

Arbitraje de Derecho seguido entre

- JOSUE INVERSIONES S.A.C.
(DEMANDANTE)

Y

PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA)
(DEMANDADO)

LAUDO

Tribunal Arbitral

Franz Kundmüller Caminiti (Presidente)
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez – Rosas Pons

Secretaría Arbitral

Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNA
– OSCE)

Fecha de emisión: 9 de agosto de 2013

7

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

LAUDO ARBITRAL

Lima, 9 de agosto de 2013

I. VISTOS:

1. EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL

1. Con fecha 16 de julio de 2010, la empresa JOSUE INVERSIONES S.A.C. (en adelante "Josué Inversiones") y el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria, (en adelante "PRONAA") suscribieron el Contrato N° 050-2010-PRONAA-MIMDES para la **ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR** (en adelante el "Contrato").
2. El Convenio Arbitral se encuentra en la Cláusula Vigésimo Primera del Contrato N° 053-2010-PRONAA-MINDES que dispone lo siguiente:

"CLAUSULA VIGÉSIMO PRIMERA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho de conformidad con lo establecido en la normativa de Contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de un Tribunal Arbitral del Órgano del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, integrado por tres miembros para tal efecto, cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar dicho arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º, 177º del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o en su defecto en el artículo 52º de la Ley.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia."

2. ANTECEDENTES AL PRESENTE ARBITRAJE

3. Josué Inversiones y el PRONAA suscribieron el Contrato en razón de que el primero había obtenido la Buena Pro de la Licitación Pública por la modalidad de Subasta Inversa Presencial N° 009-2010-MIMDES-PRONAA, para la contratación del suministro del producto "Conserva de Anchoqueta en Salsa de Tomate", bajo el sistema de contratación de Precios Unitarios (en adelante la "Licitación"). El monto contractual ascendía a S/. 1'688,198.84 (Un Millón Seiscientos Ochenta y Ocho Mil

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIDA SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

Ciento Noventa y Ocho y 84/100 Nuevos Soles), incluido el IGV, siendo el plazo de ejecución original de 90 días calendario.

4. En la Cláusula Vigésima del Contrato se pactó que en lo no previsto en el citado Contrato o en la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N° 1017) y su Reglamento (Decreto Supremo N° 184-2010-EF), serían de aplicación las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes.

3. DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE

3.1. Designación de los integrantes del Tribunal Arbitral

5. Habiéndose suscitado una controversia entre las partes respecto al contrato, Josué Inversiones en su demanda de fecha 23 de abril de 2012, designó como árbitro a Juan José Pérez - Rosas Pons. Por su parte, el PRONAA contestó la demanda arbitral con fecha 28 de enero de 2011, designando como árbitro a Juan Manuel Revoredo Lituma. Ambos árbitros procedieron a designar como Presidente del Tribunal Arbitral a Franz Kundmüller Caminiti.

3.2. Inicio del Proceso Arbitral y Audiencia de Instalación

6. Con fecha 23 de abril de 2012, Josué Inversiones presentó su demanda arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25° del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNA - OSCE).
7. El 14 de junio de 2012, el PRONAA procedió a contestar la demanda, conforme a lo establecido en el artículo 26° del citado Reglamento.
8. Con fecha 28 de noviembre de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, contando con la participación de los representantes de ambas partes.

3.3. Demanda arbitral

9. Como se ha señalado, mediante escrito de fecha 23 de abril de 2012, Josué Inversiones presentó su escrito de demanda arbitral formulando las siguientes pretensiones:
 - **Primera Pretensión Principal:** Que se declare la invalidez y/o ineficacia según corresponda de la decisión de "EL PRONAA" de denegar el pedido de resolución parcial del Contrato, comunicada mediante Carta N° 050-2010- MIMDES-PRONAA/DE, notificada con fecha 20 de octubre del 2010.
 - **Segunda Pretensión Principal:** Que se declare la invalidez y/o ineficacia, según corresponda de la decisión de "EL PRONAA" de resolver parcialmente el Contrato

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIDA SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez – Rosas Pons

mediante Carta Notarial N° 090-2010-PRONAA-MIMDES del 26 de octubre de 2010 por un supuesto incumplimiento injustificado de "Josué Inversiones".

- **Tercera Pretensión Principal:** Que, de conformidad con lo establecido en el numeral 18.2 de la cláusula decimo octava del Contrato, se declare la Resolución del mismo por imposibilidad de ejecutarlo.
- **Pretensión Accesoría a la Tercera Pretensión Principal:** Que "EL PRONAA" cumpla con devolver la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 10203576-004 de S/78,493.46 (Setenta y Ocho mil Cuatrocientos Noventa y Tres nuevos soles con cuarenta y seis céntimos) por el Ítem 27 – Chiclayo; y la N° 10203559-004, de S/90,326.43 (Noventa mil Trescientos Veintiséis con cuarenta y tres céntimos por el Ítem 32 Huánuco Pasco, ambas emitidas por el Banco Scotiabank y otorgadas como garantía de la ejecución de las prestaciones del Contrato.
- **Cuarta Pretensión Principal:** Que se declare la improcedencia de la aplicación de penalidades por parte de "EL PRONAA", por cuanto no existe incumplimiento injustificado imputable a "Josué Inversiones" al haberse configurado la causal de caso fortuito o fuerza mayor.
- **Quinta Pretensión Principal:** Que se ordene a "EL PRONAA", cumpla con el pago de una indemnización por el siguiente concepto:

- Por concepto de daño emergente se ordene al PRONAA que cumpla con devolver los costos financieros incurridos para el mantenimiento y renovación de las Cartas Fianza desde la fecha de pedido de resolución parcial de contrato. Asimismo, deberá reconocer como monto a indemnizar el costo de oportunidad de capital del dinero que fue entregado como garantía líquida para el otorgamiento de las Cartas Fianzas. Adicionalmente, debido a que el PRONAA rechazó el pedido de resolución parcial del contrato por caso fortuito o fuerza mayor, eso habría obligado a que Josué Inversiones haya tenido que incurrir en mayores gastos conducentes al cumplimiento de las prestaciones pactadas en el contrato a pesar de no existir el insumo de anchoveta. En ese sentido se tuvo que adquirir envases tinapón, etiquetas con el logo y especificaciones, la salsa de tomate, cajas para envases, siendo que todos esos gastos serán debidamente liquidados y sustentados en su oportunidad.

- **Sexta Pretensión Principal:** Que se condene expresamente a "EL PRONAA" al pago de la totalidad de las costas y costos del proceso Arbitral, por no existir fundamento alguno que justifique la negativa de la ampliación de plazo solicitada y la resolución del contrato por incumplimiento contractual.

10. Asimismo, presentó los fundamentos de hecho y de derecho que sustentaban su demanda y pretensiones arbitrales.

3.4. Admisión de la demanda arbitral

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIDA SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez – Rosas Pons

11. Mediante cédula de notificación N° 2973-2012, la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE confirió traslado de la demanda presentada, así como de sus anexos al PRONAA por un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que éste proceda a presentar su escrito de contestación a la demanda arbitral.

3.5. Contestación

12. Mediante escrito presentado con fecha 14 de junio de 2012, el PRONAA cumplió con presentar su escrito de contestación de la demanda arbitral. Asimismo, presentó los respectivos fundamentos de hecho y de derecho.
13. Respecto de la primera pretensión planteada, la demandada precisa que el contrato señaló el detalle del producto y los plazos respectivos. Indica la demandada que el plazo de entrega debía realizarse hasta el 14 de octubre de 2010. En lo que concierne al pedido de resolución parcial solicitado por la demandante en su carta notarial del 13 de octubre de 2010, menciona que el Tribunal de Contrataciones, mediante Resolución No. 610/2007 TC hace la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, en los términos ahí previstos.
14. La demandada cita además el Pronunciamiento No. 097-2012/DSU del OSCE, que precisa la necesidad de recurrir a la legislación del Código Civil, su artículo 1315, en lo concerniente a la definición de caso fortuito y fuerza mayor, en orden a que este asunto no se encuentra previsto en la legislación de contrataciones del estado.
15. En tal sentido, indica la demandada, que se entiende que hay causa no imputable, cuando ocurre un evento que reúne necesariamente tres características; es decir, que sea extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la obligación o determina cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Asimismo, cita la Opinión No. 028-2010/DTN de la Dirección Técnico Normativa del OSCE, que sigue el mismo criterio y añade además que los tres requisitos en mención no deben derivar de la voluntad del deudor, en orden a que de esta manera se entraría en el terreno de la responsabilidad.
16. Precisa la demandada que los hechos invocados por la demandante no constituirían caso fortuito o fuerza mayor, citando así el Oficio No. DE 300 247 2010 PRODUCE IMP dirigido por el Director Ejecutivo del IMARPE a la parte demandante, en el que se precisa el comportamiento del recurso anchoveta debido al fenómeno la Niña conforme reporte de la NOAA/USA del 5 de agosto de 2010, en orden a que es de esperar que el recurso anchoveta se encuentre disperso por las condiciones de enfriamiento que actualmente se observa en el mar peruano. Señala además la demandada que la contraria tenía conocimiento de estos hechos, lo que la habría obligado a tomar las previsiones del caso.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

