

Resolución N° 14

Lima, 14 de julio de 2016

I. ANTECEDENTES

1. Del Contrato

El 02 de setiembre de 2013 el Consorcio Cozuel Perú S.A.C. – Plásticos A S.A., (en adelante, el Consorcio, el Contratista o el demandante), y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma – Unidad Ejecutora 007 adscrito al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (en adelante, Qali Warma, la Entidad o el demandado), suscribieron el Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW derivado de la Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS-PNAEQW (en adelante el Contrato), cuyo objeto fue la adquisición por parte de la Entidad de utensilios de cocina para el componente alimentario, por un monto contractual ascendente a S/. 416,254.85 (Cuatrocientos dieciséis mil doscientos cincuenta y cuatro con 85/100 Soles).

Posteriormente, con fecha 17 de octubre de 2013, ambas partes suscribieron la Adenda N° 1 al Contrato (en adelante, la Adenda).

2. Existencia del Convenio Arbitral

El convenio arbitral se encuentra contenido en la Cláusula Décima Séptima “Solución de Controversias” del Contrato que establece:

“Aplicación de la Conciliación.-

Por la presente cláusula se establece que cualquier controversia sobre la ejecución o interpretación de este Contrato podrá solucionarse por Conciliación.

Cualquiera de las partes tiene el derecho de solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos del REGLAMENTO, o, en su defecto, en el artículo 52° de la LEY, debiendo iniciarse este procedimiento ante un Centro de Conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia.

Si la conciliación soluciona la controversia en forma total el Acta que contiene el acuerdo es título de ejecución para todos los efectos. Si concluye con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deben someterse obligatoriamente a un arbitraje para que se pronuncie definitivamente sobre las diferencias no resueltas dentro del plazo de los quince (15) días hábiles siguientes de la suscripción del acta de no acuerdo total o parcial.

Aplicación del Arbitraje.-

En caso no haya acuerdo para la Conciliación, las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la LEY y su REGLAMENTO.

El arbitraje será institucional y su organización y administración estará a cargo de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros. A falta de acuerdo en la designación de los mismos o del Presidente del Tribunal Arbitral, o ante la rebeldía de una de las partes en cumplir con dicha designación, la misma será efectuada por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado conforme a las disposiciones administrativas del REGLAMENTO o conforme al Reglamento del Centro de Arbitraje al que se hubiesen sometido las partes.

El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa.

El procedimiento de conciliación y arbitraje se ceñirán a lo prescrito en los artículos 214° al 234 del REGLAMENTO.”

3. Designación del Tribunal Arbitral

Las partes acordaron en el Contrato que el arbitraje sería resuelto por un Tribunal Arbitral integrado por tres (3) árbitros. De esta manera, el Consorcio designó al Dr. Carlos Alberto Soto Coaguila; Qali Warma designó al Dr. Alberto Erubem Molero Rentería; y ambos árbitros designaron como Presidenta a la Dra. Pierina Mariela Guerinoni Romero.

4. Secretaría Arbitral

El presente arbitraje es organizado y administrado por el OSCE de acuerdo al Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE (SNA-OSCE), en adelante el Reglamento del SNA-OSCE, estando la secretaría arbitral a cargo de la Dirección de Arbitraje Administrativo.

5. Instalación del Tribunal Arbitral

Se convocó a Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral para el día 18 de junio de 2015, actuación que se llevó a cabo ese día y que contó con la presencia de ambas partes.

En ese acto, los miembros del Tribunal Arbitral ratificaron su aceptación al cargo, señalando no poseer ninguna incompatibilidad para ejercerlo ni compromiso alguno con las partes, con sus representantes, abogados ni asesores, obligándose a desempeñar su función con total independencia, imparcialidad y probidad.

Asimismo, las partes declararon su conformidad con la designación de los miembros del Tribunal Arbitral, manifestando no tener conocimiento de causal o motivo alguno que pudiera motivar una recusación.

6. Normativa aplicable

El fondo del asunto se resolverá aplicando la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 modificada por la

Ley N° 29873, en adelante la Ley, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, en adelante el Reglamento.

Por su parte, el proceso arbitral se rige por el Reglamento del SNA-OSCE, por los artículos 214° al 234° del Reglamento ⁽¹⁾ y, supletoriamente, por la Ley de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071.

7. Demanda Arbitral presentada por el Consorcio ⁽²⁾ y ⁽³⁾

PRETENSIONES

El 16 de octubre de 2014, el Consorcio presenta su demanda arbitral en los siguientes términos:

Primera Pretensión Principal

Que se declare la nulidad y por lo mismo se deje sin efecto y/o se declare ineficaz la resolución parcial del Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW y de su Adenda N° 01 en lo que se refiere a la prestación adicional (transporte de los bienes a las Instituciones Educativas beneficiarias), efectuada por la Entidad alegando incumplimiento obligacional del Contratista.

Segunda Pretensión Principal

Que se declare ineficaz e inaplicable el establecimiento de los plazos establecidos en las Adendas N° 01 del Contrato N° 036-2013-MIDIS/PNAEQW (sic).

Tercera Pretensión Principal

Que se ordene a la Entidad pague a nuestra representada la suma de S/. 102,930.95 (Nuevos Soles), por concepto del pago por las prestaciones ejecutadas por su parte en la Adenda N° 01 al Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW (Prestación Adicional). Asimismo, que se ordene a la ENTIDAD demandada el pago de los intereses legales correspondientes al retraso injustificado en el pago de la suma demandada, más los intereses moratorios que correspondan.

⁽¹⁾ Tal como está previsto en la Cláusula Décimo Séptima "Solución de Controversias" del Contrato.

⁽²⁾ De acuerdo al Reglamento del SNA-OSCE, el proceso arbitral se inicia directamente con la demanda.

⁽³⁾ De conformidad con el artículo 69° del Reglamento del SNA-OSCE el Tribunal Arbitral ordenó el archivo de la demanda arbitral mediante Resolución N° 7 del 05 de noviembre de 2015 haciendo efectivo el apercibimiento dispuesto en la Resolución N° 5 del 24 de setiembre de 2015 al no haber cumplido el Consorcio con acreditar el pago de los gastos arbitrales a su cargo, continuando el arbitraje con la reconvencción propuesta por la Entidad. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Arbitral estimó necesario considerar los argumentos que sustentan la posición del demandante a efectos de tener una idea cabal y completa del caso y de las posiciones de ambas partes al momento de resolver.

Primera Pretensión Alternativa a la Tercera Pretensión Principal

En el supuesto negado no se ampare nuestra tercera pretensión, solicitamos al Tribunal Arbitral que ordene a la Entidad que pague al Consorcio la suma de S/. S/. 102,930.95 Nuevos Soles más los intereses legales correspondientes por concepto de indemnización por enriquecimiento sin causa (Art. 1954° del C.C.) por haberse beneficiado indebidamente con la ejecución de prestaciones por parte de la recurrente y que a la fecha no han sido pagadas por la demandada.

Segunda Pretensión Alternativa a la Tercera Pretensión Principal

En caso no se ampare nuestra tercera pretensión y/o su ejecución devenga en imposible, solicitamos al Tribunal Arbitral que ordene que la Entidad indemnice los daños y perjuicios causados por concepto de daño emergente y lucro cesante a mi representada, incluyendo la utilidad dejada de percibir, por la suma de S/. 102,930.95 Nuevos Soles.

Cuarta Pretensión Principal

Que se declare dejar sin efecto y/o se declare ineficaz la indebida aplicación de penalidades del Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW y de la Adenda N° 01 referida a la prestación adicional (transporte de los bienes a las Instituciones Educativas beneficiarias) dado que el incumplimiento no es por causa imputable al demandante (Contratista).

Quinta Pretensión Principal

Que se reconozca o declare que la demora en el cumplimiento de las prestaciones derivadas del Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW y de la Adenda N° 01 referida a la prestación adicional (transporte de los bienes a las Instituciones Educativas beneficiarias), son por causas imputables a la demandada (la Entidad).

Sexta Pretensión Principal

Que se ordene a la Entidad demandada apersonarse al almacén de nuestra empresa en la ciudad de Lima, a efectos que puedan recoger los bienes de su propiedad objeto del Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW que no pudieron ser distribuidos por la existencia de errores e información incompleta en las direcciones de las Instituciones Educativas beneficiarias y otros, responsabilidad imputable a la Entidad demandada; para lo cual deberá admitirse como mecanismo legal válido, el internamiento de los referidos bienes en nuestro almacén en la ciudad de Lima; toda vez que deviene en imposible la continuación de la ejecución contractual de nuestras obligaciones establecidas en la Adenda N° 01 del Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW, por causas únicamente atribuibles a la Entidad demandada.

Primera Pretensión Accesorio a la Sexta Pretensión Principal

Como consecuencia de declararse fundada la sexta pretensión, se ordene a la Entidad que cumpla con cancelar íntegramente los montos adecuados

por el cumplimiento total y/o parcial de las prestaciones derivadas del Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW y de su Adenda N° 01, referida a la prestación adicional (transporte de los bienes a las Instituciones Educativas beneficiarias).

Segunda Pretensión Accesorio a la Sexta Pretensión Principal

Como consecuencia de declararse fundada la sexta pretensión, se ordene a la Entidad que cumpla con entregar a favor de mi representada las actas y/o constancias de conformidad por el cumplimiento del Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW y su Adenda N° 01, referida a la prestación adicional (transporte de los bienes a las Instituciones Educativas beneficiarias) de las Unidades Territoriales de Amazonas, Loreto, Madre de Dios, San Martín y Ucayali. Con el fin de completar la documentación requerida para proceder con el pago de las facturas correspondientes.

Tercera Pretensión Accesorio a la Sexta Pretensión Principal

Como consecuencia de declararse fundada la sexta pretensión, se ordene a la Entidad que cumpla con cancelar a nuestra representada la suma de S/. 10,000.00 Nuevos Soles por concepto de transporte a nuestro almacén, en la ciudad de Lima, del Ítem N° 01: Tinajas de plástico de 86 – 100 lt., que no se han podido distribuir por causas imputables a la demandada.

Séptima Pretensión Principal

Que se ordene a la Entidad que devuelva el dinero retenido indebidamente por la aplicación de penalidades inexistentes con sus respectivos intereses de la Adenda N° 01 del Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW por el valor de S/. 10,397.07 Nuevos Soles.

Octava Pretensión Principal

Que se declare la irregularidad y/o ilegalidad del mecanismo de contratación adoptado por la ENTIDAD, puesto que a las obligaciones pactadas en la Adenda N° 01 del Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW, le dio el carácter de *adicionales* del referido contrato, cuando en realidad debió corresponder a una nueva relación contractual, cuyo objeto es absolutamente independiente y autónomo al establecido en el referido contrato. Asimismo, solicitamos que con ocasión que se declare la ilegalidad del adicional N° 01, simulado por la ENTIDAD, se declare que el servicio de distribución hacia las instituciones educativas no tiene el límite del 25% del monto del Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW y como tal la Entidad estatal está obligada a asumir todos los sobre costos asumidos por nuestra empresa, así como la utilidad que justa y legítimamente nos corresponda y cuya cuantía nos reservamos el derecho de determinarla.

Novena Pretensión Principal

Que la Entidad ordene el pago de gastos adicionales y sobrecostos en los que ha incurrido nuestra empresa con el objeto de dar cumplimiento a sus obligaciones contenidas en la Adenda N° 01 del Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW, dentro de los que se encuentran los sobrecostos de almacenaje y custodia de bienes, los sobre costos de transporte y, los sobrecostos relacionados a los demás gastos generales en los que tuvo que incurrir nuestra empresa con ocasión de la ejecución del Contrato N°

048-2013-MIDIS/PNAEQW; debiendo señalar que nos reservamos el derecho de precisar la totalidad del monto correspondiente a la presente pretensión.

Décima Pretensión Principal

Que se ordene a la Entidad que cumpla con cancelar a nuestra representada la suma de S/. 5,000.00 Nuevos Soles por cada mes, por concepto de ALMACENAJE y CUSTODIA del Ítem N° 01: Tinas de plástico de 86 – 100 lt., por mantenerlos almacenados en nuestros almacenes ante la imposibilidad de distribución a las Instituciones Educativas, como consecuencia de hechos no contemplados contractualmente y que son ajenos a nuestra parte, contabilizados desde el día 29.08.2014, fecha en que solicitamos a la Entidad que indique el lugar a donde deberían entregar los referidos utensilios y que nunca nos dio una respuesta formal y que motivó el traslado a nuestro almacén en la ciudad de Lima.

Décima Primera Pretensión Principal

Que se ordene a la Entidad que cumpla con asumir íntegramente las costas y costos del presente proceso arbitral.

