

LAUDO ARBITRAL

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE
SEGUIDO POR PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA
ALIMENTARIA - PRONAA CON PESQUERA BYS S.A.C.**

DEMANDANTE:

PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (en adelante, **LA ENTIDAD**)

DEMANDADO:

PESQUERA BYS S.A.C. (en adelante, **EL CONTRATISTA**)

TRIBUNAL ARBITRAL:

Dr. ALEJANDRO ALVAREZ PEDROZA
Dr. TATIANA SOTOMAYOR TORRES
Dr. JOSE RAFAEL BLOSSIERS MAZZINI

PRESIDENTE
ÁRBITRO
ÁRBITRO

INSTITUCION ARBITRAL:

Dirección de Arbitraje - OSCE

IDIOMA DEL ARBITRAJE:

El idioma aplicable es el castellano.

CLASE DE ARBITRAJE:

Arbitraje Institucional, Nacional y de Derecho.

RESOLUCIÓN N° 14

Lima, 25 de octubre de 2013

I. DEMANDA PRESENTADA POR LA ENTIDAD

Resulta de autos que el 11.07.2011, LA ENTIDAD presentó ante el organismo Supervisor de las Contrataciones del estado - OSCE, su demanda Arbitral para la solución de las controversias existentes con EL CONTRATISTA, al amparo del convenio arbitral contenido en la Clausula Decima del **Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA**, **"Adquisición de 1'333,534 latas de conserva de anchoveta en salsa de tomate"** de fecha 26 de mayo de 2009 (en adelante, EL CONTRATO).

PRETENSIONES:

Primera Pretensión principal: Que, se declare la invalidez y/o ineficacia de la Resolución Parcial del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONA por el supuesto incumplimiento injustificado por parte de EL PRONA, realizado mediante Carta Notarial recepcionada el 17 de junio de 2011 por la empresa proveedora de Conserva de Anchoveta B Y S. S.A.C.

Segunda Pretensión principal: Que, se declare la resolución del contrato, conforme a lo establecido en el numeral 8.2 de la clausula octava del contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA, pero atribuible a la empresa proveedora de Conserva de Anchoveta B Y S. S.A.C

Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal: Que, se EJECUTE LA Carta Fianza de fiel cumplimiento N° 0011-0295-9800017885-39, emitida por el Banco Continental por el monto de S/. 196,178.64 de la empresa proveedora de Conserva de Anchoveta B Y S. S.A.C.

Tercera Pretensión principal: Que, se declare procedente la aplicación de la penalidad por parte de EL PRONAA, por incumplimiento injustificado en el plazo de entrega, conforme al numeral 6.1) y 6.2) clausula Sexta del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA, equivalente a S/. 140,165.68 nuevos soles.

Cuarta pretensión principal: Se ordene a la empresa proveedora de Conserva de Anchoveta B Y S. S.A.C, cumpla con el pago de una indemnización ascendente a S/. 1'401,656.80, por daño emergente, lucro cesante y daño moral.

Sexta pretensión principal: se condene a la empresa proveedora de Conserva de Anchoveta B Y S. S.A.C al pago de la totalidad de costas y costos del proceso arbitral.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA ARBITRAL

Que, la empresa de Conservas de Anchoveta B Y S. S.A.C y EL PRONAA celebraron el Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA, que tiene por objeto la "Adquisición de la cantidad de 1'333,534 Latas de Conserva de

Anchoveta en Salsa de Tomate, en presentación de Latas de 01 Libra Oval - 425 gr (612,289 latas por el ítem 24- Equipo de Trabajo Zonal Puno y 721,245 por el ítem 28- Equipo de Trabajo Zonal Trujillo)".

Que, con fecha 16 de julio de 2009 de acuerdo a lo descrito en la Guía de Remisión N° 004-000649, la misma que cuenta con sello y firma del Especialista de Almacén, se dejó constancia que parte del producto "Conserva de Anchoveta", por la cantidad de 1,150 cajas x 240 Gr, que equivalen a 27,600 latas de conserva de anchoveta, Fue recepcionado por el PRONAA, existiendo un restante de producto por entregar equivalente a 693.645 latas de conserva de anchoveta en salsa de tomate, en presentación de latas de 01 libra Oval -425 gr.

Que como hemos señalado EL PRONAA dejó constancia que parte dicho producto "Conserva de Anchoveta" se recepcionó fuera del plazo es decir con once (11) días de retraso, conforme al procedimiento establecido en el artículo 165º del "Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado", por lo que, de acuerdo a la fórmula aplicada por el Equipo de Trabajo de Logística de la Unidad Administrativa, dicha empresa proveedora incurrió en una penalidad máxima de 10% del ítem que debió ejecutarse debiéndose aplicar la penalidad equivalente a S/.140,165.68, (10% de S/. 1'401,656.80) monto superior a lo solicitado por la empresa B Y S S.A.C de S/.75,072.00, situación determinante, para señalar que la Institución no adeuda pago alguno a su representada, desvirtuando en este extremo la presunta obligación que su representada atribuye a la Institución.

Sin embargo, paralelamente a estos hechos la empresa de Conservas de Anchoveta B Y S. S.A.C, con fecha 25 de mayo del 2010, presentó Demanda Arbitral ante el Tribunal Arbitral de la OSCE, luego de la Resolución Parcial del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA, señalando como pretensión arbitral lo siguiente:

- Se declare la nulidad de la resolución parcial del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA respecto del ítem 28 dispuesta por el PRONAA, a través de la Carta Notarial N° 053-2009-MIMDES-PRONAA/DE debidamente notificada el 12 de agosto del 2009.
 - Se ordene a la Entidad demandada la recepción y conformidad de los lotes que componen la primera y segunda entrega del producto objeto del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA, en atención a las certificaciones presentadas por B y S S.A.C.
 - Se ordene a la entidad demandada el pago del monto establecido en el contrato como contraprestación sin deducción de penalidad alguna en contra de la empresa.
 - Se ordene la nulidad del acto administrativo que desestima nuestra solicitud de ampliación de plazo y se tenga por concebida la misma. Se reconozca y pague a nuestro favor la indemnización por los daños y perjuicios causador por arbitrario proceder de la entidad demandada, cuyo monto se.
- Que, como consecuencia de dicha demanda arbitral el Tribunal Arbitral, luego del Procedimiento iniciado por la empresa B Y S S.A.C, laudo mediante Resolución N° 14, ordenando lo siguiente:

- PRIMERO:Declarar FUNDADA la primera pretensión principal de PESQUERA BYS S.A.C (antes Pesquera BYS S.R.L) y, en consecuencia, se declara la nulidad de la resolución parcial del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA respecto del ítem 28 dispuesta por el PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA, UNIDAD EJECUTORA 005 DEL MINISTETIO DE LA MUJMER Y DESARROLLO SOCIAL a través de la Carta Notarial N° 053-2009-MIMDES-PRONAA/DE notificada a PESQUERA BYS S.A.C (antes Pesquera BYS S.R.L) EL 12 de agosto de 2009.
- SEGUNDO:Declara FUNDADA EN PARTE la segunda Pretensión Principal de PESQUERA BYS (antes Pesquera BYS S.R.L), precisándose que sólo procede la recepción de los bienes de la primera y segunda entregas en estricto cumplimiento de lo establecido en la Directiva Interna del PRONAA N° 001-2005-GT-PRONAA. Las certificaciones que realice la entidad competente reconocida por el INDECOPÍ deberán pronunciarse necesariamente sobre la aptitud de los productos para su consumo hasta la fecha de vencimiento de los mismos.
- TERCERO:Respecto a la Tercera Pretensión, la misma que corresponde al "Pago" el Tribunal Arbitral consideró que los pagos deberán estar sujetos a la evaluación, recepción y conformidad de los bienes por parte del PRONAA, asimismo respecto a las penalidades, estarán sujetas a los retrasos injustificados en la entrega de los bienes que deberán ser reprogramados en ejecución del laudo arbitral.
- CUARTO:Respecto a la Cuarta Pretensión, el Tribunal Arbitral consideró que la solicitud de ampliación de plazo realizado por la empresa pesquera, no cumplió con señalar el plazo adicional a su favor, ni el tiempo que requiere para dicha ampliación, declarándola INFUNDADA.
- QUINTO:Respecto a la Quinta pretensión, el Tribunal Arbitral consideró que la empresa no habría probado la existencia del daño a fin de determinar una posible indemnización por parte del PRONAA a favor de la empresa proveedora, por lo cual declararon INFUNDADA LA PRETENSIÓN.

Que, a través de la Carta S/N de fecha 21 de Febrero de 2011, la empresa B Y S. S.A.C a fin de cumplir con lo dispuesto en el Laudo Arbitral, presenta propuesta de "Cambio de presentación de producto establecido en el contrato", es decir, considera entregar la cantidad de 693,645 latas de conserva de anchoveta en salsa de tomate, en presentación de Tall 1 Ib x 24 entero de anchoveta en salsa de tomate x 425 gr, manteniendo el mismo peso escurrido de 280 gr.

Que, mediante Informe N° 008-2011-MIMDES-PRONAA/UGATSAN-CC/OAL, de fecha 24 de febrero de 2011, el Especialista de Control de Calidad de UGATSAN, en virtud a la propuesta de la empresa BYS S.A.C referida al cambio de presentación del producto, concluyó que : "Los productos conserva de anchoveta en salsa de tomate tipo Oval y conserva de anchoveta en salsa de tomate Tipo Tall son de similares características técnicas y de calidad y que la diferencia entre ambos productos radica solamente en el tipo de envase, peso escurrido del producto y en la presión de vacío de la lata".

Por lo que, mediante Memorando N° 218-2011-MIMDES-PRONAA/PRONAA/UGPAN, de fecha 01 de marzo de 2011 la Gerencia de la Unidad Gerencial de Promoción al Acceso Alimentario y Nutricional-UGPAN, determina la necesidad de contar con el producto conserva de anchoveta.

Que, Asesoría Legal de la Dirección Ejecutiva a través del Memorando N° 150-2011-MIMDES-PRONAA/DE-AL, de fecha 03 de marzo de 2011 señaló que, a fin de cumplir con los objetivos nutricionales del Programa Integral de Nutrición - PIN consideró necesario que, el Equipo de Trabajo de Logística de la Unidad Administrativa proceda evaluar si el cambio de presentación del producto (Oval Entero de Anchoveta en Salsa de Tomate, por Tall1 Lb x 24 Entero de Anchoveta en Salsa de Tomate x 425 Gr) afectan considerablemente los precios y de ser necesario, solicitan se proceda con ajustar los precios a favor de la institución.

Que, mediante Carta N° 217-2011-MIMDES-PRONAA-UAD, emitido el 01 de abril de 2011, la Unidad Administrativa solicitó a la empresa Pesquera BYS S.A.C, especifique cual es el beneficio económico con el que se vería "beneficiada la Institución", en caso de ser aceptada su propuesta de cambio de presentación de producto efectuada por los representantes de la empresa en mención.

Que, en respuesta a lo solicitado por PRONAA, a través de la Carta S/N recepcionada el 13 de abril de 2011, la empresa BYS S.A.C señala que, el beneficio económico que va a representar el cambio del producto, asciende a la suma de S/. 94,335.72 situación que fue presta de conocimiento a la Gerencia de UGATSAN a través del Memorando N° 770-2011-MIMDES-PRONAA-UAD.


Que a través del correo electrónico de fecha 18 de abril de 2011, se procedió con informar a UGATSAN, que la Unidad Administrativa comunicará a la empresa BYS S.A.C, "La Aceptación del cambio del producto propuesto por ellos"; razón por la cual, con fecha 20 de abril de 2011, la Unidad Administrativa, curso la Carta N° 251-2011-MIMDES-PRONAA-UAD, a la mencionada empresa, dando por aceptado el cambio del producto propuesto, solicitando además, proceda con la entrega en los almacenes del Equipo de Trabajo Zonal Trujillo, dentro del plazo indefectible de diez (10) días, previa coordinación con las áreas competentes de la Institución, bajo apercibimiento de proceder conforme a los procedimientos previstos en la normativa de Contrataciones Estatales, en caso de incumplimiento.


Que, en respuesta a ello, la empresa BYS S.A.C a través de la Carta S/N fecha 26 de abril de 2011, refiere que, con el fin de proceder con la entrega del producto, requerirán la suscripción de una adenda; asimismo, refieren que para dicha entrega les tomará un tiempo de 55 días, argumento que demostraría que la empresa no cumpliría con la entrega del producto dentro del plazo requerido.

Que, la Gerencia de UGATSAN, mediante Memorando N° 1284-2011-MIMDES-PRONAA/UGATSAN, de fecha 06 de mayo de 2011, determina que, de la comparación efectuada por el personal técnico del Equipo de Control de Calidad, en los parámetros de calidad de los productos Conserva de Anchoveta en salsa de tomate Oval versus la conserva de anchoveta en salsa de tomate Tall, existe una diferencia en el peso escurrido entre el producto de 280gr. y el producto de 240 gr., así como la



presión al vacío, cuyo valor mínimo deberá ser de 2 pulgadas de Hg a mínimo 3 pulgadas de Hg; sin embargo, un mayor nivel de vacío garantiza la estabilidad del producto a diferentes niveles altitudinales; siendo así, se ha considerado para la presentación tipo Tall, el peso escurrido de 240 gr., toda vez que en la Ficha Técnica de Conserva de Anchoveta en salsa de tomate, vigente y colgada en el OSCE, se consigna este parámetro para la presentación Tall.

Que, bajo ese contexto, la UGATSAN señala que: "No existe producto con 280 gr de peso neto que cumpla con la ficha técnica aprobada N° A50121538. concluyendo que por dichos fundamentos, la empresa pesquera BYS S.A.C deberá de entregar el producto "Conserva de Anchoveta en Salsa de Tomate (1 LibraTall) de 240 gr. de peso escurrido", según el siguiente detalle:

Diferencias entre lata Oval (280 gr) y lata Tall (240 gr.)

PRODUCTO	Nº	PESO	TM (Peso)	PESO	TM (Peso)
Entero en salsa de Conserva de	693,645	0.425	294.799125	0.28	
	693,645	0.425	294.799125	0.24	
Diferencia			0.000000		27.745800(

Tal como se aprecia en el cuadro precedente, el PRONAA se vería perjudicado en 27.745800 TM. del producto por el peso neto (*), motivo por el cual, es necesario que se considere las siguientes cantidades:

PRODUCTO	Nº	PESO	TM (Peso)	PESO	TM (Peso)
Conserva de	693,645	0.425	294.799125	0.24	166.474800
Diferencia de	115,608	0.425	49.133400	0.24	27.745920
Total por	809,253		343.932525		194.22072

Ante lo determinado por el área técnica de UGATSAN, la Unidad Administrativa mediante Carta N° 300-2011-MIMDES-PRONAA-UAD de fecha 16 de mayo de 2011, comunicó a la empresa BYS S.A.C. lo siguiente:

"En un primer término la Institución deja sin efecto la Carta N° 251-2011-MIMDES-PRONAA notificada a su representada el 20 de abril de 2011, a través del cual se acepta la propuesta de cambio de presentación de producto".