17. En cuanto a la segunda pretensión de la demandante, señala la demandada que su comunicación de resolución parcial de contrato fue correctamente emitida, en orden a que se hizo el respectivo requerimiento previo.
18. En lo concerniente a la tercera pretensión principal, la demandada precisa que no es posible declarar la imposibilidad de ejecutar el contrato, en orden a que no se verifica que haya habido "imprevisibilidad".
19. Respecto de la cuarta pretensión principal, la demandada señala que corresponde aplicar la penalidad por retraso injustificado, en orden a que justamente el incumplimiento derivó de la necesidad de resolver el contrato, tal como efectivamente ocurrió en el presente caso.
20. Adicionalmente, sobre la quinta pretensión principal, la demandada señala que en lo concerniente a la indemnización de daños y perjuicios solicitada, la demandante no ha probado que la demandada haya incurrido en incumplimiento de obligación contractual que haya generado daño a la parte demandante, entendido éste como la lesión a los derechos subjetivos del individuo, por lo que mas bien se habría producido perjuicio en contra de la demandada, aunque no formula pretensión al respecto.
21. Finalmente, sobre la sexta pretensión principal, la demandada señala que no le corresponde ser condenada al pago de la totalidad de costos y costas del arbitraje al no existir fundamento para ello.

Audiencia de Instalación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios

22. Con fecha 28 de noviembre de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, contando con la participación de las partes. Verificados los pagos de los gastos arbitrales, se procedió a la Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; el Tribunal Arbitral, procedió a fijar como puntos controvertidos los siguientes:
 - a. Determinar si corresponde se declare la invalidez y/o ineficacia según corresponda de la decisión de la entidad de denegar el pedido de resolución parcial del Contrato N° 050-2010-PRONAA-MIMDES por causal de caso fortuito o fuerza mayor, comunicada mediante carta no. 066-2010-MIMDES-PRONAA/DE, notificada con fecha 20 de octubre de 2010.
 - b. Determinar si corresponde que se declare la invalidez o ineficacia de la decisión de la entidad de resolver parcialmente el contrato mediante carta notarial No. 090 2010 MIMDES-PRONAA del 26 de octubre de 2010, por un supuesto incumplimiento injustificado de la demandante.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIDA SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

- c. Determinar si corresponde que de conformidad con lo establecido en el numeral 18.2 de la cláusula décimo octava del contrato, se declare la resolución por imposibilidad de ejecutarlo.
 - d. Determinar si corresponde que la entidad devuelva las cartas fianzas de fiel cumplimiento No. 10203576-004 de S/. 78,493.46 por el ítem 27 Chiclayo y No. 10203559-004 de S/. 90,326.43 por el ítem 32 Huánuco Pasco, todas emitidas por el Banco Scotiabank y otorgadas como garantía de la ejecución de las prestaciones del contrato.
 - e. Determinar si corresponde que se declare la improcedencia de la aplicación de penalidades por parte de la entidad por existir incumplimiento injustificado imputable al contratista al haberse configurado la causal de caso fortuito o fuerza mayor.
 - f. Determinar si corresponde que la entidad cumpla con el pago de una indemnización por daño emergente, por la que se le ordene cumpla con devolver los costos financieros incurridos para el mantenimiento y renovación de las cartas fianza desde la fecha del pedido del contratista de resolución parcial del contrato con reconocimiento como monto a indemnizar del costo de oportunidad de capital del dinero que fue entregado como garantía líquida para el otorgamiento de las cartas fianzas y de los mayores gastos por la adquisición de envases de tinapón etiquetas con el logo y especificaciones del PRONAA, salsa de tomate y cajas para almacenar los envases de tinapón, para el cumplimiento de las prestaciones pactadas.
 - g. Determinar si corresponde que se condene expresamente a la entidad al pago de la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral por no existir fundamento que justifique la negativa de resolución parcial de contrato solicitada y la resolución del contrato por incumplimiento contractual.
23. La Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos continuó con la admisión por parte del Tribunal Arbitral de los medios probatorios presentados por las partes:

a) **Respecto de los medios probatorios ofrecidos por la demandante:**

Se admitieron todos los medios probatorios signados con los numerales del N° 5.1 al N° 5.35 inclusive, del ítem V denominado "medios probatorios" de la demanda presentada con fecha 23 de abril de 2012

Sin perjuicio de ello, la demandante procedió a dejar sin efecto el medio probatorio signado con el numeral N° 5.35.

b) **Respecto de los medios probatorios ofrecidos por el PRONAA:**

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIÁ SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

Se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por la demandada en su contestación a la demanda de fecha 28 de mayo de 2012 presentados como ítem X denominado "medios probatorios".

24. Finalmente, la Audiencia de Instalación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios concluyó con la precisión del tribunal arbitral en el sentido que se reserva el derecho de ordenar en posterior oportunidad la admisión de cualquier otro medio probatorio que considere pertinente, así como decidir sobre los puntos controvertidos en el orden mas adecuado y no necesariamente tal como están planteados.

3.6. Alegatos y la Audiencia de Informes Orales

- Alegatos escritos presentados por las partes

25. Ambas partes cumplieron con presentar sus respectivos alegatos escritos

- Audiencia de Informes Orales

26. En su oportunidad se realizó la Audiencia de Informes Orales. En dicha audiencia se concedió el uso de la palabra al representante de la demandante, así como al representante de la demandada. Seguidamente, el Tribunal Arbitral procedió a formular las preguntas que estimó pertinentes.

3.7. Fijación del plazo para laudar

27. En la Audiencia de Informes orales, el Tribunal Arbitral procedió a fijar el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada al Acta correspondiente, prorrogándose por el plazo por quince (15) días adicionales, el mismo que vence el 9 de agosto de 2013.

II. DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

4. CUESTIONES PRELIMINARES

28. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que:

- (i) El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado y la Ley de Arbitraje, al que las partes se sometieron de manera incondicional;

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez – Rosas Pons

- (ii) En ningún momento se ha interpuesto recusación contra algún miembro del Tribunal Arbitral;
 - (iii) La demandante ha cumplido con presentar su escrito de demanda arbitral;
 - (iv) La demandada fue debidamente emplazada, contestando la demanda arbitral dentro de los plazos dispuestos y ejerciendo plenamente su derecho de defensa; y
 - (v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente ante el Tribunal Arbitral.
29. Asimismo, precisar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Tribunal Arbitral respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad. Los medios probatorios deben ser valorados por el Tribunal Arbitral de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan sus pretensiones, éstas deberán ser declaradas infundadas.
30. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.
31. Finalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas. Siendo ese el estado del proceso se procede a laudar dentro del plazo establecido en el Acta de la Audiencia de Informes Orales de fecha 21 de julio de 2011.

5. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

32. A continuación, el Tribunal Arbitral procede analizar los puntos controvertidos fijados en la Audiencia de Instalación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en el siguiente orden de prioridades, atendiendo a la relevancia de los mismos en función de la materia controvertida.

5.1. Primer Punto Controvertido

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez – Rosas Pons

Determinar si corresponde se declare la invalidez y/o ineficacia según corresponda de la decisión de la entidad de denegar el pedido de resolución parcial del Contrato N° 050-2010-PRONA-MIMDES por causal de caso fortuito o fuerza mayor, comunicada mediante carta no. 066-2010-MIMDES-PRONAA/DE, notificada con fecha 20 de octubre de 2010.

5.2. Segundo, Tercer, Cuarto Quinto, Sexto y Séptimo Puntos Controvertidos

Determinar si corresponde que se declare la invalidez o ineficacia de la decisión de la entidad de resolver parcialmente el contrato mediante carta notarial No. 090 2010 MIMDES-PRONAA del 26 de octubre de 2010, por un supuesto incumplimiento injustificado de la demandante.

Determinar si corresponde que de conformidad con lo establecido en el numeral 18.2 de la cláusula décimo octava del contrato, se declare la resolución por imposibilidad de ejecutarlo.

