
Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

LAUDO DE DERECHO

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO EMITIDO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR KANDY GROUP S.A.C Y PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA (PRONAA) ANTE EL TRIBUNAL CONFORMADO POR LOS DOCTORES AUGUSTO EGUIGUREN PRAELI, MANUEL ROBERTO DE LA FLOR MATOS Y JUAN JOSE PEREZ ROSAS PONS.

Resolución N°8

Lima, 29 de abril de 2014.

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

- 1.1. KANDY GROUP SAC (en adelante LA EMPRESA) es una empresa privada, que goza de personería jurídica y se encuentra inscrita en la Partida N° 11790587, asiento A0001 del Registro de Personas Jurídicas de la Zona Registral IX sede Lima.
- 1.2. EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA – PRONAA (en adelante EL PROGRAMA) es una Unidad Ejecutora adscrita al MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSION SOCIAL–MIDIS cuyas funciones se encuentran reguladas por el Manual de Organización y Funciones del MIMDES aprobado por Resolución Ministerial N° 452-2005-MIMDES.
- 1.3. Con fecha 24 de agosto de 2012, LA EMPRESA y EL PROGRAMA suscribieron el Contrato N° 028-2012-MIDIS- PRONAA "Adquisición de

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

grated de pescado (anchoveta) en agua y sal en presentación de 1 libra tall x 425 gr." (en adelante, el Contrato), derivado de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 005-2012-PRONAA-MIDIS.

II. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

- 2.1. De acuerdo a lo pactado en la Cláusula Vigésimo Tercera del Contrato suscrito en 24 de agosto de 2012, las partes acordaron someter potenciales controversias a la decisión de un Tribunal Arbitral, estableciendo para ello lo siguiente:

"CLÁUSULA VIGESIMO TERCERA: 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 derecho a iniciar dicho arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, o en su defecto en el artículo 52° 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 214° 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".

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

Atendiendo a lo establecido por las partes, la cláusula arbitral transcrita determina que dicha controversia deberá ser resuelta mediante un proceso arbitral.

III. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 3.1. Al haberse suscitado una controversia entre las partes, el PRONAA designó como árbitro al doctor Juan José Pérez Rosas Pons; y la Empresa designó al doctor Derik Roberto Latorre Boza. Nombrados los árbitros de parte, de común acuerdo designaron al doctor Augusto Eguiguren Praeli como Presidente del Tribunal.
- 3.2. Con fecha 1 de julio de 2013 el doctor Derik Roberto Latorre Boza presentó su renuncia al cargo de árbitro. En tal sentido, mediante cédula de notificación N° 4429-2013 de fecha 2 de julio de 2013 (notificada a LA EMPRESA el 5 de julio de 2013) la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE le otorgó un plazo de 5 días hábiles para que proceda a designar un árbitro sustituto, de acuerdo a lo estipulado en los artículos 32° y 41° del T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE.
- 3.3. Con fecha 11 de julio de 2013 LA EMPRESA designó como árbitro sustituto al doctor Manuel Roberto de la Flor Matos.
- 3.4. Designados los árbitros conforme a las reglas establecidas para tales efectos, con fecha 13 de agosto de 2013, se declaró instalado el Tribunal Arbitral (en adelante, de manera indistinta Tribunal o Tribunal Arbitral). A dicha audiencia asistieron los señores Doctores Augusto Eguiguren Praeli,

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

Presidente del Tribunal Arbitral, Juan José Pérez Rosas Pons, Manuel Roberto de la Flor Matos, en calidad de árbitros. Asimismo, asistió el representante de LA EMPRESA, señor Víctor Manuel Rodríguez Buitron y el representante de EL PROGRAMA señor José Manuel Paz Vera.

- 3.5. En dicha oportunidad, los miembros del Tribunal Arbitral se ratificaron en la aceptación del cargo, declarando no tener ningún tipo de incompatibilidad ni compromiso con las partes, obligándose a ejercer el cargo con eficiencia e imparcialidad.
- 3.6. Por otro lado, cabe resaltar que las partes ha aceptado la designación de este Tribunal Arbitral; y no han formulado recusación formal contra ninguno de los árbitros, ni manifestado cuestionamiento alguno respecto de la conformación del Tribunal Arbitral.
- 3.7. Una vez instalado el Tribunal, se procedió a nombrar como secretaria arbitral a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, a cuya administración se sometieron las partes en la Cláusula Vigésimo Tercera del Contrato.
- 3.8. Asimismo, se acordaron las reglas procesales a seguir en el presente arbitraje, estableciendo que al proceso arbitral le sería aplicable lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Asimismo, se registró por el Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado- OSCE, aprobado mediante Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE de fecha 15 de enero de 2004 (modificado