Asimismo, para la entrega del producto, la Unidad Administrativa propuso lo siguiente:

Su representada deberá proceder con la entrega de 194.220720 TM en producto cárnico (peso neto), equivalentes a 343.932525 TM de peso bruto, en 809,253 Latas de Conserva de Anchoveta en Salsa de Tomate de 1 libraTall 425gr, en razón a garantizar la equidad entre el

justiprecio y el volumen del producto de acuerdo a la Ficha Técnica aprobada por el OSCE

Su representada deberá precisar a cuánto asciende el descuento correspondiente a la presentación de Oval a Tall, toda vez que, el tipo de presentación Tall, resulta más económico.

Que EL PRONAA hace llegar la citada propuesta, en razón que la Institución, ha procedido a comparar los parámetros de calidad de los productos Conserva de Anchoveta en salsa de Tomate presentación Oval, versus la Conserva de Anchoveta en Salsa de Tomate Presentación Tall, concluyendo que existe diferencia en el peso escurrido de 280 gr a 240 gr., la presión de vacío mínimo 2 pulgadas de Hg a mínimo 3 pulgadas de Hg, sin embargo, un mayor nivel de vacío garantiza la estabilidad del producto a diferentes niveles altitudinales.

Asimismo, se mencionó que en la propuesta se ha considerado la presentación tipo Tally el peso escurrido de 240 gr., toda vez que en la Ficha Técnica N° A50121538 de Conserva de Anchoveta en Salsa de Tomate, vigente y colgada en el OSCE, se consigna este parámetro para la presentación Tall, más no existe un producto con 280 gr de peso neto que cumpla con la Ficha Técnica aprobada, en ese sentido, la empresa BYS S.A.C debía entregar el producto "Conserva de Anchoveta en Salsa de Tomate (1 LibraTall) de 240 gr. de peso escurrido" conforme al siguiente detalle:

PRODUCTO	Nº	PESO	TM (Peso	PESO	TM (Peso
	LATASBRUTO	gr.	Bruto)	NETO	gr.
Conserva de	693.645	0.425	294.799125	0.24	166.474800
Diferencia de	115,608	0.425	49.1334(X)	0.24	27.745920
Total por	809.253		343.932525		194.22072

La empresa BYS S.A.C, en repuesta a las citadas propuestas, mediante Carta S/N recepcionada el 24 de mayo de 2011 manifiesta en el punto 4) de! documento de la referencia lo siguiente:

"Asimismo, con relación a lo señalado en su comunicación que debemos entregar 809,253 Latas (haciendo un total de 115,608 latas de más con relación a la cantidad de producto que se encuentra pendiente de entrega) debemos precisar que ello significaría que les entreguemos el producto a menos de nuestros costos de producción, lo cual es económicamente inviable, toda vez que entregariamos mayor cantidad de producto, tanto en peso neto (425 Gr. x lata) y en peso escurrido (280 Gr x Lata), adicionalmente tendríamos que asumir los gatos de certificación, transporte, financieros y además, el descuento ofrecido asciende al 5%. conllevándonos la suma de todos estos conceptos a perdida. Sobre el particular, téngase presente que como empresa privada, los contratos los celebramos - para obtener una utilidad, y en el

presente caso, estaríamos asumiendo una pérdida considerable, que no podríamos solventar (...)"

Asimismo, en el punto 6) del citado documento señala:

"Nuestra voluntad como empresa es cumplir con la entrega del producto pero como entenderán debido a la coyuntura económica que atraviesa el sector pesca donde los insumos para procesar conservas se han incrementado considerablemente no nos permitirá poder entregar las conservas en las condiciones que Uds. Proponen en su carta de la referencia."

Finalmente, reiteran la propuesta efectuada por parte de la empresa BYS S.A.C, referido al cambio del producto de la cantidad de 693,645 latas de Oval Entero de Anchoveta en Salsa de Tomate, equivalente a 294.80 T.M sobre la cual está referido el Laudo Arbitral, por la cantidad 693,645 latas equivalente a la misma tonelada métrica de 294.80 en presentación Tall 1 Ib x 24 Entero de Anchoveta en Salsa de Tomate x 425 Gr, el cual considera además, un descuento del 5% sobre el valor del producto pendiente de entrega ascendente a S/. 94,335.72.

Que, esta situación fue hecha de conocimiento al área técnica de UGATSAN mediante Memorando N° 1082-2011-MIMDES-PRONAA-UAD del 27 de mayo de 2011, quien a través del Memorando N° 1519-2011-MIMDES-PRONAA/UGATSAN de fecha 02 de junio de 2011, considera que el hecho de recibir las 693,645 latas de 1 libraTall de Conserva de Anchoveta en Salsa de Tomate, **representaría un perjuicio económico a la Institución**, y que en vista al tiempo transcurrido, podría haber la posibilidad que la empresa cuente con disponibilidad del producto en presentación Oval y, teniendo en cuenta que, en la actualidad la Ficha Técnica del producto Conserva de Anchoveta en salsa de tomate en presentación de 1 Libra Oval de 425 gr (peso bruto) y 280 gr (peso neto) se encuentra aprobada en el portal del SEACE, **recomienda solicitar a la empresa BYS S.A.C que entregue el producto Conserva de Anchoveta en salsa de Tomate el 1 libra Oval de 425 gr. por la cantidad e 693,645 latas equivalente a 294.799125 TM, cuya entrega del producto se debe realizar indefectiblemente en una sola entrega y hasta 20 días, en cumplimiento a lo señalado en la secunda disposición del laudo arbitral.**

Que, en observancia a lo recomendado por el área de UGATSAN, la Unidad Administrativa mediante Carta Notarial N° 025-2011-MIMDES-PRONAA-UAD notificada el 07 de junio de 2011 a la empresa BYS. S.A.C, se le comunica que, en tanto su representada ha rechazado nuestra propuesta y considerando que el cumplimiento de lo resuelto en el Laudo Arbitral está referido a la entrega de producto Conserva de Anchoveta en Salsa de Tomate presentación de 1 libra Oval de 425 gr (peso bruto) y 280 gr (peso neto), características que en la actualidad se encuentran aprobadas mediante la Ficha Técnica aprobada en el portal del SEACE, **se le otorga un plazo de veinte (20) días para que cumpla con la entrega del producto**

establecido en el Laudo Arbitral, bajo apercibimiento de resolver el contrato, y ejecutar las acciones que de ella deriven de acuerdo a Ley.

Sin embargo, la empresa BYS S.A.C mediante Carta Notarial S/N notificada el 14 de junio de 2011, remite la misiva la PRONAA, aduciendo que **la Institución mantiene un pago pendiente a su representada por el importe de S/.75,072.00, referida a la Factura N° 003-000779 (Guía de remisión N° 004000649) por concepto de entrega de la cantidad de 27,600 latas de Conservas de Anchoveta en Salsa de Tomate**, en virtud a la ejecución del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA, ítem 28 - Equipo de Trabajo Zonal Trujillo, **otorgando a la Institución un plazo de 03 días, para proceder con dicho pago, bajo apercibimiento de resolver el contrato.**

Es así, que con Carta Notarial S/N notificada el 17 de junio de 2011, la empresa BYS S.A.C bajo el argumento que la Institución no cumplió con sus obligaciones, pese a haber requerido el pago de factura N° 003-000779, **proceden con resolvemos el Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA.**

Que, en respuesta a las Cartas Notariales descritas precedentemente, la Unidad Administrativa con Carta Notarial N° 027-2011-MIMDES-PRONAA-UAD notificada el 24 de junio a la empresa BYS S.A.C, le comunica lo siguiente:

"Respecto el Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA, debemos Libra Oval - 425 gr (612,289 latas por el ítem 24- Equipo de Trabajo Zonal Puno y 721,245 por el ítem 28- Equipo de Trabajo Zonal Trujillo)".


"Asimismo, en lo correspondiente al "Plazo de Entrega" la Cláusula Quinta del Contrato 023-2009-MIMDES-PRONAA, señala: **Primera entrega:** hasta los cuarenta (40) días, después de la firma del contrato, esto es, hasta el **05 de julio de 2009**. Respecto a la **Segunda entrega:** se realizará Inmediatamente después de la primera entrega, hasta los cuarenta (40) días".


*"Con fecha **16 de julio del 2009**, de acuerdo a lo descrito en la Guía de Remisión N° 004-000649, corroborado con la NEA N°04-00000318 la misma que cuenta con sello y firma del Especialista de Almacén, se dejó constancia que parte dicho producto "Conserva de Anchoveta" se recepcionó fuera del plazo es decir con **once (11)** días de retraso, conforme al procedimiento establecido en el artículo 165º del "Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado", por lo que, de acuerdo a la fórmula aplicada por el Equipo de Trabajo de Logística de la Unidad Administrativa, dicha empresa proveedora incurrió en una penalidad máxima de 10% del ítem que debió ejecutarse debiéndosele aplicar la penalidad equivalente a **S/. 140,165.68**, (10% de S/. 1'401,656.80) monto superior a lo solicitado por la empresa BYS S.A.C de S/.75,072.00, situación determinante, para señalar que **la Institución no adeuda pago alguno a su representada**, desvirtuando en este extremo la presunta obligación que su representada atribuye a la Institución". (El subrayado es nuestro)*



"De otro lado, cabe manifestarle que la Institución le ha concedido a través de la Carta Notarial N° 025-2011-MIMDES-PRONAA-UAD un plazo de veinte (20) días para que cumpla con la entrega del producto establecido en el Laudo Arbitral, esto es, la cantidad de 693,645 latas del producto Conserva de Anchoveta en Salsa de Tomate presentación de 1 libra Oval de 425 gr (peso bruto) y 280 gr (peso neto), características que en la actualidad se encuentran aprobadas mediante la Ficha Técnica aprobada en el portal del SEACE, bajo apercibimiento de resolver el contrato".

"Su actuar, de proceder con la resolución de contrato, nos hace presumir que es un pretexto injustificado para liberarse de su obligación de entrega del producto ordenado mediante Laudo Arbitral y de acuerdo a la características establecidas en las condiciones contractuales, obligación que ha sido requerida mediante el documento descrito precedentemente, y cuyo plazo de entrega se vence indefectiblemente **el 27 de junio de 2011**, procedimiento que si se encuentra enmarcado en el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones Estatales".

Situación que llevó a proceder a la Unidad Administrativa, con la devolución de la Carta Notarial presentada por la empresas BYS S.A.C y recepcionada por el PRONAA el 17 de junio de 2011, en donde la empresa en mención procede con la resolución del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA, teniéndose como no presentada.

En respuesta a ello, la empresa BYS. S.A.C mediante Carta Notarial notificada el 28 de junio de 2011, rechazan el contenido de nuestra comunicación y reiteran que el Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA ha quedado resuelto por incumplimiento de obligación esencial de pago, considerando nula la aplicación de penalidad y cualquier requerimiento de entrega de producto, así como, solicitan la liberación de su Carta Fianza.

Cabe resaltar que la empresa BYS, mantiene en vigencia la Carta Fianza N° 001-02095-9800017885-39 hasta el 07 de febrero de 2012, por un monto de 196,178.64 Nuevos Soles.

Al respecto, Asesoría Legal considera que la empresa proveedora BYS. S.A.C se encuentra en la obligación de entregar la cantidad de 693,645 latas equivalentes a 294.799. 125 TM, del producto Conserva de Anchoveta en salsa de Tomate el 1 libra Oval de 425 gr. (Peso Bruto) v 280 gr (Peso Neto)en razón a garantizar la equidad entre el justiprecio y el volumen del producto de acuerdo a la Ficha Técnica aprobada por el OSCE y cuya entrega del producto se debe realizar indefectiblemente en una sola entrega y hasta 20 días, en cumplimiento a lo señalado en la segunda disposición del Laudo Arbitral.

Razón por la cual, mediante Carta Notarial N° 025-2011-MIMDES-PRONAA-UAD, notificada el 07 de junio de 2011, se requirió a la empresa BYS S.A.C en cumplimiento de lo establecido en el Laudo Arbitral, la entrega del mencionado producto en un plazo de 20 días, el mismo que venció el 27 de junio de 2011, sin el cumplimiento oportuno por parte de la empresa antes señalada.

Al respecto, en el artículo 67º correspondiente a la "Ejecución Arbitral", del Decreto Legislativo N° 1071 "Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje" señala lo siguiente:

"A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable".

"Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución"

Así también, el artículo 68º correspondiente a la Ejecución Judicial del Laudo Arbitral señala:

"La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral".

"La autoridad judicial, por el sólo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada"


"La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo".


Siendo así, consideramos necesario que la Procuraduría Pública del MIMDES, proceda dentro de sus facultades, con la ejecución judicial, de ser el caso, del Laudo Arbitral dispuesto por el Tribunal Arbitral ya que a la fecha, la empresa proveedora no ha cumplido con la entrega efectiva y oportuna del producto "Conserva de Anchoveta" establecidas en la Ficha Técnica N° A50121538 aprobada por el OSCE y dispuesta en el Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA.

Asimismo, respecto a la Carta Notarial S/N notificada el 17 de junio de 2011, mediante el cual la empresa BYS S.A.C procede con resolver el Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA debido a que, aparentemente el PRONAA, no cumplió con sus obligaciones contractuales, pese a que la empresa habría requerido el pago a través de la factura N° 003-000779, debemos precisar que, tal como lo indica el Equipo de Trabajo de Logística de la Unidad Administrativa, de acuerdo a la Cláusula Quinta del Contrato 023-2009-MIMDES-PRONAA, señala: Primera entrega: hasta los cuarenta



(40) días, después de la firma del contrato, esto es, hasta el 05 de julio de 2009, no obstante ello, con fecha 16 de julio del 2009, de acuerdo a lo descrito en la Guía de Remisión N° 004-000649, corroborado con la NEA N°04-00000318la misma que cuenta con sello y firma del Especialista de Almacén, se dejó constancia que parte dicho producto "Conserva de Anchoveta" se recepcionó fuera del plazo es decir con once (11) días de retraso, por lo que, de acuerdo a la fórmula aplicada por el Equipo de Trabajo de Logística de la Unidad Administrativa, dicha empresa proveedora incurrió en una penalidad máxima de 10% del ítem que debió ejecutarse debiéndosele aplicar la penalidad equivalente a SI. 140,165.68, (10% de SI. 1'401,656.80) monto superior a lo solicitado por la empresa BYS S.A.C de S/.75.072.00, situación determinante, para señalar que la Institución no adeuda pago alguno a su representada,desvirtuando en este extremo la presunta obligación que su representada atribuye a la Institución.