Determinar si corresponde que la entidad devuelva las cartas fianzas de fiel cumplimiento No. 10203576-004 de S/. 78,493.46 por el ítem 27 Chiclayo y No. 10203559-004 de S/. 90,326.43 por el ítem 32 Huánuco Pasco, todas emitidas por el Banco Scotiabank y otorgadas como garantía de la ejecución de las prestaciones del contrato.

Determinar si corresponde que se declare la improcedencia de la aplicación de penalidades por parte de la entidad por existir incumplimiento injustificado imputable al contratista al haberse configurado la causal de caso fortuito o fuerza mayor.

Determinar si corresponde que la entidad cumpla con el pago de una indemnización por daño emergente, por la que se le ordene cumpla con devolver los costos financieros incurridos para el mantenimiento y renovación de las cartas fianza desde la fecha del pedido del contratista de resolución parcial del contrato con reconocimiento como monto a indemnizar del costo de oportunidad de capital del dinero que fue entregado como garantía líquida para el otorgamiento de las cartas fianzas y de los mayores gastos por la adquisición de envases de tinapón etiquetas con el logo y especificaciones del PRONAA, salsa de tomate y cajas para almacenar los envases de tinapón, para el cumplimiento de las prestaciones pactadas.

Determinar si corresponde que se condene expresamente a la entidad al pago de la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral por no existir fundamento que justifique la negativa de resolución parcial de contrato solicitada y la resolución del contrato por incumplimiento contractual.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIDA SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

Sin perjuicio de lo señalado al inicio de este numeral, el Tribunal Arbitral considera pertinente analizar los puntos controvertidos precedentes de manera conjunta, en la medida que los mismos se encuentran estrechamente vinculados entre sí.

5.2.1. Posición del TRIBUNAL ARBITRAL respecto a los Puntos Controvertidos señalados:

A).- Determinar si corresponde se declare la invalidez y/o ineficacia según corresponda de la decisión de la entidad de denegar el pedido de resolución parcial del Contrato N° 050-2010-PRONA-MIMDES por causal de caso fortuito o fuerza mayor, comunicada mediante carta no. 066-2010-MIMDES-PRONAA/DE, notificada con fecha 20 de octubre de 2010.

33. Según la doctrina, el caso fortuito y la fuerza mayor son conceptos distintos. A criterio de algunos autores, el primero de ellos está referido a accidentes naturales, mientras que el segundo básicamente alude a actos de terceros. Así, ESPINOZA, citando a DÍEZ - PICAZO, señala que *"tradicionalmente se distinguía el caso fortuito (act of God) de la fuerza mayor (hechos del hombre), incluso, dentro de este último, al factum principis, entendido como el conjunto de actos y decisiones de las Administraciones públicas o, en general, de los Poderes públicos, que son de necesaria observancia y que introducen un impedimento en la prestación."*¹.
34. En relación al caso fortuito o fuerza mayor, el artículo 1315° del Código Civil señala lo siguiente:

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

35. Tal como se desprende de la norma antes citada, el legislador peruano ha optado por equiparar los conceptos de "caso fortuito" y "fuerza mayor", definiéndolos a ambos como aquella causa no imputable que impide el cumplimiento de una obligación, y que además debe tener tres características como mínimo; esto es, debe tratarse de un acontecimiento *"extraordinario, imprevisible e irresistible"*.
36. En esta línea, la **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CODIGO CIVIL** señala que se trata de eventos que se producen independientemente de la voluntad del deudor, especificándose además que *"en todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa. Estos eventos configuran, definitivamente,*

¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. segunda Edición Actualizada, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2003. Pág. 161.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSI A SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
 Franz Kundmüller Caminiti
 Juan Manuel Revoredo Lituma
 Juan José Pérez - Rosas Pons

causas no imputables."² Adicionalmente, ESPINOZA ESPINOZA se refiere al caso fortuito como la causa no imputable objetiva, la cual comporta una valoración de tipo objetivo, o sea extraña al deudor, la cual está referida "a un evento que proviene generalmente, del exterior de la persona del deudor y de su organización económica (hacienda)."³

37. Ahora bien, es importante destacar que, si bien el Código Civil intenta hacer una definición a nivel legislativo del caso fortuito y la fuerza mayor, ésta omite explicar en qué consisten las características de "extraordinario, imprevisible e irresistible" así como en qué circunstancias y respecto de quiénes resultan aplicables las mismas; a efectos de considerar la ocurrencia de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.
38. Estando a los considerandos precedentes; a continuación pasamos a analizar cada una de las características del caso fortuito o fuerza mayor, a efectos de posteriormente determinar si a la luz de las pruebas obrantes en autos, la dispersión de la anchoveta adulta producto del fenómeno "LA NIÑA" durante los meses de julio a setiembre de 2010 configura este supuesto.

A) Extraordinario.-

39. El diccionario de la Real Academia Española define al término "extraordinario" como fuera del orden o regla natural [...]"⁴. En consecuencia, un acontecimiento extraordinario es aquel evento que no es usual y por ende escapa a lo ordinario, razón por la cual se le califica como una situación de excepción. En tal sentido, constituiría una situación de excepción aquella en la cual las condiciones atmosféricas y del mar, en un período determinado, hacen que la pesca de anchoveta se vea afectada.
40. En efecto y a mayor abundamiento, OSTERLING Y CASTILLO señalan que "lo contrario a lo común es la excepción; por ello, concluimos que se trata de algo que se encuentra dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento que se produce por excepción, lejos de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. Lo extraordinario es, pues, lo que atenta o irrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos."⁵
41. Ahora bien, para saber si un acontecimiento califica como extraordinario, resulta necesario que el análisis se realice dentro de un determinado contexto, pues lo que

² • COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISION DEL CODIGO CIVIL. Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo V, Editorial Desarrollo S.A., 1981. Pág. 440.

³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. segunda Edición Actualizada, Gaceta Jurídica S.A., Lima,,2003. Pág. 161 - 164.

⁴ Real Academia de la Lengua Española. Tomo I. Pág. 623.

⁵ OSTERLING PARODI, FELIPE – CASTILLO FREYRE, MARIO. Tratado de las Obligaciones. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, Tomo XI. Págs. 624 y 625.

Tribunal Arbitral
 Franz Kundmüller Caminiti
 Juan Manuel Revoredo Lituma
 Juan José Pérez – Rosas Pons

en un lugar, época o circunstancia podría ser calificado como excepcional; podría no serlo en otro contexto. En efecto, según FERNANDEZ Y LEON, "lo extraordinario se juzga, principalmente, de acuerdo con las circunstancias temporales y espaciales. Entre nosotros, por ejemplo, los ataques de grupos terroristas contra los medios de transporte terrestre han dejado de tener el carácter habitual que se les podía reconocer, sin problemas, en el decenio 1980-1990. En contrapartida, han pasado a ser comunes los asaltos a mano armada en carreteras, cometidos por delincuentes comunes."⁶

42. Adicionalmente, consideramos que para efectos del presente caso, el análisis de este atributo debe ser realizado *in abstracto* y no *in concreto*, esto es, atendiendo a lo que hubiese resultado excepcional para cualquier persona que hubiese estado en esa misma situación. De acuerdo a DE TRAZEGNIES debe tratarse de "*un hecho atípico, notorio, con alcance general*", señalando además que la notoriedad implica que el carácter extraordinario de un hecho no pueda ser apreciado subjetivamente (cuánto de extraordinario tiene para el sujeto involucrado) sino que tiene que ser apreciado objetivamente (en qué medida ese hecho es extraordinario para cualquiera). Lo extraordinario no es algo fuera de lo común para el sujeto, sino fuera de lo común para todo el mundo. Para el derecho, el caso fortuito es siempre un hecho manifiesto, de gran magnitud, de carácter general.⁷
43. Por lo tanto, un evento será extraordinario (no usual y excepcional), dependiendo del contexto en el que se analice y efectuando un análisis *in abstracto* (apreciación objetiva).
44. No hay dificultad en entender que lo ordinario o común no es fortuito. En relación con este punto, es curioso comprobar, de todos modos, cómo los antiguos exégetas franceses tuvieron la audacia de establecer que los eventos ordinarios o comunes eran los que se producían cada dos o tres años (LAROMBIERE, DE MOLOMBE, AUBRY y RAU, citados por COVIELLO)⁸. Más allá de tan arbitrarios límites temporales, reinaba lo insólito, lo excepcional. Se llegaba al extremo de identificar la categoría de los eventos "muy insólitos".
45. Actualmente y, como es obvio, el discurso anterior no es atendible, a pesar de su noble -aunque nocivo a la larga- intento de brindar a los intérpretes pautas precisas para la solución de problemas concretos. Lo extraordinario se juzga, principalmente, de acuerdo con las circunstancias temporales y espaciales inherentes y específicas en cada caso. Las condiciones del mar en el presente caso, en términos de clima,

⁶ Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas en diversas materias del derecho civil, Gaceta Jurídica: Lima, 2004, Tomo VI. Pág. 885.