POSICIÓN

- 7.1. El Consorcio señala que con fecha 02 de setiembre de 2013 suscribió con Qali Warma el Contrato por el valor de S/. 416,254.85 (Cuatrocientos Dieciséis Mil Doscientos Cincuenta y Cuatro con 85/100 Nuevos Soles), derivado del otorgamiento de la Buena Pro del Ítem 01: Tinas de plástico de 86 – 100 lt. – Zona Selva: Amazonas, Loreto, Madre de Dios, San Martín y Ucayali en la Licitación N° 002-2013-MIDIS-PNAEQW convocada para la Adquisición de bienes: “Adquisición de Menaje para el Componente Alimentario” (Prestación Principal).
- 7.2. Agrega que en el Contrato se estableció cuarenta y cinco (45) días calendarios, como plazo para la entrega de los bienes en las distintas unidades territoriales antes referidas. Sin embargo, tal plazo devino en absolutamente imposible de ser cumplido, puesto que Qali Warma improvisó absolutamente la ejecución del Contrato y no contaba con almacenes en ninguna de las unidades territoriales en las que se tenían que entregar los bienes.
- 7.3. Manifiesta que con posterioridad tomó conocimiento, mediante el Informe Técnico N° 40-2013-MIDIS-PNAEQW-UA/CAySG del 20 de setiembre de 2013, de la existencia del Memorando N° 0617-2013-MIDIS/PNAEQW de fecha 05 de setiembre de 2013 emitido por la Entidad, esto es tres días después de la suscripción del Contrato, mediante el cual se da cuenta que a dicha fecha Qali Warma aún no contaba con almacenes en las unidades territoriales para recibir los bienes objeto del Contrato, quedando demostrado la ineficacia del plazo tanto del Contrato como la de la Adenda, puesto que la Entidad estableció los mismos a sabiendas que no se podrían cumplir de ninguna manera, le ha ocasionado enormes daños económicos que deberían ser resarcidos en la presente sede arbitral.

- 7.4. Añade que con fecha 17 de octubre de 2013 se suscribió la Adenda por el valor total de S/. 103,970.66 (Ciento Tres Mil Novecientos Setenta con 66/100 Nuevos Soles), con el objeto específico del transporte de bienes descritos en el Contrato (Prestación Adicional).
- 7.5. Indica que la Entidad nunca le entregó el ejemplar de que le correspondía de la Adenda, habiéndole Qali Warma señalado, el día en que se suscribió la Adenda que le enviaría su copia por courier, ya que hasta ese momento faltaba la firma de la Jefa de la Unidad de Administración. No obstante, señala que hasta la fecha no ha recibido formalmente ninguna copia de la Adenda; motivo por el cual el 12 de agosto de 2014, solicitó al Jefe de la Unidad de Administración de Qali Warma, mediante Carta N° 58-08.14/COZUEL (con Registro N° 00003572-2014), una copia fedateada y/o simple de la Adenda sin recibir respuesta hasta la fecha.
- 7.6. Agrega que aun cuando el giro de su negocio no es el transporte, en la práctica se vio compelido a suscribir la Adenda por la necesidad apremiante de que se cumpla el Contrato, pues la Entidad le habría manifestado que si no realizaba el transporte a todos los departamentos incluyendo el almacén y custodia, el proceso se iba a dilatar de manera indefinida, significando un revés para sus economías, por la inversión realizada para la provisión de los bienes (utensilios de cocina).
- 7.7. De esta manera, señala que siendo nula su experiencia en el rubro transporte ha incurrido en gastos excesivos, y por ende, se desnaturalizaron las utilidades previstas para el Contrato por lo que también demanda indemnización por daños y perjuicios.
- 7.8. De igual forma, indica que la Entidad nunca cumplió con proveerse de almacenes para la recepción de los bienes objeto del Contrato, forzándolo a suscribir la Adenda el 17 de octubre de 2013, mediante la cual de manera irregular se contrató como supuesta prestación adicional, el servicio de transporte y distribución de los bienes objeto del Contrato hacia cada una de las Instituciones Educativas beneficiarias de los referidos bienes.
- 7.9. De otra parte, el Consorcio afirma que el objeto contractual del Contrato era la adquisición de bienes, el cual se cumplía y agotaba con la entrega de los referidos bienes en los almacenes de la Entidad, tal como puede corroborarse del tenor del Contrato y las Bases del proceso de selección. En tal sentido, el hecho que Qali Warma debía internamente destinar los bienes a diversas instituciones educativas o darles un uso o fin distinto era un asunto propio de la Entidad no teniendo el Consorcio nada que ver, cometiéndose un error al establecer en la Adenda como prestación adicional, la distribución y transporte de los bienes a las instituciones educativas, constituyendo la distribución de los bienes un nuevo y distinto objeto contractual a aquel establecido en el Contrato.
- 7.10. En concepto del Consorcio, este fue un mecanismo dolosamente planeado por el demandado para causarle perjuicio al forzarlo y coaccionarlo a efectuar la distribución y transporte de los bienes hacia diversos colegios del país con un tope dinerario ascendente al 25% del monto del Contrato, esto es, la suma de S/. 103,970.66 (Ciento tres mil novecientos setenta

con 66/100 Nuevos Soles) para encargarse de un transporte y distribución distintos al originalmente contratado que excede el objeto del Contrato, no teniendo otra alternativa más que aceptar bajo la promesa que de esa manera se agilizarían los pagos.

- 7.11. Añade que la Entidad elaboró un artilugio legal, para tratar de superar su improvisación e irresponsabilidad de comprar una cantidad enorme de bienes sin tener un lugar físico para recibirlos, por lo que con aquel afán de solucionar ese impase llegó al extremo de establecer en la Adenda que el Consorcio contrate el almacén de recepción de bienes en cada una de las unidades territoriales, a efectos que la entrega de los bienes para el cumplimiento de las prestaciones derivadas del Contrato pueda efectuarse no en los almacenes de la Entidad, sino en los almacenes del Consorcio forzándolo a contratar almacenes en todo el territorio de la República, para almacenar los bienes de la Entidad, recibir la conformidad de sus funcionarios y acto seguido para transportarlos a cada una de las instituciones educativas del país, objetivo que tampoco pudo ser cumplido a cabalidad por responsabilidad de Qali Warma toda vez que no cumplió con adjuntarle la relación completa y detallada de las Instituciones Educativas beneficiarias en la que se señale su ubicación y dirección exacta; la persona encargada de recibir los bienes; así como las cantidades exactas de bienes a ser dejados en cada uno de los colegios. En tal sentido, indica que no hay forma que se pueda exigir al Consorcio cumplir con las prestaciones derivadas de la Adenda sin la información requerida.
- 7.12. De otro lado, señala que pese a los incumplimientos de parte de la Entidad, hasta el mes de julio de 2014, el Contrato se venía ejecutando regularmente, sin observaciones conocidas, habiéndose efectuado prestaciones a favor de Qali Warma, hasta el monto de S/. 102,930.75 (ciento dos mil novecientos treinta con 75/100 Nuevos Soles), quedando un saldo por ejecutar de S/. 1,039.71 (Mil treinta y nueve con y un saldo por pagar de S/. 102,930.75 (Ciento dos mil novecientos treinta con 75/100 Nuevos Soles) que corresponden al transporte de los utensilios señalados en el Contrato y que no fueron facturados a solicitud de la propia Entidad que le señaló que primero se debería requerir mediante solicitud de reconocimiento de deuda y una vez emitida la Resolución Directoral de aprobación, recién podía emitir las facturas respectivas.
- 7.13. Afirma que el 21 de julio de 2014, mediante Carta Notarial N° 176-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, la Entidad lo requiere para que en un plazo no mayor de siete (7) días calendarios cumpla con la totalidad de las obligaciones a su cargo, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.
- 7.14. En ese sentido, el 02 de agosto de 2014, mediante la Carta Notarial N° 40/C.48-COZUEL-PLAST, puso de conocimiento a la Entidad el cumplimiento de su obligación contractual, poniendo de conocimiento, entre otros, que:
- i) Hasta el 30 de junio de 2014 había realizado la distribución en los departamentos de Amazonas, Loreto, Madre de Dios, San Martín y Ucayali, tal como se sustenta en sus cartas de entrega de Actas a los Jefes de las Unidades Territoriales (JUTs).

- ii) En los departamentos de Amazonas Madre de Dios, San Martín y Ucayali, no se había podido culminar con la distribución en su totalidad porque la información de las Instituciones Educativas beneficiarias de esos departamentos tenían errores y/o no se encontraban activas, situación que oportunamente puso de conocimiento al JUT respectivo para que se haga cargo de dichos bienes, no obstante, tampoco quisieron recibirlos, porque no tenían almacenes donde recepcionarlos.
- iii) En el departamento de Loreto, la distribución (transporte) de los utensilios se realizaron en su totalidad, es decir, al 100%.
- iv) El transporte de los utensilios (distribución), se realizó en su totalidad, en los departamentos de Amazonas, San Martín y Ucayali, no obstante los JUTs se negaron a emitir la conformidad respectiva. Agrega que en dichos departamentos se habría culminado con la distribución total y solo quedan aquellos utensilios que no se han podido distribuir porque existían errores y/o falta de información en los datos de las Instituciones Educativas que estaban destinadas a recibirlos lo que es de exclusiva responsabilidad de la Entidad.
- v) En el departamento de Madre de Dios la distribución se encuentra paralizada por falta de presupuesto. Esto debido a que el propio demandado se encontraba incumpliendo la condición contractual de realizar el pago de la prestación a favor del Consorcio, motivando que incurra en sobre costos, toda vez que, ante el incumplimiento de pago de la Entidad, tuvo que acudir a prestamistas y otros para tener liquidez y poder afrontar el costo de distribución lo que no estaba previsto al momento de suscribir el Contrato y la Adenda de prestación adicional.
- vi) Consecuentemente, el incumplimiento de pago motivó que paralice la distribución de utensilios en el departamento de Madre de Dios.

7.15. Señala que el 19 de agosto de 2014, mediante Carta Notarial N° 186-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, la Entidad le comunica la decisión de resolver el Contrato en forma parcial, en lo que refiere a la prestación adicional (transporte de los bienes a las Instituciones Educativas beneficiarias), porque el Consorcio expresó *“que en el departamento de Madre de Dios, la distribución se encuentra paralizado por una supuesta falta de presupuesto”*. Asimismo, se le requiere que proceda con la entrega de los productos a las unidades territoriales de Qali Warma, lo que es inaplicable porque tanto el Contrato como la Adenda no facultan a las unidades territoriales a realizar esa acción ni la Entidad le ha entregado el documento donde se apruebe tal decisión.

7.16. Afirma que la Entidad de manera arbitraria y desconociendo el hecho de que en los departamentos de Amazonas, Madre de Dios, San Martín y Ucayali, no se pudo culminar con la distribución en su totalidad porque la información de las Instituciones Educativas beneficiarias de esos departamentos tenían errores y/o no se encontraban activas, lo que imposibilita el 100% de distribución total de los bienes. Asimismo, señala que mediante la insustentable resolución parcial del Contrato, pretende

desconocer el pago de la prestación ya ejecutada en los departamentos señalados, inclusive sin tomar en cuenta que en el departamento de Loreto la distribución (transporte) de los utensilios se realizó en su totalidad, es decir al 100%.

- 7.17. Por otra parte, argumenta que desde el 18 de octubre de 2013, luego de la firma de la Adenda se comenzó a enviar el Ítem N° 01: Tinas de plástico de 86 – 100 lt., a los departamentos de Amazonas, Loreto, Madre de Dios, San Martín y Ucayali para que se realice el almacenamiento y custodia temporal de los bienes y su posterior verificación y conformidad de acuerdo a la Adenda.
- 7.18. Asimismo, señala que luego de suscrita la Adenda inició la contratación de los almacenes para entrega y verificación de los utensilios en los 24 departamentos, no resultando fácil encontrar locales adecuados por los volúmenes que representaban los utensilios que eran considerables; como tampoco era fácil la contratación de personal para la custodia de dichos bienes, motivo por el cual en muchos departamentos le tomó más de dos meses conseguir el local adecuado y el personal idóneo. Sin embargo, no obstante los inconvenientes, logró conseguir todos los almacenes a nivel nacional.
- 7.19. En tal sentido, el Consorcio afirma que para ejecutar el objeto de la prestación adicional, mediante la Carta N° 02/12-QW-C/CP-PASA-3, solicitó al Jefe de la Unidad de Administración de Qali Warma que le entregue la relación de las Instituciones Educativas beneficiarias con sus direcciones respectivas, así como la cantidad de utensilios asignados a cada Institución Educativa, para poder realizar el transporte final a cada una de ellas, información indispensable para ejecutar su obligación contractual. Al respecto, el Consorcio indica que la Entidad nunca cumplió con su solicitud, motivo por el cual se obstaculizó la ejecución contractual que era la de transportar los utensilios de cocina a las Instituciones Educativas beneficiarias.
- 7.20. Ante ello, mediante correo electrónico, procedió a enviar cartas a los JUTs solicitando la data con las Instituciones Educativas de su jurisdicción a fin de ejecutar su obligación contractual, no obteniendo la información solicitada, en consecuencia, ante la falta de información formal de parte de la Entidad con relación a las direcciones de las Instituciones Educativas beneficiarias y las cantidades de utensilios a ser entregadas a cada Institución Educativa, ante el avance del plazo contractual, procedió a realizar el transporte – distribución de los utensilios, utilizando una “data (detalle de colegios)” que uno de los contratistas pudo obtener durante el mes de diciembre de 2013, precisando que dicha información correspondía al Reporte de las Instituciones Educativas atendidas por Qali Warma - 2013, y que también incluía la proyección de los utensilios de cocina que debía tener cada colegio; data que fue utilizada por todos los demás contratistas que habrían proveído utensilios a la Entidad.
- 7.21. Igualmente el demandante explica que cuando se inició el transporte hacia las Instituciones Educativas, recién pudo verificar que muchos de los datos consignados adolecían de errores como, por ejemplo, la falta de dirección, información nula respecto a las cantidades de utensilios a entregar, entro

otros, lo que puso de conocimiento primero al propio Qali Warma y luego a los propios JUTs, no obteniendo información y/o respuesta alguna. Asimismo, el demandante manifiesta que de la relación de Instituciones Educativas, se habría comprobado que el 95% de la Instituciones Educativas se encontraban en Zonas Rurales donde los accesos vehiculares son escasos y lo costos para llegar a dichos lugares son muy elevados, lo cual excedía significativamente a lo que contractualmente se le iba a pagar.