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

por Resolución N° 172-2012.OSCE/PRE del 02 de julio de 2012) y la Directiva N° 007-2009-OSCE/CD sobre la Tabla de Gastos Arbitrales del SNA-OSCE (modificada mediante Resolución N° 160-2012-OSCE/PRE), en lo no regulado por el citado Reglamento, el presente procedimiento se regirá por el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

IV. EL PROCESO ARBITRAL

- 4.1. Con fecha 14 de diciembre de 2012, LA EMPRESA presentó su escrito de demanda arbitral, posteriormente, subsanada mediante escrito de fecha 10 de enero de 2013, en atención a la cedula de notificación N° 7539-2012 por la cual se solicita acompañar documentación e información que complemente la demanda arbitral, y en la cual postula las siguientes pretensiones:

"PRETENSIÓN PRINCIPAL:

1. *Se declare el incumplimiento de obligación contractual (pago).*

"PRETENSIONES ACCESORIAS:

2. *Se ordene la indemnización por daños y perjuicios por resolución de contrato por incumplimiento imputable a la entidad valorado en el monto de S/561,898.79 más los intereses legales que correspondan.*
3. *Se ordene el pago a favor de LA EMPRESA de costas y costos del presente proceso arbitral.*

4.2. **FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA:**

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

LA EMPRESA sustentó sus pretensiones en los siguientes fundamentos, los cuales detallamos de manera resumida a continuación:

- 4.2.1. Con fecha 24 de agosto de 2012, EL PROGRAMA y LA EMPRESA suscribieron el contrato N° 028-2012-MIDIS-PRONAA, referente a la Licitación Pública por subasta inversa presencial N°005-2012-MIDIS-PRONAA, para la contratación del suministro del producto "Conserva de Grated de Pescado (anchoveta) en agua y sal en la presentación 1 libra tall x 425grs. Por un monto que ascendía a S/. 749 1295.87, a todo costo incluido IGV.
- 4.2.2. Conforme a la clausula novena del contrato suscrito la entrega debería efectuarse en una sola entrega entre 60 hasta 70 días desde la firma del contrato, a los equipos de trabajo zonales (ETZ) de Arequipa, Moquegua y Tacna.
- 4.2.3. Sostiene LA EMPRESA que con fecha 31 de octubre de 2012, EL PROGRAMA expide la carta N° 687-2012-MIDIS-PRONAA-UAD, que no fue notificada al domicilio señalado en el contrato sino por correo electrónico de la misma fecha, expresando su deseo de reducir las prestaciones del contrato en un 25%, invocando el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 174 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
- 4.2.4. Asimismo, señala que el 07 de noviembre de 2012, es recibido el 75% de los productos acordados en el contrato original.
- 4.2.5. En ese contexto señala que con fecha 13 de noviembre de 2012, LA EMPRESA envió una carta notarial por la que requiere a EL PROGRAMA

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

que proceda a recibir los productos pendientes de entrega, correspondientes al 25% de los productos del contrato original, otorgándole un plazo de un día (24 horas) para que cumpla con sus obligaciones contractuales sobre la recepción de la mercadería.

4.2.6. EL PROGRAMA remite la Carta N° 705-2012-MIDIS-PRONAA/UAD de fecha 13 de noviembre de 2012 en la que se requiere a LA EMPRESA la suscripción de una adenda y otorgaba un plazo de dos días para hacerlo.

4.2.7. LA EMPRESA con fecha 16 de noviembre de 2012 remite una carta notarial de fecha, resolviendo de manera parcial el contrato en lo referente al 25% de los productos no recibidos por el PRONAA y el 19 de noviembre envió una carta a EL PROGRAMA acompañada de las facturas para que en cumplimiento de la cláusula 4.2 del contrato de la referencia, el PRONAA proceda a la cancelación de aquellas, correspondientes a las entregas efectivamente realizadas en los equipos de trabajo de las zonas de Moquegua, Tacna y Arequipa, en las condiciones y oportunidad previstas en el mencionado contrato, es decir el 75% de las prestaciones pactadas originalmente.