⁷ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Vol. IV – Tomo I, Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001. Pág. 338.

⁸ COVIELLO, Nicola, Del caso fortuito in rapporto al/a estinzione delle obbligazioni, Rocco Carabba Ed., Lanciano, 1895. Pág. 50.

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

temperatura, oleaje, etc., tiene una incidencia puntual en la ejecución del contrato sub litis.

46. Digna de seguir, en todo caso, es la doctrina que aconseja que "la evidencia y gravedad del caso fortuito no deben inducir, jamás, a descuidar el análisis relativo a la precisa determinación de la actividad a la que se encuentran obligadas las empresas, según la naturaleza del servicio"⁹.

B) Imprevisible.-

47. De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, lo imprevisible es aquello que no puede ser conocido, ni respecto de lo cual se puede conjeturar, por no existir señales o indicios de lo que va a suceder. Adicionalmente, lo imprevisible está ligado a la ausencia de *"preparación de medios para afrontar futuras contingencias"*.
48. Al respecto, ALTERINI, ÁMELA Y LÓPEZ CABANA, consideran que el hecho es imprevisible cuando el deudor no lo puede prever, a pesar de haber actuado con la prudencia, diligencia y capacidad de previsión que son exigibles al hombre medio. En consecuencia, puede decirse que la imprevisibilidad va de la mano con los deberes de diligencia, prudencia, esmero o cuidado del deudor.¹⁰
49. Adicionalmente, de manera similar a lo indicado en el caso de la extraordinariedad, la imprevisibilidad debe ser evaluada en función lo que para cualquier sujeto en el lugar del deudor hubiere sino imprevisible de haber estado en esa misma situación y no lo que resulte imprevisible para un deudor en particular. En esta línea, DE TRAZEGNIES GRANDA citando a MAZEUD señala que *"La imprevisibilidad y la irresistibilidad se aprecian in abstracto. No se trata, pues, de averiguar si el mismo demandado podía prever el acontecimiento y resistir a él, sino de saber si un individuo cuidadoso, colocado en las mismas circunstancias, lo hubiera previsto o impedido."*
50. Cabe destacar que la previsión, por su parte, debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación: a diferencia de la resistibilidad que se presenta al momento de cumplirla.¹¹
51. Ahora bien, no queremos dejar de mencionar que, si bien nuestro legislador ha optado por considerar a la imprevisibilidad como una característica esencial para que se configure el caso fortuito o fuerza mayor, a criterio de un sector de la doctrina, este elemento no debería ser considerado al mismo nivel de importancia que los atributos de "extraordinario" e "irresistible". Ello, en tanto existen supuestos que, pese a ser

⁹ BRECCIA, Umberto, Le Obbligazioni, in Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milán, 1991. Pag. 479

¹⁰ ALTERINI, Atilio Aníbal, Oscar José AMEAL y Roberto LÓPEZ CABANA. Teoría de las obligaciones. Tomo I. Pág. 391.

¹¹ REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Tomo V. Pág. 440.

Tribunal Arbitral
 Franz Kundmüller Caminiti
 Juan Manuel Revoredo Lituma
 Juan José Pérez - Rosas Pons

previsibles son a la vez irresistibles, a los cuáles no debería desconocérsele su naturaleza de caso fortuito o fuerza mayor, como un supuesto de exoneración de responsabilidad civil. En esta línea, FERNANDEZ CRUZ señala que "se ha sostenido que la imprevisibilidad no constituye un atributo esencial del caso fortuito, dada la irrefutable comprobación de que existen hechos perfectamente previsibles (fenómenos atmosféricos de gran dimensión, por ejemplo, susceptibles de ser pronosticados por los meteorólogos) que pueden, con todo, revestir carácter liberatorio de responsabilidad."¹²

52. Además, en relación a este atributo, ESPINOZA ESPINOZA afirma que *"Sin embargo, se ha observado que no es más característica constante del fortuito el requisito de la impredecibilidad, porque pueden darse eventos predecibles absolutamente inevitables."*¹³

53. Y más aún, los defensores del subjetivismo -de cuya posición, consideramos conveniente apartarse- no han tenido reparos para señalar que el concepto de "previsibilidad" sintoniza con sus postulados, pues constituiría un criterio de medición de la diligencia, de "una diligente 'previsión' remota y programática, dirigida a la autodisciplina seleccionadora de la conducta individual; abstenerse, por ejemplo, de aventurarse en operaciones difíciles o peligrosas, sin acompañarlas de adecuadas medidas de prevención"¹⁴.

54. Como quiera que sea, el dato positivo no puede ser ignorado. No sin subrayar, una vez más, lo inapropiado de este tipo de definiciones legislativas, una pauta para interpretar el requisito de la imprevisibilidad podría ser la ofrecida por la doctrina francesa, que aprecia en ella, ni más ni menos, "un indicio de la irresistibilidad"¹⁵, y considera que para juzgar un evento como imprevisible, hay que tener en cuenta el tiempo y el lugar, además de las circunstancias que se presenten, lo cual equivale a reconocer, una vez más, la relatividad de este rasgo.

c) *Irresistible.-*

55. Un evento califica de irresistible en la medida que no permite ser tolerado, rechazado ni contrarrestado con alguna acción. Este requisito implica que **el evento es inevitable, lo cual supone la imposibilidad de poder cumplir.**

¹² CÓDIGO CIVIL COMENTADO por 209 especialistas en diversas materias del derecho civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, Tomo VI. Pág. 655.

¹³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. segunda Edición Actualizada, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2003. Pág. 162.

¹⁴ FORCHIELLI, Paolo, voz "Caso fortuito e forza maggiore 1) Diritto Civile", en Enciclopedia giuridica Treccani, vol. V, Roma, 1988. Pág. 3.

¹⁵ CHABAS, Franyois, voz "Force majeure", en Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de droit civil, t. VI, 2002

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

56. En efecto, la irresistibilidad supone que el deudor de la prestación, no hubiera tenido la oportunidad de actuar de otra manera. En otras palabras, no basta con que la adopción de otra acción haya sido difícil sino que se requiere que haya sido imposible.¹⁶
57. Según la EXPOSICION DE MOTIVOS DEL CODIGO CIVIL *"El requisito de irresistibilidad, por último, supone la imposibilidad de cumplimiento. La dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aún cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo previsto. Tampoco interesa la situación personal del deudor: la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria."*¹⁷
58. Tal como se ha mencionado líneas arriba, esta característica resulta de suma importancia, por cuanto más allá de la capacidad de previsión de un sujeto, consideramos que en aquellos casos en los que se verifique un supuesto que sea imposible de resistir, el deudor o aparente causante del daño siempre debería estar en la posibilidad de alegar el caso fortuito o fuerza mayor como causal de exoneración de responsabilidad civil.
59. La causa no imputable cuyo acaecimiento extingue la obligación y libera de responsabilidad, debe ser tal, que contra ella no se pueda hacer nada, de manera que impida al deudor proceder de una forma que no resulte dañosa para el acreedor. El caso fortuito o fuerza mayor es un obstáculo que no puede ser evitado.
60. La doctrina francesa propone un modelo objetivo para la evaluación de la irresistibilidad del caso fortuito y compara, al respecto, el proceder del deudor específico y el proceder del individuo ordinario, normalmente diligente, ubicado en las mismas circunstancias externas que el agente¹⁸. En Italia, los jueces examinan si la persona que incumple y que alega la causa no imputable, adoptó todas las medidas posibles, en concreto, para superar el impedimento¹⁹.
61. Finalmente cabe destacar que, cuando se verifica un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor nos encontramos ante una imposibilidad que sobreviene a las obligaciones asumidas por aquella parte que pretende alegar el caso fortuito o fuerza mayor como causal de exoneración de responsabilidad. Es decir, el caso fortuito o fuerza mayor no es anterior o concomitante al momento en que se contrae la obligación cuyo

¹⁶ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Vol. IV – Tomo I, Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001. Pág. 340.

¹⁷ REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Tomo V. Pág. 441.