7.22. Afirma que las Instituciones Educativas entraron de vacaciones en Diciembre de 2013 hasta la segunda semana de marzo de 2014 y que en otros casos las clases se iniciaron a partir de la primera semana de abril de 2014 ya que al estar ubicadas en zonas rurales no tenían nombrados a sus Directores o tenían otro tipo de inconvenientes. Precisa que de acuerdo a las condiciones contractuales los utensilios debían ser entregados a los Directores de cada Institución Educativa o a un representante por lo que tuvieron que esperar a que el personal se reintegre.

7.23. Asimismo, señala que toda demora en la ejecución de la Adenda habría sido motivada por la propia Entidad, toda vez que no le entregó la información respecto a la dirección de las Instituciones Educativas beneficiarias ni la cantidad de utensilios a distribuirse, pese a que se lo habría solicitado formalmente, precisando que dicha información tampoco consta en la Adenda, que es el documento idóneo en donde se debió haber anexado tal información, ni mucho menos consta en el Contrato, configurándose de esa manera una causal de fuerza mayor generada por el demandado lo que atrasó la ejecución de la obligación contractual a su cargo.

7.24. Manifiesta que en la Cláusula Quinta de la Adenda se modifica el Contrato respecto a las condiciones para ejecutar las prestaciones principales y adicionales. Asimismo, explica que, de acuerdo a ello, las funciones del JUT eran:

- i) Verificar la calidad, cantidad y cumplimiento de las características técnicas de los utensilios entregados.
- ii) Emitir la conformidad de las entregas de las cantidades totales de bienes establecidos por cada departamento (Conformidad de la Prestación Principal).
- iii) Entregar los bienes al contratista (**CONSORCIO**) para su transporte final a cada una de las Instituciones Educativas beneficiarias mediante Acta de Entrega-Recepción con inventario físico. y,
- iv) Emitir la Conformidad de las entregas (Conformidad de la Prestación Adicional), verificando que los responsables de la Institución Educativa de su jurisdicción o la persona delegada por aquellos, hayan recibido la totalidad de las cantidades asignadas.

Asimismo, se desprende que la obligación del Consorcio era:

- i) Proveer de almacén para que se realice la entrega de utensilios en dicho lugar.

- ii) Efectuar “conforme” la entrega de los utensilios a las Unidades Territoriales.
- iii) Recepcionar los bienes, en el mismo acto de emitida la conformidad de la prestación principal, mediante acta de entrega-recepción con inventario físico, para iniciar la prestación adicional (transporte).
- iv) Realizar el almacenamiento de los bienes en locales propios del Consorcio o en otros que el Consorcio haya designado.
- v) Efectuar la custodia de los bienes, hasta su distribución final en la Institución Educativa.
- vi) Ejecutar la prestación adicional, es decir, realizar el transporte de los utensilios de cocina a las escuelas beneficiarias.

7.25. En ese sentido, señala que por su parte cumplió sus compromisos contractuales, entre otros, con realizar el transporte de los utensilios de cocina hasta las Instituciones Educativas beneficiarias de cada departamento y, que la Entidad no emitió la conformidad respectiva en los departamentos donde se concluyó el transporte (distribución) de utensilios en su totalidad para que se procediera con el pago correspondiente a su favor, pese a sus reiterados requerimientos. Añade que dicho incumplimiento por parte del demandado motivó que exista un menoscabo en la planificación de la ejecución del objeto contractual que no fue previsto por el Consorcio al momento de suscribir el Contrato y que a la fecha le ha imposibilitado continuar con la distribución.

7.26. Señala que tiene información que algunas Unidades Territoriales si han emitido la conformidad respectiva y la han entregado a la Sede Central de la Entidad, sin embargo el demandado no se las ha entregado pese a haberlas solicitado formalmente mediante la Carta N° 056-08.14/COZUEL ni ha procedido con el pago respectivo. Al respecto, señala que la JUT de Loreto mediante Informe N° 423-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLRT del 20 de agosto de 2014 se remiten las Actas de Distribución de Menaje al 100% las que fueron verificadas y que obran en las Instituciones Educativas.

7.27. De esta manera, indica que a pesar de tener toda la documentación para realizar el pago de la prestación adicional, formalizada mediante la Adenda, de manera individual para cada departamento (Unidad Territorial), no cumplió con el pago correspondiente.

7.28. El Consorcio manifiesta que la prestación adicional objeto de la Adenda cuyo objeto era el transporte de los bienes descritos en el Contrato, al ser un servicio debió tener términos de referencia que nunca fueron indicados como el volumen y peso de los bienes, la cantidad de bienes a transportar por cada colegio ni la cantidad y dirección de las Instituciones Educativas beneficiarias lo que constituía información indispensable que no forma parte de las especificaciones técnicas contenidas en las Bases Administrativas; existiendo Instituciones Educativas con direcciones erradas, incompletas o inexistentes.

7.29. El Consorcio explica que en las unidades territoriales de Amazonas y San Martín, entre otros, se concluyó con la distribución respectiva, no obstante, los JUTs se niegan a entregarle las Actas Finales de Distribución aduciendo que quien tiene que emitir dicha Acta Final es Qali Warma, que es con quien habría suscrito la Adenda.

- 7.30.** En tal sentido, afirma que se ha hecho caso omiso a lo señalado en la Resolución Jefatural N° 108-2013-MIDIS-PNAEQW/UA, lo que se prueba con la Carta N° 023-2014-MIDIS-PNAEQW/UTSMAR del 02 mayo de 2014 enviada por el JUT de San Martín en la que se indica:

“Mediante la presente me dirijo a usted para dar respuesta al documento en referencia donde señala que se le indique la fecha para poder hacer la entrega, en el local institucional, de los utensilios de cocina correspondiente a las Instituciones Educativas que no ha encontrado porque no tienen nombre ni dirección. Al respecto le manifestó que su representada suscribió Contrato con la Sede Central del PNAE QALI WARMA, por lo que los inconvenientes que se le presenten en la distribución de Utensilios debe coordinarlo con la Coordinación de Logística de la Sede Central, ya que esta Unidad Territorial no suscribió ningún contrato y no tenemos almacén ni espacio en nuestra oficina para recepcionar utensilios...”

- 7.31.** Afirma que los utensilios han sido distribuidos a aproximadamente en 23,800 Instituciones Educativas beneficiarias a nivel nacional, y hasta la fecha no se le ha realizado pagos parciales (por departamento) de la distribución, lo cual contraviene la Cláusula Quinta de la Adenda Del mismo modo, precisa que el cumplimiento del 100% de la distribución total de los bienes deviene en imposible e irreal, por cuanto existen Instituciones Educativas con direcciones erradas, incompletas o inexistentes, motivo por el cual, aun no se han podido entregar los utensilios de cocina.
- 7.32.** Asimismo sostiene que la Entidad, hasta la fecha, no le ha informado el lugar de entrega de los utensilios con problemas en la data y que el hecho de haber estado desinformado de algo que realmente le incumbe e interesa a las partes para la culminación total de la prestación adicional, en el marco de la Adenda vulnera su derecho de información.
- 7.33.** Señala que mediante Carta Notarial N° 63/08-14-Co.48/COZUEL-PLAST, solicitó a la Entidad: a) que se le comunique formalmente la dirección donde debería entregar los utensilios indicados en el Contrato y que no se pudieron distribuir porque las direcciones contienen imprecisiones, adjuntando para ello la documentación que certifique y/o autorice funcionalmente tal decisión. Asimismo, dicha dirección debería encontrarse dentro de la ciudad del departamento que corresponda; y b) que se le comunique formalmente el nombre de la persona autorizada a recepcionar los utensilios de cocina que no se transportaron, adjuntando la documentación que certifique funcionalmente tal decisión. Precisa el Consorcio que no recibió respuesta.
- 7.34.** En ese sentido, manifiesta que se evidencia un desmedro en su patrimonio que debe ser resarcido con una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados y además se le deberá pagar el costo de almacenaje, guardianía, entre otros. Agrega, asimismo, que ante la negativa de la Entidad de realizar el pago por la prestación realizada corresponde que el demandado efectúe el resarcimiento por los daños ocasionados precisando los elementos configurativos de la responsabilidad contractual por parte de la Entidad en los siguientes términos:

- i) **La Imputabilidad:** señala que la responsabilidad contractual imputada ha sido generada por quienes habrían actuado en nombre y representación de la Entidad, para incumplir sus obligaciones contractuales, pues ha actuado sin sustentar debidamente el incumplimiento señalado, con la sola intención de paralizar injustificadamente los pagos de las prestaciones realizadas y pactadas en el Contrato, con el perjuicio económico que esto le ha ocasionado al Consorcio.
- ii) **El Daño:** señala que se ha producido un daño emergente objetivo, cierto y actual de los intereses del Consorcio, pues se ha producido un menoscabo patrimonial, por lo que requiere una satisfacción de sus intereses motivados por la negativa de realizar los pagos a su favor.
- iii) **La Ilícitud o Antijuridicidad:** afirma que se ha evidenciado un grado de ilicitud objetiva al haberse incumplido una obligación contractual así como una contravención al ordenamiento jurídico en su conjunto, al haber violentado la Entidad el cumplimiento de la Cláusula Cuarta del Contrato sin que medie causa justificable; dicho accionar derivaría a la vez en una ilicitud subjetiva, relacionada al menoscabo de los derechos o intereses del Consorcio jurídicamente protegidos en su calidad de contratista, como eran las expectativas ciertas y legítimas que tenía sobre el demandado de cumplir sus obligaciones contenidas en la Adenda.
- iv) **Factores de Atribución:** señala que corresponde atribuir la existencia de dolo por parte de la Entidad, que ha consistido en la intención de dejar de cumplir las obligaciones pactadas en el Contrato declarado parcialmente resuelto.
- v) **El Nexa Causal:** manifiesta que existe un vínculo ineludible entre el hecho antecedente, esto es, el incumplimiento de las obligaciones del demandado y el hecho consecuente, que es la producción de un detrimento o menoscabo en el patrimonio del Contratista.

7.35. De otra parte, sostiene que la resolución parcial del Contrato planteada por la Entidad no está dentro de la causal de incumplimiento injustificado por la parte del Consorcio de acuerdo al artículo 168° del Reglamento concordante con el artículo 40°, inciso c) de la Ley pues, para la ejecución del objeto contractual señalado en la Adenda se requería que previamente el demandado le entregue formalmente la relación de las Instituciones Educativas beneficiarias de cada departamento, así como las cantidades de utensilios que se entregaría a cada una de ellas, lo cual no fue cumplido por parte de Qali Warma.

7.36. Asimismo, señala que en los departamentos de Amazonas, Madre de Dios, San Martín y Ucayali no se pudo culminar con la distribución en su totalidad (al 100%) porque la información de las Instituciones Educativas beneficiarias de esos departamentos tenían errores y/o no se encontraban activos.

7.37. Finalmente, afirma que la Entidad ha incumplido injustificadamente con el pago de la prestación realizada, toda vez que mínimamente en el

departamento de Loreto la distribución (transporte) de los utensilios se ha realizado en su totalidad, es decir al 100%, y cuenta con la conformidad final respectiva.