4.2.8. Y, mediante carta notarial de fecha 03 de diciembre de 2012, LA EMPRESA le dirige una carta a EL PROGRAMA, solicitando el pago de los productos entregados y cuyas facturas fueron entregadas mediante carta s/n de fecha 19 de noviembre de 2012, dado que no se encuentran en controversia alguna de las partes, conforme al siguiente detalle:

FACTURA N°	E.T.Z.	CANT.LATAS	PRECIO UNIT	TOTAL
001-1609	MOQUEGUA	23703	2.5150000	59,613.05
001-1610	TACNA	28631	2.5150000	72,006.97

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

001-1611	AREQUIPA	171085	2.5150000	430,278.78
TOTAL FACTURADO				561,898.79

- 4.2.9. Con fecha 4 de diciembre de 2012, EL PROGRAMA remitió la Carta Notarial N° 130-2012-MIDIS-PRONAA-DE en la que se resuelve el contrato en su integridad conforme al tenor del literal b) del mencionado texto.
- 4.2.10. De acuerdo a lo expuesto por LA EMPRESA, en la resolución total del contrato planteada por EL PROGRAMA, en ningún momento se cuestiona la entrega del 75% de los productos, los cuales fueron autorizados, entregados y se encuentran en disposición de EL PROGRAMA.
- 4.2.11. Asimismo, LA EMPRESA sostiene que el incumplimiento de pago por EL PROGRAMA constituye un desconocimiento a su obligación de reconocer la contraprestación estipulada en el contrato, hecho que es solo imputable EL PROGRAMA y consecuentemente es aplicable el reconocimiento de intereses conforme lo establece el artículo 48 de la Ley.
- 4.2.12. De igual forma señala, que es pertinente reconocer el pago de una indemnización por daños y perjuicios, toda vez que se ha tenido que recurrir a la vía arbitral para exigir el pago de una contraprestación que no ha estado en discusión, conforme lo establece expresamente el artículo 170 del Reglamento.

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

4.2.13. En tal sentido, señala que deberá reconocerse por concepto de indemnización de daños y perjuicios el monto de S/. 561,898.79 más los intereses legales que correspondan.

4.2.14. En relación a las costas y costos, LA EMPRESA señala que se deberá tener presente que la posición de dominio en el contrato por parte de la entidad hace inequitativa la relación y en ese contexto, no reconocer los pagos por concepto de gastos arbitrales y costas del proceso sería ajusto e inequitativo por lo que el Tribunal también deberá ordenar que EL PROGRAMA asuma el pago de la totalidad de las costas y costos del proceso por arbitrar.

4.3. Mediante Cedula de Notificación N° 374-2013 de fecha 15 de enero de 2013, la Dirección de Arbitraje Administrativo del OCSE notifica a EL PROGRAMA el escrito de demanda arbitral presentado por LA EMPRESA el 14 de diciembre de 2012, así como el escrito de subsanación de demanda arbitral de fecha 10 de enero de 2013, teniendo por ofrecidos los medios probatorios que se señalaron y agregando al expediente los documentos que se acompañaron.

4.4. Con fecha 30 de enero de 2013 EL PROGRAMA contestó la demanda arbitral, negándola y contradiciéndola, en base a los siguientes fundamentos:

4.5. FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

4.5.1. De acuerdo a lo señalado por EL PROGRAMA, con fecha 24 de agosto de 2012, EL PROGRAMA y LA EMPRESA suscribieron el contrato N° 028-2012-MIDIS-PRONAA, al haberse adjudicado la Buena Pro del proceso de selección de la Licitación Pública por subasta inversa presencial N° 005-

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

2012-MIDIS-PRONAA, para la contratación del suministro del producto "Conserva de Grated de Pescado (anchoveta) en agua y sal en la presentación 1 libra tall x 425grs. por un monto que ascendía a S/. 749 1295.87, a todo costo incluido IGV.

4.5.2. De igual forma, indica que EL PROGRAMA mediante Carta N° 687-2012-MIDIS-PRONAA-UAD de fecha 31 de octubre de 2012, se comunicó a LA EMPRESA la decisión de reducir las prestaciones relacionadas al contrato N° 028-2012-MIDIS-PRONAA.

4.5.3. Es así que con fecha 05 de noviembre de 2012 se emitió la Resolución Directoral N° 270-2012-MIDIS-PRONAA/DE mediante la cual se aprobó la reducción de las prestaciones del producto "Conserva de Grated de Pescado (anchoveta) en agua y sal en la presentación 1 libra tall x 425grs" comprendidos en diversos contratos derivados de la Licitación Pública por subasta inversa presencial N° 005-2012-MIDIS-PRONAA, entre los que se encuentra contrato N° 028-2012-MIDIS-PRONAA.

