentada por la Entidad titulada la ruta alterna, el puente La alameda ubicado a unos kilómetros del puente Viru , sostiene que
*" En la vía, **habilita desde el fin de semana**, circulaban vehículos ligeros a las 24 horas del día, mientras que los caminos de carga pesada, solo desde las 5 de la madrugada y 8 de la noche."*³⁹

De acuerdo con lo expresado queda claro que, recién desde el día 25.03.17 se habilitó el puente La Alameda, que permitió normalizar el tránsito de vehículo ligeros las 24 horas, mientras que los caminos para carga pesada contaba con un horario restringido.

9.52 Frente a lo expuesto anteriormente, el Árbitro Único concluye que dicha vía fue habilitada con posterioridad al 21.03.17, fecha en la que el contratista debía

³⁴ Acreditada con la publicación electrónica del Diario El Comercio del día 19 de marzo de 2017 contenida en el Anexo 5.15 de la Demanda.

³⁵ Documento 1 del Escrito presentado por el Contratista con fecha 27 de setiembre de 2018, con Sumilla: "Téngase Presente".

³⁶ Documento 1 del Escrito presentado por el Contratista con fecha 27 de setiembre de 2018, con Sumilla: "Téngase Presente".

³⁷ Anexo 5.15 de la Demanda

³⁸ Anexo 11 de la Demanda

³⁹ Diapositiva 34 utilizada por la Entidad en la Audiencia de Informes orales.

cumplir con su prestación. Por ende, en la fecha en la que debía cumplirse la prestación no era una alternativa viable que pueda utilizar el Contratista.

- 9.53 Por lo analizado en los numerales anteriores, el Árbitro Único concluye que el contratista no pudo cumplir oportunamente con la prestación pactada debido a un caso fortuito o fuerza mayor, que es un hecho no imputable al Contratista. En consecuencia, CORRESPONDE dejar sin efecto la aplicación de penalidades por mora referidas al acondicionamiento del local por la suma de S/ 38,599.07 Soles.

Conforme con lo analizado en los puntos 9.3 al 9.48 precedentes, debido a que el Árbitro Único concluyó: (i) que son eficaces las penalidades por mora aplicadas por la Entidad al Contratista por el incumplimiento del plazo para presentar el plan de acción y (ii) que debe dejarse sin efecto la penalidad por mora por el incumplimiento del plazo para el acondicionamiento de local, corresponde que se declare FUNDADA EN PARTE la presente pretensión.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO referido a la segunda pretensión principal de la demanda

- *Determinar si corresponde o no ordenar al MINEDU pagar el monto ascendente a S/ 60,071.15 soles.*

- 9.54 Se encuentra acreditado que la Entidad aplicó y cobró al Contratista la penalidad por mora por el incumplimiento del plazo para el acondicionamiento del local, ascendente a la suma S/ 38,599.07⁴⁰. Al respecto, en su escrito presentado con fecha 22 de enero de 2019, denominado "Presento alegatos", la Entidad reconoció que efectivizó frente al Contratista las penalidades materia de la presente controversia, incluyendo la penalidad por mora, por retraso de 22 días para el acondicionamiento del local por un monto de S/ 38,599.07 Soles.

- 9.55 Dado que la presente pretensión es consecuencia de la primera pretensión, y en virtud que el Árbitro Único concluyó que debe dejarse sin efecto la penalidad por mora por el incumplimiento del plazo para el acondicionamiento de local, corresponde que se ordene a la Entidad que pague a favor del Contratista la suma de S/ 38,599.07 Soles, monto que corresponde a la restitución de las penalidades por mora referidas al acondicionamiento del local, que han quedado sin efecto en el presente arbitraje.

- 9.56 El Árbitro Único precisa que, respecto de las penalidades por mora aplicadas por la Entidad al Contratista, por el incumplimiento del plazo para presentar el plan de

⁴⁰ Así consta en el Anexo 4 de la Contestación (Documento denominado Proveído N° 529-2017-MINEDU-SG-OGA-OL de fecha 10 de julio de 2017, firmado por la coordinación de ejecución contractual).

acción, no corresponde la restitución (pago) de los montos aplicados por la Entidad.

- 9.57 En conclusión corresponde declarar FUNDADA EN PARTE la presente pretensión, ordenándose a la Entidad el pago de la suma de S/ 38,599.07 Soles, monto que corresponde a la restitución de las penalidades por mora referidas al acondicionamiento del local, que han quedado sin efecto en el presente arbitraje.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO referido a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda

- *Determinar si corresponde o no asumir al MINEDU los costos del presente arbitraje.*

- 9.58 Respecto de los costos del arbitraje, el artículo 73 de la Ley de Arbitraje señala lo siguiente:

Artículo 73° inciso 1.-

"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."

- 9.59 Conforme a la disposición citada, de no existir un acuerdo sobre la asunción de los costos en el pacto arbitral, la responsabilidad de ello recaerá sobre la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral puede disponer que los costos sean asumidos de forma equivalente por las partes, es decir, en partes iguales y que cada una asuma sus propios montos incurridos como costas y costos.
- 9.60 De la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las mismas no han pactado nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que, corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Tribunal Arbitral teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 9.61 Así, el Tribunal Arbitral estima que ambas partes han tenido motivos atendibles para litigar, habiéndose presentado una diferencia interpretativa con contenido y posiciones diversas. Por tanto, el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del proceso deben ser asumidos por cada una de las partes de forma equivalente.

X. LAUDO

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, el Árbitro Único, en derecho, LAUDA:

Primero: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Primera Pretensión Principal de la demanda. En consecuencia, se deja sin efecto las penalidades por mora, aplicadas por la Entidad al Contratista, referidas al incumplimiento del plazo para el acondicionamiento del local COAR La Libertad.

Segundo: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Segunda Pretensión Principal de la demanda. En consecuencia, corresponde ordenar al Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 026: Programa Educación Básica para Todos que pague a Proalimentos Liber S.A.S Sucursal Perú la suma de S/ 38,599.07 Soles.

Tercero: Respecto de la Tercera Pretensión Principal, **ORDENAR** que cada parte asuma los costos y costas que, hasta la fecha del presente laudo, hayan asumido o les corresponda.

Notifíquese a las partes. -



Alfredo Fernando Soria Aguilar
Presidente de Tribunal Arbitral



Lucía Mariano Valerio
Secretaría Arbitral