8. De la Contestación a la Demanda Arbitral presentada por Qali Warma

El 12 de noviembre de 2014, Qali Warma presenta su contestación a la demanda arbitral en los siguientes términos:

- 8.1. En cuanto a la primera pretensión principal de la demanda, la Entidad afirma que en las contrataciones del Estado existen causales y un procedimiento determinado para resolver el contrato administrativo conforme al ordenamiento jurídico vigente, conforme se estableció en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato, específicamente los artículos 40° inciso c) y 44° de la Ley y artículos 168° y 169° de su Reglamento.
- 8.2. Manifiesta la Entidad que, de las coordinaciones realizadas con la Unidades Territoriales, advirtió que el Consorcio no había cumplido con el 100% de la distribución total de los bienes recibidos a las diferentes instituciones educativas; en consecuencia, mediante Carta Notarial N° 176-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, recibida el 18 de julio de 2014, otorgó un plazo de 07 días calendarios de recibida dicha carta, para que el Contratista, cumpla con la totalidad de las obligaciones a su cargo, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.
- 8.3. Sostiene que una vez transcurrido el plazo otorgado, el Consorcio hizo caso omiso al requerimiento realizado, conforme fluye de la Carta Notarial N° 006883-14, recibida el 04 de agosto de 2014, en la que expresa que: *"en el departamento de Amazonas la distribución se encuentra en un avance de 84,18% el cual se encuentra paralizada por falta de presupuesto y en el departamento de Madre de Dios la distribución de productos, a la fecha, se encuentra paralizada también por falta de presupuesto."*
- 8.4. Por tanto, la Entidad, añade que mediante Carta Notarial N° 186-2014-MIDIS/PNAEQM-UA de fecha 19 de agosto de 2014 resolvió en forma parcial el Contrato en lo que se refiere a la prestación adicional (transporte de los bienes a las Instituciones Educativas beneficiarias). De esta forma, acredita que ha cumplido con el procedimiento legal y reglamentario establecido para resolver un contrato administrativo, bajo el régimen de la Ley y su Reglamento.
- 8.5. Respecto a la segunda pretensión principal de la demanda, Qali Warma rechaza las afirmaciones planteadas por el Consorcio en la demanda arbitral (páginas 7 y 8) dado que tales afirmaciones tienen que acreditarse y no sólo afirmarse, de lo contrario se estaría dañando la imagen de la Entidad que tiene por finalidad publica la alimentación escolar de los niños y niñas a nivel nacional.
- 8.6. Sin perjuicio de ello, sostiene que los plazos establecidos en la Adenda habrían sido suscritos por ambas partes de acuerdo a la Ley y su Reglamento, surtiendo efectos jurídicos desde el día siguiente de suscrito, siendo cumplidos (aplicados) en parte por el demandante (incumplió la distribución en los departamentos de Amazonas y Madre de Dios). De esa

forma, al haber surtido efectos jurídicos los plazos concordados y al haber sido cumplidos en parte, se acredita que los referidos plazos son eficaces y válidos.

- 8.7. Argumenta que es errada la afirmación del Consorcio en la página 6 de su demanda al mencionar que: *"(...) mediante el Informe Técnico N°40-2013-MIDIS-PNAEQW-UA/Cay SG (...); se da cuenta que a dicha fecha la Entidad demandada aun no contaba con almacenes en las unidades territoriales para que pueda recibir los bienes objeto del contrato, con lo cual queda absolutamente demostrado la ineficacia del plazo tanto del contrato primigenio, como de la Adenda 01 (...)"*.
- 8.8. Qali Warma precisa que en el informe técnico señalado se afirma literalmente que *"(...) a la fecha no se cuenta con almacenes disponibles en las diferentes unidades territoriales, para almacenar los utensilios de cocina adquiridos (...)"*; con lo que la Entidad afirmó que no tenía almacenes disponibles para almacenar (que es distinto a afirmar que no se tiene almacenes) y custodiar la cantidad de utensilios de cocina a entregar, razón por la que, para cumplir con la finalidad del Contrato, se realizó una prestación adicional (que es la Adenda).
- 8.9. Alega que el requerimiento del Contrato tiene su origen en el Memorándum N° 0128-2013-MIDIS/PNAEQW del 10 de abril de 2013 de la Unidad de Prestaciones del Programa de Qali Warma que se encuentra plasmada en el Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas un cuya página 25 se evidencia que la finalidad del requerimiento, por ende, la finalidad de la licitación pública, por ende, la finalidad del Contrato fue mejorar la alimentación de niñas y niños usuarios del Programa de Alimentación Escolar Qali Warma durante los días del año escolar.
- 8.10. De esta forma, añade, si la finalidad del Contrato fue mejorar la alimentación de los niños y niñas usuarios del Programa Qali Warma, encontrándose en la situación de no tener almacenes disponibles para custodiar los bienes, era imprescindible realizar una contratación adicional para cumplir con la finalidad publica señalada (almacén y custodia por parte del Consorcio y transporte de los bienes a las Instituciones Educativas); de lo contrario hubiese significado dejar de prestar los bienes necesarios para mejorar la alimentación escolar a nivel nacional.
- 8.11. Agrega que se debe tener en cuenta que el requerimiento de la Unidad de Prestaciones, que dio origen al Contrato, no solo tenía por objeto la adquisición de los utensilios de cocina sino también el traslado y entrega de los bienes -en ese entonces- en las sedes de cada Unidad Territorial a nivel nacional conforme al Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas en donde se detallan las direcciones de las unidades territoriales (páginas 41 y 42 de las Bases).
- 8.12. De esta forma, Qali Warma afirma que la finalidad del Contrato para mejorar la alimentación escolar no solo comprendía la adquisición de utensilios de cocina, sino también el traslado del mismo -en ese entonces- a las unidades territoriales; el cual, ante los imprevistos señalados, correspondió realizar una prestación adicional para trasladar los bienes, ya

no a las unidades territoriales, sino a las Instituciones Educativas beneficiarias.

- 8.13. Finalmente, la Entidad considera que solicitar la ineficacia y/o inaplicación de los plazos señalados implicaría desconocer la entrega de los productos que han sido debidamente cancelados por Qali Warma y no distribuidos a las Instituciones Educativas beneficiarias por parte del demandante.
- 8.14. En relación a la tercera pretensión principal de la demanda, la Entidad señala que habría requerido al Consorcio se sirva entregar las "Tinas de plástico de 86-100 lts" que mantiene bajo su custodia y riesgo, más aun si como fluye de la Carta N° 186-2014-MIDIS/PNAQW-UA de fecha 19 de agosto de 2014 se habría resuelto parcialmente el Contrato por causas absolutamente atribuibles al Contratista, derivadas de la inejecución de la prestación total a su cargo (en los departamentos de Amazonas y Madre de Dios), no habiendo demostrado bajo forma y contenido alguno lo contrario.
- 8.15. La Entidad alega que en tanto la entrega de "Tinas de plástico de 86-100 lts" se encuentra paralizada en los departamentos de Amazonas y Madre de Dios, realizará su propia evaluación y verificación de la cantidad exacta que el Contratista en cada uno de los departamentos necesita entregar como parte de las condiciones contractuales fijadas en el Contrato y Adenda, cantidad que precisará en su oportunidad, con el cual se determinará el monto exacto adeudado y penalidades respectivas en relación a las prestaciones parciales realizadas por el demandante en el Contrato y la Adenda.
- 8.16. Respecto a la cuarta pretensión principal del demandante, Qali Warma señala que del análisis realizado a las Actas de Recepción suscritas por los JUTs se evidencian retrasos que superan largamente los plazos establecidos; además, el Contratista reconoce que no ha cumplido con sus obligaciones establecidas en el Contrato según se desprende de la Carta Notarial N° 006883-14 recepcionada por la Entidad el 04 de agosto de 2014, por lo que, aplicando la Cláusula Décimo Tercera se genera una penalidad ascendente a S/. 41,624.48 (Cuarenta y un mil seiscientos veinticuatro con 48/100 Nuevos Soles) dado que por aplicación del artículo 165° del Reglamento no puede ser mayor al 10% del monto del contrato vigente o de ser el caso del monto del ítem que debió ejecutarse; añade que, según se establece, las penalidades pueden ser deducidas de los pagos a cuenta, del pago final o liquidación final; o, se cobrara de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o monto diferencial de la propuesta económica o, de las prestaciones adicionales, si las hubiera.
- 8.17. Argumenta Qali Warma que se le ha perjudicado gravemente y sobre todo a los beneficiarios del Programa Nacional de Alimentación Qali Warma, quienes no pudieron recibir oportunamente los utensilios para el componente alimentario ofrecido, afectando de esa manera la finalidad pública por la cual se convocó la Licitación Pública.
- 8.18. Señala que en tanto la entrega de Tinas de plástico de 86-100 LTs se encuentren paralizadas en los departamentos de Amazonas y Madre de Dios, realizará su propia evaluación y verificación de la cantidad exacta

que en cada uno de los departamentos el Consorcio necesita entregar como parte de las condiciones contractuales fijadas en el Contrato y Adendas, cantidad que precisará en su oportunidad.

- 8.19. En relación a la quinta pretensión principal de la demanda, Qali Warma afirma que ha quedado acreditado en la Carta Notarial N° 006883-14, recibida por la Entidad el 04 de agosto de 2014, la inejecución de la prestación total a su cargo (en los departamentos de Amazonas y Madre de Dios), no habiéndose demostrado bajo forma y contenido alguno lo contrario.
- 8.20. Agrega que la entrega de tablas de picar (sic) se encuentra paralizadas en los departamentos de Amazonas y Madre de Dios por falta de presupuesto del demandante, hecho que no es competencia de Qali Warma, siendo que el sistema de contratación es a suma alzada por el cual el postor y eventual contratista se obliga a cumplir la totalidad de la prestación conforme se advierte del Contrato y la Adenda.
- 8.21. La Entidad afirma que ha cancelado la totalidad del objeto del Contrato (previo descuento de la imposición de las penalidades correspondiente); sin embargo, se resolvería lo referido a la Adenda en tanto no se cumplió con la totalidad de la prestación a su cargo, habiéndose paralizado por la falta de presupuesto la entrega en los departamentos de Amazonas y Madre de Dios, incumpliendo así el objeto de dicha Adenda. En ese sentido, habiendo el Contratista incumplido por falta de presupuesto con la entrega de los bienes en los departamentos de Amazonas y Madre de Dios, se acredita que el incumplimiento de dichas prestaciones serían por causas imputables al demandante.
- 8.22. Respecto a la sexta pretensión principal de la demanda y sus pretensiones accesorias, afirma que en tanto la entrega de Tinas de Plástico de 86-100 LTs se encuentran paralizadas en los departamentos de Amazonas y Madre de Dios, realizará su propia evaluación y verificación de la cantidad exacta que en cada uno de los departamentos el Consorcio necesita entregar como parte de las condiciones contractuales fijadas en el Contrato y Adendas, cantidad que precisará en su oportunidad, con el cual se determinará el monto exacto adeudado en relación a las prestaciones parciales realizadas por el Consorcio en el Contrato y Adendas; luego, señalará el lugar específico donde el Contratista deberá entregar los productos.
- 8.23. En relación a la séptima pretensión principal de la demanda arbitral, la Entidad manifiesta que se ciñe a lo referido en la contestación de la cuarta pretensión principal.
- 8.24. Asimismo, respecto de la *octava pretensión principal*, la Entidad señala que se ciñe a lo referido en la contestación de la segunda pretensión principal.
- 8.25. En cuanto a la novena y décima pretensiones principales de la demanda, alega que el Consorcio no sustenta dichas pretensiones sino que únicamente las cita. En ese sentido, se reserva el derecho de pronunciarse

como corresponda, una vez que dichas pretensiones sean debidamente fundamentadas por el demandante.

- 8.26.** En relación a la décima primera pretensión principal, la Entidad señala que es evidente que los gastos que viene incurriendo el Consorcio devienen por causas atribuibles a él mismo y no a la Entidad; por ende dicha pretensión de pago de costas y costos debe atribuirse íntegramente al demandante.

9. De la Reconvención presentada por Qali Warma

El 12 de noviembre de 2014, conjuntamente con la contestación a la demanda, la Entidad propone reconvención en los términos siguientes:

PRETENSIONES

Primera Pretensión Principal

Que el Consorcio entregue a la Entidad los productos que corresponden al Ítem 01 – Tinas de plástico de 86-100 LTs – Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW que han sido debidamente canceladas, sin embargo, no se han distribuido en las Instituciones Educativas beneficiarias.

Segunda Pretensión Principal

Que se pague a Qali Warma una indemnización equivalente a la suma de S/. 10,000.00 (Diez mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daño moral como consecuencia de haberse generado un menoscabo a la legitimidad de la Entidad respecto a la prestación ejecutada en el Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW; al haberse resuelto parcialmente el Contrato por causas imputables al Consorcio.

Tercera Pretensión Principal

Que se ordene al Consorcio asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma para su mejor defensa en el proceso arbitral.

POSICIÓN

Primera Pretensión Principal: Que el Consorcio entregue a la Entidad los productos que corresponden al Ítem 01 – Tinas de plástico de 86-100 LTs – Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW que han sido debidamente canceladas, sin embargo, no se han distribuido en las Instituciones Educativas beneficiarias.

- 9.1.** La Entidad alega que el Consorcio incumplió con la prestación a su cargo (transporte) en los departamentos de Amazonas y Madre de Dios, perjudicando gravemente al demandado y a los beneficiarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, quienes no pudieron recibir oportunamente los utensilios para el componente alimentario que el

Programa les había ofrecido, afectando de esa manera la finalidad pública por la cual se suscribió el Contrato y adendas respectivas.

- 9.2. De esa forma, el Contratista tenía la obligación de cumplir con la prestación (transporte) de la totalidad de los productos a la Entidad, ya que ha quedado acreditado que el demandante no ha cumplido con ejecutar la prestación total adicional a su cargo conforme a la Adenda, tal como lo ha reconocido el propio Consorcio en su Carta Notarial N° 006883-14, recibida por la Entidad el 04 de agosto de 2014.
- 9.3. En consecuencia, requiere que el Consorcio le entregue los productos cancelados y no distribuidos en el lugar específico que señalará luego de que realice su propia evaluación y verificación de la cantidad exacta que en cada uno de los departamentos el Consorcio necesita entregar como parte de las condiciones contractuales fijadas en el Contrato y adendas.