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA EFECTUADA POR LA CONTRATISTA

Mediante escrito presentado con fecha 12 de agosto de 2011, LA CONTRATISTA contestó la demanda arbitral interpuesta por LA ENTIDAD.



EL CONTRATISTA sustentó su contestación de demanda en lo siguiente:

Sobre la pretensión principal

Que se declare la invalidez y/o ineficacia de la resolución de contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA efectuada por PESQUERA B Y S S.A.C. mediante carta notarial presentada el 17 de junio de 20011.



Que, de la revisión de la demanda, se aprecia que no desarrolla claramente las razones por las cuales considera que la resolución de contrato efectuada por nuestra representada sería nula. No indica cual es el artículo de la Ley o el Reglamento que hemos quebrantado, y ello en razón de que la demanda remitida se pasa de la página 05 a la página 10, lo cual restringe nuestro derecho de defensa.

Lo cierto es que en el marco del Contrato N° 023-2009, nuestra representante efectuó una entrega el 16 de julio de 2009 al PRONAA Trujillo, bienes que fueron aceptados sin observación alguna por parte del personal del PRONAA.

Posteriormente, el 19 de agosto de 2009, presentamos nuestra factura N° 003-000779 por el importe de S/. 75,072.00 Nuevos Soles, respecto de la cual, no te dieron trámite al pago.



Es así que les hemos requerido el pago en varias oportunidades, sin embargo nunca hubo una respuesta al respecto por parte del PRONAA. En efecto, mediante carta de fecha 16 de diciembre de 2010, les requerimos el pago, sin que nos respondan al respecto.

Ante la falta de respuesta a nuestro requerimiento de pago, mediante carta notarial remitida el 03 de junio de 2011, les volvimos a requerir el pago, bajo apercibimiento de resolución de contrato, en tanto que habían transcurrido más de 22 meses sin que hayan cumplido con el pago ni tampoco haber brindado respuesta alguna a nuestro requerimiento. Igualmente, en dicha oportunidad, tampoco hubo respuesta alguna, menos una mención a que no procedía el pago por aplicación de penalidades.

Ante este arbitrario desconocimiento de la obligación de pago, al amparo del artículo 40º literal c) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el artículo 169º de su Reglamento, mediante carta notarial notificada el 14 de junio de 2011, les concedimos un último plazo de tres (03) días, para que cumplan con sus obligaciones esenciales de pago, o de lo contrario, resolveríamos el contrato, pero tampoco hubo respuesta.

Nuevamente, no hubo respuesta alguna del PRONAA, y ante la arbitrariedad, nos vimos en la necesidad de resolver el contrato, sustentado esta resolución en la normativa aplicable al presente caso, habiendo efectuado un requerimiento, reiterado el mismo, vuelto a requerir bajo apercibimiento de resolución y finalmente, ante la falta de respuesta, ante el silencio absoluto sobre este requerimiento, nos hemos visto obligados a resolver el contrato.

Solicitamos se tenga presente que el PRONAA no respondió a nuestros requerimientos y recién cuando hemos resuelto el contrato, nos remitió la carta N° 027-2001-MIMDES- PRONAA el pasado 24 de junio, en la que luego de resuelto el contrato, por primera vez, nos responde y hace referencia a una penalidad aplicada a nuestra representada por la suma de S/. 140,165.58 Nuevos Soles, que sería un monto superior al reclamado por nosotros (S/. 75,072.00), por lo que, sostiene que no nos debe nada.

Cabe señalar que esta penalidad nunca fue imputada a nuestra representada, no habiendo requerimiento alguno de la demandada ni imputación de retraso al momento de la entrega.

Además, debe tenerse presente que conforme al laudo arbitral notificado el 01 de febrero de 2011, las entregas debían ser reprogramadas, por lo que, no existió atraso alguno. Más aún, cuando hubo una arbitraria actitud de los funcionarios del PRONAA para la recepción, conforme quedó acreditado con el laudo arbitral.

Asimismo, resulta evidente que esta imputación de penalidad, es extemporánea y con el único fin de justificar la negativa al pago por parte del PRONAA, quien su arbitrario proceder nos ha perjudicado desde la celebración del contrato.

Asimismo, la devolución de la carta de resolución de contrato efectuada por la demandante, no tiene ningún efecto legal, tal es así que el PRONAA ha presentado su demanda arbitral, reconociendo de ese modo que nuestra representada en aplicación del marco legal ha resuelto el vínculo contractual, por lo que, se ve en la necesidad de aplicar los mecanismos contractuales de solución de controversias. En tal sentido, queda demostrado que la resolución de contrato efectuada por nuestra representada es válida, pues ante el incumplimiento de una obligación esencial (pago) de parte del PRONAA, requerimos el pago, apercibimos bajo resolución de contrato y finalmente, ante la indiferencia absoluta, tuvimos que resolver el contrato conforme al marco legal aplicable, por lo que, solicitamos se declare infundada la primera pretensión de la demanda.

Sobre la segunda pretensión principal
Que se declare la resolución del contrato conforme a lo establecido en el numeral 8.2 de la cláusula octava del Contrato 023-2009-MIMDES-PRONAA por causal atribuible a PESQUERA B Y S S.A.C.

El PRONAA solicita que se aplique la cláusula 8.2 del Contrato que establece:

"El contrato podrá ser resuelto por las siguientes causales:
8.1 Por mutuo acuerdo debido a causas no atribuibles a las partes.
8.2 Por incumplimiento injustificado de cualquiera de las partes de las obligaciones contractuales legales o reglamentarias estipuladas en este Contrato, previo requerimiento mediante carta notarial para el cumplimiento de las obligaciones pactadas."

Esta cláusula habla de incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales o reglamentarias, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, pues es el PRONAA el que ha incumplido con lo establecido en el laudo arbitral notificado el 01 de febrero de 2011, el cual establece que para continuar con la ejecución del contrato el PRONAA debe cumplir con sus directivas internas, lo cual no ha ocurrido. Al respecto, el laudo arbitral claramente establece:

"En el presente caso: lo que se ha declarado es la nulidad de la resolución del contrato, más no así el contenido de los

boletines de control de calidad. Sin embargo, se ha advertido que estos boletines presentan información que no resulta objetiva o clara, por lo que resulta necesario proceder conforme el mecanismo establecido en la Directiva Interna del PRONAA.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral no puede desconocer la existencia de este mecanismo contractual, por lo que lo que corresponde es que se continúe con la ejecución del CONTRATO y que el PRONAA cumpla con lo establecido en el extremo antes citado de su Directiva Interna.

Ahora bien, cabe señalar que la factibilidad de realizar dicha prueba no ha sido cuestionada en el presente proceso, no existiendo medio probatorio que demuestre que el hecho de que PESQUERA haya retirado los lotes observados del almacén del PRONAA en Trujillo, signifique que esta evaluación no pueda ser realizada.

Queda claro para el Tribunal Arbitral, que lo único que puede disponer es que se proceda conforme lo establece el CONTRATO para la recepción de los productos con atención a lo establecido en la Directiva Interna del PRONAA sobre la contratación de una entidad competente que pueda emitir un certificado de calidad y esté reconocida por INDECOP, a fin de que, en base a dicho resultado, se confirme el cambio de cajas o el rechazo del lote.

La realización de esta evaluación está comprendida dentro de la recepción que corresponde efectuar y es lo único que puede disponer el Tribunal Arbitral en atención al marco legal y contractual del presente caso. En tal sentido, la culminación de la recepción y la emisión de la conformidad solo procederá a resultas de la evaluación antes indicada, extremos sobre los cuales el Tribunal Arbitral no puede pronunciarse.

En la misma forma, respecto de la segunda entrega, si bien ha quedado acreditado la preexistencia de los lotes que forman parte de la misma, el Tribunal Arbitral solo puede disponer que se proceda a la recepción de estos bienes conforme a la Directiva Interna del PRONAA, no estando facultado a ordenar que el PRONAA proceda a su recepción y emita conformidad respecto a bienes que no han sido aún analizados.

Considerando que los productos a ser analizados por una entidad competente reconocida por el INDECOP, son productos alimenticios para el consumo humano, este Tribunal Arbitral considera que la certificación necesariamente deberá pronunciarse sobre la actitud de los productos para su consumo hasta la fecha de vencimiento de los mismos.

En tal sentido, se declara fundada en parte esta pretensión, precisándose que solo procede la recepción de los bienes de la primera y segunda entregas en estricto cumplimiento de lo establecido en la Directiva Interna de PRONAA N° 001-2005-GT-PRONAA."

El laudo arbitral ha quedado consentido y es firme, tiene el valor de una sentencia y vincula a las partes, quienes se encuentran obligadas a su cumplimiento. De la lectura del extremo antes citado, claramente se aprecia que la reanudación del contrato pasaba por una acción del PRONAA que no ha sido cumplida, por lo que, no puede alegar que somos nosotros quienes hemos incumplido nuestras obligaciones contractuales y el laudo arbitral.

Además, el PRONAA no ha cumplido con el procedimiento de apercibimiento de resolución de contrato establecido en el artículo 40º literal c) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el artículo 169º de su Reglamento, por lo que, no es posible que pretenda que el Tribunal Arbitral, por encima de lo establecido en la ley aplicable resuelva el contrato sin tener presente los procedimientos legales, lo cual si ha sido respetado por BYSA.

Sobre la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal
Que se ejecute la carta fianza de fiel cumplimiento N° 0011-0295
98000017885-39, emitida por el Banco Continental por el monto de
S/. 196,178.64 de PESQUERA B Y S S.A.C.

Habiendo quedado demostrado que no es procedente la resolución de contrato solicitada por el PRONAA, tampoco es procedente la ejecución de la carta fianza.

Al respecto, la carta fianza solo podrá ser ejecutada en los siguientes supuestos, conforme el artículo 164º del Reglamento:

Las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos:

1. Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.

Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado.

2. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la

resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

3. Igualmente, la garantía de fiel cumplimiento y, de ser necesario, la garantía por el monto diferencial de propuesta, se ejecutarán cuando transcurridos tres (3) días de haber sido requerido por la Entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o en la liquidación final del contrato debidamente consentida o ejecutoriada, en el caso de ejecución de obras. Esta ejecución será solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista." (resaltado agregado)

Conforme esta norma, solo procederá la ejecución de la carta fianza, si es que la resolución de contrato efectuada por la Entidad es confirmada por el laudo arbitral.

En el presente caso, la Entidad no ha resuelto el contrato y no es procedente que solicite que sea el Tribunal Arbitral quien lo resuelva sin tener en cuenta los procedimientos establecidos en la Ley y Reglamento de Contrataciones con el Estado sobre dicha materia, por lo que, esta pretensión, es contraria a derecho, no existiendo motivo legal alguno para que, en este proceso, y conforme a las pretensiones de la demanda, se disponga la ejecución de la carta fianza.

En tal sentido, solicitamos se declare infundada esta pretensión.

Asimismo, dejamos constancia que no hemos sido notificados con las páginas 06 a 09 de la demanda, en donde probablemente la demandante haya efectuado alguna fundamentación de esta pretensión, por lo que, deberá subsanarse esta omisión que transgrede nuestro derecho de defensa.

Sobre la tercera pretensión principal

Que se declare procedente la aplicación de la penalidad por parte del PRONAA, por incumplimiento injustificado del plazo de entrega, conforme al numeral 6.1 y 6.2 de la cláusula sexta del contrato 023-2009-MIMDES-PRONAA, equivalente a S/. 140,165.58 Nuevos Soles.

El PRONAA sostiene que conforme lo establecido en las cláusulas 6.1 y 6.2 del Contrato, debe aplicarse a nuestra representada la penalidad equivalente a S/.140,165.58 Nuevos Soles.

Esta penalidad es improcedente. Al respecto, las cláusulas contractuales citadas por la demandante, indican:



6.1 En el supuesto que EL CONTRATISTA no cumpliera con entregar el producto alimenticio en el plazo establecido en el presente Contrato, el PRONAA aplicará una penalidad por cada día calendario de retraso, calculado de acuerdo a la formula establecida en el articulo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

6.2 La aplicación de las penalidades del numeral 6.1 será hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual de la entrega. La suma que resulte de la aplicación de esta penalidad, será detraída de la garantía respectiva. Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad (10% del monto del contrato), EL PRONAA podrá resolver el contrato por incumplimiento."

Como se puede apreciar, estas cláusulas del contrato, lo que establecen es que la penalidad se descuenta de la garantía respectiva, no de los pagos parciales que deba efectuar la Entidad, por lo que, el argumento del PRONAA por el que pretende desconocer el pago de la suma adeudada aplicando una penalidad inexistente no tiene respaldo contractual, pues el contrato, ha establecido que las penalidades se descuentan de la garantía.

Por otro lado, esta penalidad resulta improcedente en los términos del articulo 165° del Reglamento:

"Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

(...)"

La norma claramente establece que para aplicar una penalidad debemos estar frente a un incumplimiento injustificado de las obligaciones del contratista.

En el presente caso, la demora en la entrega imputada por la demandante, no debería tener justificación alguna para que proceda la aplicación de una penalidad, sin embargo ello no fue así, conforme quedó acreditado en el proceso arbitral seguido entre ambas partes.

En el proceso arbitral seguido con el PRONAA, quedo acreditado que a partir del 26 de junio de 2009, nuestras unidades ingresaron en los almacenes del E.Z. Trujillo y luego de la evaluación de control de calidad se procedió a descargar una unidad de transporte con 60,000 latas, en el muestreo de una segunda unidad se detecto una lata hinchada por lo cual, los funcionarios del PRONAA emitieron boletín de rechazo para ambas unidades.

Sin perjuicio de ello, con la conformidad de control de calidad del E.Z. Trujillo, hasta el 06 de julio fueron ingresados a sus almacenes 185,664 latas de conservas, no obstante, el día 07 de julio, dichos lotes fueron muestreados nuevamente y fueron rechazados indicando que había presencia de latas con problemas de cierre emitiéndose para tal caso boletín de rechazo.

Estos hechos han sido analizados en el anterior proceso arbitral, habiéndose determinado que fue el arbitrario proceder de los funcionarios del PRONAA lo que impidió culminar la entrega del producto, por lo que, cualquier imputación de atraso, esta largamente justificada, conforme ha quedado acreditado en el proceso arbitral.

El laudo además, ha establecido que: "respecto de la aplicación de penalidades, estas serán procedentes cuando se produzcan retrasos injustificados en la entrega de los bienes que deberán ser reprogramados en ejecución del presente laudo."

En tal sentido, no resulta aplicable a BYS S.A.C. la penalidad que demanda el PRONAA, pues fue el arbitrario proceder de sus funcionarios lo que originó la controversia y por ende, cualquier imputación de atraso es ajena a nuestra responsabilidad, conforme quedo acreditado en el laudo arbitral.

Sobre la cuarta pretensión

Que, se ordene a PESQUERA B Y S S.A.C. a pagar una indemnización ascendente a S/.1'401,656.80 Nuevos Soles.