¹⁸ MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y François CHABAS, Leçons de Droit Civil, t. 11, vol. 1, Obligations. Théorie générale, 8. ed., París, Montchrestien, 1991. Pág. 658

¹⁹ VISINTINI, Giovanna, Trattato breve della responsabilita civile, 2@. Ed. Cedam, Padua, 1999. Pág. 373.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIASURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

incumplimiento deviene en imposible sino ante un acontecimiento que se habría producido en el devenir de la obligación.

Efectos del Caso Fortuito o Fuerza Mayor

62. En lo que respecta a los efectos del caso fortuito o fuerza mayor, el Código Civil señala lo siguiente:

"Artículo 1316.-

La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil. (...)". (El énfasis es nuestro)

"Artículo 1317.-

El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación." (El énfasis es nuestro)

63. Las normas antes citadas regulan los efectos que se producirían en la relación obligatoria, ante la ocurrencia de un supuesto de causa no imputable al deudor. Para tales efectos, éstas se ponen en dos supuestos, atendiendo a si se trata de una causa no imputable de carácter temporal o definitivo.
64. Ahora bien, se deberá tener en cuenta que la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, no importará necesariamente la extinción de la obligación, sino simplemente la posibilidad de que dicho evento -que supuestamente reviste las características de ser extraordinario, imprevisible e irresistible- sea alegado como medio de defensa por el deudor, ante el atraso o la imposibilidad en el cumplimiento de su prestación, en el contexto específico de la ejecución de un contrato.
65. En otras palabras, ante la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor que revista la característica de ser temporal, el deudor quedará liberado de responsabilidad por el cumplimiento tardío de la prestación. Del mismo modo, ante la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor que revista la característica de permanente dentro del plazo de ejecución contractual, el deudor quedará liberado de responsabilidad por el

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
 Franz Kundmüller Caminiti
 Juan Manuel Revoredo Lituma
 Juan José Pérez - Rosas Pons

incumplimiento de la prestación, en orden a que ello deriva en imposible durante la vigencia del contrato y por ende hace imposible su ejecución.

66. De otro lado y en consecuencia; en el caso que **el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor se prolongue en el tiempo**, y ello sea determinante a efectos de que no se le pueda considerar obligado al deudor (sea por el título de la obligación o la naturaleza de la prestación a su cargo), el acreedor pierda interés en el cumplimiento de la prestación o ésta le deje de ser útil, la obligación se considerará extinguida, quedando el deudor libre de toda responsabilidad.

Según VEGA MERE:

*"(...) El artículo alude, asimismo, al caso en que el acreedor pierda justificadamente interés en el cumplimiento o ya no le sea útil. La calificación de "pérdida injustificada" es de compleja definición. En principio, entiendo, debería tomarse como filtro el interés típico del acreedor en una relación obligatoria dada, es decir, determinar qué interés se satisface a través de la figura negocial concreta. Esta inicial aproximación es insuficiente. Mayor razonabilidad tiene la determinación de la pérdida de interés del acreedor si se toma en cuenta el fin práctico perseguido por las partes, el propósito de orden pragmático que dio lugar a la relación obligatoria. (...) "*²⁰

67. Si bien, por una cuestión de seguridad jurídica, podría resultar aconsejable que las partes se cursen una comunicación, manifestando la imposibilidad de ejecutar la prestación (en el caso del deudor) o la falta de interés en continuar ejecutando el contrato o por no ser de utilidad el cumplimiento de la prestación (en el caso del acreedor), nuestro legislador no lo ha considerado indispensable, bastando para ello que se cumpla alguno de los supuestos de hecho contemplados en la norma para que se considere que la obligación habría quedado extinguida. Sin embargo, téngase presente que en el presente caso la demandante cursó comunicación formal solicitando la resolución parcial del contrato.
68. Por tanto, en el caso que se verifique un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor, somos de la opinión que no bastará que el deudor alegue la ausencia de culpa para eximirse de responsabilidad, sino que este último, además, deberá acreditar la ocurrencia de un evento de carácter "extraordinario, imprevisible e irresistible" para lograr el efecto liberatorio deseado, tal como ha ocurrido en el presente caso, de conformidad con la documentación obrante en autos.
69. Adicionalmente, en el caso que se alegue como causal de exoneración de responsabilidad la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor que revista

²⁰

VEGA MERE, Yuri: "Imposibilidad Sobreviniente" En: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI, Derecho de las Obligaciones, Gaceta Jurídica, Primera edición, Mayo 2004, p. 893.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

características que habrían provocado la extinción de la obligación, el deudor siempre deberá estar en aptitud de acreditar que se trata de un acontecimiento que habría adquirido la calidad de definitivo -y no de un evento temporal- lo cual habría derivado en una imposibilidad absoluta de cumplir la prestación que se encontraba a su cargo, durante todo o parte del período de ejecución contractual.

70. Volviendo al caso concreto, la demandante ha sostenido que *en los primeros meses del año, no se había reportado un cambio drástico en las temperaturas de las aguas de la sub-superficie y tampoco la presencia de vientos anómalos que pudieran contribuir a la generación de un fenómeno de "LA NIÑA" de gran intensidad; Iniciada la ejecución del Contrato, se presentaron los fenómenos climatológicos y oceanográficos que conllevaron el acaecimiento de "LA NIÑA" con una intensidad grave.*

71. *Las condiciones no variaron, por el contrario se fueron endureciendo hasta el punto que la anchoveta adulta casi desapareció del litoral peruano, en especial del litoral del Puerto de Chimbote, donde se ubica la planta en las que se producirían las conservas materia del contrato y la presencia de la anchoveta juvenil, no útil para elaborar las conservas materia del contrato, era muy escasa; posteriormente presentamos nuestro pedido de resolución de contrato, el que de manera injustificada y sin sustento alguno fue rechazado.*

72. Como sustento para solicitar la resolución parcial, la demandante proporcionó entre otros, los siguientes documentos (los mismos que han sido adjuntados en la demanda en sendos anexos):

- *Oficio N° DOA-401-2010-PRODUCE-IMP de fecha 21 de septiembre de 2010, en el que el Instituto del Mar del Perú – IMARPE nos informa del comportamiento y distribución de la anchoveta ante un evento frío en el Área de Chimbote, señalado anomalías térmicas, siendo septiembre el mes que registro el valor más bajo de anomalía térmica, lo que configuró el predominio de un escenario ambiental frío, relacionado al desarrollo en el Pacífico Ecuatorial de un evento frío "LA NIÑA".*

Asimismo, en el referido informe se precisa que el comportamiento actual de las condiciones oceanográficas en el Área de Chimbote presenta diferencias con las observadas durante el 2009, observándose que entre junio septiembre el ambiente marino estuvo más frío, provocando la dispersión del recurso anchoveta cercana a la costa, especialmente de la fracción adulta quienes en el presente año, se encontraron poco disponibles a la acción de la flota artesanal que opera en esta área. Estas dos características morfológicas (longitud y desarrollo), determinan la vulnerabilidad de la anchoveta y su no adecuación para la fabricación de conservas tipo crudo, o sea anchovetas enteras en salsa de tomate, objeto del contrato.

Adicionalmente, el Oficio No. DE 300 247 2010 PRODUCE IMP del 7 de setiembre mediante el cual el IMARPE informa a la demandante el comportamiento del ambiente oceanográfico en la zona de Chimbote y su relación con los recursos pesqueros, siendo

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
 Franz Kundmüller Caminiti
 Juan Manuel Revoredo Lituma
 Juan José Pérez – Rosas Pons

los meses de julio y agosto los que registraron el valor mas bajo, provocando dispersión de los recursos pesqueros.

- Resoluciones de Capitanía de Chimbote obrantes en autos en los anexos 1-P a 1-X de la demanda, que acreditan apertura y cierre de puerto en diversas oportunidades entre el 2 de julio de 2010 y el 23 de agosto de 2010, que determinan además de las condiciones de enfriamiento del mar y reducción de la cantidad del recurso anchoveta, el hecho de interrupción reiterada en la posibilidad que los pescadores se hagan a la mar.
73. Como puede apreciarse de algunos documentos que sustentarían la solicitud de resolución parcial, éstos habrían sido emitidos antes de la fecha de la suscripción del contrato inclusive y, por tanto, el Tribunal considera que no podrían sustentar la citada solicitud; tal es el caso de las *Resoluciones de Capitanía de Chimbote del 2, del 6 y del 7 de julio de 2010*²¹.
74. Sin embargo, las demás Resoluciones de Capitanía que se han adjuntado, acreditarían el cierre de las caletas ubicadas en la ciudad de Chimbote en fechas determinadas, lo cual podría hacer presumir que en efecto existieron sucesos ajenos a las partes que impedirían la extracción de la anchoveta en las fechas señaladas, además del hecho de la dispersión del recurso por razones climatológicas inherentes al estado del mar.
75. A ello debe agregarse el *Oficio N° DOA-401-2010-PRODUCE-IMP de fecha 21 de septiembre de 2010*, (es decir en plena ejecución contractual), en el que el Instituto del Mar del Perú – IMARPE nos informa del comportamiento y distribución de la anchoveta ante un evento, señalado anomalías térmicas, siendo septiembre el mes que registro el valor más bajo de anomalía térmica, lo que configuró el predominio de un escenario ambiental frío, relacionado al desarrollo en el Pacífico Ecuatorial de un evento frío "LA NIÑA"; Asimismo, en el referido informe se precisa que el comportamiento actual de las condiciones oceanográficas presenta diferencias con las observadas durante el 2009, observándose que **entre junio y septiembre el ambiente marino estuvo más frío, provocando la dispersión del recurso anchoveta cercana a la costa, especialmente de la fracción adulta quienes en el presente año, se encontraron poco disponibles a la acción de la flota artesanal que opera en esta área**, Estas dos características morfológicas (longitud y desarrollo), determinan la vulnerabilidad de la anchoveta y su no adecuación para la fabricación de conservas tipo crudo, o sea anchovetas enteras en salsa de tomate, objeto del contrato.
76. En efecto, en el citado informe se precisó lo siguiente:

COMPORTAMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DE LA ANCHOVETA ANTE UN EVENTO FRÍO

²¹ Nótese que el Contrato se suscribió con fecha 16 de julio de 2010

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
 Franz Kundmüller Caminiti
 Juan Manuel Revoredo Lituma
 Juan José Pérez - Rosas Pons

De mayo a setiembre del 2010 la temperatura superficial del mar (TSM) así como las anomalías térmicas (ASTM) se caracterizó por presentar anomalías negativas, siendo setiembre (promedio hasta 16 de setiembre) el mes que registró el valor mas bajo de anomalía térmica, lo que configuró el predominio de un escenario ambiental frío, relacionado al desarrollo en el Pacífico ecuatorial de un evento frío La Niña.

La mayoría de los modelos de pronóstico predicen que el evento La Niña continuará hasta principios del 2011 como un episodio de intensidad débil, pero también existen algunos modelos que pronostican un evento La Niña de intensidad de moderada a fuerte (Reporte de la NOAA/USA del 9 setiembre 2010).

Durante la primavera y el verano, el recurso anchoveta suele presentar una distribución estrecha dentro de una franja costera hasta las 20 o 30 millas de la costa; en el otoño e invierno su distribución se incrementa logrando alcanzar las 100 millas, y en algunas ocasiones, más allá de las 100 millas de la costa. Esta distribución se asocia con temperaturas que oscilan entre 15-21°C y salinidades de 34,5 y 35,1 UPS (ÑIQUEN Y BOUCHON, 1991).

*El comportamiento actual de las condiciones oceanográficas presenta diferencias con las observadas durante el 2009, observándose que entre julio – agosto el ambiente marino estuvo mas frío, provocando la **dispersión del recurso anchoveta cercana a la costa, especialmente de la fracción adulta, quienes en el presente año se encontraron poco disponibles a la acción de la flota artesanal que opera en esta área, como se puede apreciar en el gráfico de estructura por tamaños de anchoveta comparativo entre el 2009 y 2010).***

Se espera que la anchoveta se mantenga dispersa mientras persistan las condiciones de enfriamiento que se observa en el mar peruano (el resaltado es nuestro)²².

77. Los fundamentos principales para la denegatoria de la resolución parcial radican en la apreciación de la entidad en el sentido que no habría habido caso fortuito o fuerza mayor en orden a que faltarían los elementos de imprevisibilidad, irresistibilidad y de carácter extraordinario.
78. En tal sentido y sin embargo, estando a la documentación obrante en autos; el Tribunal Arbitral considera que el Oficio N° DOA-401-2010-PRODUCE-IMP de fecha 21 de setiembre de 2010, expedido por el IMARPE, tiene valor probatorio y acreditaría pues, que en efecto hubo dispersión de la anchoveta adulta durante los meses de julio – agosto de 2010, como se ha indicado en el citado oficio, haciendo imposible la ejecución del contrato por causa no imputable a las partes.

²² Cabe precisar que el Oficio N° DOA-401-2010-PRODUCE-IMP de fecha 21 de setiembre de 2010, no ha sido tachado por el demandada

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSI A SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

79. Siendo ello así, si bien el Tribunal Arbitral considera que el Fenómeno "La Niña" es un evento previsible ya que ocurre con frecuencia, no lo es en relación a la magnitud del mismo, tal como se verifica en el presente caso en particular; puesto que dicha circunstancia no puede ser previsible por las partes contratantes, **constituyendo dicha magnitud un evento de caso fortuito que genera consecuencias en la ejecución del contrato.**
80. Debe precisarse que en las Bases del Proceso de Selección se estableció que el plazo de entrega para el producto Tinapón (objeto del presente arbitraje) era una única entrega de hasta noventa (90) días desde la firma del contrato²³ y, en el caso que cualquier empresa hubiera participado ofertando un plazo mayor de entrega al establecido en las citadas Bases, previendo la ocurrencia del fenómeno "La Niña" de magnitud moderada o grave, ésta habría sido descalificada y, por tanto, al solicitar la resolución contractual parcial, la demandante actuó con la diligencia ordinaria.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Arbitral ha llegado a la conclusión que el presente punto controvertido, relacionado a los hechos detallados en los numerales precedentes, constituye un evento fortuito y, por tanto, debe ser declarado fundado, debiendo ser declarada ineficaz la decisión de la entidad de denegar el pedido de resolución parcial del Contrato N° 050-2010-PRONAA-MIMDES por causal de caso fortuito o fuerza mayor, comunicada mediante carta no. 066-2010-MIMDES-PRONAA/DE, notificada con fecha 20 de octubre de 2010.

B).- Determinar si corresponde que se declare la invalidez o ineficacia de la decisión de la entidad de resolver parcialmente el contrato mediante carta notarial No. 090 2010 MIMDES-PRONAA del 26 de octubre de 2010, por un supuesto incumplimiento injustificado de la demandante.

81. El Tribunal Arbitral llegó a la conclusión de que en el presente caso, la dispersión del recurso anchoveta adulta constituye un evento fortuito, por lo que, en principio y estando a la documentación obrante en autos, **el PRONAA debió proceder a la resolución parcial de contrato** y no como se señala erróneamente en las "Cartas Notariales" remitidas por la demandada con fechas 15, 20 y 26 de octubre de 2010, para finalmente mediante la última de estas comunicaciones, proceder a la resolución del contrato por causal de incumplimiento por parte de la demandante.
82. En tal sentido, se ha acreditado que tanto en el tema de fondo como en el de forma, la denegatoria de la solicitud de resolución parcial, se realizó sin tomar en cuenta la ocurrencia del caso fortuito y fuerza mayor analizado en los numerales precedentes, **por lo que corresponde declarar la ineficacia de la decisión de la entidad de resolver parcialmente el contrato mediante carta notarial No. 090 2010 MIMDES PRONAA del 26 de octubre de 2010 por un supuesto incumplimiento injustificado**

²³ <http://www.seace.gob.pe/mon/docs/procesos/2010/1988/849300653radACD84.pdf>

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSI A SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kuzdmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

del demandante, que no ha sido acreditado, procediendo en cambio la resolución parcial por caso fortuito y causas no imputables a las partes.

C). Determinar si corresponde que de conformidad con lo establecido en el numeral 18.2 de la cláusula décimo octava del contrato, se declare la resolución del contrato por imposibilidad de ejecutarlo.

83. Estando a los numerales que anteceden y teniendo en cuenta la documentación obrante en autos, corresponde que se declare la resolución parcial del contrato por imposibilidad de ejecutarlo, a partir de la solicitud formulada por Josué Inversiones SAC mediante carta notarial recibida por la demandada el 13 de octubre de 2010.

D). Determinar si corresponde que la entidad devuelva las cartas fianzas de fiel cumplimiento No. 10203576-004 de S/.78,493.46 por el ítem 27 Chiclayo y No. 10203559-004 de S/.90,326.43 por el ítem 32 Huánuco Pasco, todas emitidas por el Banco Scotiabank y otorgadas como garantía de la ejecución de las prestaciones del contrato.

84. El Tribunal Arbitral llegó a la conclusión de que la dispersión del recurso anchoveta adulta constituye un evento de caso fortuito, lo que a su vez configura causa de incumplimiento no imputable a las partes.

85. El artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

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 ser requerido para ello.
- 2.- Haya llegado a acumular el monto máximo de penalidad por mora o el monto máximo de 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

86. Nótese que la normativa de Contrataciones del Estado no hace referencia expresa a la resolución contractual por caso fortuito o fuerza mayor; sin embargo, la Cláusula Décimo Octava del Contrato establece lo siguiente:

El contrato podrá ser resuelto por las siguientes causales:

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIAS SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

- 18.1 Por mutuo acuerdo debido a causas no atribuibles a las partes.
- 18.2 Por incumplimiento injustificado de cualquiera de las partes de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias.
- 18.3 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.
- 18.4 Por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobada que hiciera imposible la continuación del contrato de suministro, liquidando la parte del Contrato efectivamente ejecutada siempre y cuando ésta sea de utilidad para EL PRONAA.
87. En tal sentido, habiéndose determinado que la dispersión del recurso anchoveta adulta producto de la magnitud del fenómeno "La Niña", es evento fortuito o de fuerza mayor, corresponde pronunciarse respecto a si el PRONAA cumplió con sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias.
88. El Tribunal Arbitral considera, en base a los criterios esgrimidos de manera precedente, que el PRONAA, al igual que su contraparte contractual, efectivamente han cumplido sus respectivas obligaciones contractuales y/o legales; sin embargo, el PRONAA debió conceder la resolución parcial solicitada y no ejecutar las garantías respectivas, atendiendo a las pruebas obrantes en autos. En tal sentido, el Tribunal Arbitral ha determinado que la magnitud del fenómeno de La Niña constituía un supuesto de caso fortuito y, en mayor medida, esta situación debió ser tomada en cuenta por la demandada y no proceder a la resolución por incumplimiento

En consecuencia y en aplicación de las reglas del contrato, el Tribunal Arbitral considera que corresponde declarar la resolución parcial del contrato por caso fortuito debiendo declararse fundada la pretensión de la demandante para que se le devuelvan las cartas fianzas de fiel cumplimiento No. 10203576-004 de S/. 78,493.46 por el ítem 27 Chiclayo y No. 10203559-004 de S/. 90,326.43 por el ítem 32 Huánuco Pasco, todas emitidas por el Banco Scotiabank y otorgadas como garantía de la ejecución de las prestaciones del contrato.

E). Determinar si corresponde que se declare la improcedencia de la aplicación de penalidades por parte de la entidad por existir incumplimiento injustificado imputable al contratista al haberse configurado la causal de caso fortuito o fuerza mayor.

89. Estando a que en el presente caso resulta fundada la pretensión que plantea la resolución parcial del contrato por caso fortuito, no cabe la aplicación de penalidades en contra de la demandante, en la parte de la ejecución contractual que se encontró afectada por el caso fortuito, con posterioridad a la solicitud de resolución parcial del contrato formulada por la demandante.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
 Franz Kundmüller Caminiti
 Juan Manuel Revoredo Lituma
 Juan José Pérez – Rosas Pons

F). Determinar si corresponde que la entidad cumpla con el pago de una indemnización por daño emergente, por la que se le ordene cumpla con devolver los costos financieros incurridos para el mantenimiento y renovación de las cartas fianza desde la fecha del pedido del contratista de resolución parcial del contrato con reconocimiento como monto a indemnizar del costo de oportunidad de capital del dinero que fue entregado como garantía líquida para el otorgamiento de las cartas fianzas y de los mayores gastos por la adquisición de envases de tinapón etiquetas con el logo y especificaciones del PRONAA, salsa de tomate y cajas para almacenar los envases de tinapón, para el cumplimiento de las prestaciones pactadas.

90. De acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1321° del Código Civil: *"El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución".* El fundamento jurídico de la indemnización integral se ubica en el quebrantamiento de lo convenido por las partes dando lugar a una situación de injusticia que no debe existir en ningún contrato.
91. El tratadista argentino Gabriel A. Stiglitz²⁴ señala que, *"(...) el contrato, como fuente de obligaciones, genera la sujeción del deudor al deber de cumplir la prestación comprometida..."* y es frente al incumplimiento de ese deber que surge la responsabilidad civil como la *"(...) obligación impuesta, como reacción del ordenamiento, a quien infringe un deber jurídico, dañando a otro"*.
92. La responsabilidad civil, en general, como toda institución de nuestro ordenamiento jurídico, exige la existencia de determinados presupuestos materiales, cuya presencia conjunta conduce a la determinación de la obligación de indemnizar. Según Trigo Represas²⁵, *"...son cuatro los presupuestos o elementos de la responsabilidad civil: hecho antijurídico, daño, relación de causalidad entre aquél y éste último, y un factor atributivo de responsabilidad; en principio la acreditación de la concurrencia de esos cuatro presupuestos habrá de corresponderle a quien pretenda el resarcimiento de daños y perjuicios."*
93. Así, la responsabilidad civil por daños se basa en los siguientes elementos que han de considerarse para declarar fundada una pretensión de esta naturaleza: (i) antijuricidad o ilicitud del acto que da lugar a la reclamación; (ii) daños efectivamente causados y probados como consecuencia de dicho acto; (iii) la relación o nexo de causalidad entre el acto ilícito que provoca el daño y los daños efectivamente probados; y (iv) la imputabilidad o el factor de atribución que responsabiliza a quien

²⁴ STIGLITZ, Gabriel A. Responsabilidad Civil por Incumplimiento Contractual. En: Contratos. Teoría General. (Director: Rubén S. Stiglitz). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994. Tomo I. p. 653.

²⁵ TRIGO REPRESAS, Félix. La prueba del daño emergente y del lucro cesante. En: Revista de Derecho de Daños. Vol. 4, La prueba del daño – I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, Editores, 1999. p.39-40.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIAS SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez – Rosas Pons

los ha causado y le obliga a indemnizarlos, factor que se define por medio del dolo o la culpa con el que actúa el causante. Sin perjuicio de lo argumentado por las partes, el Tribunal Arbitral estima necesario analizar si válidamente se han constituido los elementos esenciales de responsabilidad civil indemnizatoria.

94. En materia indemnizatoria, basta que uno de los elementos propios de la responsabilidad civil esté ausente de la relación jurídica para que ésta no se genere jurídicamente y para que no proceda el resarcimiento indemnizatorio pretendido. Todos los presupuestos materiales arriba citados son comunes a la esfera contractual, para lo cual podemos empezar por la infracción a un deber jurídico o ilicitud, que es precisamente el incumplimiento contractual. Además del incumplimiento, la responsabilidad requiere la confluencia del daño, la relación de causalidad y el factor de atribución de responsabilidad.

▪ **Antijuridicidad o ilicitud del acto**

95. En relación a la antijuridicidad cabe precisar que este elemento es siempre exclusivamente típico y no atípico, pues resulta del incumplimiento total de una obligación, del cumplimiento parcial, del cumplimiento defectuoso, o del cumplimiento tardío o moroso. Esto significa en consecuencia, que en la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar, son siempre conductas tipificadas legalmente.
96. La antijuridicidad típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321º del Código Civil. En el ámbito contractual, al estar tipificada y predeterminadas las conductas ilícitas o antijurídicas, resulta evidente que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o parcialmente una obligación.

▪ **Daño causado**

97. Respecto al daño causado, debemos señalar que éste constituye un aspecto fundamental de la responsabilidad civil, pues se entiende que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar y por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil. Existe unanimidad en la doctrina en que el mismo puede ser de dos categorías: *patrimonial* y *extrapatrimonial*. Respecto del daño patrimonial se sabe que es de dos clases: *el daño emergente*, es decir, la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, y *el lucro cesante*, entendido como la ganancia dejada de percibir²⁶.

▪ **Nexo causal**

²⁶ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima: Grijley, 2003, 2ª Edición. p. 32-35.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIAS SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

98. En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda la responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase.

▪ **Factor de atribución**

99. En materia de responsabilidad contractual el factor de atribución es la *culpa*. En el campo contractual la culpa se clasifica en tres grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo²⁷. La causa imputable subjetiva se asocia a la noción de culpa, la cual debe de ser apreciada en abstracto. Esta noción se construye sobre lo que se considera un comportamiento estándar, es decir, lo que se puede esperar del hombre medio o razonable. El factor de atribución puede ser:

- (i) dolo (artículo 1318° del Código Civil), es definido como la voluntad de inejecutar la obligación, no significa que haya la intención de causar daño, al margen de que se generen o no daños. Esta acepción es distinta a la apreciación del dolo en materia de responsabilidad extracontractual;
- (ii) culpa grave (artículo 1319° del Código Civil), el mismo que de acuerdo a la doctrina nacional colinda con el dolo, se le llama dolo próximo. Están incluidas aquí la imprudencia y la negligencia inexcusable. En este tipo de comportamientos se genera la duda sobre si hubo intención, o si se incurrió en una torpeza inexcusable; por esto sus efectos se identifican con el dolo; o
- (iii) culpa leve (artículo 1320 del Código Civil), es un comportamiento que transgrede la diligencia ordinaria esperada bajo determinadas circunstancias, considerando situaciones personales de lugar y tiempo.

100. Ahora bien, se presume que la inejecución de obligaciones proviene de la culpa leve, ya que el dolo y la culpa grave requieren de prueba. En materia contractual es importante la graduación de la culpa, ya que en caso de culpa leve sólo se responderá por los daños previsibles. Sin embargo, si hay dolo o culpa grave se responderá por todos los daños que se prueben.

101. Aplicando lo señalando anteriormente al caso materia del presente arbitraje, tenemos que el daño patrimonial, para ser resarcible, debe cumplir con una serie de requisitos que vamos a nombrar y explicar brevemente, a saber:

- (i) en primer término podemos decir que el daño a reparar tiene que ser *cierto*, ya sea actual o futuro. ¿Qué quiere decir cierto? Ciertamente es

²⁷ TABOADA CORDOVA. Ob. Cit. p 35-37.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIAS SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
 Franz Kundmüller Caminiti
 Juan Manuel Revoredo Lituma
 Juan José Pérez - Rosas Pons

opuesto a eventual o hipotético. La existencia debe ser constatada para poder condenarse al pago de la indemnización. Puede ser un daño futuro, es decir, no realizado aún al momento del hecho o aún al momento de la sentencia;

- (ii) el daño tiene que ser *subsistente*. Es decir, que no debe haber desaparecido en el momento en que debe ser resarcido;
- (iii) el daño debe ser propio de quien lo reclama es decir, *personal*, nadie puede pretender ser indemnizado por un daño sufrido por un tercero. El daño personal puede ser directo o indirecto. Es directo el que se produce cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, que es a la vez víctima del hecho, y es indirecto cuando el acto atacó los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otro que resulta damnificado; por último
- (iv) debe haber un *interés legítimo*.

102. En el presente caso, la demandante alega haber sufrido un daño derivado de la no aprobación de la resolución parcial de contrato por parte de la entidad, por lo que corresponde que la entidad cumpla con el pago de una indemnización por daño emergente, mediante la cual proceda a devolver los costos financieros en los que incurrió la demandante para el mantenimiento y renovación de las cartas fianza, desde la fecha de su pedido de resolución parcial del contrato por caso fortuito, hasta la fecha de notificación del laudo arbitral.

103. El Tribunal Arbitral considera que debe concederse el monto de los costos financieros por mantenimiento de las cartas fianza, toda vez que de haberse concedido la resolución parcial, no hubiera sido necesario que la demandante mantenga vigentes las Cartas Fianza; en tal sentido, corresponde a la demandada indemnizar a la demandada por los costos financieros de mantenimiento de las cartas fianza, cuyo monto deberá ser determinado en ejecución de laudo.

104. En relación a los otros conceptos indemnizatorios solicitados, el Tribunal Arbitral considera que no han sido debidamente acreditados y, por tanto, tampoco los supuestos daños sufridos.

105. En consecuencia, corresponde declarar **fundado en parte** el presente punto controvertido.

G). Determinar si corresponde que se condene expresamente a la entidad al pago de la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral por no existir fundamento que justifique la negativa de resolución parcial de contrato solicitada y la resolución del contrato por incumplimiento contractual.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIAS SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

106. A continuación el Tribunal Arbitral pasa a determinar a cuál de las partes y en qué proporción le corresponde asumir los gastos irrogados en el presente arbitraje.
107. Debe precisarse que en un proceso arbitral no resulta aplicable la excepción señalada en el artículo 47° de la Constitución Política del Estado, concordado con el artículo 413° del Código Procesal Civil (que tampoco es de aplicación supletoria a los procesos arbitrales, conforme está dispuesto expresamente en la Ley de Arbitraje), en tanto que la citada excepción está referida a gastos judiciales.
108. Sin perjuicio de ello, se aprecia del desarrollo de la *litis* que ambas partes han contribuido con su conducta a la necesidad de someter la controversia a un arbitraje de derecho, dándole las facilidades al Tribunal Arbitral para el desarrollo de su labor, razones por las cuales los costos y costas deberían ser asumidos por ambas partes en forma proporcional.
109. Sin embargo, como se desprende del análisis de los puntos controvertidos, ha sido la actuación del PRONAA la que ha motivado el presente arbitraje, es decir, la indebida denegatoria de la resolución parcial solicitada por la demandante, ha obligado a ésta a someter la controversia a un proceso arbitral, incurriendo en costos que no debió asumir si la actuación del PRONAA hubiese sido diligente.
110. Es ese sentido, tomando en consideración el sentido del laudo y considerando al PRONAA como parte vencida en el mismo, corresponde disponer que sea la Entidad quien asuma los gastos, costas y costos del proceso, debiendo reembolsar a la contraria los gastos en los que haya incurrido.
111. En tal sentido, corresponde declarar **fundado** el presente punto controvertido.

III. LAUDO:

Por las consideraciones jurídicas expuestas, el Tribunal Arbitral decide por unanimidad lo siguiente:

PRIMERO: Declarar que los hechos que determinaron el incumplimiento de la obligación constituyen un hecho fortuito o de fuerza mayor y por ende, **FUNDADO** el primer punto controvertido; declárese la ineficacia de la decisión de la entidad de denegar el pedido de resolución parcial del contrato por caso fortuito o fuerza mayor.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADO** el segundo punto controvertido e ineficaz la decisión de la Entidad de resolver el contrato por incumplimiento de la demandante, comunicada mediante Carta N° 090-2010-MIMDES-PRONAA/DE del 26 de octubre de 2010.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALL 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)

Tribunal Arbitral
Franz Kundmüller Caminiti
Juan Manuel Revoredo Lituma
Juan José Pérez - Rosas Pons

TERCERO: Declarar **FUNDADO** el tercer punto controvertido y resuelto parcialmente el contrato por imposibilidad de ejecutarlo debido a causas fortuitas y de fuerza mayor no atribuibles a las partes.


CUARTO: Declarar **FUNDADO** el cuarto punto controvertido y que la demandada devuelva las cartas fianzas de fiel cumplimiento No. 10203576-004 de S/.78,493.46 por el ítem 27 Chiclayo y No. 10203559-004 de S/.90,326.43 por el ítem 32 Huánuco Pasco, todas emitidas por el Banco Scotiabank y otorgadas como garantía de la ejecución de las prestaciones del contrato.


QUINTO: Declarar **FUNDADO** el quinto punto controvertido y determinar que corresponde que se declare la improcedencia de la aplicación de penalidades por parte de la entidad, por existir incumplimiento no imputable a las partes, al haberse configurado causal de caso fortuito o fuerza mayor.

SEXTO: Declarar **FUNDADO EN PARTE** el sexto punto controvertido y conceder a favor de la demandante el monto de los costos financieros por mantenimiento de las cartas fianza; en tal sentido, corresponde a la demandada indemnizar al demandante por los costos financieros del mantenimiento de las cartas fianza, cuyo monto deberá ser determinado en ejecución de laudo.


SEPTIMO: Declarar **FUNDADO** el presente punto controvertido y, en consecuencia, **DISPONER** que el PRONAA asuma los gastos, costos y costas del presente proceso arbitral.

Notifíquese a las partes.


FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI
Presidente del Tribunal Arbitral


JUAN JOSÉ PÉREZ ROSAS PONS
Árbitro


JUAN MANUEL REVOREDO LITUMA
Árbitro


Dirección de Arbitraje Administrativo

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE LA EMPRESA JOSUE INVERSIONES S.A.C. Y EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA - PRONAA (CONTRATO N° 050-2010-PRONAA-MIMDES, ADQUISICIÓN DE CONSERVA DE ANCHOVETA EN SALSA DE TOMATE EN LA PRESENTACIÓN DE 01 LIBRA TALÍ 425 GR. Y TINAPÓN 200 GR.)