Segunda Pretensión Principal: Que se pague a Qali Warma una indemnización equivalente a la suma de S/. 10,000.00 (Diez mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daño moral como consecuencia de haberse generado un menoscabo a la legitimidad de la Entidad respecto a la prestación ejecutada en el Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW; al haberse resuelto parcialmente el Contrato por causas imputables al Consorcio.

- 9.4. La Entidad solicita que se tenga presente los fundamentos de la contestación de la demanda en lo fuere pertinente.
- 9.5. Agrega que la responsabilidad contractual requiere del cumplimiento de tres presupuestos: i) que la conducta califique como antijurídica; ii) que el daño sea imputable; y, iii) que las consecuencias de los hechos generen daño, es decir, los elementos que conforman la responsabilidad contractual son la existencia de un comportamiento dañoso o acto ilícito propiciado mediante un acto de imputación personal denominado culpabilidad (o dolo); la producción efectiva de un daño y la posibilidad de establecer una relación causal adecuada entre el hecho dañoso y el daño causado.
- 9.6. Señala que el incumplimiento de las condiciones contractuales del Contrato, y adendas (Transporte de bienes a las Instituciones Educativas beneficiarias) ha ocasionado un severo perjuicio a la buena reputación con la que contaba Qali Warma, no sólo ante la opinión pública de forma general, sino además, existe un perjuicio ocasionado por el hecho de que los productos objeto del Contrato no fueron entregados a su destinatario final (Instituciones Educativas beneficiarias); entorpeciendo de esa forma, la mejor manera de prestar el servicio de atención alimentaria sin contar con el descrédito ante la opinión pública.
- 9.7. Afirma que en términos jurídicos la palabra “daño” significa el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra, y que afecta sus bienes, derechos o intereses. Así, el Contratista al haber incumplido con los requisitos establecido en las Bases, el Contrato y adendas, habría perjudicado a la Entidad pues no pudo cumplir con la finalidad pública por la cual se convocó la Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS-PNAEQW.

9.8. En ese sentido, manifiesta que la responsabilidad del daño causado por el Contratista se configura al no haber cumplido la prestación a su cargo (entrega de los productos a las Instituciones Educativas beneficiarias), lo que imposibilitó que la Entidad haya podido darle el fin que se perseguía, causándole perjuicio económico, al haberse invertido fondos públicos en el cumplimiento efectivo del Contrato y adendas. En consecuencia, el Contratista es el responsable del daño causado a Qali Warma.

9.9. De esta forma, la Entidad sostiene que la responsabilidad civil contiene los cuatro elementos básicos:

- i) **Antijuricidad Típica**, que se adecua expresamente al artículo 1321° del Código Civil, por cuanto habría sido la conducta negligente del Contratista que generó que se haya tenido que resolver parcialmente el Contrato.
- ii) **Relación de Causalidad**, se presenta por la conducta negligente del Contratista, encuadrándose también dentro del artículo 1321° del Código Civil, por cuanto la actitud irresponsable y negligente contribuyó a que no se haya conseguido el fin que se perseguía, que era la entrega de los productos a la Instituciones Educativas beneficiarias.
- iii) **Daño Efectivamente Causado**, habiendo quedado acreditado que el cumplimiento del Contratista ha causado un desprestigio a Qali Warma. Asimismo, esta situación trajo una exposición mediática negativa de Qali Warma lo que ha afectado a la Entidad.
- iv) **Factor de Atribución**, indica que el Consorcio ha asumido culpa inexcusable y ello generaría un resarcimiento conforme a lo previsto en el artículo 1321° del Código Civil.

Tercera Pretensión Principal: Que se ordene al Consorcio asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma para su mejor defensa en el proceso arbitral.

9.10. La Entidad solicita que se ordene que el Consorcio asuma el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir para su mejor defensa en el proceso arbitral, siendo evidente que los gastos en los que viene incurriendo son por causas atribuibles exclusivamente al Contratista.

Cabe precisar que el Consorcio no absolvió el traslado de la Reconvención presentada por la Entidad a pesar de estar debidamente notificado conforme consta en el expediente arbitral.

10. Archivo de la Demanda Arbitral

Mediante Resolución N° 7 de fecha 5 de noviembre de 2015, de conformidad con el artículo 69° del Reglamento del SNA-OSCE ⁽⁴⁾, el

⁽⁴⁾ **Artículo 69°.- Reglas de Pago**
(...)

Tribunal Arbitral ordenó el archivo de la demanda arbitral haciendo efectivo el apercibimiento ordenado en la Resolución N° 5 de fecha 24 de setiembre de 2015, en la medida que el Consorcio no cumplió con acreditar el pago de los gastos arbitrales a su cargo, disponiéndose la continuación del arbitraje respecto de la reconvencción propuesta por la Entidad.

11. Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios y Cierre de Etapa Probatoria

Mediante Resolución N° 09 el Tribunal Arbitral convocó a las partes a Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 21 de enero de 2016, actuación que se llevó a cabo en dicha fecha con la sola asistencia de Qali Warma, dejándose constancia de la inasistencia del Consorcio a pesar de estar debidamente notificado según constancia que obra en el expediente arbitral.

Los puntos controvertidos del presente arbitraje considerando únicamente la reconvencción presentada por la Entidad mediante escrito del 12 de noviembre de 2014 son los siguientes:

- i) **Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que el Consorcio Cozuel entregue a Qali Warma los productos que corresponden al Ítem N° 01 – Tinas de Plástico de 86-100 LT.- Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW que han sido debidamente canceladas pero que no se han distribuido en las Instituciones Educativas beneficiarias.
- ii) **Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que el Consorcio Cozuel pague a Qali Warma, una indemnización equivalente a la suma de S/. 10,000.00 (Diez Mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daño moral como consecuencia de haberse generado un menoscabo a la legitimidad de Qali Warma respecto a la prestación ejecutada en el Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW; al haberse resuelto parcialmente el Contrato por causas imputables al Consorcio Cozuel.

En el caso del primer anticipo, si una o ambas partes no cumplen con realizar los pagos correspondientes, la Secretaría no convocará a la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios hasta que las partes cumplan con sus obligaciones respectivas o la parte interesada en el desarrollo del arbitraje asuma el monto del anticipo que le corresponda a la otra parte, con cargo a los gastos que se fijarán en el laudo arbitral más sus respectivos intereses, salvo que se trate de liquidaciones separadas en cuyo caso, el proceso continuará con las demandas o reconvencciones respecto de las cuales los anticipos que corresponden han sido cubiertos.

*Si una o ambas partes no cumplen con realizar los pagos correspondientes el Tribunal Arbitral facultará a la parte interesada en el desarrollo del arbitraje a asumir el monto que le corresponde a la otra parte con cargo a los gastos que se fijarán en el laudo arbitral más sus respectivos intereses, salvo que se trate de liquidaciones separadas en cuyo caso, la demanda o reconvencción que no haya sido cubierta con los anticipos que corresponden **se considerará retirada** (...).*

- iii) **Tercer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene al Consorcio Cozuel asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir Qali Warma para su mejor defensa en este proceso arbitral.

En este acto, el Tribunal Arbitral dejó constancia que se reservaba el derecho a analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden que se habían señalado. Asimismo, se dejó constancia que el Tribunal Arbitral podía omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde relación. Por último, se dejó constancia que los puntos controvertidos podrán ser ajustados o reformulados por el Colegiado si ello resultara, a su juicio, más conveniente para resolver las pretensiones planteadas, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin exceder de la materia y/o pretensión sometida a este arbitraje.

Seguidamente, el Tribunal Arbitral admitió de oficio los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio así como los medios probatorios ofrecidos por la Entidad.

Por último, el Tribunal Arbitral declaró concluida la etapa probatoria y otorgó un plazo de cinco días a efectos de que las partes presenten sus alegatos y soliciten fecha para la Audiencia de Informes Orales.

12. Alegatos e Informes Orales

Mediante escritos presentados el 29 de enero de 2016 y 02 de febrero de 2016, la Entidad y el Consorcio, respectivamente, cumplieron con presentar sus alegatos, los que se tuvieron presentes mediante Resolución N° 10 de fecha 12 de febrero de 2016.

Asimismo, mediante la referida Resolución se convocó a las partes a Audiencia de Informes Orales para el día 03 de marzo de 2016, actuación que se llevó a cabo ese día con la asistencia de ambas partes que ejercieron su derecho a hacer uso de la palabra y a sustentar sus posiciones, absolviendo las preguntas formuladas por el Tribunal Arbitral.

Por último, se le otorgó a ambas partes un plazo de cinco días a efectos de que las partes presenten la Adenda al Contrato y cualquier otro documento que consideren pertinente. El 10 de marzo de 2016, ambas partes presentaron documentos, entre ellos la Adenda al Contrato, teniéndose presente ambos escritos mediante Resolución N° 11 del 15 de marzo de 2016.

13. Plazo para Laudar

Mediante Resolución N° 12 de fecha 20 de mayo de 2016, se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, plazo que fue prorrogado por quince (15) días hábiles adicionales mediante Resolución N° 13 del 21 de junio de 2016, venciendo el plazo indefectiblemente el día 19 de julio de 2016.

II. CONSIDERACIONES

1. Cuestiones Preliminares

Previo al análisis de las pretensiones contenidas en los puntos controvertidos que serán materia de pronunciamiento en el presente laudo, el Tribunal Arbitral declara que:

- 1.1. Ha sido designado conforme al convenio arbitral al que se han sometido las partes, tal como consta en el convenio arbitral contenido en la Cláusula Décima Séptima “Solución de Controversias” del Contrato.
- 1.2. El Tribunal Arbitral no tiene incompatibilidad ni compromiso con las partes o con la materia controvertida, habiendo desempeñado el cargo con imparcialidad, independencia, neutralidad y objetividad.
- 1.3. Que en ningún momento se ha recusado a los miembros del Tribunal Arbitral.
- 1.4. El arbitraje es institucional, nacional y de Derecho.
- 1.5. Durante el desarrollo del proceso arbitral, ambas partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, argumentar sus posiciones e informar oralmente, desarrollándose las actuaciones arbitrales respetando las garantías de audiencia bilateral, contradicción y trato igualitario a las partes.
- 1.6. En el estudio, análisis, apreciación y razonamiento del caso, el Tribunal Arbitral ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones expuestas así como todos los medios probatorios aportados y admitidos, haciendo un análisis y una valorización de conjunto, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no lo haya tomado en cuenta para su decisión.
- 1.7. Siendo este arbitraje uno de Derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de las pretensiones formuladas teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ésta, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a Derecho, se derivan para las partes en función de lo que se haya probado o no en el marco del proceso. La carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.
- 1.8. En relación a las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, por aplicación del Principio de Comunidad o Adquisición de la Prueba, las pruebas ofrecidas y admitidas en el proceso pertenecen al presente arbitraje. En consecuencia, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.
- 1.9. Procede a laudar dentro del plazo establecido.

2. Posición del Tribunal Arbitral

A) Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Consorcio Cozuel entregue a Qali Warma los productos que corresponden al Ítem N° 01 – Tinas de Plástico de 86-100 LT.- Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW que han sido debidamente canceladas pero que no se han distribuido en las Instituciones Educativas beneficiarias.

- 2.1. El artículo 142° del Reglamento establece que el contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato. Agrega, además, que el contrato es obligatorio para las partes.
- 2.2. En efecto, el Tribunal Arbitral advierte que el contrato, en tanto fuente principal de las obligaciones y expresión máxima de la autonomía privada, constituye la *lex*⁽⁵⁾ entre las partes contratantes, esto es, de obligatorio cumplimiento.
- 2.3. Dicho ello, obra en el expediente arbitral el Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW ⁽⁶⁾ suscrito por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma – Unidad Ejecutora 007 (en adelante, la Entidad) y el Consorcio Cozuel Perú SAC – Plásticos A S.A. (en adelante, el Consorcio) el 02 de setiembre de 2013, así como las Bases Integradas ⁽⁷⁾ de la Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS-PNAEQW convocada el 19 de abril de 2013 para la adquisición de utensilios de cocina para el componente alimentario.
- 2.4. De la revisión de las Bases Integradas, el Tribunal Arbitral advierte que la convocatoria se realizó por Ítems ⁽⁸⁾, siendo el Ítem N° 1 “Tinas de Plástico de 86 – 100 lts – zona Selva: Amazonas, Loreto, Madre de Dios, San Martín y Ucayali” adjudicado al Consorcio, suscribiéndose el Contrato por un monto contractual ascendente a S/. 416, 254.85 (Cuatrocientos dieciséis mil doscientos cincuenta y cuatro con 85/100 Soles).