4.5.4. De otro lado, indica que mediante Carta Notarial N° 725-2012-MIDIS-PRONAA-UAD de fecha 13 de noviembre de 2012, EL PROGRAMA reitera a LA EMPRESA, la obligatoriedad de la suscripción de la adenda al referido contrato, otorgando un plazo de dos días para que se materialice la suscripción, antes de iniciar el procedimiento de resolución contractual.

4.5.5. Sostiene que no obstante dicho requerimiento, LA EMPRESA manifiesta su posición contraria a lo dispuesto en la Resolución Directoral, así como a diversos aspectos del procedimiento e indican una resolución contractual que no fue invocada conforme a la normatividad de la materia.

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

- 4.5.6. Señala que respecto a la reducción de prestaciones relacionadas con el contrato N° 028-2012-MIDIS-PRONAA, ésta se ha realizado de conformidad con lo previsto en los artículos 41 de la Ley de Contrastaciones y 174 de su Reglamento.
- 4.5.7. Asimismo indica que diversos pronunciamientos de OSCE han señalado que esta potestad responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, y se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina Clausulas Exorbitantes que caracterizan a los regímenes especiales de Derecho Público.
- 4.5.8. Igualmente, precisa que respecto a la nulidad parcial del Contrato N° 028-2012-MIDIS-PRONAA, señalan que en la Carta Notarial N° 2099 remitida por LA EMPRESA no se expresa esta decisión, siendo en consecuencia un documento carente de todo valor jurídico
- 4.5.9. Asimismo, señala EL PROGRAMA que los hechos alegados por LA EMPRESA no reúnen los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, entendido ésta por aquel aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación de los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional causados. En efecto, la conducta antijurídica, que habría dado origen a la indemnización como elemento constitutivo de la responsabilidad civil, no ha sido señalado por LA EMPRESA en su demanda. Tampoco, el daño causado, ha sido debidamente pormenorizada su consistencia ni adjuntado prueba alguna que dé certeza respecto de su existencia. Tampoco LA EMPRESA ha cumplido con señalar o describir la relación que debería existir entre el

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

daño causado y la decisión de resolver el contrato. Y, finalmente, tampoco LA EMPRESA ha descrito de qué forma concurriría el factor de atribución conducta con los hechos alegados.

- 4.5.10. Con respecto al pago de costas y costos derivados del presente proceso, señala que debe tenerse en cuenta la excepción del artículo 47 del la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 413 del Código Procesal y por la jurisprudencia recaída en la Cas. 395-97 –Lima SCTSS, publicada en el 10 de junio de 1998, en ese caso, los gastos deviene por causa atribuibles a LA EMPRESA y no a EL PROGRAMA.

V. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE PRUEBAS

- 5.1. Mediante Resolución N° 2, de fecha 13 de noviembre de 2013, notificada a ambas partes, el Tribunal Arbitral citó a ambas partes a la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Pruebas.
- 5.2. Con fecha 27 de noviembre de 2013, se realizó la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Pruebas, con la asistencia del representante de LA EMPRESA, señor Víctor Manuel Rodríguez Buitron y el representante de EL PROGRAMA, señor José Manuel Paz Vera .

En esta Audiencia se realizaron los siguientes actos:

- i. **Saneamiento Arbitral:** El Tribunal Arbitral declaró saneado el proceso al existir una relación jurídica procesal válida, y encontrándose debidamente

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

representadas ambas partes, y por no haber ningún cuestionamiento previo por resolver.

- ii. **Conciliación:** El Tribunal Arbitral invocó a las partes a intentar llegar a un acuerdo conciliatorio; sin embargo, los representantes de ambas partes señalaron que no resultaba posible llegar a un acuerdo.
- iii. **Fijación de los Puntos Controvertidos:** El Tribunal Arbitral fijó los siguientes puntos controvertidos:
 - 1. **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.-** Determinar si corresponde declarar la nulidad de la resolución total del contrato N° 028-2012-MIDIS-PRONAA de fecha 24 de agosto de 2012, realizada por el PRONAA, en el extremo de los productos efectivamente entregados (75%) que nunca habrían sido discutidos sobre su cumplimiento, oportunidad e idoneidad.
 - 2. **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.-** Determinar si corresponde ordenar que el PRONAA pague a KANDY GROUP S.A.C. los intereses legales contados a partir del cumplimiento de las prestaciones, hasta la fecha efectiva de pago.
 - 3. **TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.-** Determinar si corresponde ordenar que el PRONAA pague a KANDY GROUP S.A.C. la suma de S/. 561,898.79 (Quinientos sesenta y un mil ochocientos noventa y ocho con 79/100 Nuevos Soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios.
 - 4. **CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.-** Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de costos del proceso arbitral.