Esta pretensión resulta improcedente pues para que se determina que corresponde una indemnización a favor del PRONAA, esta debe acreditar el daño y la cuantía del mismo conforme lo establece los artículos 1329°, 1331° y siguientes del Código Civil, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

Asimismo, al no haber sido notificados con la demanda completa, vemos recortado nuestro derecho de defensa para poder desvirtuar puntualmente, esta pretensión, razón por la cual solicitamos se nos

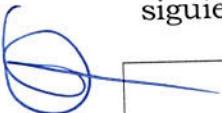
notifique con la demanda completa a fin de poder absolverla en forma debida.

Sobre la quinta pretensión
Que se condene a PESQUERA B Y S S.A.C. al pago de los costos y costas del proceso.

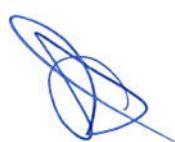
Estando a los argumentos expuestos, es claro que esta pretensión es improcedente y por el contrario es el PRONAA, quien debe asumir el pago de las costas, costos y gastos arbitrales generados con la tramitación de este expediente.

III. AUDIENCIA DE INSTALACION, DETERMINACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 21.05.2012, Y 20.08.2012 se procedió a instalar el Tribunal Arbitral, conformado por los señores árbitros Alejandro Alvarez Pedroza en su calidad de Presidente del Tribunal, y los doctores José Rafael BlossiersMazzini y Edwin Giraldo Machado en su calidad de árbitros; Tribunal los cuales fueron designados de la siguiente forma:



Nombre	Tribunal Arbitral	Designación
- Alejandro Alvarez Pedroza	Presidente	Designado por el OSCE
- Edwin Giraldo Machado	Arbitro	Designado por el Contratista
- JoseBlossiersMazzini	Arbitro	Designado por la Entidad



Posteriormente, y debido a la renuncia presentada por el Dr. Edwin Giraldo Machado; el Contratista, designó al árbitro a fin que este sustituya al Dr. Machado. Es por ello que mediante escrito presentado el 24 de setiembre de 2012, Pesquera B Y S S.A.C. designó como árbitro sustituto a la Dra. Tatiana Sotomayor Torres, de lo cual, se dejó constancia en la Resolución N° 06 de fecha 14 de enero de 2013.

Asimismo, el Tribunal Arbitral, luego de revisar lo expuesto por las partes en los escritos de Demanda -presentado en fecha 11 de julio de 2011- de Contestación de Demanda y ReconvenCIÓN -presentado en fecha 19 de setiembre de 2011-, así como del escrito presentado por el Contratista en fecha 24 de agosto de 2011, y de Absolución de



Contestación de Demanda y Reconvención presentado en fecha 19 de setiembre de 2011 por la Entidad; fija como Puntos Controvertidos los siguientes:

Con relación a la Demanda:

1. Determinar si corresponde o no declarar la invalidez y/o ineficacia de la resolución parcial del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA formulada por el Contratista mediante Carta Notarial de fecha 17 de junio de 2011.
2. Determinar si corresponde o no declarar la resolución del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA por incumplimiento injustificado de obligaciones atribuible al Contratista.
3. Determina si, como consecuencia de lo decidido respecto al punto controvertido señalado en el numeral 2, corresponde o no la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento N° 0011-0295-9800017885-39, emitida por el Banco Continental por el monto de S/. 196,178.64.
4. Determinar si corresponde o no que la Entidad aplique al Contratista una penalidad ascendente a la suma de S/. 140,165.68 debido al presunto incumplimiento injustificado en el plazo de entrega.
5. Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista pague una indemnización a favor de la Entidad por el monto de SI. 1'401,656.80 por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral.
6. Determinar si corresponde o no ordenar que el Contratista pague las costas y costos del presente proceso arbitral.

Con relación a la Reconvención:

7. Determinar si corresponde o no ratificar la resolución del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA formulada por el Contratista mediante Carta Notarial de fecha 17 de junio de 2011.
8. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que pague al Contratista la Factura N° 003-000779 por el importe de SI. 75,072.00, más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.
9. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad proceda a devolver al Contratista la garantía de fiel cumplimiento.
10. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad pagar a favor del Contratista una indemnización por daños y perjuicios ascendente a la suma de S/. 500.000.00.
11. Determinar si corresponde no ordenar que la Entidad pague las costas y costos del presente proceso arbitral.

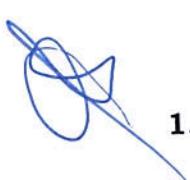
El Tribunal Arbitral dejó constancia que los puntos controvertidos fijados derivan del acuerdo expreso de las partes.

IV. ADMISIÓN DE PRUEBAS

En la misma Audiencia, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los siguientes medios probatorios ofrecidos:

1.1 Medios Probatorios ofrecidos por LA ENTIDAD:

- La Entidad precisa que el medio probatorio ofrecido en el numeral 4.20 de su escrito de Demanda es Memorando N° 544-2011-MIMDES-PRONAA-UGATSAN, y no el Memorando N° 594-2011-MIMDES-PRONAA-UGATSAN.
- Luego de esta precisión, se admiten los medios probatorios ofrecidos por la Entidad en su escrito de Demanda -presentado en fecha 11 de julio de 2011- señalados en el acápite IV denominado "MEDIOS PROBATORIOS", signados en los numerales 4.1, 4.2 y del 4.4 al 4.27.

El Tribunal Arbitral otorga a la Entidad el plazo de cinco (05) días hábiles para que remita una copia completa del medio probatorio signado en el numeral 4.3 (laudo arbitral) a efectos de ser admitido, bajo apercibimiento de prescindirse del mismo.
- Se admiten los medios probatorios ofrecidos en el escrito N° 02 "Absuelve Contestación de Demanda y Reconvención" - presentado en fecha 19 de setiembre de 2011-, en el acápite III del Primer Otrosi Digo denominado "MEDIOS PROBATORIOS", signados en los numerales 3.1, 3.2 y del 3.4 al 3.25.


1.2 Medios Probatorios ofrecidos por el CONTRATISTA:

- Se admiten los medios probatorios ofrecidos por el Contratista en su escrito de Contestación de Demanda -presentado en fecha 12 de agosto de 2011-, señalados en el acápite VII denominado "Sobre los medios probatorios": cartas de fecha 16 de diciembre de 2010, 3 de junio de 2011 y 13 de junio de 2011.
- Asimismo se admite como medio probatorio la carta notarial de fecha 17 junio de 2011, ofrecido en el escrito presentado en fecha 24 de agosto de 2011.


V. ALEGATOS E INFORMES ORALES

Que, mediante Resolución N^a 09 de fecha 06 de mayo de 2013, se declaró concluida la etapa probatoria resolvió dispensar de la etapa y audiencia de pruebas, otorgándose a las partes el plazo de 5 días para que formulen sus alegatos escritos; asimismo, se cito a Audiencia para la realización de Informes Orales para el día 27 de mayo de 2013.

LA ENTIDAD Y EL CONTRATISTA presentaron sus alegatos escritos el día 21 y 20 de mayo de 2013, respectivamente.

VI. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha 27 de mayo de 2013, se llevó a cabo la Audiencia antes citada, a la cual asistieron ambas partes y expresaron sus argumentos correspondientes.

VII. PLAZO PARA LAUDAR

Con fecha 27 de agosto de 2013, mediante Resolución N^a 12 de fecha 27 de agosto de 2013, se fijó el plazo para Laudar en veinte (20) días, el indicado plazo fue prorrogado mediante Resolución N^a 13 de fecha 04 de octubre de 2013.

~~VIII. VALORACION DE LOS PUNTOS CONROVERTIDOS~~

Con relación a la Demanda:

- 1. Determinar si corresponde o no declarar la invalidez y/o ineficacia de la resolución parcial del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA formulada por el Contratista mediante Carta Notarial de fecha 17 de junio de 2011.**

POSICION DEL PRONAA:

“Con relación a la primera pretensión, La Empresa contratista requiere a la Entidad se le pague la cantidad de S/. 75,072.00 Nuevos Soles por la entrega parcial de 27,600 latas de conserva entregadas para el Item 28 que, ante el incumplimiento de pago

por parte de la Entidad es que, proceden a la resolución del contrato.

Al respecto debemos indicar que la resolución de contrato planteada por la empresa contratista no tiene ningún fundamento, toda vez que, dentro del contrato no se pacto entregas parciales tal como se desprende del inciso 3.2 de la cláusula tercera del contrato; muy por el contrario dentro del contrato se estableció cual era el numero de entregas así como el plazo para cada una de ellas; no habiéndose pactado tampoco pagos parciales de conformidad con lo establecido en el inciso 4.2 de la cláusula cuarta del contrato; por lo que mal podría la empresa contratista pretender el cobro de dicha entrega parcial, cuando en realidad lo pactado para la primera entrega fue la cantidad **de S/. 15,315 latas y no de 27,600 latas.**

El Tribunal deberá evaluar porque la parte demandada en el supuesto negado que le asistía el derecho al pago por la entrega parcial, no lo solicito o requirió a la Entidad en su oportunidad, dentro del plazo establecido en el articulo 180° y 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, mas aun si también pudieron solicitar el pago por la entrega parcial del producto dentro de la primera demanda arbitral presentada por ellos; es indudable que la parte ahora demandada sabía que el Tribunal Arbitral que emitió el Laudo iba a cuestionar tal requerimiento y/o pretensión por cuanto ese pago parcial no estaba pactado en el contrato ni mucho menos establecido en las Bases. Con lo cual queda claro que, al no tener mayores argumentos para justificar su incumplimiento respecto a la entrega del producto ordenada por el Laudo es que, no vieron mejor oportunidad que justificar tal incumplimiento con la pretendida resolución parcial de contrato por falta de pago que es materia de controversia en el presente proceso. Quedando de esta manera demostrado que la empresa contratista no podía cumplir con lo ordenado y con el afán de no verse perjudicada y sancionada por el Organismo Supervisor es que plantea tal resolución de contrato.

Además se debe tener en cuenta que esta entrega se realizo el 16 de julio 2009, esto es con once (11) días de retraso, toda vez que la fecha limite establecida para la primera entrega era el 05 de julio de 2009 y en aplicación de lo dispuestò por el articulo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se procedió a la aplicación de la penalidad automáticamente, ascendente a la cantidad de S/. 140,165.68 (10% de S/. 1'401,656.80) monto total de la primera entrega).

POSICION DE PESQUERA:

Que, de la revisión de la demanda, se aprecia que no desarrolla claramente las razones por las cuales considera que la resolución de contrato efectuada por nuestra representada sería nula. No indica cual es el artículo de la Ley o el Reglamento que hemos quebrantado, y ello en razón de que la demanda remitida se pasa de la página 05 a la página 10, lo cual restringe nuestro derecho de defensa.

Lo cierto es que en el marco del Contrato N° 023-2009, nuestra representante efectuó una entrega el 16 de julio de 2009 al PRONAA Trujillo, bienes que fueron aceptados sin observación alguna por parte del personal del PRONAA.

Posteriormente, el 19 de agosto de 2009, presentamos nuestra factura N° 003-000779 por el importe de S/. 75,072.00 Nuevos Soles, respecto de la cual, no le dieron trámite al pago.

Es así que les hemos requerido el pago en varias oportunidades, sin embargo nunca hubo una respuesta al respecto por parte del PRONAA. En efecto, mediante carta de fecha 16 de diciembre de 2010, les requerimos el pago, sin que nos respondan al respecto.

Ante la falta de respuesta a nuestro requerimiento de pago, mediante carta notarial remitida el 03 de junio de 2011, les volvimos a requerir el pago, bajo apercibimiento de resolución de contrato, en tanto que habían transcurrido más de 22 meses sin que hayan cumplido con el pago ni tampoco haber brindado respuesta alguna a nuestro requerimiento. Igualmente, en dicho oportunidad, tampoco hubo respuesta alguna, menos una mención a que no procedía el pago por aplicación de penalidades.

Ante este arbitrario desconocimiento de la obligación de pago, al amparo del artículo 40º literal c) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el artículo 169º de su Reglamento, mediante carta notarial notificada el 14 de junio de 2011, les concedimos un último plazo de tres (03) días, para que cumplan con sus obligaciones esenciales de pago, o de lo contrario, resolveríamos el contrato, pero tampoco hubo respuesta.

Nuevamente, no hubo respuesta alguna del PRONAA, y ante la arbitrariedad, nos vimos en la necesidad de resolver el contrato, sustentando esta resolución en la normativa aplicable al presente caso, habiendo efectuado un requerimiento, reiterado el mismo, vuelto a requerir bajo apercibimiento de resolución y finalmente,

ante la falta de respuesta, ante el silencio absoluto sobre este requerimiento, nos hemos visto obligados a resolver el contrato.

Solicitamos se tenga presente que el PRONAA no respondió a nuestros requerimientos y recién cuando hemos resuelto el contrato, nos remitió la carta N° 027-2001-MIMDES- PRONAA el pasado 24 de junio, en la que, luego de resuelto el contrato, por primera vez, nos responde y hace referencia a una penalidad aplicada a nuestra representada por la suma de S/. 140,165.58 Nuevos Soles, que sería un monto superior al reclamado por nosotros (S/. 75,072.00), por lo que, sostiene que no nos debe nada.

Cabe señalar que esta penalidad nunca fue imputada a nuestra representada, no habiendo requerimiento alguno de la demandada ni imputación de retraso al momento de la entrega.

Además, debe tenerse presente que conforme al laudo arbitral notificado el 01 de febrero de 2011, las entregas debían ser reprogramadas, por lo que, no existió atraso alguno. Más aún, cuando hubo una arbitraria actitud de los funcionarios del PRONAA para la recepción, conforme quedó acreditado con el laudo arbitral.

Asimismo, resulta evidente que esta imputación de penalidad, es extemporánea y con el único fin de justificar la negativa al pago por parte del PRONAA, quien su arbitrario proceder nos ha perjudicado desde la celebración del contrato.

Asimismo, la devolución de la carta de resolución de contrato efectuada por la demandante, no tiene ningún efecto legal, tal es así que el PRONAA ha presentado su demanda arbitral, reconociendo de ese modo que nuestra representada en aplicación del marco legal ha resuelto el vínculo contractual, por lo que, se ve en la necesidad de aplicar los mecanismos contractuales de solución de controversias.

En tal sentido, queda demostrado que la resolución de contrato efectuada por nuestra representada es válida, pues ante el incumplimiento de una obligación esencial (pago) de parte del PRONAA, requerimos el pago, apercibimos bajo resolución de contrato y finalmente, ante la indiferencia absoluta, tuvimos que resolver el contrato conforme al marco legal aplicable, por lo que, solicitamos se declare infundada la primera pretensión de la demanda.