⁽⁵⁾ “La ‘fuerza de ley’ es una expresión, con sentido figurado, que significa que las partes no pueden sustraerse al deber de observar el contrato, de acuerdo a su tenor, en su conjunto y en cada una de sus cláusulas (Messineo)” (en MOSSET ITURRASPE, *Código Civil Comentado. Contratos, Parte General*, Rubinzal-Culzoni S.A., Buenos Aires, p. 381). “Si bien la usual equiparación de la fuerza obligatoria del contrato con la ley misma es producto de la tradición y costumbre jurídicas, creemos que debe ser abandonada, pues desde la óptica jurídica ambas categorías -obligatoriedad del contrato y de la ley- son distintas. La expresión “fuerza de la ley” cumple una función más bien retórica, y es utilizada con la finalidad de enfatizar el vínculo jurídico entre los contratantes que han celebrado válidamente un contrato” (SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, *El Pacta Sunt Servanda y la Revisión del Contrato*, p.5, disponible en: <http://goo.gl/KGXfgR>).

⁽⁶⁾ Medio probatorio adjunto como Anexo C de la demanda arbitral.

⁽⁷⁾ Medio Probatorio adjunto como Anexo 1-C del escrito de contestación a la demanda arbitral y reconvención.

⁽⁸⁾ Quince (15) Ítems en total.

- 2.5. De acuerdo a lo establecido en las Especificaciones Técnicas y Requerimientos Técnicos Mínimos de las Bases Integradas, el plazo de entrega del Ítem N° 1, tinas de plástico de 86-100, para los Departamentos de San Martín, Loreto, Ucayali, Madre de Dios y Amazonas era de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir del día siguiente de la suscripción del Contrato.
- 2.6. Este Requerimiento Técnico Mínimo se encuentra a su vez recogido en la Cláusula Quinta del Contrato "Del Plazo de Ejecución de la Prestación" que a la letra señala: *"El plazo de ejecución del presente contrato es de cuarenta y cinco (45) días calendario para la entrega de la totalidad de los bienes. Se precisa que el plazo se computará desde el día siguiente de suscrito el presente contrato."*
- 2.7. Asimismo, de conformidad con las Bases Integradas, la obligación del Consorcio era entregar los bienes comprendidos en el Ítem N° 1, tinas de plástico de 86-100, en las Unidades Territoriales de la Entidad conforme se establece en el numeral 9. del Capítulo III "Especificaciones Técnicas y Requerimientos Técnicos Mínimo" de la Sección Específica de las Bases Integradas, numeral que remite al Cuadro de Distribución Anexo 1, donde efectivamente consta la ubicación (dirección) de las Unidades Territoriales de la Entidad en los departamentos de Amazonas, Loreto, Madre de Dios, San Martín y Ucayali, como así también lo confirma el Informe Técnico N° 40-2013-MIDIS-PNAEQW-UA/CAYSG del 20 de setiembre de 2013 de la Entidad ⁽⁹⁾ dirigido a la Unidad de Administración por la Coordinadora de Abastecimiento y Servicios Generales (en adelante, el Informe), en el que se indica que los bienes debían ser entregados en cada Unidad Territorial a nivel nacional, que en el caso del Ítem N° 1 eran los departamentos antes señalados.
- 2.8. En síntesis, el Tribunal Arbitral concluye que, de acuerdo al Contrato y las Bases Integradas, la obligación del Consorcio era entregar los bienes del Ítem N° 1, tinas de plástico de 86-100, en las Unidades Territoriales de los departamentos de Amazonas, Loreto, Madre de Dios, San Martín y Ucayali dentro del plazo de ejecución contractual acordado (45 días calendarios, computados desde el día siguiente de la suscripción del Contrato).
- 2.9. Ahora bien, el Tribunal Arbitral tiene presente, además, que en el Informe, la Entidad reconoce que existe carencia de almacenes en las diferentes Unidades Territoriales y manifiesta la necesidad de distribuir los bienes en las Instituciones Educativas beneficiarias. En efecto, en el Informe se afirma:

*"Mediante Memorándum N° 0617-2013-MIDIS/PNAEQW de fecha 05 de setiembre de 2013, la Unidad de Prestaciones (área usuaria) remitió el Informe N° 043-2013-MIDIS-PNAEQW-UP-JLCD del especialista de infraestructura alimentaria, mediante el cual informó que a la fecha **no se cuenta con almacenes disponibles en las diferentes unidades territoriales, para almacenar los utensilios de cocina adquiridos; asimismo, señala la necesidad de distribuir los utensilios a cada una de las Instituciones***

⁽⁹⁾ Medio probatorio adjunto como Anexo J de la demanda arbitral.

Educativas; es por ello que con el objeto que los bienes sean entregados en última instancia en las sedes de las instituciones educativas beneficiarias, solicita que para alcanzar la finalidad de los contratos suscritos ⁽¹⁰⁾ se realicen prestaciones ADICIONALES. (Énfasis agregado).

- 2.10. En el Informe se aprecia que se solicitó cotizaciones a los contratistas respecto del costo del traslado de los bienes desde las Unidades Territoriales hasta las Instituciones Educativas. En ese contexto, el Consorcio presentó su cotización, suscribiéndose la Adenda (prestación adicional) al Contrato el 17 de octubre de 2013 ⁽¹¹⁾.
- 2.11. El objeto específico de la Adenda, conforme a su Cláusula Tercera, fue el **transporte de los bienes descritos en el Contrato a las Instituciones Educativas beneficiarias; siendo materia específica del presente arbitraje las controversias derivadas del cumplimiento de la prestación adicional, esto es, del transporte y entrega de los bienes a las referidas Instituciones Educativas.**
- 2.12. Asimismo, conforme a la Cláusula Quinta (referida a las condiciones para la ejecución de las prestaciones adicionales) de la Adenda, el Tribunal Arbitral advierte que el procedimiento para la ejecución de las prestaciones adicionales era el siguiente:
- i) El Consorcio tenía la obligación de entregar los bienes en el almacén proporcionado por el propio Contratista (y ya no en las Unidades Territoriales).
 - ii) Los Jefes de cada Unidad Territorial (en adelante, JUT o JUTs), eran los responsables de verificar la calidad, cantidad y cumplimiento de las características técnicas de los bienes entregados y de emitir la conformidad por la totalidad de los bienes asignados a cada departamento para que se proceda con el pago de la prestación del Contrato (prestación principal).
 - iii) La ejecución de la prestación adicional (transporte de los bienes a las Instituciones Educativas beneficiarias) se iniciaba con la emisión de la conformidad de la prestación principal por parte de cada JUT, debiendo emitirse un Acta de entrega-recepción con inventario físico, entregándose los bienes al Contratista para su transporte final a cada una de las Instituciones Educativas beneficiarias (que era el objeto de la Adenda).
 - iv) Para efectos del otorgamiento de la conformidad de la prestación adicional, cada JUT debía verificar que los responsables de cada una de las Instituciones Educativas beneficiarias haya recibido las cantidades asignadas; sin embargo el responsable de otorgar la conformidad era cada JUT.

⁽¹⁰⁾ Como se ha indicado, la Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS-PNAEQW convocada el 19 de abril de 2013 se convocó por Ítems dando lugar, cada Ítem, a un Contrato distinto, siendo el contrato objeto del presente arbitraje el Contrato N° 048-2013-MIDIS-PNAEQW. Es por ello que en el Informe se indica "los contratos".

⁽¹¹⁾ Documento proporcionado por ambas partes con sus escritos presentados el 10 de marzo de 2016.

- v) El pago se realizaría en función a la entrega de las cantidades totales de los bienes por cada departamento después de emitida la conformidad por parte de cada JUT.
- vi) El plazo de ejecución de la prestación adicional se iniciaba desde el mismo acto de emisión de la conformidad de la prestación principal por el JUT, culminando con su entrega “conforme” en las escuelas beneficiarias.
- vii) El plazo de ejecución de la prestación adicional se estableció en setenta y cinco (75) días calendario computado desde el acto de emisión de la conformidad de la prestación principal por parte del JUT.

2.13. En línea con los hechos, mediante Carta Notarial N° 176-2014-MIDIS/PNAEQW-UA de fecha 17 de julio de 2014, Qali Warma comunica al Consorcio que éste no ha cumplido con el 100% de la distribución total de los bienes a las diversas Instituciones Educativas beneficiarias de conformidad con la Cláusula Tercera de la Adenda, y le otorga un plazo de siete (7) días calendario de recibida dicha Carta Notarial, para que cumpla con la totalidad de sus obligaciones bajo apercibimiento de resolver el Contrato.

2.14. En respuesta a la referida misiva notarial, se encuentra acreditado que el Consorcio, mediante Carta Notarial N° 40/C.48-COZUEL-PLAST de fecha 31 de julio de 2014 y recibida por Qali Warma el 04 de agosto de 2014, le informa lo siguiente:

- i) El transporte de los utensilios (distribución) se ha realizado en su totalidad en los departamentos de Loreto, San Martín y Ucayali, de los cuales sólo ha emitido el Acta de Conformidad Final el JUT de Loreto, no obstante, no se realiza el pago respectivo. Los demás JUT se niegan a emitir la conformidad respectiva.
- ii) En el departamento de Amazonas la distribución se encuentra en un avance de 84.18%, encontrándose paralizada por falta de presupuesto.
- iii) En el departamento de Madre de Dios, la distribución se encuentra paralizada por falta de presupuesto.

Así, se observa en el Cuadro incorporado en la referida Carta Notarial N° 40/C.48-COZUEL-PLAST:

| DEPARTAMENTO | IEs / DISTRIBUIR Contractualmente | DISTRIBUCIÓN DE INSTITUCIONES EDUCATIVAS BENEFICIARIAS | | | | | |
|------------------|-----------------------------------|--|---------------------------|-------|---|--------------------------------|--|
| | | IEs DISTRIBUIDAS | IEs CON PROBLEMAS DE DATA | TOTAL | PORCENTAJE DE DISTRIBUCIÓN FINAL (Aprox.) | IEs PENDIENTES DE DISTRIBUCIÓN | CONDICIÓN FINAL |
| AMAZONAS | 1397 | 1159 | 17 | 1176 | 84.18 | 221 | EN DISTRIBUCIÓN |
| LORETO | 2597 | 2597 | 0 | 2597 | 100.00 | 0 | CON ACTA FINAL – SE PRESENTÓ FACTURA PERO AÚN NO PAGAN |
| MADRE DE DIOS | 115 | 0 | 16 | 16 | 13.91 | 99 | DISTRIBUCIÓN PARALIZADA |
| SAN MARTIN | 668 | 654 | 14 | 668 | 100.00 | 0 | CULMINADO – SIN ACTA FINAL |
| UCAYALI | 548 | 528 | 20 | 548 | 100.00 | 0 | CULMINADO – SIN ACTA FINAL |
| TOTAL / PROMEDIO | 5325 | 4938 | 67 | 5005 | | 320 | |

2.15. Asimismo, en dicha comunicación notarial, el Consorcio señaló a la Entidad que viene incumpliendo la condición contractual de realizar el pago de la prestación, y que existen sesenta y siete (67) Instituciones Educativas beneficiarias que tienen errores de data y/o que no se encuentran activos, por lo cual se vieron imposibilitados de realizar la entrega de los bienes. Además, mediante la misma carta notarial, les comunicó que estos hechos se pusieron en conocimiento del JUT respectivo para que se hagan cargo de dichos bienes, no obstante, tampoco quisieron recibirlos por no contar con almacenes disponibles.

2.16. En tal sentido, a través de esa misma misiva, el Consorcio solicitó a Qali Warma lo siguiente:

- Que se le pague la prestación adicional respecto a la distribución realizada en Loreto, que ha culminado, y cuenta con Acta Final.
- Que se realicen los pagos de la prestación adicional de los demás departamentos que se han concluido.
- Que las Unidades Territoriales de cada departamento reciban los utensilios de cocina, que estaban destinados a las Instituciones Educativas beneficiarias, cuyas direcciones tienen errores, motivo por el cual no se distribuyeron por la propia responsabilidad de la misma Entidad.

2.17. Mediante Carta Notarial N° 186-2014-MIDIS/PNAEQW-UA sin fecha y recibida por la Notaría Medina Raggio el 19 de agosto de 2014, la Entidad hace efectivo el apercibimiento realizado mediante su Carta Notarial N° 176-2014-MIDIS/PNAEQW-UA resolviendo **parcialmente** el Contrato (en lo que se refiere a la prestación adicional, esto es, el transporte de los bienes a las Instituciones Educativas Beneficiarias), y solicitó que el Consorcio proceda a la entrega de los bienes a las Unidades Territoriales que han sido debidamente cancelados, sin embargo, no han sido distribuidas en la Instituciones Educativas beneficiarias. Asimismo, en la misma Carta Notarial, la Entidad se reservó el derecho de proceder con el reclamo del Consorcio, previa identificación de las cantidades

faltantes por parte de las áreas administrativas competentes de la Entidad ⁽¹²⁾.