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

iv. **Saneamiento Probatorio:** El Tribunal Arbitral procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

- a. Los medios probatorios ofrecidos por LA EMPRESA en su escrito de subsanación de demanda de fecha 10 de enero de 2013; signados en el acápite "SEGUNDO OTROSI DECIMOS" del literal a) al p).
- b. Los medios probatorios ofrecidos por EL PROGRAMA en su escrito de contestación de demanda de fecha 30 de enero de 2013, signados en el acápite "III MEDIOS PROBATORIOS" del numeral 3.1. al 3.10

Asimismo, se admite el medio probatorio presentado en su escrito de subsanación de contestación de demanda de fecha 15 de febrero de 2013, signado con los numerales 2 y 3.

- 5.3. Mediante Resolución N° 3 de fecha 8 de enero de 2014, notificada al PROGRAMA el 10 de enero de 2014 y a LA EMPRESA el 21 de enero de 2014, el Tribunal declaró cerrada la etapa probatoria, y concedió a ambas partes el plazo de cinco (05) días hábiles, para que cumplan con presentar sus alegatos finales por escrito.
- 5.4. Por escrito de fecha 17 enero de 2014, EL PROGRAMA presentó sus alegatos finales.
- 5.5. Mediante Resolución N° 4 de fecha 7 de febrero de 2014, el Tribunal Arbitral tuvo presente el escrito de alegato final presentado por EL PROGRAMA y citó a las partes a Audiencia de Informes Orales.
- 5.6. Con fecha 07 de marzo de 2014, se realizó la Audiencia de Informes Orales, a la cual asistieron el representante de LA EMPRESA y el

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

representante de EL PROGRAMA. En esta audiencia, los representantes de las partes expusieron los fundamentos que respaldan sus pretensiones, y los árbitros formularon las preguntas que estimaron pertinentes.

- 5.7. En la misma Audiencia de Informes Orales, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para la emisión del Laudo Arbitral en veinte (20) días hábiles, que podían ser prorrogados por el Tribunal por quince (15) días hábiles adicionales.

CONSIDERANDOS:

I. CUESTIONES PRELIMINARES.

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- i) Este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el CONTRATO, al que las partes se sometieron de manera incondicional.
- ii) La designación y aceptación de los miembros del Tribunal Arbitral se ajustó a las exigencias previstas en la Ley de la materia.
- iii) En ningún momento las partes han recusado a algún miembro del Tribunal Arbitral.
- iv) LA EMPRESA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- v) EL PROGRAMA fue debidamente emplazado con la demanda arbitral y ejerció plenamente su derecho de defensa.

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

- vi) 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.
- vii) Asimismo, el Tribunal considera que los medios probatorios debe tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza, respecto de los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba, necesidad , originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba. Estos medios probatorios han sido valorados de manera conjunta, utilizando nuestra apreciación razonada y que, si no se prueba los hechos que fundamenta su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el arbitraje, que confiere a los árbitros la facultada de determinar, de manera exclusiva, a la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas siempre que la valorización se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.
- viii) Este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo, de conformidad con lo dispuesto en el Acta de Instalación acordado expresamente con las partes.

II. ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL POSTULADA POR LA EMPRESA

5. **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.-** Determinar si corresponde declarar la nulidad de la resolución total del contrato N° 028-2012-MIDIS-PRONAA de fecha 24 de agosto de 2012, realizada por el PRONAA, en el extremo de los productos efectivamente entregados (75%) que nunca habrían sido discutidos sobre su cumplimiento, oportunidad e idoneidad.

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

Este Tribunal antes de iniciar el análisis de fondo del mencionado punto controvertido, así como los demás puntos controvertidos, corresponde indicar las normas aplicables a la controversia suscitada, así como los criterios que se emplearan en su aplicación, para lo cual nos remitimos a lo establecido en la Cláusula Vigésimo Segunda del Contrato.

“Cláusula Vigésimo Segunda: Marco Legal del Contrato

En lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones y su Reglamento, serán de aplicación las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, (...)”