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

a. Normativa Aplicable para resolver la controversia:

Ley de Contrataciones del Estado:

Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

- a) Garantías: La Entidad establecerá en el contrato las garantías que deberán otorgarse para asegurar la buena ejecución y cumplimiento del mismo.
- b) Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.
- c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

Artículo 44.- Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

En caso de resolución de contrato de obra y de existir saldo de obra por ejecutar, la Entidad contratante podrá optar por culminar la obra mediante administración directa, convenio con otra Entidad o, teniendo en cuenta el orden de prelación, podrá invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra para que manifiesten su intención de realizar el saldo de la misma. El procedimiento será establecido en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.

De no proceder ninguno de los mecanismos antes mencionados, se deberá convocar el proceso de selección que corresponda, teniendo en cuenta el Valor Referencial respectivo.

Reglamento de la Ley:

Artículo 167.- Resolución de Contrato

Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto.

Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169.

Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.

T.U.O de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.

Artículo 33º.- Ejecución del gasto público

La ejecución del gasto público comprende las etapas siguientes:

- a) Compromiso
- b) Devengado
- c) Pago

Artículo 34º.- Compromiso

34.1 El compromiso es el acto mediante el cual se acuerda, luego del cumplimiento de los trámites legalmente establecidos, la realización de gastos previamente aprobados, por un importe determinado o determinable, afectando total o parcialmente los créditos presupuestarios, en el marco de los Presupuestos aprobados y las modificaciones presupuestarias realizadas. El

compromiso se efectúa con posterioridad a la generación de la obligación nacida de acuerdo a Ley, Contrato o Convenio. El compromiso debe afectarse preventivamente a la correspondiente cadena de gasto, reduciendo su importe del saldo disponible del crédito presupuestario, a través del respectivo documento oficial.

“34.2 Los funcionarios y servidores públicos realizan compromisos dentro del marco de los créditos presupuestarios aprobados en el presupuesto para el año fiscal. Las acciones que contravengan lo antes establecido generan las responsabilidades correspondientes.”

Artículo 35.- Devengado

35.1 El devengado es el acto mediante el cual se reconoce una obligación de pago, derivada de un gasto aprobado y comprometido, **que se produce previa acreditación documental ante el órgano competente de la realización de la prestación o el derecho del acreedor**. El reconocimiento de la obligación debe afectarse al Presupuesto Institucional, en forma definitiva, con cargo a la correspondiente cadena de gasto.

35.2 El devengado es regulado en forma específica por las normas del Sistema Nacional de Tesorería.

Artículo 36.- Pago

36.1 El pago es el acto mediante el cual se extingue, en forma parcial o total, el monto de la obligación reconocida, debiendo formalizarse a través del documento oficial correspondiente. Se prohíbe efectuar pago de obligaciones no devengadas.

36.2 El pago es regulado en forma específica por las normas del Sistema Nacional de Tesorería.

Artículo 37.- Tratamiento de los compromisos y los devengados a la culminación del año fiscal

37.1 Los gastos comprometidos y no devengados al 31 de diciembre de cada año fiscal pueden afectarse al Presupuesto Institucional del periodo inmediato siguiente, previa anulación del registro presupuestario efectuado a la citada fecha. En tal caso, se imputan dichos compromisos a los créditos presupuestarios aprobados para el nuevo año fiscal.

37.2 Los gastos devengados y no pagados al 31 de diciembre de cada año fiscal se cancelan durante el primer trimestre del año fiscal siguiente, con cargo a la disponibilidad financiera existente correspondiente a la fuente de financiamiento a la que fueron afectados.

Ley General del Sistema Nacional de Tesorería

EJECUCIÓN FINANCIERA DE LOS GASTOS

Artículo 28.- Del devengado

28.1 El devengado es el reconocimiento de una obligación de pago que se registra sobre la base del compromiso previamente formalizado y registrado, sin exceder el límite del correspondiente Calendario de Compromisos.

28.2 El total del devengado registrado a un determinado periodo no debe exceder el total acumulado del gasto comprometido y registrado a la misma fecha.

Artículo 29.- Formalización del Devengado

El devengado, sea en forma parcial o total, se produce como consecuencia de haberse verificado lo siguiente:

- a) La recepción satisfactoria de los bienes adquiridos; o,
- b) La efectiva prestación de los servicios contratados; o,
- c) El cumplimiento de los términos contractuales o legales, cuando se trate de gastos sin contraprestación inmediata o directa; y,
- d) El registro en el Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público (SIAF-SP).

Artículo 30.- Autorización del Devengado

30.1 La autorización para el reconocimiento de los devengados es competencia del Director General de Administración o quien haga sus veces, en la Unidad Ejecutora o el funcionario a quien se delega esta facultad de manera expresa.

30.2 El Director General de Administración o quien haga sus veces en la Unidad Ejecutora establece los procedimientos para el procesamiento de la documentación sustentatoria de la obligación a cancelar.

Asimismo, imparte las directivas para que las áreas relacionadas con la formalización del devengado, tales como Logística y Personal, u oficinas que hagan sus veces, cumplan con la presentación de la documentación sustentatoria a la correspondiente Tesorería, u oficina que haga sus veces, con la suficiente anticipación a las fechas o cronogramas de pago asegurando la oportuna y adecuada atención del pago correspondiente.

Artículo 31.-Plazo para la Formalización y Registro del Devengado

Artículo dejado sin efecto.

Artículo 32.- Del pago

32.1 A través del pago se extingue, en forma parcial o total, una obligación y sólo procede siempre que esté debidamente formalizada como devengado y registrado en el Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público (SIAF-SP).

32.2 La Unidad Ejecutora o Entidad debe consignar el número de registro **SIAF-SP**, en la documentación relacionada con la correspondiente obligación contractual. Caso contrario no procede la entrega de bienes o la prestación de los servicios por parte del proveedor o contratista.

32.3 Está prohibido el pago de obligaciones que no cumplan los requisitos prescritos en el presente artículo, aun cuando los bienes y/o los servicios, sean personales o no personales, cuenten con la conformidad respecto de su recepción o prestación.

32.4 El pago se efectúa de acuerdo con el Presupuesto de Caja.

Artículo 33.- Procedimientos y Normas de Pagaduría

La Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público establece los procedimientos, normas y plazos de pagaduría, sea mediante cheques, abonos en cuentas, en efectivo o por medios electrónicos, inclusive de las retenciones a favor de la Administración Tributaria y de terceros autorizados de acuerdo a ley, con criterios de oportunidad y ubicación geográfica.

Artículo 34.- Plazo para Cancelar Devengado

El devengado debidamente registrado al 31 de diciembre de cada año puede cancelarse hasta el 31 de marzo del año siguiente.

Directiva de Tesorería

Artículo 8.- Documentación para la fase del Gasto Devengado

El devengado se sustenta únicamente con alguno de los siguientes documentos:

1. Factura, boleta de venta u otros comprobantes de pago reconocidos y emitidos de conformidad con el Reglamento de Comprobantes de Pago aprobado por la SUNAT.
2. Orden de Compra u Orden de Servicio en contrataciones o adquisiciones de menor cuantía o el Contrato, acompañado con la respectiva factura, únicamente en los casos a que se refiere el inciso c) del numeral 9.1 del artículo 9. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 de la Resolución Directoral N° 017-2007-EF-77.15, publicada el 31 marzo 2007, cuyo texto es el siguiente:

"**2. Orden de Compra u Orden de Servicio** en contrataciones o adquisiciones de menor cuantía **o el Contrato**, en los casos a que se refiere el inciso c) del numeral 9.1 del artículo 9 de la presente Directiva, asegurándose que el

- proveedor presente los correspondientes comprobantes de pago estrictamente conforme al Reglamento aprobado por la Resolución N° 007-99-SUNAT y modificatorias. Tratándose de adelantos, deberá acompañarse la factura."
3. Valorización de obra acompañada de la respectiva factura.
 4. Planilla Única de Pagos de Remuneraciones o Pensiones, Viáticos, Racionamiento, Propinas, Dietas de Directorio, Compensación por Tiempo de Servicios.
 5. Relación numerada de recibos por servicios públicos como agua potable, suministro de energía eléctrica o telefonía, sustentada con los documentos originales.
 6. Formulario de pago de tributos.
 7. Relación numerada de Servicios No Personales cuyo gasto se registra en la Específica 27.
 8. Nota de Cargo bancaria.
 9. Resolución de reconocimiento de derechos de carácter laboral, tales como Sepelio y Luto, Gratificaciones, Reintegros o Indemnizaciones.
 10. Documento oficial de la autoridad competente cuando se trate de autorizaciones para el desempeño de comisiones de servicio.
 11. Resolución de Encargos a personal de la institución, Fondo para Pagos en Efectivo, Fondo Fijo para Caja Chica y, en su caso, el documento que acredita la rendición de cuentas de dichos fondos.
 12. Resolución judicial consentida o ejecutoriada.
 13. Convenios o **Directivas de Encargos** y, en su caso, el documento que sustenta nuevas remesas.
 14. Norma legal que autorice Transferencias Financieras.
 15. Norma legal que apruebe la relación de personas naturales favorecidas con subvenciones autorizadas de acuerdo a Ley.
 16. Otros documentos que apruebe la DNTP.

El código de los mencionados documentos y la numeración de los mismos, entre otros datos necesarios, debe ser registrado en los campos correspondientes a la fase del Gasto Devengado en el SIAF-SP.

Artículo 9.- Formalización del Gasto Devengado

9.1 El Gasto Devengado se formaliza cuando se otorga la conformidad con alguno de los documentos establecidos en el artículo precedente luego de haberse verificado, por parte del área responsable, una de las siguientes condiciones:

- a) La recepción satisfactoria de los bienes;
- b) La prestación satisfactoria de los servicios;
- c) El cumplimiento de los términos contractuales en los casos que contemplen **adelantos**, pagos contra entrega o entregas periódicas de las prestaciones en la oportunidad u oportunidades establecidas en las bases o en el contrato;


9.2 El Gasto Devengado es registrado afectando en forma definitiva la Específica del Gasto Comprometido, con lo cual queda reconocida la obligación de pago.

b. Análisis de los hechos que concurrieron en la Resolución del Contrato materia de este punto controvertido:

El Tribunal Arbitral debe interpretar la pretensión; en consecuencia, la invalidez e ineficacia de la Resolución del Contrato será entendida como anulación y falta de eficacia de los actos que supuestamente le otorgan validez y eficacia a la terminación del contrato por causa expresamente prevista por la Ley y su Reglamento.

El supuesto de resolución contractual implica, de la parte que resuelve el contrato, el requerimiento previo mediante Carta Notarial. En este sentido el literal c) del Artículo 40º de



la Ley establece que el Contratista puede resolver el contrato ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que haya emplazado a la Entidad mediante Carta Notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

El Procedimiento está regulado por el Reglamento en su Artículo 169°. Establece que si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y **siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales**, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.

b.1 En este contexto veamos la naturaleza del requerimiento previo y la resolución del contrato actuado por el Contratista:

Carta Notarial de 12.6.2011:

"Que, mediante carta notarial notificada a su representada el 17 de diciembre de 2010, requerimos a su representada el cumplimiento del pago de nuestra factura N° 003-000779 por el importe de S/. 75,072.00 Nuevos Soles, presentada el 19 de agosto de 2009 y que correspondía a la entrega del producto recibido a satisfacción por ustedes en julio 2009.

Ante la falta de Respuesta a nuestro requerimiento de pago, mediante carta notarial recibida por ustedes el pasado 03 de junio de 2011, les volvimos a requerir el pago, bajo apercibimiento de resolución de contrato, en tanto que han transcurrido mas de 22 meses sin que hayan cumplido con el pago ni tampoco haber brindado respuesta alguna a nuestro requerimiento.

Que a la fecha, ha transcurrido el plazo de cinco (05) días hábiles que le concediéramos al amparo del artículo 40° inciso c) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el artículo 169° de su Reglamento.

Que, por otro lado, mediante carta notarial N° 025-2011-MINDES-PRONAA-UAD notificada a nuestra parte el pasado 07 de junio de 2011, su representada nos ha requerido que cumplamos con la entrega del producto establecido en el laudo arbitral, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Este apercibimiento, ha sido efectuado al haberse negado ustedes a aceptar nuestra propuesta de cambio de producto y pretendido imponer condiciones abiertamente desventajosas y arbitrarias para proceder a dicha modificación.

Al respecto, cabe recordar que lo que el laudo arbitral estableció es que se cumpla con las Directivas Internas del PRONAA para continuar con la ejecución del contrato, lo cual no había sido cumplido por negligencia de sus funcionarios, habiendo quedado acreditado además en dicho proceso arbitral que su representada procedió en forma arbitraria generándose un grave perjuicio y sobrecostos que ha tenido que asumir Pesquera B y S SAC.

Por otro lado, nuestra representada viene renovando la Carta Fianza de fiel cumplimiento entregada a ustedes en marzo 2009, esto es, hace mas de dos años, lo cual también nos genera un perjuicio económico.

En tal sentido, es claro que nos hemos visto seriamente afectados por la actitud negligente de sus funcionarios, y más aun ahora que se niegan a cumplir con el pago de la factura N° 003-000779 por el importe de S/. 75,072.99 Nuevos Soles, presentada el 19 de agosto de 2009, mas sus respectivos intereses.

Que, en base a estos hechos totalmente imputables a su representada, es evidente que el PRONAA se encuentra en una situación de incumplimiento de sus obligaciones esenciales, principalmente por la falta de pago de la factura antes citada, suma de dinero sin la cual, no podemos retomar la ejecución del contrato, al haber sido ampliamente superados nuestros costos; por lo que, por ultima vez, les requerimos, al amparo de lo establecido en el artículo 40 literal c) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el artículo 169° de su Reglamento, para que en el plazo máximo de tres días, computados desde la notificación de la presente carta notarial, cumplan con efectuar el pago pendiente, o de lo

contrario, no será posible atender su comunicación del pasado 07 de junio de 2011 y tendremos que resolver el contrato por incumplimiento de sus obligaciones esenciales”

El Contenido de la Carta Notarial de Requerimiento debe ser concordante con lo regulado por el Artículo 169° del Reglamento; solo para los efectos de verificar la forma, veamos el requerimiento Notarial del Contratista a la Entidad:

1. Cumplió con la Intimación vía Notarial
2. Señala que la Entidad ha incumplido con sus obligaciones esenciales al no cumplir con el pago de la Factura N° 003-000779 por el importe de S/. 75,072.99 Nuevos Soles, presentada el 19 de agosto de 2009, mas sus respectivos intereses.
3. El Apercibimiento Comprende:
 - a. Que, no será posible atender su comunicación del pasado 07 de junio 2011 (Que, por otro lado, mediante carta notarial N° 025-2011-MINDES-PRONAA-UAD notificada a nuestra parte el pasado 07 de junio de 2011, su representada nos ha requerido que cumplamos con la entrega del producto establecido en el laudo arbitral, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Este apercibimiento, ha sido efectuado al haberse negado ustedes a aceptar nuestra propuesta de cambio de producto y pretendido imponer condiciones abiertamente desventajosas y arbitrarias para proceder a dicha modificación). Y,
 - b. Que, se resolverá el contrato por incumplimiento de sus obligaciones esenciales

El requerimiento debe contener en la intimación, el apercibimiento de resolver el contrato por el incumplimiento de obligaciones esenciales. En la Carta Notaria de la Contratista puede advertirse que éste, apercibe a la Entidad por dos supuestos de incumplimiento contractual; i) la no posibilidad de atender lo requerido por la Entidad con su carta notarial de 7.06.2011 y el (ii) incumplimiento de obligaciones esenciales (El Pago).

La exigencia de la forma a que se contrae el párrafo precedente, en los casos de resolución de contratos, tiene naturaleza “Ad Solemnitatem” toda vez que esta

impuesta por la Ley, de modo que obliga por igual a ambas. El Artículo 40° de la Ley ambas partes están obligadas a cumplir con el procedimiento de resolución contractual previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. La inobservancia del mencionado procedimiento por cualquiera de las partes no genera los efectos que pretende el requerimiento notarial. No requerimos acudir al Artículo 1429° para sustentar esta condición solemne establecida por la normativa de contrataciones del Estado; nos basta hacer mención al Artículo 5° de la Ley.

Segunda Carta Notarial.- Con fecha 17 de junio de 2011 la Contratista remite la segunda Carta Notarial de resolución del contrato.

"Que, mediante carta notarial notificada a su representante el pasado 13 de junio de 2011, requerimos a su representada por última vez para que cumpla con el pago de nuestra factura N° 003-00779 por el importe de S/. 75,072.00 Nuevos Soles, presentada el 19 de agosto del 2009 y que correspondía a la entrega del producto recibido a satisfacción por ustedes en julio 2009.

Asimismo, en dicha comunicación notarial claramente indicamos que en caso ustedes no cumplan con el pago no podríamos continuar con la ejecución del contrato y tendríamos que resolver el contrato, razón por la cual, al amparo de lo establecido en el artículo 40° literal c) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el Artículo 169° de su Reglamento, les concedimos un último plazo de tres (03) días, para que cumplan con sus obligaciones esenciales o de lo contrario, no sería posible atender su comunicación del 07 de junio de 2011 y nos veríamos obligados a resolver el contrato por incumplimiento de sus obligaciones esenciales y por el contrario muestra una clara Intención de no pagar la contraprestación reclamada y además de no continuar con la ejecución del contrato, en estricta aplicación de lo dispuesto en el laudo arbitral de febrero de 2011.

En tal sentido, nos vemos en la necesidad de tener que resolver el contrato, por incumplimiento de sus obligaciones esenciales (falta de pago), conforme lo establece el artículo 40° Inc c) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, dejando expresamente indicado que dicho incumplimiento de su parte, nos impide a su vez continuar con la ejecución del

contrato, atendiendo a los costos que hemos tenido que asumir producto de la negligente gestión de sus funcionarios, todo lo cual motivo el inicio de un proceso arbitral.

Asimismo, sustentamos la presente resolución de contrato en el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, habiendo cumplido nuestra representada con el procedimiento descrito en dicha norma, por lo que, la presente resolución de contrato se ajusta a ley, habiéndoles: (i) imputado el incumplimiento de sus obligaciones esenciales; (ii) efectuado mas de un apercibimiento; (iii) haberse vencido los plazos concedidos para que subsanen el incumplimiento de sus obligaciones esenciales.

En conclusión por medio de la presente, queda resuelto el contrato N° 023-2009, por incumplimiento de sus obligaciones esenciales".

Como podrá advertirse en esta segunda carta notarial, pese a que igualmente se hace referencia al apercibimiento de no cumplir con la ejecución del contrato, la advertencia igualmente comprende el pago de la suma reclamada. En este sentido se verifica que el contratista al "intimar" a la Entidad cumplió con las formalidades previstas en la normativa.


ANALISIS DE FONDO.- Sin perjuicio de lo definido sobre la forma del apercibimiento, el Tribunal Arbitral, no obstante no corresponder debido a su primera conclusión, pasar a examinar en qué medida el fondo del asunto resulta procedente. Es decir, se verificará si existe o no la obligación de pago por parte de la Entidad.

- 
- a. **Factura N° 003-000779 de fecha 19.08.2009.-**
 - b. **Bases del Proceso de Selección.-** Item 28 Trujillo "CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LATAS DE 01 LIBRA OVAL - 721,245-
 - c. **Objeto del Contrato Trujillo.-** 721,245 por el Item 28.
Obligaciones de las Partes: Trujillo. Primera Entrega 515,315 Latas; Segunda Entrega 205,930 Latas.
Monto y Forma de Pago: Primera Entrega S/. 1'401,656.80; Segunda Entrega S/. 560,129.60. Total S/. 1'961,786.40
- 

"Los pagos se efectuaran después de cada entrega, en la Sede Central, previa presentación de la factura a nombre de la Unidad Ejecutora 005: PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA-PRONAA, dentro de los plazos establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y Previa Conformidad según lo establecido en el articulo 176 del citado Reglamento, posterior a la entrega pactada".

"Las Facturas deberán presentarse en Logística de la Unidad Administrativa, sito en Jr. De la Unión 264 6to piso - Lima. Asimismo, en el Equipo de Trabajo respectivo, se decepcionarán las Guias de Remisión, las cuales deberán ser visadas, selladas y registrar la fecha de recepción, por el responsable encargado de la recepción y sin ningún tipo de enmendadura, el mismo que elaborara la(s) Nota(s) de Entrada de Almacén - NEA(s) y el (los) boletín(es) de control de calidad respectivos y los remitirá mediante un informe detallado a la Unidad Administrativa de la Sede Central, con el fin de tramitar el pago correspondiente".

d. Posición de las partes al respecto.- Por su lado el PRONAA señala:

"...Al respecto debemos indicar que la resolución de contrato planteada por la empresa contratista no tiene ningún fundamento, toda vez que, dentro del contrato no se pacto entregas parciales tal como se desprende del inciso 3.2 de la cláusula tercera del contrato; muy por el contrario dentro del contrato se estableció cual era el numero de entregas así como el plazo para cada una de ellas; no habiéndose pactado tampoco pagos parciales de conformidad con lo establecido en el inciso 4.2 de la cláusula cuarta del contrato; por lo que mas podría la empresa contratista pretender el cobro de dicha entrega parcial, cuando en realidad lo pactado para la primera entrega fu la cantidad de 515, 315 latas y no de 27,600 latas..."





El Contratista, en el punto 1.2 de sus alegatos en efecto reconoce la forma de entrega de los productos. Agrega que en el Equipo Zonal Trujillo debían efectuarse dos entregas, la primera hasta 40 días después de la firma del contrato. Durante la primera entrega los funcionarios del PRONAA efectuaron observaciones que motivaron la suspensión de la primera entrega y la posterior resolución de contrato por parte de la Entidad. Esta situación origino un proceso arbitral en el cual se determinó la nulidad de la resolución del contrato efectuada por el PRONAA y que debía continuarse con el proceso de entrega conforme a las Directivas Internas del PRONAA. En medio de este clima de desconcierto generado por el arbitrario proceder del PRONAA en el

cual se había suspendido la recepción de la primera entrega la conducta de los funcionarios del PRONAA RESULTO arbitraria conforme quedo demostrado en el laudo arbitral que obra en autos (de fecha 01.2.2011). Pese a ello el 16 de julio de 2009 a solicitud de los funcionarios del PRONAA ByS entregó un cargamento de conservas pese a que existían conservas y estaba en revisión el producto entregado hasta esa fecha. Sin embargo esta entrega no fue observada y contó con la conformidad de los funcionarios del PRONAA del Equipo Zonal Trujillo. Téngase en cuenta que el PRONAA resolvió arbitrariamente el contrato el 12 de agosto 2009.

- e. **Obligación del Pago.**- El Artículo 48º de la ley establece que en caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora. Asimismo, el Artículo 180º del Reglamento establece que todos los pagos que la Entidad deba realizar a favor del contratista por concepto de los bienes o servicios objeto del contrato, **se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación.** La Entidad podrá realizar pagos periódicos al contratista por el valor de los bienes y servicios contratados en cumplimiento del objeto del contrato, **siempre que estén fijados en las Bases y que el contratista los solicite presentando la documentación que justifique el pago y acredite la existencia de los bienes o la prestación de los servicios.** Las Bases podrán especificar otras formas de acreditación de la obligación.
De acuerdo con el T.UO de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto la ejecución del gasto **público,** comprende:
- a) El Compromiso
 - b) La formulación del Devengado
 - c) El Pago

El compromiso es el acto mediante el cual se acuerda, luego del cumplimiento de los trámites legalmente establecidos, la realización de gastos previamente aprobados, por un importe determinado o determinable, afectando total o parcialmente los créditos presupuestarios, en el marco de los Presupuestos aprobados y las modificaciones presupuestarias realizadas. **El compromiso se efectúa con**

posterioridad a la generación de la obligación nacida de acuerdo a Ley, Contrato o Convenio. El compromiso debe afectarse preventivamente a la correspondiente cadena de gasto, reduciendo su importe del saldo disponible del crédito presupuestario, a través del respectivo documento oficial.

Los funcionarios y servidores públicos realizan compromisos dentro del marco de los créditos presupuestarios aprobados en el presupuesto para el año fiscal. Las acciones que contravengan lo antes establecido generan las responsabilidades correspondientes.”

El devengado es el acto mediante el cual se reconoce una obligación de pago, derivada de un gasto aprobado y comprometido, **que se produce previa acreditación documental ante el órgano competente de la realización de la prestación o el derecho del acreedor.** El reconocimiento de la obligación debe afectarse al Presupuesto Institucional, en forma definitiva, con cargo a la correspondiente cadena de gasto.

El devengado es regulado en forma específica por las normas del Sistema Nacional de Tesorería.

El Pago es el acto mediante el cual se extingue, en forma parcial o total, el monto de la obligación reconocida, debiendo formalizarse a través del documento oficial correspondiente. **Se prohíbe efectuar pago de obligaciones no devengadas.**

El pago es regulado en forma específica por las normas del Sistema Nacional de Tesorería.

Para la Ley General del Sistema Nacional de Tesorería el devengado es el reconocimiento de una obligación de pago que se registra sobre la base del compromiso previamente formalizado y registrado, sin exceder el límite del correspondiente Calendario de Compromisos.

El devengado, sea en forma parcial o total, se produce como consecuencia de haberse verificado lo siguiente:
a) La recepción satisfactoria de los bienes adquiridos; o,
b) La efectiva prestación de los servicios contratados; o,

- c) El cumplimiento de los términos contractuales o legales, cuando se trate de gastos sin contraprestación inmediata o directa; y,
- d) El registro en el Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público (SIAF-SP).

La Unidad Ejecutora o Entidad debe consignar el número de registro **SIAF-SP**, en la documentación relacionada con la correspondiente obligación contractual. Caso contrario no procede la entrega de bienes o la prestación de los servicios por parte del proveedor o contratista.

Está prohibido el pago de obligaciones que no cumplan los requisitos prescritos en el presente artículo, aun cuando los bienes y/o los servicios, sean personales o no personales, cuenten con la conformidad respecto de su recepción o prestación.

La Directiva de Tesorería establece que para la formulación del devengado para pagos debe regirse a los términos contractuales (bases o contratos).

Teniendo en consideración la base legal para la ejecución del gasto con cargo a fondos públicos, podemos advertir que la inusitada negativa de la Entidad de pagar la factura presentada por el contratista no obedeció estrictamente a que la prestación no fue entregada en forma completa sino a su posición de encubrir una recepción en cantidad irregular de la prestación no obstante que era ostensiblemente mayor, a sabiendas que no le iba a ser posible la formalización del devengado para el pago, toda vez que la documentación sustentatoria del compromiso y de la formulación del devengado establecía un numero de latas de conservas de 515, 315 latas y no 27,600 latas.

Por otro lado recurriendo al derecho privado amparados en el artículo 142º del Reglamento de la Ley debemos señalar que el Contratista al reclamar el derecho al pago ha señalado meridianamente que tiene la prestación pendiente por cumplir que no ha podido ejecutar por incumplimiento de la Entidad.

Sin perjuicio de que el Órgano de Control respectivo de la Entidad determine las responsabilidades funcionales que corresponda éste Tribunal Arbitral de derecho considera

que teniendo en cuenta el requerimiento e inclusive apreciando el aspecto de fondo, la pretensión debe ser declarada fundada.

2. Determinar si corresponde o no declarar la resolución del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA por incumplimiento injustificado de obligaciones atribuible al Contratista.

POSICION DEL PRONAA:

"El Tribunal deberá evaluar si la parte demandada ha cumplido con lo ordenado por el Laudo Arbitral, en cuanto a la entrega del producto para la primera y segunda entrega del Item 28, dado que de todo lo antes expuesto se puede concluir que lo único que ha pretendido hacer la Empresa Contratista es modificar el contrato con el ánimo de realizar el cambio en la presentación de las latas de OVAL a Tall y de esa manera aplazar la entrega del producto; cuando en realidad ha debido ceñirse a lo pactado en el contrato y ordenado en el Laudo Arbitral y no pretender dilatar la entrega con el cobro de pretensiones parciales; esta actitud tomada por la parte emplazada evidencia a todas luces que no podían cumplir con las entregas, dado que si fuera lo contrario a lo manifestado por nuestra parte, desde un principio hubiesen cumplido con dichas entregas. Hay que tomar en cuenta que el cambio de la presentación de las latas era un tema fuera del contrato y no estaba la Entidad obligada a aceptarlo, muy por el contrario la demandada si estaba obligada a la entrega del producto tal cual se pactó en el contrato, como era la presentación en envase OVAL.

A todas luces queda demostrado que la parte demandada lo único que ha venido haciendo en tratar de distraer, confundir y posteriormente incumplir con su obligación y no encontró mejor justificación que el requerimiento de un pago parcial que, como hemos indicado no estábamos obligados a pagarlo por no haberse pactado pagos parciales, tal como en el supuesto negado que hubiese sido entregado dentro del plazo hubiese sido pagado al cumplimiento de la primera entrega en su totalidad ordenado por el Laudo Arbitral.

De acuerdo con el artículo 49º de la Ley de Contrataciones del Estado, el contratista se encuentra obligado a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que haya aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato.

En ese sentido, el contratista tiene la obligación de cumplir con efectuar la entrega del bien con estricta sujeción a las especificaciones técnicas previstas en las Bases, así como las condiciones allí establecidas relativas al plazo, lugar y forma de entrega, entre otros. De lo contrario el contratista podría verse afectado con la aplicación de penalidades y con la resolución del contrato inclusive, sin perjuicio del procedimiento sancionador que inicie la Entidad en su contrata ante el Tribunal de Contrataciones del Estado”.