2.18. Al respecto, de la revisión y lectura de la Carta Notarial antes mencionada, el Tribunal Arbitral advierte que la Entidad no desvirtúa los argumentos expuestos por el Consorcio respecto de la negativa de los JUT a recibir los bienes que no han podido ser distribuidos, y a los errores e inconsistencias en la data que imposibilitó que el Consorcio entregue los bienes a sesenta y siete (67) Instituciones Educativas beneficiarias, limitándose a:

- i) Proceder con la resolución parcial del Contrato, en lo que se refiere a la prestación adicional (transporte de los bienes a las Instituciones Educativas).
- ii) Reconocer que existe un reclamo por parte del Contratista, y que procedería siempre que se identifiquen previamente las cantidades faltantes.

2.19. Asimismo, de acuerdo a los documentos que obran en el expediente arbitral ⁽¹³⁾, el Tribunal Arbitral advierte que:

- i) Mediante Carta N° 13-07/14-Op.Log.Coziel/QW-UT.SM y Carta N° 112-11.2014-/Op.COZUEL-UT, recibidas por la Unidad Territorial de Amazonas el 04 de agosto de 2014 y 01 de diciembre de 2015, respectivamente, el Consorcio informa de la distribución de los bienes a las Instituciones Educativas adjuntando, en total, 1211 Actas de Recepción ⁽¹⁴⁾. En el cuadro resumen adjunto el Consorcio indica que de las 3 270 tinas objeto del Contrato, entregó a las Instituciones Educativas 2 939 tinas, quedando pendientes 331 tinas.
- ii) Mediante Carta N° 11-07/14-Op.Log.Coziel/QW-UT.SM, recibida por la Unidad Territorial de San Martín el 21 de julio de 2014, el Consorcio informa de la distribución de los bienes a las Instituciones Educativas adjuntando 654 Actas de Recepción. En el cuadro resumen adjunto, el Consorcio indica que de las 1534 tinas objeto del Contrato entregó a las Instituciones Educativas 1502 tinas quedando pendientes 32 tinas.

Respecto de las 32 tinas no distribuidas, obra en el expediente arbitral el Acta de Recepción de Bienes no Distribuidos de fecha 28 de enero de 2015, suscrita por el JUT del departamento de San Martín, lo que acredita que las 32 tinas no distribuidas se encuentran en poder de la Entidad.

⁽¹²⁾ Cabe indicar que a criterio del Tribunal Arbitral, las Cartas Notariales de la Entidad y del Consorcio se refieren a la resolución (parcial) de la Adenda N° 1 relacionada única y exclusivamente con la prestación adicional que era su objeto y no de las obligaciones principales derivadas del Contrato. Ello se colige de los documentos aportados por las partes y de los propios argumentos sostenidos por ambas a lo largo del presente arbitraje.

⁽¹³⁾ Especialmente los documentos adjuntos al escrito presentado por el demandante el 10 de marzo de 2016.

⁽¹⁴⁾ 1159 con la Carta N° 13-07/14-Op.Log. Coziel/QW-UT.SM y 52 con la Carta N° 112-11.2014-/Op.COZUEL-UT.

- iii) Mediante Cartas s/n de fechas 21 de mayo de 2014 y 03 de julio de 2014, recibidas por la Unidad Territorial de Ucayali el 22 de mayo de 2014 y 03 de julio de 2014, respectivamente, el Consorcio informa de la distribución de los bienes a las Instituciones Educativas, adjuntando, en total, 528 Actas de Recepción.⁽¹⁵⁾ En dichas comunicaciones se indica también que se entregaron, en total, 1243 tinas, informando en otra comunicación s/n de fecha 03 de julio de 2014 que quedaron pendiente de distribuir 42 tinas por errores y deficiencias de la data de las Instituciones Educativas.
- iv) Mediante Acta de Recepción de Bienes No Distribuidos de fecha 10 de diciembre de 2014, suscrita por el JUT del departamento de Madre de Dios en la que consta la entrega, por parte del Consorcio, de 226 tinas no distribuidas que se encontrarían en poder de la Entidad. Cabe señalar que de acuerdo al Contrato y a las Bases Integradas, la cantidad de tinas pactadas para el departamento de Madre de Dios fue de 256 tinas, por lo que existe un vacío respecto a 30 tinas, dado que, como señala el Consorcio en su escrito presentado el 10 de marzo de 2016, no ha encontrado documentos que sustenten la distribución parcial de tinas en el departamento de Madre de Dios.
- v) Respecto del departamento de Loreto, el asunto es pacífico entre las partes, ya que la Entidad reconoce que el transporte y distribución fue cumplido por el Consorcio al 100%.

2.20. Al respecto, la Entidad, mediante escrito presentado el 08 de abril de 2016, en relación a los documentos antes mencionados (presentados por el Consorcio), alega que específicamente por los departamentos de Amazonas, San Martín y Ucayali, se trataría de documentos elaborados por el propio Consorcio, y que no prueban de manera fehaciente que sean, efectivamente, la cantidad de tinas entregadas; hecho que sólo se podría acreditar con las Actas de Entrega y Recepción o con el Acta de Conformidad, lo que no obra en autos.

2.21. Entonces, conforme se puede observar de los medios probatorios ofrecidos por las partes y actuados en el arbitraje que obran en el expediente arbitral, para el Tribunal Arbitral queda claro que la Entidad desconoce la cantidad de tinas que el Consorcio tendría la obligación de devolver, a pesar que de acuerdo a la Cláusula Quinta ⁽¹⁶⁾ de la Adenda era su función, a través de los JUTs: i) verificar con los responsables de las

⁽¹⁵⁾ 459 con la Carta del 21 de mayo de 2014 y 69 con la Carta del 03 de julio de 2014.

⁽¹⁶⁾ “(...)

Conformidad de la prestación adicional: *La conformidad de las entregas será emitida por los responsables de las Unidades Territoriales, para ello cada Jefe de Unidad Territorial verificará que los responsables de las Institución Educativas beneficiarias de su jurisdicción o la persona delegada por aquellos, han recibido la totalidad de las cantidades asignadas. No se exigirá que los responsables de las Institución Educativas beneficiarias o la persona delegada por aquellos emitan la conformidad de las características de los bienes, sino únicamente de las cantidades recibidas, toda vez que dicha revisión compete al responsable del área usuaria (Jefe de Unidad Territorial), de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 176° del RLCE. (...)”.* (Énfasis agregado).

Instituciones Educativas beneficiarias que hayan recibido la totalidad de la cantidad de tinas asignadas a cada una y, ii) otorgar la conformidad de la prestación adicional. Ergo, desde ya, está demostrado el incumplimiento de la Entidad respecto de sus obligaciones contractuales, más aún si durante el proceso arbitral la Entidad no realizó o identificó la cantidad exacta de las tinas que el Consorcio no entregó.

- 2.22. De otra parte, si bien se podría deducir razonablemente que existiría una cantidad de tinas que el Consorcio tendría que devolver a la Entidad, el Tribunal Arbitral advierte que la Entidad no ha presentado medio probatorio alguno que acredite o demuestre, de manera indubitable e irrefutable, que haya cumplido con la cancelación o pago de los bienes o productos, como afirmó en su reconvención al sustentar su primera pretensión.
- 2.23. Teniendo en cuenta que ni la Ley ni su Reglamento regulan lo relativo al pago o cumplimiento de las obligaciones, el Tribunal Arbitral tiene presente supletoriamente el artículo 1229° del Código Civil ⁽¹⁷⁾, el cual dispone que la prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado; hecho que no ha sucedido en el presente caso, al no haber acreditado Qali Warma que efectivamente canceló o realizó el pago por los bienes o productos. En efecto, el Tribunal Arbitral tiene la convicción de que toda afirmación que las partes realicen, tienen que ser, además de alegadas, debidamente acreditadas.
- 2.24. En esa línea, la doctrina es unánime al señalar que en las obligaciones de dar suma de dinero, la prueba de haberse hecho el pago corresponderá al deudor; en otras palabras, la prueba del cumplimiento de la obligación (el pago), incumbe a quien pretende haberlo efectuado. Así, el jurista español ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ señala: *“El régimen jurídico del pago está orientado desde la perspectiva de la protección del acreedor. Por eso la prueba del pago se impone al que pretende haberlo hecho (...)”* ⁽¹⁸⁾.
- 2.25. En tal sentido, habiendo quedado acreditado que la Entidad no ofreció prueba alguna que permita concluir que cumplió con la cancelación o pago a favor del Consorcio por los bienes o productos, el Tribunal Arbitral considera no amparar la primera pretensión principal de la reconvención. Más aún si ha quedado demostrado que la propia Entidad no cumplió con sus obligaciones contractuales conforme a lo estipulado en la Adenda, aunado al hecho de que la misma Entidad desconoce la cantidad exacta de tinas que deberían ser devueltas por el Consorcio.
- 2.26. Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral concluye que debe declararse **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Reconvención presentada por la Entidad, referido a que el Consorcio entregue a la Entidad los productos que corresponden al ítem N° 01 – Tinias de Plástico de 86-100 Lt. – Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW que no se han distribuido en las instituciones educativas beneficiarias.

⁽¹⁷⁾ “Artículo 1229°.- La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado”.

⁽¹⁸⁾ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *Curso de Derecho de Obligaciones. Teoría General de la Obligación*, Civitas, España, 2000, pág. 92.

- B) **Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que el Consorcio Cozuel pague a Qali Warma, una indemnización equivalente a la suma de S/. 10 000,00 (Diez Mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daño moral como consecuencia de haberse generado un menoscabo a la legitimidad de Qali Warma respecto a la prestación ejecutada en el Contrato N° 048-2013-MIDIS/PNAEQW; al haberse resuelto parcialmente el Contrato por causas imputables al Consorcio Cozuel.

2.27. La Entidad solicita indemnización por daño moral por el menoscabo sufrido al haberse resuelto parcialmente el Contrato por causas imputables al Consorcio.

2.28. Cabe precisar que el presente caso se enmarca en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, por lo que el Tribunal Arbitral parte por tener presente los siguientes artículos del Código Civil:

“Artículo 1321°.- Indemnización por dolo; culpa leve e inexcusable:

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.”

“Artículo 1331°.- Prueba de daños y perjuicios:

“La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

“Artículo 1327°.- Daños evitables por el acreedor:

El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.”

2.29. El Tribunal Arbitral advierte que, a efectos de determinar si existe un supuesto de responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, se debe verificar necesariamente la concurrencia de determinados presupuestos, esto es: (1) la antijuridicidad de la conducta dañosa, (2) el daño causado, (3) la relación de causalidad, y (4) el factor de atribución.

2.30. En consecuencia, en relación a la antijuridicidad ⁽¹⁹⁾, entendido como el comportamiento contrario a derecho y que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena, el Tribunal Arbitral tiene presente que en el marco de la responsabilidad civil contractual, la conducta antijurídica constituye la inejecución de una obligación contractual, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por causa imputable a una de las partes, en la medida que se viola el derecho que tiene todo acreedor.

⁽¹⁹⁾ Sobre la Antijuridicidad, cierta doctrina nacional autorizada, señala lo siguiente: *“Modernamente existe acuerdo en que la antijuridicidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)”* (TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p32.)

- 2.31. En atención a ello, a partir de los medios probatorios ofrecidos por las partes y admitidos en el presente arbitraje, el Tribunal Arbitral advierte que desde un inicio la Entidad no previó las consecuencias de la convocatoria de la Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS-PNAEQW.
- 2.32. En efecto, está probado que la propia Entidad, como consecuencia de la falta de almacenes disponibles con los que debió contar, se vio obligada a suscribir en fecha posterior a la suscripción de los Contratos (derivados del mencionado proceso de selección), sendas adendas por prestaciones adicionales con los postores ganadores, entre ellos el Consorcio por el Ítem N° 1; ello, a efectos de que los bienes no se entreguen en las Unidas Territoriales como estaba previsto originalmente en las Bases Integradas, sino, en los almacenes de los contratistas, para luego, previa conformidad de los mismos, ejecutar la prestación adicional, consistente en el transporte de los bienes a las Instituciones Educativas beneficiarias. Este hecho está probado con el Informe Técnico N° 40-2013-MIDIS-PNAEQW-UA/CAYSG de fecha 20 de setiembre de 2013 emitido por la propia Entidad ⁽²⁰⁾.
- 2.33. Asimismo, el Tribunal Arbitral advierte que se encuentra acreditado que en algunos casos existían errores o deficiencias en la data de las Instituciones Educativas beneficiarias, e incluso que algunas de ellas se encontrarían desactivadas, situación que fue expresada por el Consorcio en sendas oportunidades. Así, se tiene la Carta N° 02/12-QW-C/CP-PASA-3 de fecha 23 de diciembre de 2013, a través de la cual el Consorcio solicitó la relación de Instituciones Educativas beneficiarias, sus direcciones y las cantidades a distribuir ⁽²¹⁾. En el mismo sentido, se tienen diversos medios probatorios y documentos del Consorcio a los que el Tribunal Arbitral ha hecho referencia al sustentar su posición respecto del primer punto controvertido, como son: la Carta Notarial N° 40/C.48-COZUEL-PLAST de fecha 31 de julio de 2014; Carta N° 13-07/14-Op.Log. Cozuel/QW-UT.SM, recibida por la Unidad Territorial de Amazonas el 04 de agosto de 2014; Carta N° 11-07/14-Op.Log.Cozuel/QW-UT.SM, recibida por la Unidad Territorial San Martín el 1 de diciembre de 2015, y Carta s/n de fecha 03 de julio de 2014. Cartas notariales, a través de las cuales el Consorcio comunicó a la Entidad la deficiencia en la data o desactivación de algunas Instituciones Educativas, aspecto que imposibilitaba que estuviese en condiciones de cumplir con la prestación adicional de manera total.
- 2.34. En consecuencia, el Tribunal Arbitral advierte que no está acreditado o probado algún incumplimiento o incumplimientos injustificados por parte del Consorcio a efectos de que proceda el pago de una indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad contractual a favor de la Entidad, máxime cuando tal incumplimiento o incumplimientos fueron justificados

⁽²⁰⁾ Así también se encuentra establecido en las Adendas de los Contratos N° 036-2013-MIDIS-PNAEQW; N° 037-2013-MIDIS-PNAEQW; N° 038-2013-MIDIS-PNAEQW; N° 049-2013-MIDIS-PNAEQW; N° 050-2013-MIDIS-PNAEQW y N° 056-2013-MIDIS-PNAEQW, proporcionados por el demandante con su escrito presentado el 10 de marzo de 2016 y que al igual que el Contrato objeto del presente arbitraje, derivan de la Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS –PNAEQW.