En consecuencia, de acuerdo a lo estipulado en el Contrato, en principio, este Tribunal aplicará lo dispuesto en el mismo, así como las normas establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N°1017, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en defecto de dicho marco normativo, se acudirá de manera supletoria a normas de derecho público y, solo en defecto de las normas anteriores, el Tribunal aplicará al caso, las disposiciones pertinentes del Código Civil y demás normas concordantes.

El primer Punto controvertido establecido por el Tribunal y debidamente aceptado por las partes como consta en el “Acta de determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios”, se refiere a si corresponde que este Tribunal determine si corresponde declarar la nulidad de la resolución total del contrato N° 028-2012-MIDIS-PRONAA de fecha 24 de agosto de 2012, realizada por el PRONAA, en el extremo de los productos efectivamente entregados (75%) que nunca habrían sido discutidos sobre su cumplimiento, oportunidad e idoneidad.

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

Para el análisis del punto controvertido, se requiere, como previamente se ha establecido, efectuar una revisión del contrato N° 028-2012-MIDIS-PRONAA de fecha 24 de agosto de 2012 y determinar el alcance de lo allí estipulado en lo que se refiere a la resolución contractual.

"Clausula Vigésima: Resolución del Contrato

El contrato podrá ser resuelto por las siguientes causales:

- 20.1 Por mutuo acuerdo debido a causas no atribuibles a las partes.*
- 20.2 Por incumplimiento injustificado de cualquiera de las partes de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias.*
- 20.3 Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o por el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo.*
- 20.4 Por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobada que hiciera imposible la continuación del contrato, liquidando la parte del contrato efectivamente ejecutada siempre y cuando ésta sea de utilidad para EL PRONAA.*
- 20.5 En caso que la resolución se debiese a incumplimiento de las obligaciones contraídas por EL CONTRATISTA se comunicará este hecho al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE para la aplicación de las sanciones a que hubiese lugar, sin perjuicio de aplicar la penalidad contractual y ejecutar las garantías correspondientes.*
- 20.6 EL PRONAA y EL CONTRATISTA a fin de resolver el contrato, cumplirán con el procedimiento establecido en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."*

De las pruebas aportadas por las partes y admitidas por este Tribunal, se advierte que el acto administrativo de la decisión de dar por resuelto el

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

Contrato N° 028-2012-MIDIS-PRONAA se encuentra contenido en la Carta Notarial N° 130-2012-MIDIS-PRONAA/DE de fecha 05 de diciembre de 2012 emitida por EL PROGRAMA.

Toda vez que, el presente punto controvertido pretende determinar la nulidad del acto administrativo, en el extremo de los productos efectivamente entregados (75%) que nunca habrían sido discutidos sobre su cumplimiento, oportunidad e idoneidad el Tribunal considera pertinente revisar los aspectos relacionados con la validez del mismo. En ese sentido, es conveniente revisar la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, en cuyo artículo 3, se establecen los requisitos de validez del acto administrativo.

“Artículo 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

- 1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.*
- 2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.*
- 3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley.*

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación.- *El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.*

5. Procedimiento regular.- *Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.*

Este Tribunal considera que de la revisión del acto administrativo de la decisión de dar por resuelto el Contrato N° 028-2012-MIDIS-PRONAA contenido en la Carta Notarial N° 130-2012-MIDIS-PRONAA/DE de fecha 05 de diciembre de 2012, se aprecia que el mismo ha cumplido con los presupuestos legales de validez de los actos administrativos.

No obstante, LA EMPRESA sostiene que no se habría cumplido con el procedimiento regular. Sobre este extremo, debe tenerse presente que el procedimiento regular del acto administrativo de resolución contractual se encuentra enmarcado, en principio, por el Contrato suscrito por las partes, por la Ley de Contrataciones, su Reglamento y el Código Civil, en ese orden de acuerdo a la cláusula Vigésimo Segunda del Contrato. En tal sentido, conviene revisar cual es el procedimiento regular prescrito en la Ley de Contrataciones y su Reglamento para la resolución contractual

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:

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

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 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."

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

"Artículo 168°.- Causales de resolución por incumplimiento

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

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."

De allí que el procedimiento regular, previsto en las normas glosadas consiste, en que exista un incumplimiento injustificado de obligaciones, legales, contractuales o reglamentarias a cargo de la Contratista, que éste incumplimiento sea requerido y que la vía utilizada sea el conducto notarial.

De las pruebas aportadas por las partes y admitidas por este Tribunal, se advierte que mediante Carta Notarial N° 725-2012-MIDIS-PRONAA-UAD de fecha 13 de noviembre de 2012, EL PROGRAMA señala a LA EMPRESA la obligatoriedad de suscribir la Adenda al Contrato N° 028-2012-MIDIS-PRONAA bajo apercibimiento de dar inicio al procedimiento de resolución contractual, situación que se materializa mediante la remisión de la Carta Notarial N° 130-2012-MIDIS-PRONAA/DE de fecha 05 de diciembre de 2012.

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

En consecuencia, el Tribunal advierte el cumplimiento por ELPROGRAMA del procedimiento regular previsto, de allí que, no se habría producido un incumplimiento del procedimiento regulado para la resolución contractual.

El Tribunal considera pertinente mencionar que de la revisión de las pruebas presentadas por las partes y admitidas por este Tribunal, no se ha determinado fehacientemente la decisión de resolver parcialmente el contrato, conforme sostiene LA EMPRESA en su escrito de demanda.

No obstante que la Resolución contractual se ha efectuado cumpliendo con el procedimiento legal establecido y se ha materializado con la comunicación escrita a la otra parte, cabe precisar que EL PROGRAMA con posterioridad a dicha comunicación autorizó la distribución del 75% de los productos acordados en el contrato original en cumplimiento de la cláusula 5.15 del contrato y éstos fueron recibidos por EL PROGRAMA el 07 de noviembre de 2012.

A ello debe agregarse que, mediante escrito presentado con fecha 21 de abril de 2014, EL PROGRAMA ha señalado que se habría pagado la suma de S/. 561,898.76 (Quinientos Sesenta y un Mil Ochocientos Noventa y Ocho y 76/100 Nuevos Soles), correspondiente al 75% de los productos acordados, adjuntando inclusive la constancia del pago realizada a través del SIAF; se hace hincapié en que a pesar del traslado conferido, LA EMPRESA no se pronunció sobre el particular.

En tal sentido, la doctrina reconoce que los actos de cooperación del acreedor demuestran su voluntad de no resolver el contrato, sea que el contrato no se ha ejecutado correctamente o no se ha realizado dentro del plazo contractual, en este sentido se pronuncia Vincenzo Roppo, quien en

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

su obra El Contrato expresa que *"...la declaración está precluída por la renuncia de la parte legitimada. Esta puede ser expresa (declaración de no quererse valer de la cláusula, o de querer mantener el contrato pese al incumplimiento), pero también tácita, por actos incompatibles con la voluntad de resolver: por ejemplo, después del incumplimiento la víctima ejecuta sus propias prestaciones, o acepta o requiere las ulteriores del incumplidor..."*¹. En opinión del Tribunal, EL PROGRAMA ha cooperado con LA EMPRESA para que cumpla con la prestación a su cargo, aun habiendo resuelto el contrato, cumpliendo, inclusive, con el pago de la contraprestación correspondiente..

Conclusión del Tribunal Arbitral

Por lo expuesto, este Tribunal concluye que el acto administrativo contenido en la Carta Notarial N° 130-2012-MIDIS-PRONAA/DE de fecha 05 de diciembre de 2012 de fecha 24 de agosto de 2012, mediante la cual se dispone la resolución del Contrato N° 028-2012-MIDIS-PRONAA, es eficaz, en tanto se produjo cumpliendo con los requisitos de validez previstos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el marco de las normas pactadas y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado.

Asimismo, el Tribunal concluye que EL PROGRAMA con posterioridad a la resolución contractual dispuesta por el PROGRAMA autorizó la distribución y recibió el 75% de los productos de conformidad con el contrato suscrito y pagó dichos productos, por tanto, mediante actos posteriores, EL PROGRAMA ha manifestado tácitamente su voluntad de continuar con el vínculo contractual, a pesar de la resolución contractual y,

¹ ROPPO, Vincenzo, El Contrato, Página 886

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

siendo ello así, habiendo ambas partes cumplido con sus obligaciones, corresponde declarar improcedente la primera pretensión de la demanda.

III. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES ACCESORIAS POSTULADAS POR LA EMPRESA

1. **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.-** Determinar si corresponde ordenar que el PRONAA pague a KANDY GROUP S.A.C. los intereses legales contados a partir del cumplimiento de las prestaciones, hasta la fecha efectiva de pago.

Como se ha señalado, de las pruebas aportadas por las partes y admitidas por este Tribunal, EL PROGRAMA decidió resolver Contrato N° 028-2012-MIDIS-PRONAA, en aplicación del artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por un incumplimiento imputable a LA EMPRESA.

"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:

- a) *Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- b) *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*
- c) *Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación pese a haber sido requerido para corregir tal situación".*

Conclusión del Tribunal Arbitral

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

Por tanto, si la resolución contractual no produjo sus efectos desde que fue debidamente notificada a la parte, en tanto que ambas partes cumplieron con sus obligaciones, el Tribunal considera que resulta pertinente la aplicación de intereses legales por la demora en el pago, por lo cual debe declararse fundada la segunda pretensión de la demanda.

2. **TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.-** Determinar si corresponde ordenar que el PRONAA pague a KANDY GROUP S.A.C. la suma de S/. 561,898.79 (Quinientos sesenta y un mil ochocientos noventa y ocho con 79/100 Nuevos Soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Como se ha señalado, de las pruebas aportadas por las partes y admitidas por este Tribunal, no se desprende con certeza el derecho subjetivo lesionado que deba ser resarcido por la parte causante del daño a través de una indemnización pecuniaria.

Conclusión del Tribunal Arbitral

Este Tribunal considera que debe declararse infundada la Tercera Pretensión de la Demanda

3. **CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.-** Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de costos del proceso arbitral.

En primer lugar, este Tribunal considera pertinente aclarar que, tratándose de un proceso arbitral, la institución del arbitraje un mecanismo alternativo de solución de conflictos, no es parte del sistema judicial, motivo por el cual no resulta pertinente la aplicación de normas que exonerarían a EL

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

PROGRAMA del pago de costas y costos del proceso, tal y como ocurre con el pago de gastos judiciales, ya que dichas normas son aplicadas a los procesos judiciales.

Adicionalmente, este Tribunal señala que, de acuerdo al Contrato, las partes, pactaron que, de no poder ser resuelta la discrepancia surgida entre ellas, será solucionada mediante arbitraje de conformidad con las reglas de arbitraje establecidas en la legislación peruana sobre la materia.

En el Contrato suscrito entre EL PROGRAMA y LA EMPRESA, las partes no se pronunciaron sobre la regulación de los costos del presente arbitraje, por tanto, el Tribunal tiene facultad de disponer lo que considere conveniente, siempre y cuando, se sujete a lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje.

En cuanto a los costos del arbitraje, el Decreto Legislativo N° 1071 dispone que el Tribunal Arbitral tenga en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

“Artículo 69.- Libertad para determinar costos.

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.”

Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

Los costos incluyen a) los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral; b) los honorarios y gastos del secretario; c) los gastos administrativos de la institución arbitral, d) los honorarios y gastos de los peritos y cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral, d) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y demás gastos razonables originados en el as actuaciones arbitrales.

“Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”

El Tribunal ha apreciado que durante la prosecución del proceso, ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles y, que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia.

Conclusión del Tribunal Arbitral

Por consiguiente, el Tribunal Arbitral considera que no corresponde condenar a ninguna de las partes al pago exclusivo de los costos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumirlo en las cantidades pagadas o que se hubieran comprometido a pagar.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral, en Derecho;


Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons


LAUDA:


1. Declarar **IMPROCEDENTE** la primera pretensión de KANDY GROUP S.A.C mediante la que solicita declarar el incumplimiento de la obligación contractual de pago.
2. **ORDENAR** que el PRONAA pague a KANDY GROUP S.A.C. los intereses legales contados a partir del cumplimiento de las prestaciones efectivamente ejecutadas señaladas en el punto anterior, hasta la fecha en que efectivamente se cumplió con el pago
3. Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión de KANDY GROUP S.A.C mediante la que solicita, se ordene la indemnización por daños y perjuicios por resolución de contrato por incumplimiento imputable a la entidad valorado en el monto de S/ 561,898.79 más los intereses legales que correspondan.
4. Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión de KANDY GROUP S.A.C mediante la que solicita se ordene el pago a favor de LA EMPRESA de costas y costos del presente proceso arbitral.
5. **ESTABLECER** que las partes intervinientes asuman en partes iguales los gastos del presente arbitraje.


Augusto Eguiguren Praeli
Manuel Roberto De la Flor Matos
Juan José Pérez Rosas Pons

Notifíquese a las partes.


AUGUSTO EGUIGUREN PRAELI
Presidente del Tribunal Arbitral


JUAN JOSÉ PÉREZ-ROSAS PONS
Árbitro


**MANUEL ROBERTO DE LA FLOR
MATOS**
Árbitro


ANTONIO CORRALES GONZALES
Director de Arbitraje Administrativo