POSICION DE LA EMPRESA:

“El PRONAA solicita que se aplique la cláusula 8.2 del Contrato que establece:

“El contrato podrá ser resuelto por las siguientes causales:
8.1 Por mutuo acuerdo debido a causas no atribuibles a las partes.
8.2 Por incumplimiento injustificado de cualquiera de las partes de las obligaciones contractuales legales o reglamentarias estipuladas en este Contrato, previo requerimiento mediante carta notarial para el cumplimiento de las obligaciones pactadas”.

Esta cláusula habla de incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales o reglamentarias, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, pues es el PRONAA el que ha incumplido con lo establecido en el LAUDO ARBITRAL que para continuar con la ejecución del contrato el PRONAA debe cumplir con sus directivas internas, lo cual no ha ocurrido.

Al respecto el laudo arbitral claramente establece:

“En el presente caso, lo que se ha declarado es la nulidad de la resolución del contrato, más no así el contenido de los boletines de control de calidad. Sin embargo, se ha advertido que estos **boletines presentan información que no resulta objetiva o clara**, por lo que, resulta necesario proceder conforme el mecanismo establecido en la Directiva Interna del PRONAA.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral no puede desconocer la existencia de este mecanismo contractual, por lo que, lo que corresponde es que se continúe con la ejecución del CONTRATO y que el PRONAA cumpla con lo establecido en el extremo antes citado de su Directiva Interna.

Ahora bien, cabe señalar que la factibilidad de realizar dicha prueba no ha sido cuestionada en el presente proceso, no existiendo medio probatorio que demuestre que el hecho de que PESQUERA haya retirado los lotes observados del almacén

○

del PRONAA en Trujillo. Signifique que esta evaluación no pueda ser realizada.

Queda claro para el Tribunal Arbitral que lo único que puede disponer es que se proceda conforme lo establece el CONTRATO para la recepción de los productos con atención a lo establecido en la Directiva Interna del PRONAA sobre la contratación de una entidad competente que pueda emitir un certificado de calidad y esté reconocida por INDECOPI, a fin de que en base a dicho resultado, se confirme el cambio de cajas o el rechazo del lote

La realización de esta evaluación está comprendida dentro de la recepción que corresponde efectuar y es lo único que puede disponer el Tribunal Arbitral en atención al marco legal y contractual del presente caso. En tal sentido, la culminación de la recepción y la emisión de la conformidad solo procederá a resultas de la evaluación antes indicada. extremos sobre los cuales el Tribunal Arbitral no puede pronunciarse.

En la misma forma, respecto de la segunda entrega, si bien ha quedado acreditado la preexistencia de los lotes que forman parte de la misma, el Tribunal Arbitral solo puede disponer que se proceda a la recepción de estos bienes conforme a la Directiva Interna del PRONAA, no estando facultado a ordenar que el PRONAA proceda a su recepción y emita conformidad respecto a bienes que no han sido aun analizados

Considerando que los productos a ser analizados por una entidad competente reconocida por el INDECOPI son productos alimenticios para el consumo humano, este Tribunal Arbitral considera que la certificación necesariamente deberá pronunciarse sobre la aptitud de los productos para su consumo hasta la fecha de vencimiento de los mismos.

En tal sentido, se declara fundada en parte esta pretensión, precisándose que solo procede la recepción de los bienes de la primera y segunda entregas en estricto cumplimiento de lo establecido en la Directiva Interna de PRONAA N°001-2005-GT-PRONAA."

El laudo arbitral ha quedado consentido y es firme, tiene el valor de una sentencia y vincula a las partes, quienes se encuentran obligadas a su cumplimiento. De la lectura del extremo antes citado, claramente se aprecia que la reanudación del contrato pasaba por una acción del PRONAA

que no ha sido cumplida: EN BASE A LA INFORMACION DE LOS BOLETINES, DEBIA DISPONER LA CONTRATACION DE UNA ENTIDAD CERTIFICADORA ACREDITADA EN INDECOP PARA QUE EFECTUE UNA EVALUACION SOBRE LOS LOTES OBSERVADOS.

EL CONTRATO NO PODIA REANUDARSE SI ANTES EL PRONAA NO CUMPLIA CON ESTE EXTREMO DEL LAUDO. En tal sentido, no puede alegar que es ByS quien incumplió sus obligaciones contractuales y menos el laudo arbitral.

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Mas arriba hemos señalado que el procedimiento para la resolución del contrato tiene naturaleza "ad solemnitatem"; que en este caso no se ha mantenido. El Tribunal Arbitral de derecho no puede sustituirse en uno de los sujetos de la relación contractual y proceder al cumplimiento de dicho procedimiento; pues ello implicaría una solución de conciencia no de derecho. En este sentido, de acuerdo con la Ley y su Reglamento debe declararse IMPROCEDENTE ésta pretensión.

3. Determina si, como consecuencia de lo decidido respecto al punto controvertido señalado en el numeral 2, corresponde o no la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento N° 0011-0295-9800017885-39, emitida por el Banco Continental por el monto de S/. 196,178.64.

DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Teniendo en consideración la decisión precedente y los extremos de los Artículos 158° y 164° del Reglamento de la Ley el Tribunal Arbitral debe declarar IMPROCEDENTE esta pretensión.

4. Determinar si corresponde o no que la Entidad aplique al Contratista una penalidad ascendente a la suma de SI. 140,165.68 debido al presunto incumplimiento injustificado en el plazo de entrega.

POSICION DEL PRONAA:

"Como es de conocimiento del Tribunal, la primera entrega fue por el monto ascendente a la cantidad de S/. 1'401,656.80 Nuevos Soles. Con fecha 16 de julio de 2009 (un mes antes de la presentación de la primera demanda arbitral por parte de la ahora demandada), de acuerdo a la Factura N° 003-000779, a la Guía de Remisión N° 0004-000649 y a la Nota de Entrega al

Almacén -NEA N° 04-00000318 (documentos presentados con la demanda y que obran en el expediente), se dejó constancia que la Empresa Pesquera B y S.A.C, entregó al Equipo de Trabajo Zonal Trujillo la cantidad de 1,159 cajas x 240 gr, que equivalen a 27,600 latas de conserva de Anchoveta en salsa de tomate. Quedando un restante del producto por entregar equivalente a 693,645 Latas de Conserva de Anchoveta en Salsa de tomate, en presentación de latas de 01 libra Oval.425 gr.

A pesar que se recepcionaron las latas, estas fueron entregadas fuera del plazo (debiendo tener en cuenta que la fecha fijada para la entrega según contrato era el 05 de julio de 2009) esto es, con once (11) días de retraso; por lo cual se procedió a aplicar la penalidad automática del 10% del monto total de la primera entrega (cláusula Cuarta y Sexta del Contrato), equivalente a la cantidad de S/. 140,165.68 Nuevos Soles, de conformidad con lo establecido en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Hemos podido advertir que tanto la parte demandada como la parte demandante han reconocido la entrega parcial de 27,600 latas pertenecientes a la primera entre para el Item 28, sin embargo tal como se puede apreciar de la documentación adjunta se desprende que esta entrega se realizó fuera del plazo establecido y por ello es que se aplicó la penalidad automática; queda claro también que no se pactaron entregas parciales y mucho menos pagos parciales, por lo que mal podría requerirse a la Entidad dicho pago, sino es que hasta la entrega total del producto si fuera el caso.

Es por ello que solicitamos al Tribunal que, al ser declarada fundada nuestra segunda pretensión principal, solicitamos también declare Fundada la presente pretensión accesoria así como la Tercera Pretensión Principal, ordenando se ejecute la Carta Fianza de fiel cumplimiento N° 001-0295-9800017885-39, emitida por el banco Continental por el monto de S/. 196,178.64 de la empresa proveedora de Conserva de Anchoveta Pesquera B y S SAC, así como se declare procedente la aplicación de la penalidad por parte del PRONAA, por incumplimiento injustificado en el plazo de entrega, conforme al numeral 6.1) y 6.2) cláusula sexta del contrato N° 023-2009-MINDES-PRONAA. Equivalente a S/. 140,165,68 Nuevos Soles.

POSICION DE LA CONTRATISTA:

El PRONAA sostiene que conforme lo establecido en las cláusulas 6.1 y 6.2 del Contrato, debe aplicarse a nuestra representada la penalidad equivalente a SI. 140,165.58 Nuevos Soles.

Esta penalidad es improcedente. Al respecto, las cláusulas contractuales citadas por la demandante, indican:

- 6.3 En el supuesto que EL CONTRATISTA no cumpliera con entregar el producto alimenticio en el plazo establecido en el presente Contrato, el PRONAA aplicará una penalidad por cada día calendario de retraso, calculado de acuerdo a la fórmula establecida en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- 6.4 La aplicación de las penalidades del numeral 6.1 será hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual de la entrega. **La suma que resulte de la aplicación de esta penalidad, será detraída de la garantía respectiva.** Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad (10% del monto del contrato), EL PRONAA podrá resolver el contrato por incumplimiento."

Como se puede apreciar, estas cláusulas del contrato, lo que establecen es que la penalidad se descuenta de la garantía respectiva, no de los pagos parciales que deba efectuar la Entidad; el argumento del PRONAA por el que pretende desconocer el pago de la suma adeudada aplicando una penalidad inexistente no tiene respaldo contractual, pues el contrato, ha establecido que **las penalidades se descuentan de la garantía.**

Por otro lado, esta penalidad resulta improcedente en los términos del artículo 165° del Reglamento:

"Artículo 165°.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.
(...)"

La norma claramente establece que para aplicar una penalidad debemos estar frente a un incumplimiento injustificado de las obligaciones del contratista.

En el presente caso, la demora en la entrega imputada por la demandante, no debería tener justificación alguna para que proceda la aplicación de una penalidad, sin embargo ello no fue así, conforme quedó acreditado en el proceso arbitral seguido entre ambas partes.

En el proceso arbitral seguido con el PRONAA, quedo acreditado que a partir del 26 de junio de 2009, nuestras unidades ingresaron en los almacenes del E.Z. Trujillo y luego de la evaluación de control de calidad se procedió a descargar una unidad de transporte con 60,000 latas, en el muestreo de una segunda unidad se detecto una lata hinchada por lo cual, los funcionarios del PRONAA emitieron boletín de rechazo para ambas unidades.

Sin perjuicio de ello, con la conformidad de control de calidad del E.Z. Trujillo, hasta el 06 de julio fueron ingresados a sus almacenes 185,664 latas de conservas, no obstante, **el día 07 de julio**, dichos lotes fueron muestrados nuevamente y fueron rechazados indicando que había presencia de latas con problemas de cierre emitiéndose para tal caso boletín de rechazo.

Estos hechos han sido analizados en el anterior proceso arbitral, habiéndose determinado que fue el arbitrario proceder de los funcionarios del PRONAA lo que impidió culminar la entrega del producto, por lo que, cualquier imputación de atraso, esta largamente justificada, conforme ha quedado acreditado en el proceso arbitral.

El laudo además, ha establecido que: "**respecto de la aplicación de penalidades, estas serán procedentes cuando se produzcan retrasos injustificados en la entrega de los bienes que deberán ser reprogramados en ejecución del presente laudo.**"

En tal sentido, no resulta aplicable a BYSA la penalidad que demanda el PRONAA, pues fue el arbitrario proceder de sus funcionarios lo que originó la controversia y por ende, cualquier imputación de atraso es ajena a nuestra responsabilidad, conforme quedo acreditado en el laudo arbitral.

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

En principio es necesario señalar los principales puntos controvertidos resueltos por el Laudo Arbitral de fecha 28.01.2011:

1. *Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Parcial del Contrato N° 023-2009-MINDES-PRONAA, respecto del Item N° 28, dispuesta por la Entidad, mediante Carta Notarial N° 053-2009-MINDES-PRONAA/DE.*

El Laudo Arbitral declaro FUNDADA la primera pretensión principal de Pesquera ByS SAC y en consecuencia, se declara la nulidad de la resolución parcial del Contrato N° 023-2009-MINDES-PRONAA respecto de Ítem N° 28, dispuesta por el MINDES-PRONAA mediante Carta Notarial N° 053-2009-MINDES-PRONAA/DE notificada el 12.08.2019.

Como podrá advertirse la decisión del Tribunal Arbitral, si bien se sustenta en la motivación expuesta, la ejecución de la misma no se supedita a su contenido. Debe ejecutarse tal cual decide el Tribunal Arbitral; es decir, teniendo por no resuelto el contrato respecto del Item N° 28, lo que implica que a partir de su consentimiento la vigencia del contrato inicia su computo lo mismo que la ejecución contractual. No obra con las antecedentes solicitudes de interpretación de la parte decisoria ni de sus considerandos respecto de su influencia en la ejecución laudatoria.

2. *Determinar si corresponde ordenar a la Entidad la recepción y conformidad de los lotes que componen la primera y segunda entrega de productos objeto del Contrato N° 023-2009-MINDES-PRONAA, en atención a las Certificaciones presentadas por el demandante.*

El Laudo Arbitral declara parcialmente fundada esta pretensión precisándose que solo procede la recepción de los bienes de la primera y segunda entrega en estricto cumplimiento de lo establecido en la Directiva Interna del PRONAA N° 001-2005-GT-PRONAA. Las Certificaciones que realice la Entidad competente reconocida por el INDECOPI deberán pronunciarse necesariamente sobre la aptitud de los productos para su consumo hasta la fecha de vencimiento de los mismos. Esta decisión excluye prácticamente la entrega materia de la controversia dado que su recepción precisamente generó la apertura del mecanismo de solución correspondiente.

3. *Determinar si corresponde ordenar el pago del monto establecido en el contrato como contraprestación sin deducción de penalidad alguna en contra del demandante.*

El Laudo Arbitral declara IMPROCEDENTE esta pretensión.

Se entiende que de acuerdo con la aplicación de la regulación contractual y la normativa sobre la materia debe contarse con la recepción conforme del PRONAA y contado con la aplicación de la Directiva correspondiente de la indicada Entidad.

No obstante que sobre los extremos de esta decisión o sobre los considerandos que influirían sobre la misma, no fueron actuadas solicitudes de interpretación, se entiende de derecho que con posterioridad al Laudo Consentido, los plazos contractuales variaron, de modo que para iniciar el computo de ejecución contractual debía reprogramarse la ejecución respecto del Item 28°, puesto que el cronograma de plazos que regula este aspecto en el contrato deja de tener eficacia jurídica.

En este sentido, inclusive el mismo Tribunal Arbitral ha señalado que respecto de la aplicación de penalidades, éstas serán procedentes cuando se produzcan retrasos injustificados en la entrega de los bienes que deberán ser reprogramados en ejecución del presente laudo. Repetimos, esta posición pese a no tener relevancia para la solución de esta pretensión obedece a la lógica jurídica de la ejecución contractual.

4. *Determinar si corresponde declarar la nulidad del acto administrativo que desestima nuestra solicitud de ampliación de plazo y se tenga por concedida la misma a favor del demandante.*

El Laudo Arbitral declaró infundada esta pretensión.

Aquí se presenta el problema respecto desde cuando entonces debe la Entidad considerar la generación automática de la penalidad. Como quiera que esta decisión tampoco fue objeto de interpretación pese a que los considerandos tienen influencia directa en la misma, a juicio nuestro debe soslayarse esta decisión que involucra los hechos dentro de los cuales se discutió las diferencias relacionadas con la entrega del Item 28 respecto de las cuales el Tribunal consideró que se ha resuelto indebidamente el contrato por parte de la Entidad.

De los antecedentes puede advertirse que la controversia solucionada mediante Laudo Arbitral de fecha 28 de enero del 2011 se decidió a favor de la Contratista en parte. No obstante que no está en discrepancia los términos de la decisión del Tribunal Arbitral de entonces por remisión a sus antecedentes debemos motivar congruentemente la solución de esta pretensión.

Se verifica que el Contratista, aparece de los actuados de entonces, en la entrega del Item 28 observo el “deber de diligencia contractual” hecho que supuestamente se demostró con la constatación notarial de 13 de agosto de 2009; esta actuación notarial verifico la existencia de la totalidad del Item 28 para su entrega. No hemos encontrado antecedente de alguna impugnación respecto de esta constatación (tachas) por parte de la Entidad.

Apreciamos que de los hechos se estaría verificando una conducta contractual no compatible con el “incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias” supuestos que se configuran por culpa, culpa inexcusable o dolo del contratista. La situación apreciada integralmente constituye dentro de una interpretación congruente del Laudo Arbitral de entonces como situación ajena a la voluntad del Contratista, que pese a observar el “deber de diligencia contractual” incumplió el contrato.

Para la doctrina como para la Ley la culpa contractual está relacionada con el concepto de deber de diligencia, que implica la verificación del cuidado que debe tener el contratista en la ejecución contractual para el cumplimiento de la obligación contractual, de la Ley y su Reglamento y normas conexas reglamentarias a la materia. Entonces la culpa contractual es la omisión del deber de diligencia contractual.

En este caso, se infiere del Laudo Arbitral, que el Contratista cumplió o se encontraba cumpliendo con la prestación a la que había aparejado las Certificaciones de Calidad correspondientes conforme a la obligación contractual; sin embargo, en el ámbito de la Recepción y Conformidad se realiza la prueba denominada Análisis Organoléptico que consiste en la verificación del contenido del producto y que, en caso de existir cualquier anormalidad en el producto o latas, se debe contratar los servicios de una Entidad que pueda emitir un certificado de calidad y este reconocida por INDECOPI.

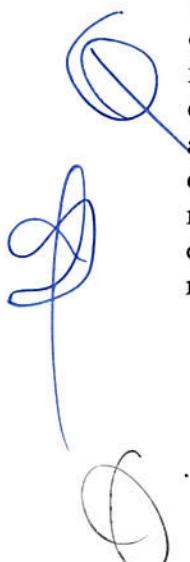
De acuerdo con los antecedentes de aquel proceso arbitral, se entiende que el Contratista entregó los productos con la Certificación de Conformidad de Requisitos Físico Organoléptico, Químicos, Características y Hermeticidad de latas y rotulado, certificado de monitoreo y Certificado de Esterilidad. Esta Certificación fue expedida por un Laboratorio Acreditado ante INDECOPI conforme a lo dispuesto por la Ficha Técnica del Producto.

La posición de este Tribunal Arbitral no se constriñe a la observación del Laudo Arbitral sino a tomar en consideración los actuados como elementos de juicio para la presente decisión laudatoria.

Como puede advertirse los productos ya contaban con la Certificación correspondiente; sin embargo, en la etapa de verificación organoléptica se comprueba supuestos defectos no advertidos por el Laboratorio autorizado. Estos defectos debieron desvirtuarse a través de otro Laboratorio Acreditado ante INDECOPI y no proceder a la resolución del contrato. Con esta conclusión el Tribunal Arbitral de entonces declaró la nulidad de la Resolución del Contrato actuado por la Entidad.

La Entidad señala que en dicha oportunidad dejó constancia de que no se había hecho entrega de la totalidad de la "primera entrega". Sin embargo, con la decisión arbitral la entrega del Item 28 vuelve a fojas cero y con posterioridad al Laudo Arbitral y en ejecución del mismo debió reprogramarse estableciendo un nuevo plazo de entrega. Con posterioridad al Laudo Arbitral dejó de regir el plazo del contrato original, por lo tanto, debió reprogramarse en virtud de la decisión laudatoria de declarar la nulidad de la resolución contractual imputando a la Entidad indebida actuación. En este contexto, no puede examinarse el retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación con posterioridad al Laudo Arbitral; es mas, no se configuran los presupuestos legales de dicha presunción legal.

Por otro lado, sin perjuicio del examen sobre el deber de diligencia contractual, cuando la Entidad señala que; "Además se debe tener en cuenta que esta entrega se realizó el 16 de julio 2009, esto es con once (11) días de retraso, toda vez que la fecha límite establecida para la primera entrega era el 05 de julio de 2009 y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se procedió a la aplicación de la penalidad automáticamente, ascendente a la cantidad de S/. 140,165.68 (10% de S/. 1'401,656.80) monto total de la primera entrega"; se está situando en circunstancias anteriores al Laudo Arbitral notificado el 01 de febrero del 2011 de modo que al haberse anulado la resolución contractual igualmente estaba dejando sin efecto las actuaciones anteriores a ella. En otras palabras deberá computarse los días de retraso injustificado (en su caso) solo después que se haya reprogramado la entrega del Ítem 28, por tratarse de un contrato con obligaciones reciprocas que por igualdad jurídica no tolera regulaciones por decisión de una de las partes.



Dentro de este contexto, este Tribunal Arbitral debe declarar infundada esta pretensión.

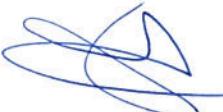
- 5. Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista pague una indemnización a favor de la Entidad por el monto de S/. 1'401,656.80 por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral.**

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La indemnización por daños y perjuicios consiste en la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado. En este sentido se regula en el artículo 1101 del Código Civil: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contraviniere al tenor de aquéllas.”

Las indemnizaciones por daños y perjuicios se clasifican en dos clases, en función de su procedencia en contractuales y extracontractuales. En este caso necesariamente debería circunscribirse a los daños perjuicios contractuales.

 Por otra parte, la indemnización por daños y perjuicios, con independencia de su origen o procedencia, tiene por objeto indemnizar al acreedor de las consecuencias perjudiciales causadas por el incumplimiento de la obligación o por la realización del acto ilícito. Siendo esta indemnización preferentemente de carácter pecuniario (salvo en determinados supuestos de obligaciones extracontractuales que pueden dar lugar a una reparación específica), se debe proceder a valorar económicamente distintos aspectos o componentes que si bien, son fácilmente teorizables, plantean en la práctica notorias dificultades de concreción. En este sentido, el artículo 1106 del Código Civil establece que: “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.”



El citado precepto da cobertura legal al denominado daño emergente y lucro cesante. El daño emergente es el daño o



pérdida sufrida por el acreedor y el lucro cesante la ganancia dejada de obtener a consecuencia del incumplimiento contractual.

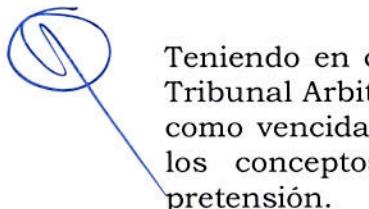
Por otra parte, el mero incumplimiento contractual o producción del hecho ilícito no produce de forma automática el nacimiento de la indemnización por daños y perjuicios. La probanza de este incumplimiento o realización del hecho doloso o culposo incumbe al perjudicado, el cual debe probar el nexo de causalidad entre el hecho y el daño producido. La jurisprudencia dice que si bien el incumplimiento puede dar lugar a indemnización, ello “*no significa que se haya abandonado la doctrina general de que el incumplimiento contractual no genera el desencadenamiento inexorable de los daños y perjuicios y su reparación, y que, por ende, incumbe a la parte reclamante la carga de la prueba de su existencia y cuantía*”

No vamos a examinar el componente daño moral; pues constituye un elemento que inclusive podrían concebirse como todo aquellos que afectan a los bienes o derechos inmateriales de las personas. El problema de su cuantificación implica una probanza real

Como quiera que la pretensión de indemnización por daños y perjuicios requiere probarse en concordancia con los hechos que lo generaron, dentro del contexto de las decisiones precedentes no existe prueba alguna que sustente los perjuicios a ser compensados pecuniariamente. En este sentido, el Tribunal Arbitral considera infundada esta pretensión.

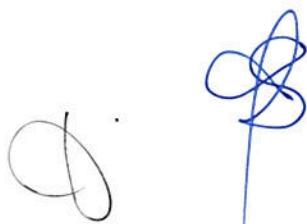
6. Determinar si corresponde o no ordenar que el Contratista pague las costas y costos del presente proceso arbitral.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL



Teniendo en consideración el sentido de la decisión general del Tribunal Arbitral, que no puede definirse a ninguna de las partes como vencida en el proceso arbitral, debe distribuirse por igual los conceptos de los gastos arbitrales que comprende la pretensión.

CON RELACIÓN A LA RECONVENCIÓN:



- 7. Determinar si corresponde o no ratificar la resolución del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA formulada por el Contratista mediante Carta Notarial de fecha 17 de junio de 2011.**

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Tribunal Arbitral se remite a la decisión adoptada respecto del primer punto controvertido (1).

- 8. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que pague al Contratista la Factura N° 003-000779 por el importe de S/.75,072.00, más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.**

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Este Tribunal Arbitral se remite a los considerandos del primer punto controvertido. En este sentido se ha llegado a la conclusión de que el objeto total de la prestación (primera entrega) no fue cumplida de modo que, sin perjuicio de la responsabilidad de la Entidad por la recepción irregular (parcial), en bases al proceso de la ejecución del gasto publico (compromiso, devengado y pago) regulados por el T.U.O de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley General de Tesorería y Directiva de Tesorería, resulta jurídicamente improcedente la formalización del devengado por parte de la Entidad toda vez que las actuaciones contractuales no concuerdan con la exigencia y requisitos exigidos por la indicada normativa presupuestal y de tesorería.
El Tribunal Arbitral de derecho debe declarar improcedente esta pretensión.

- 9. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad proceda a devolver al Contratista la garantía de fiel cumplimiento.**

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

De acuerdo con el Artículo 158º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado las Garantías de Fiel cumplimiento deben tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios. En este caso, dentro del contexto del presente Laudo Arbitral se ha verificado que la prestación total, para la que se emitió y entregó la indicada garantía, aun no ha sido cumplida.

En este sentido, el Tribunal Arbitral de acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, debe declarar Improcedente esta pretensión.

10. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad pagar a favor del Contratista una indemnización por daños y perjuicios ascendente a la suma de S/. 500.000.00.

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Este Tribunal por remisión a los considerandos relativos a la pretensión por daños y perjuicios formulados por la Entidad, debe declarar INFUNDADA este punto controvertido.

11. Determinar si corresponde no ordenar que la Entidad pague las costas y costos del presente proceso arbitral

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Por remisión a la pretensión similar de la Entidad, este Tribunal Arbitral, tomando el considerando aludido, decide distribuir por igual los gastos arbitrales dentro de cuyo contexto se encuentra la petición.

Sobre la base de la normativa aludidaza en el contexto de los análisis; saneado el proceso arbitral en su oportunidad; sin tachas a las pruebas actuadas y con sujeción al debido proceso arbitral, sobre el cual, las partes no han expresado objeción alguna, EL TRIBUNAL ARBITRAL:

LAUDA DE DERECHO:

1. Determinar si corresponde o no declarar la invalidez y/o ineficacia de la resolución parcial del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA formulada por el Contratista mediante Carta Notarial de fecha 17 de junio de 2011.

FUNDADA ESTA PRETENSION.

2. Determinar si corresponde o no declarar la resolución del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA por incumplimiento injustificado de obligaciones atribuible al Contratista.

IMPROCEDENTE ESTA PRETENSION.

3. Determina si, como consecuencia de lo decidido respecto al punto controvertido señalado en el numeral 2, corresponde o no la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento N° 0011-0295-9800017885-39, emitida por el Banco Continental por el monto de S/. 196,178.64

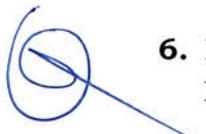
IMPROCEDENTE ESTA PRETENSION.

4. Determinar si corresponde o no que la Entidad aplique al Contratista una penalidad ascendente a la suma de SI. 140,165.68 debido al presunto incumplimiento injustificado en el plazo de entrega.

INFUNDADA ESTA PRETENSION.

5. Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista pague una indemnización a favor de la Entidad por el monto de SI. 1'401,656.80 por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral.

INFUNDADA ESTA PRETENSION.

-  6. Determinar si corresponde o no ordenar que el Contratista pague las costas y costos del presente proceso arbitral.

EL TRIBUNAL HA DISTRIBUIDO POR IGUAL ENTRE LAS PARTES EL CONCEPTO A QUE SE CONTRAE ESTE PUNTO.

7. Determinar si corresponde o no ratificar la resolución del Contrato N° 023-2009-MIMDES-PRONAA formulada por el Contratista mediante Carta Notarial de fecha 17 de junio de 2011.

EL TRIBUNAL SE REMITE A LO RESUELTO EN EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.

- 
8. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que pague al Contratista la Factura N° 003-000779 por el importe de SI. 75,072.00, más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.



IMPROCEDENTE ESTA PRETENSION.

9. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad proceda a devolver al Contratista la garantía de fiel cumplimiento.

IMPROCEDENTE ESTA PRETENSION.

10. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad pagar a favor del Contratista una indemnización por daños y perjuicios ascendente a la suma de S/. 500.000.00.

INFUNDADA ESTA PRETENSION.

11. Determinar si corresponde no ordenar que la Entidad pague las costas y costos del presente proceso arbitral.

ESTE TRIBUNAL SE REMITE A LO DECIDIDO en punto 6.

El presente Laudo Arbitral de derecho debe ser notificado a las partes y cumplir por Secretaría con los requisitos de difusión a que se contrae la Ley de Contrataciones del Estado.

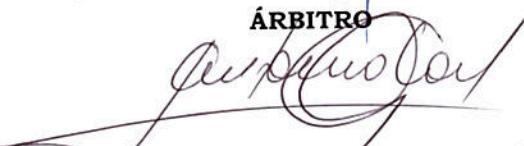

ALEJANDRO ALVAREZ PEDROZA

PRESIDENTE


CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES


JOSE RAFAEL BLOSSIERS MAZZINI

ÁRBITRO


ANTONIO CORRALES GONZALES
DIRECTOR DE ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