⁽²¹⁾ Medio probatorio adjunto como Anexo H de la demanda arbitral.

por la falta de información y comunicación de la Entidad hacia el Consorcio, con lo cual la culpa inexcusable alegada por Qali Warma no está probada.

- 2.35. Por el contrario, el Tribunal Arbitral considera que la Entidad no actuó con la diligencia debida a efectos de coadyuvar con la normal ejecución de la prestación adicional objeto de la Adenda configurándose el supuesto regulado por el artículo 1327° del Código Civil ⁽²²⁾.
- 2.36. En relación al elemento del daño, el Tribunal Arbitral tiene la convicción de que incluso en la responsabilidad contractual, para que proceda el pago de la indemnización ante un incumplimiento contractual por causa imputable a una de las partes, resulta necesario que se pruebe la existencia del daño; pues, en línea con OSTERLING PARODI ⁽²³⁾, el solo incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho de una indemnización, sino, tiene que haber, además, un daño cierto.
- 2.37. En tal sentido, el Tribunal Arbitral tiene en cuenta el artículo 1331° del Código Civil, el cual señala que *“la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”*.
- 2.38. Dicho ello, la Entidad requiere como indemnización la suma de S/. 10,000.00 (Diez mil con 00/100 Soles) por daño moral, en la medida que se le habría ocasionado el desprestigio y exposición mediática negativa para el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.
- 2.39. Al respecto, de la revisión de los documentos que obran en el expediente arbitral, el Tribunal Arbitral advierte que no existe documento probatorio alguno que acredite de manera fehaciente e indubitable la existencia de algún daño ocasionado a la Entidad, mucho menos por concepto de daño moral.
- 2.40. En relación al elemento de la relación de causalidad, que importa la vinculación entre la conducta antijurídica y el daño causado, queda demostrado que no existe una ilicitud en la conducta del Consorcio, mucho menos un daño acreditado, ergo, no es posible determinar la existencia de algún nexo causal. Del mismo modo en relación al elemento del factor de atribución, puesto que, el Consorcio no procedió con dolo o culpa para el cumplimiento parcial de sus obligaciones, máxime si ha sido por hechos imputables a la misma Entidad por los que el Consorcio no cumplió sus obligaciones.

⁽²²⁾ **“Artículo 1327°.- Daños evitables por el acreedor:**

El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”

⁽²³⁾ *“El daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación. El Daño, para ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético”*. (OSTERLING PARODI, Felipe. “Estudio Preliminar de la Responsabilidad Contractual”. En SOTO COÁGUILA Carlos, *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*, Vol. I. Pacífico Editores. Lima. 2015. pág. 53.)

2.41. Con tales precisiones, para el Tribunal Arbitral no se cumplen los cuatro elementos que caracterizan la responsabilidad civil contractual, y por ende, tampoco el pago de daños y perjuicios, toda vez de que existe la carencia de pruebas irrefutables que demuestren:

- i) La conducta antijurídica del Consorcio y, de existir, si tal conducta ha sido injustificada.
- ii) El daño efectivamente causado a la Entidad que sería –según lo argumentado por el demandado– el desprestigio y exposición mediática negativa para el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.
- iii) La relación de causalidad entre la supuesta conducta antijurídica e injustificada del Consorcio, que no ha sido probada; y el supuesto daño alegado por la Entidad, que tampoco ha sido acreditado.
- iv) La culpa inexcusable que la Entidad le atribuye al Contratista.

2.42. Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral estima declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la reconvención presentada por la Entidad, referido a que el Consorcio pague a la Entidad, una indemnización equivalente a la suma de S/. 10 000,00 (Diez Mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daño moral.

C) Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene al Consorcio Cozuel asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir Qali Warma para su mejor defensa en este proceso arbitral.

2.43. A efectos de determinar si corresponde o no que el Consorcio asuma el íntegro de los gastos arbitrales, el Tribunal Arbitral tiene presente los artículos 70° y 73.1° de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071), cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 70.- El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- 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 o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.*

(Subrayado agregado).

“Artículo 73°.-

- 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.

(...)” (Énfasis agregado).

- 2.44. Al respecto, CAROLINA DE TRAZEGNIES THORNE, comentando el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, señala:

“Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje ‘propriadamente dichos’. Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la institución nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el tribunal arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el tribunal arbitral. Mediante este listado, el artículo 70° ha incorporado como costos del arbitraje, sujetos a las reglas contenidas en el artículo 73°, a ambas categorías. Los conceptos contemplados en los incisos (a) (b) (c) y (d) constituyen costos del procedimiento arbitral o costos del arbitraje ‘propriadamente dichos’, mientras que el inciso (e) se refiere a los gastos de defensa incurridos por las partes (...)” (24).

(Énfasis agregado).

- 2.45. En el presente caso, de la revisión del convenio arbitral suscrito por la Entidad y el Consorcio, el Tribunal Arbitral advierte que no existe acuerdo entre las partes respecto a la imputación o distribución de los costos del arbitraje.
- 2.46. De otra parte, tal como se indicó en el numeral 10 del presente Laudo Arbitral, mediante Resolución N° 7 de fecha 5 de noviembre de 2015, el Tribunal Arbitral ordenó el archivo de la demanda arbitral, haciendo efectivo el apercibimiento ordenado en la Resolución N° 5 de fecha 24 de setiembre de 2015, en la medida que el Consorcio no cumplió con acreditar el pago de los gastos arbitrales a su cargo, disponiéndose la continuación del arbitraje respecto de la reconvencción propuesta por la Entidad.
- 2.47. Considerando esta circunstancia, si bien el Tribunal Arbitral ha considerado desestimar las dos primeras pretensiones principales propuestas por Qali Warma en su escrito de reconvencción, a su criterio estima pertinente hacer uso de la facultad que le concede la última parte del artículo 73.1° de la Ley de Arbitraje. En tal sentido, el Tribunal Arbitral estima coherente y razonable hacer una distribución equitativa en iguales proporciones entre ambas partes del presente proceso arbitral respecto de los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos de la secretaría del SNA-OSCE, los cuales fueron asumidos en su integridad por

(24) DE TRAZEGNIES THORNE, Carolina. “Comentario al artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje”. En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 788.

la Entidad conforme consta en la Resolución N° 06 de fecha 14 de octubre de 2015.

- 2.48.** En ese orden de ideas, de acuerdo a la Liquidación de Gastos Arbitrales elaborada por la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE el 25 de febrero de 2015, los honorarios profesionales por cada miembro del Tribunal Arbitral ascendió a la suma neta de S/. 1,800.00 (Mil ochocientos con 00/100 Nuevos Soles), lo que hacen un monto total de S/. 5,400.00 (Cinco mil cuatrocientos con 00/100 Soles), y los gastos administrativos de la secretaría del SNA-OSCE a la suma de S/. 1, 440.07 (Mil cuatrocientos cuarenta con 07/100 Soles), incluido el IGV. Así, se detalla en el siguiente cuadro:

| HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL | MONTO EN SOLES |
|---|-------------------------------|
| Honorarios del Árbitro 1 | S/. 1, 800.00 (Monto Neto) |
| Honorarios del Árbitro 2 | S/. 1, 800.00 (Monto Neto) |
| Honorarios del Árbitro 3 | S/. 1, 800.00 (Monto Neto) |
| MONTO TOTAL | S/. 5,400.00 |

| GASTOS ADMINISTRATIVOS | MONTO EN SOLES |
|-------------------------------|--------------------------------------|
| Secretaría del SNA-OSCE | S/. 1,440.07 (Incluye IGV) |

- 2.49.** En consecuencia, corresponde que el Consorcio reembolse a la Entidad el 50% de dichos conceptos, esto es, la suma neta de S/. 2,700.00 (Dos mil setecientos con 00/100 Soles) por concepto de los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral, y la suma de S/. 720.03 (Setecientos veinte con 03/100 Soles) que incluye IGV, por concepto de gastos administrativos de la Secretaría del SNA-OSCE. Por lo que sumando ambos montos, hacen un monto total de S/. 3,420.03 (Tres mil cuatrocientos veinte con 03/100 Soles) que el Consorcio deberá reembolsar a la Entidad.

- 2.50.** Asimismo, el Tribunal Arbitral considera que cada parte asuma íntegramente los gastos de defensa en los que hayan incurrido en el presente arbitraje.

- 2.51.** Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la Reconvención presentada por la Entidad, referido a que se ordene al Consorcio asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en los que incurrió la Entidad para su defensa en este proceso arbitral. En consecuencia, el Tribunal Arbitral dispone que las costas y costos del presente proceso arbitral sean asumidos por las partes en iguales proporciones, correspondiendo ordenar al Consorcio reembolsar a favor de la Entidad la suma total de S/. 3,420.03 (Tres mil cuatrocientos veinte con 03/100 Soles), correspondientes a los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos de la Secretaría del SNA-OSCE. Asimismo, ordena que cada parte asuma los gastos de su defensa legal en los que hayan incurrido en el presente arbitraje.

III. LAUDO:

Por los fundamentos expuestos en las Consideraciones precedentes del presente Laudo, el Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO:**

PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Reconvención presentada por el Programa Nacional De Alimentación Escolar Qali Warma – Unidad Ejecutora 007, referido a que el Consorcio Cozuel Perú S.A.C. – Plásticos A S.A. entregue al Programa Nacional De Alimentación Escolar Qali Warma – Unidad Ejecutora 007 los productos que corresponden al ítem N° 01 – Tinajas de Plástico de 86-100 Lt. – Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW por los fundamentos desarrollados en la parte considerativa del presente Laudo.

SEGUNDO.- DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención presentada por el Programa Nacional De Alimentación Escolar Qali Warma – Unidad Ejecutora 007, referido a que el Consorcio Cozuel Perú S.A.C. – Plásticos A S.A. pague al Programa Nacional De Alimentación Escolar Qali Warma – Unidad Ejecutora 007, una indemnización equivalente a la suma de S/. 10,000.00 (Diez Mil con 00/100 Soles) por concepto de daño moral, por los fundamentos desarrollados en la parte considerativa del presente Laudo.

TERCERO.- DECLARAR INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la Reconvención presentada por el Programa Nacional De Alimentación Escolar Qali Warma – Unidad Ejecutora 007, referido a que se ordene al Consorcio Cozuel Perú S.A.C. – Plásticos A S.A. asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en los que incurrió el Programa Nacional De Alimentación Escolar Qali Warma – Unidad Ejecutora 007 para su defensa en este proceso arbitral, por los fundamentos desarrollados en la parte considerativa del presente Laudo.

CUARTO: DISPONER que las costas y costos del presente proceso arbitral sean asumidos por las partes en iguales proporciones; correspondiendo **ORDENAR** que el Consorcio Cozuel Perú S.A.C. – Plásticos A S.A. reembolse al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma – Unidad Ejecutora 007 adscrito al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, la suma total ascendente a S/. 3,420.03 (Tres mil cuatrocientos veinte con 03/100 Soles) correspondiente a los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos de la Secretaría del SNA-OSCE. Asimismo, ordena que cada parte asuma los gastos de su defensa legal en los que hayan incurrido en el presente arbitraje, por los fundamentos desarrollados en la parte considerativa del presente Laudo.

CUARTO.- ORDENAR a la Secretaría del SNA-OSCE que notifique el presente Laudo a las partes y al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

QUINTO.- De conformidad con los artículos 231° y 288° del Reglamento del Decreto Legislativo No. 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, el Tribunal Arbitral pone en conocimiento de las partes que el presente Laudo será notificado a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE.



Pierina Mariela Guerinoni Romero
Presidenta del Tribunal Arbitral



Carlos Alberto Soto Coaguila
Árbitro



Alberto Erubem Molero Rentería
Árbitro



Fiorella Vivanco Mazza
Secretaria Arbitral
Dirección de Arbitraje Administrativo
Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado