

## LAUDO ARBITRAL

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO EN EL PROCESO SEGUIDO POR EL CONSORCIO IMPORTADORA Y DISTRIBUIDORA ZURECE S.A.C. - PRODUCTOS FORMA S.A. CONTRA EL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA – UNIDAD EJECUTORA 007, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR LOS ABOGADOS MARCO ANTONIO MARTÍNEZ ZAMORA (PRESIDENTE), JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA, ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN.**

### RESOLUCIÓN N° 12

Lima, 05 de octubre de 2016

#### VISTOS:

#### **I. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL**

El día 02 de septiembre de 2013, el CONSORCIO IMPORTADORA Y DISTRIBUIDORA ZURECE S.A.C. - PRODUCTOS FORMA S.A. (en adelante, CONSORCIO) y EL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA – UNIDAD EJECUTORA 007 (en adelante, ENTIDAD), suscribieron el Contrato N° 051-2013-MIDIS/PNAEQW, derivado de la Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW, convocado para la “adquisición de utensilios de cocina para el componente alimentario” (ítem N° 10: tablas de picar), por un monto ascendente a la suma de S/. 192,141.00 (Ciento Noventa y Dos Mil Ciento Cuarenta y Uno con 30/100 Nuevos Soles), (en adelante, CONTRATO)

En la cláusula Décimo Séptima del CONTRATO, se estipuló que cualquiera de las partes tenía derecho a iniciar un arbitraje, ello con el propósito de resolver las controversias que se presenten durante la ejecución contractual.

#### **II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE**

El día 22 de septiembre de 2015 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, conformado por los abogados Marco Antonio Martínez Zamora (Presidente), Juan Jashim Valdivieso Cerna y Rolando Eyzaguirre Maccan, quienes declararon haber sido debidamente designados de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado, ratificando su aceptación al cargo y señalando que no tenían ninguna

incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

### III. DEMANDA PRESENTADA POR EL CONSORCIO

Mediante escrito ingresado el día 12 de diciembre de 2014, el CONSORCIO interpuso demanda arbitral contra la ENTIDAD, en la que pretende lo siguiente:

#### PRETENSIÓN N° 1:

Que, se declare *ineficaz e inaplicable los plazos establecidos en el CONTRATO, así como los plazos contenidos en su Adenda N° 01.*

#### PRETENSIÓN N° 2:

Que, se ordene a la ENTIDAD el pago de los intereses legales generados por el incumplimiento y retraso en el pago de la contraprestación contenida en el objeto del CONTRATO, según lo dispuesto en el artículo 48 del Decreto Legislativo N° 1017- Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

#### PRETENSIÓN N° 3:

Que, se ordene dejar sin efecto la aplicación de la penalidad ascendente a la suma de S/. 19,214.10 (Diecinueve Mil Doscientos Catorce con 10/100 Nuevos Soles), contenida en la Carta Notarial N° 013-2014-PNAEQW/UA de fecha 14 de marzo de 2014.

#### PRETENSIÓN N° 4:

Que, se ordene a la ENTIDAD la emisión de las conformidades del objeto de la Adenda N° 1 del CONTRATO: transporte de los bienes descritos en el referido contrato, en lo que respecta a las Unidades Territoriales de Amazonas, Madre de Dios, San Martín y Ucayali.

#### PRETENSIÓN N° 5:

Que, se disponga que la ENTIDAD cumpla con cancelar el importe correspondiente a S/. 47,948.70 (Cuarenta y Siete Mil Novecientos Cuarenta y Ocho con 70/100 Nuevos Soles), por la ejecución de las prestaciones adicionales según objeto de la Adenda N° 1 del CONTRATO.

#### PRETENSIÓN N° 6:

Que, se ordene a la ENTIDAD el pago de los intereses legales, que a la fecha de la interposición de la presente demanda son determinables, generados por el incumplimiento y retraso en el pago de la contraprestación contenida en el objeto de la Adenda N° 1 del CONTRATO, según lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

**PRETENSIÓN N° 7:**

Que, se declare la nulidad y por consiguiente se deje sin efecto la Carta Notarial N° 207-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, a través de la cual la ENTIDAD pretende resolver ilegalmente y de modo parcial el CONTRATO, en lo referente al transporte de los bienes a las instituciones educativas beneficiarias; toda vez que la imposibilidad de continuar con la ejecución de las obligaciones contenidas en la Adenda N° 1 del CONTRATO es causal de atribución exclusiva a la ENTIDAD demandada.

**PRETENSIÓN N° 8:**

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 le dio el carácter de adicionales, cuando en la 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 irregularidad y/o ilegalidad de Adicional N° 01 simulada por la ENTIDAD, se declare que el servicio de distribución hacia las instituciones educativas no tiene el límite del veinticinco (25%) del monto del CONTRATO y como tal, la ENTIDAD está obligada a asumir todos los sobre costos asumidos por el CONSORCIO, así como, la utilidad que justa y legalmente corresponda, y cuya cuantía nos reservamos el derecho de determinarla.

**PRETENSIÓN N° 9:**

Que se ordene a la ENTIDAD el reconocimiento de los gastos adicionales incurridos por el CONSORCIO con el objeto de dar cumplimiento a sus obligaciones contenidas en la Adenda N° 1 del CONTRATO dentro de los que se encuentra los sobre gastos en la contratación de almacenes para el funcionamiento de las diversas "Unidades Territoriales de la ENTIDAD", custodia de los bienes de propiedad de la ENTIDAD, transporte y, los sobre costos relacionados a los demás gastos generales en los que tuvo que incurrir nuestra empresa con ocasión de las ejecución del CONTRATO y su Adenda N° 1; debiendo señalar que nos reservamos el derecho a precisar el monto correspondiente a la presente pretensión.

**PRETENSIÓN N° 10:**

Que se ordene a la ENTIDAD la devolución de la Carta Fianza N° 000606138200, emitida por el Banco Financiero por el importe de S/. 4,794.87 (Cuatro Mil Setecientos Noventa y cuatro con 87/100 Nuevos Soles) para el fiel cumplimiento de nuestras obligaciones contenidas en la Adenda N° 1 del CONTRATO.

**PRETENSIÓN N° 11:**

Que, se ordene el pago de los gastos incurridos por nuestra empresa por renovación de la carta fianza hasta la fecha en que se pueda liberar la misma y cuya cuantía deberá ser calculada al momento de emitirse el Laudo Arbitral, ya

que a la fecha de la interposición de la presente demanda, dicha suma es determinable.

**PRETENSIÓN N° 12:**

Que, se ordene a la ENTIDAD el pago de las costas y costos incurridos por el CONSORCIO tanto en el fallido acuerdo conciliatorio como en la interposición de la presente demanda.

**III.1.- FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA**

1. Con fecha 02 de septiembre de 2013 el CONSORCIO suscribió con la ENTIDAD el CONTRATO N° 051-2013-MIDIS/PNAEQW, derivado de la Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW, para la “adquisición de utensilios de cocina para el componente alimentario” (Item N° 10: Tablas de picar), por un monto ascendente a la suma de S/. 192,141.00 (Ciento Noventa y Dos Mil Ciento Cuarenta y Uno con 30/100 Nuevos Soles).
2. En el CONTRATO, se estableció cuarenta y cinco (45) días calendarios para la entrega de los bienes contractuales en las distintas Unidades Territoriales de la Zona Selva. No obstante, dicho acuerdo no pudo ser cumplido, pues la ENTIDAD no contaba con los almacenes para recepcionar los bienes pactados.

Este hecho motivó que el plazo contractual sea extendido mediante Carta N° 128-2013-MIDIS/PNAEQW-UA, de fecha 24 de octubre de 2013, que aprueba la ampliación de plazo contractual por 30 días; sin embargo, este nuevo plazo también devino en irrealizable, pues la Entidad no llegó a contar con los almacenes necesarios para la recepción de los bienes.

3. En este sentido, se señala que tanto el plazo contractual como su ampliación, fueron pactadas de forma irregular, dolosa e irresponsable por parte de la ENTIDAD, pues ésta se comprometió a acuerdos que no podía satisfacer de forma alguna. Precisamente, el CONSORCIO indica que tomó conocimiento de la existencia del Informe N° 043-2013-MIDIS-PNAEQW-UP/JLCD, el cual demuestra la inexistencia de almacenes en las Unidades Territoriales donde se debían realizar las entregas, quedando acreditado así la ineficacia de los plazos acordados por la ENTIDAD.
4. En tanto no se contaba con almacenes para la recepción de los bienes, el CONSORCIO afirma que fueron forzados a suscribir, en fecha 15 de octubre de 2013, la Adenda N° 01 del CONTRATO, mediante la cual se pactaba como prestación adicional el “servicio de transporte y distribución” de los bienes contractuales en todas las instituciones educativas beneficiarias.

Así, la referida Adenda establece que será el CONSORCIO el que contrate los almacenes de recepción de bienes en cada una de las Unidades Territoriales a

nivel nacional, para luego recibir la conformidad de los funcionarios de la ENTIDAD (si fuera el caso) y finalmente distribuir los bienes a las instituciones beneficiarias.

5. Se indica que la ENTIDAD actuó con improvisación e irresponsabilidad; hecho que trataron de subsanar obligando al CONSORCIO a efectuar prestaciones que no tenía previsto realizar, generándole grandes gastos en la distribución, transporte y almacenaje de los bienes, lo cuales no llegan a ser cubiertos por el monto indicado en la Adenda N° 01, que corresponde a la suma de S/. 47,948.70 (Cuarenta y Siete Mil Novecientos Cuarenta y Ocho con 70/100 Nuevos Soles).
6. Respecto a la legitimidad de la Adenda N° 01, se afirma que la ENTIDAD montó dolosamente todo un artificio legal para darle forma de adicional a una nueva prestación, la cual no tenía correlación alguna con el objeto del CONTRATO. Precisamente, señalan que el objeto contractual era la adquisición de utensilios de concina para el componente alimentario, el cual se cumplía y agotaba con la entrega de los referidos bienes en los almacenes de la ENTIDAD, tal y como pudo corroborarse del mismo CONTRATO y BASES del proceso de selección.
7. En este sentido, la gestión de los bienes adquiridos era un asunto que competía únicamente a la ENTIDAD; y que respecto a ello el CONSORCIO no tenía responsabilidad alguna. Señalan que es erróneo establecer dentro de la Adenda N° 01 la prestación adicional referente a la distribución y transporte de los bienes a las instituciones educativas, ya que –según la normativa de contratación pública– los adicionales se celebran únicamente para alcanzar la finalidad del contrato. En este sentido, la distribución específica de los bienes a los distintos colegios a nivel nacional constituía un nuevo objeto contractual respecto a aquel establecido inicialmente.
8. Sobre la aceptación de la Adenda N° 1, el CONSORCIO señala que no tenía alternativa alguna más que aceptar dicho cambio, pues de aquella manera se le daba la promesa de agilizar los pagos del CONTRATO. Cabe advertir que hasta aquella fecha (15 de octubre de 2013) habían transcurrido más de un mes de suscrita la obligación sin que pudieran entregar los bienes y mucho menos se puedan cobrar el valor de los mismos.
9. Por otro lado, respecto a la ejecución de la Adenda N° 1, se indica que la misma no pudo ser cumplida a cabalidad por responsabilidad de la ENTIDAD, toda vez que ésta no cumplió con entregar la relación completa, detallada y actualizada de las instituciones educativas a las cuales se debía remitir los bienes contractuales. Por ello, el CONSORCIO señala que solicitó a la ENTIDAD, mediante Carta N° 12-12-2013-LIC/ZURECE, en fecha 19 de diciembre de 2013, la remisión de la información faltante.

Asimismo, mediante dicha comunicación, se informó sobre los problemas que originaba en la ejecución contractual la omisión de información por parte de la



ENTIDAD. Por ese motivo, se solicitó la ampliación de plazo por 60 días, ello bajo el amparo del artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

10. Frente a ello, se indica que la Entidad remitió la Carta N° 0008-2914-MIDIS/PNAEQW-UA, la cual fue recibida el 08 de enero de 2014; es decir, doce (12) días hábiles después de ser remitida la Carta N° 12-12-2013-LIC/ZURECE; por lo cual, de acuerdo a los plazos estipulados en el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la solicitud de ampliación por 60 días fue aprobado por respuesta extemporánea de la ENTIDAD.
11. A pesar de todo, el CONSORCIO señala que no había posibilidad de cumplir con sus obligaciones contractuales, pues seguía sin tener conocimiento de los datos mínimos para poder realizar la entrega de los bienes. Sin embargo, indican que la ENTIDAD, en una decisión ilegal e irregular, los notificó, con fecha 18 de julio de 2014, con la Carta Notarial N° 169-2014-PNAEQW/UA, mediante la cual se requiere que en el plazo no mayor a siete (07) días calendarios se cumpla con ejecutar la totalidad de prestaciones a su cargo.
12. Respecto a dicha comunicación, con fecha 31 de julio de 2014, el CONSORCIO remitió la Carta N° 66-2014-GG, mediante la cual se señala lo siguiente:

- a. Que no es posible cumplir con las prestaciones pactadas pues la información de las instituciones educativas beneficiarios, así como sus direcciones, no fueron entregadas formalmente.
- b. Que el monto del 25% para realizar lo pactado en la Adenda N° 1 es irreal y que ello ha originado que el CONSORCIO asuma mayores gastos.

No obstante lo alegado, la ENTIDAD cursó la Carta Notarial 207-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, mediante la resuelve de forma parcial el CONTRATO.

#### **IV. CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN PRESENTADA POR LA ENTIDAD**

13. Con fecha 05 de febrero de 2015, la ENTIDAD presentó el escrito "Apersonamiento, Contestación de Demanda y Reconvención", solicitando que se desestimen todas y cada una de las pretensiones de su contraparte, conforme lo siguiente:

##### **IV.1.- CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

###### RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 1

14. La ENTIDAD menciona que los plazos establecidos en el CONTRATO y la Adenda N° 1 fueron suscrito por ambas partes de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. En este sentido, surtieron efectos jurídicos desde el

día de su suscripción, siendo incluso cumplidos por el CONSORCIO, aunque de manera deficiente, razón por la cual se produjo la resolución del CONTRATO. Por ello, refieren que los plazos establecidos en el presente caso son eficaces y válidos.

15. Respecto a los almacenes, la Entidad señala que es diferente no contar con almacenes (como lo afirma el CONSORCIO en su demanda), al hecho de no tener almacenes disponibles. Precisamente, el Informe N° 043-2013-MIDIS-PNAEQW-UP/JLCD señala que la Entidad no tiene almacenes disponibles, mas en ningún momento se dice que no se contaran con los mismos. Además, señalan que al no tener disponibilidad en sus almacenes se pactó el Adicional N° 1, ello para cumplir la finalidad del CONTRATO, todo ello bajo el amparado del Artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado y el Artículo 174 de su Reglamento.
16. Sobre la procedencia del adicional, indican que los mismo, de acuerdo a la normativa, deben tener por objeto indispensable alcanzar la finalidad del Contrato; por lo cual, para el análisis de su pertinencia se debe tener en cuenta el requerimiento que da lugar al CONTRATO. Precisamente este requerimiento tiene su origen en el Memorándum N° 0129-2013-MIDIS/PNAEQW, de fecha 10 de abril de 2013, el cual está plasmado en el Capítulo III de la Sección Específica de las Bases del proceso que da origen al CONTRATO.
17. Dichas Bases mencionan, en su página 25, que la finalidad de la Licitación, y por ende del CONTRATO, es la mejora de la alimentación de niñas y niños usuarios del programa nacional de alimentación escolar Qali Warma durante los días del año escolar. En este sentido, al no haber almacenes disponibles, era imprescindible realizar la contratación de los adicionales para cumplir con la finalidad señalada. De lo contrario, se hubiese dejado de prestar los bienes a los niños y niñas beneficiarios, incumpliéndose así la finalidad de la contratación.
18. Además, se señala que el requerimiento del área usuaria no solo tenía como objetivo la adquisición de utensilios de cocina, sino que adicionalmente contemplaba el traslado y entrega de los bienes a las diferentes Unidades Territoriales a nivel nacional (Páginas 41 y 42 de las Bases). En este sentido, las prestaciones adicionales obligan al CONSORCIO a trasladar los bienes ya no a las Unidades Territoriales, sino a las Instituciones Educativas beneficiarias.
19. Finalmente, la Entidad considera que solicitar la ineficiencia y/o inaplicabilidad de los plazos señalados implicaría desconocer la entrega de los productos que han sido debidamente cancelados y no distribuidos por el CONSORCIO.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 2

20. La ENTIDAD señala que están en coordinaciones con el área de tesorería, con el fin de obtener el reporte de pagos y penalidades. Se menciona, además, que el

CONSORCIO incumplió con prestaciones a su cargo (transporte de bienes, según el segundo párrafo de la Carta Notarial N° 207-2014-MIDIS/PNAEWQ-UA), lo cual da merito a la Resolución del CONTRATO; hecho que causa un perjuicio grave a la ENTIDAD y a los beneficiarios del programa.

Indican que realizarán su propia verificación y evaluación de las cantidades del CONTRATO, ello con el fin de determinar con exactitud el monto adeudado y las penalidades respectivas del cumplimiento parcial de las obligaciones pactadas.

#### RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 3

- 21.** La ENTIDAD expone la misma argumentación empleada para oponerse a la segunda pretensión.

#### RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 4

- 22.** La Entidad indica que el sistema de contratación aplicable en el CONTRATO es el de suma alzada, conforme a lo señalado en el Capítulo I de la sección Específica de las Bases Integradas. Mencionan además, citando la Resolución N° 113/2006.TC-SU, que la característica primordial de este sistema es el hecho que el postor está obligado a cumplir con la totalidad de las prestaciones pactadas.

Por ello, en tanto el CONSORCIO no cumplió con realizar todas las prestaciones pactadas en la Adenda N° 01, la resolución parcial del Contrato se efectuó de forma correcta. Al respecto, citan la cláusula cuarta y quinta de la mencionada Adenda, que textualmente señala:

“(…)

**CLAUSULA CUARTA: MONTO DE LAS PRESTACIONES ADICIONALES:**  
Las partes convienen en que las prestaciones adicionales ascienden al importe de S/. 41,394.75 (...)"

**CLAUSULA QUINTA: CONDICIONES PARA LA EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES ADICIONALES.**

(…)

**Pago de la prestación adicional:** EL pago se realizará en función a las entregas de las cantidades de los bienes por cada departamento, después de emitida la conformidad por parte del jefe de la respectiva unidad territorial y previa verificación del cumplimiento de la entrega de la totalidad de los bienes en todas las instituciones educativas de su jurisdicción."

-  23. Al existir un monto económico por la totalidad de la entrega (transporte) de los bienes en todas las instituciones educativas, no existe un desagregado por cada



entrega; ello pues, como se mencionó, se contrató bajo el sistema de suma alzada, en donde el CONSORCIO estaba obligada a cumplir la totalidad de sus prestaciones. Por ello, al haber incumplido con la distribución total (tal como se aprecia del segundo párrafo de la Carta Notarial N° 207-2014-MIDIS/PNAEWQ-UA) se acredita el incumplimiento contractual.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 5

24. La ENTIDAD expone la misma argumentación empleada para oponerse a la segunda pretensión.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 6

25. La ENTIDAD señala la misma argumentación empleada para oponerse a la segunda pretensión.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 7

26. En este extremo, la Entidad señala que existe un procedimiento determinado para la resolución del CONTRATO, el mismo que se encuentra regulado en la Cláusula Décimo Cuarta del mismo, en concordancia con los artículos 40 y 44 de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 167, 168 y 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Precisamente, dicha normativa señala que la ENTIDAD podrá resolver el CONTRATO total o parcialmente en caso el CONSORCIO incumpla injustificadamente sus obligaciones contractuales, y no cumpla con subsanar dichas faltas en un plazo no mayor de 15 días, a pesar ser previamente requerido con el cumplimiento mediante carta notarial.

27. Bajo esta premisa, la Entidad indica que al advertir que el CONSORCIO no realizó el 100% de la distribución de los bienes en las diferentes instituciones educativas, mediante Carta Notarial N° 169-2014-MIDIS/PNAEQW, otorgó un plazo no mayor de 07 días de recibida dicha comunicación para que se cumpla con la totalidad de las obligaciones, bajo apercibimiento e resolver el contrato.

Al no existir respuesta, la ENTIDAD, mediante Carta Notarial N° 207-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, notificada el 21 de octubre de 2014, decidió resolver de forma parcial el CONTRATO en el extremo respectivo a la prestación adicional de transporte de los bienes a las Instituciones Educativas (Adenda N° 1). Por ello, señalan que han cumplido con las estipulaciones contractuales y normativas para resolver parcialmente el contrato,

Señalan que se declare infundada la presente pretensión.



RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 8

28. La ENTIDAD señala que la contestación a esta pretensión debe ceñirse a lo fundamentado en su respuesta a la primera pretensión. Solicitan que se declare infundada la presente pretensión.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 9

29. Se indica que el CONSORCIO no sustenta su presente pretensión, limitándose a citarla. Por ello, se reservan el derecho a pronunciarse como corresponda una vez que la pretensión sea debidamente fundamentada.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 10

30. Se realiza la misma argumentación empleada para oponerse a la segunda pretensión.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 11

31. Se indica que el CONSORCIO no sustenta su presente pretensión, limitándose a citarla. Por ello, se reservan el derecho a pronunciarse como corresponda una vez que la pretensión sea debidamente fundamentada. Solicitan que se declare infundada la presente pretensión.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 12

32. Se señala que el pago de las costas y costos del proceso debe ser atribuida íntegramente al CONSORCIO, ya que los gastos que ésta sufre son a causa de su propio incumplimiento y no al de la ENTIDAD. Solicitan que se declare infundada la presente pretensión.

**IV.2.- DE LA RECONVENCIÓN**

33. La ENTIDAD vía reconvenCIÓN solicita que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre las siguientes pretensiones:

**PRETENSIÓN N° 1:**

Que, el CONSORCIO entregue a la ENTIDAD los productos que corresponden al set de utensilios de cocina – Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW- ITEM N° 10: Tablas de picar, que han sido debidamente cancelados, sin embargo, no se han distribuidos en las Instituciones Educativas beneficiarias.

**PRETENSIÓN N° 2:**

Que se pague a la ENTIDAD una indemnización equivalente a la suma de S/. 10,00.00 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 y Adenda; al haberse resuelto parcialmente el CONTRATO por causas imputables al CONSORCIO."

**PRETENSIÓN N° 3:**

Que, se ordene al CONSORCIO asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir la ENTIDAD para su mejor defensa en este proceso arbitral.

**FUNDAMENTOS DE LA RECONVENCIÓN:**

**RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 1**

**34.** La ENTIDAD señala que están en coordinaciones con el área de tesorería, ello con el fin de obtener el reporte de pagos y penalidades.

Se menciona, además, que el CONSORCIO está obligado a cumplir con el transporte de la totalidad de los productos a la ENTIDAD, ya que ha quedado acreditado a lo largo de su contestación que su contraparte incumplió con dicha prestación a su cargo, tal como consta en el segundo párrafo de la Carta Notarial N° 207-2014-MIDIS/PNAEWQ-UA, la misma que sirvió de base a la resolución contractual. Mencionan además que dicha resolución perjudica gravemente a la ENTIDAD y, sobre todo, a los beneficiarios del programa Qali Warma; quienes no pudieron recibir oportunamente los bienes objetos del CONTRATO, afectándose la finalidad pública del mismo.

**35.** Por ello, se solicita que el CONSORCIO entregue a la ENTIDAD los productos cancelados y no distribuidos en un lugar específico, el cual se reservan el derecho a señalar.

**RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 2**

**36.** La Entidad indica que respecto a los fundamentos de hecho de la presente pretensión, se tomen de referencia los puntos desarrollados en los fundamentos de la contestación de demanda. Tomando en cuenta ello, señalan que según el artículo 1152 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1151 del mismo cuerpo legal, en caso de incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, procede indemnización por daños y perjuicios, lo cual debe proceder en el presente caso al haberse demostrado una situación de incumplimiento.



37. Se debe tener en cuenta además que el artículo 1322 del Código Civil señala que el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento. Respecto al contenido de este tipo de daño, la ENTIDAD cita variadas definiciones dadas por distintos juristas, tales como Carlos Fernández Sessarego, Renato Scognamiglio, Pablo Levano y Leysser León. Asimismo, señala que de acuerdo al Expediente N° 905-2001/AA-TC, el Tribunal Constitucional reconoció la posibilidad de amparar una indemnización por daño moral a las personas jurídicas.
38. El incumplimiento de las condiciones contractuales del CONTRATO y la Adenda N° 1 (específicamente el transporte de bienes a las Instituciones educativas) ha causado un severo perjuicio a la buena reputación con la que contaba la ENTIDAD ante la opinión pública general. Además, existe un perjuicio ocasionado por el hecho de que los productos objeto del CONTRATO no fueron entregados a su destinatario final, entorpeciendo de esa forma el servicio de atención alimentaria.

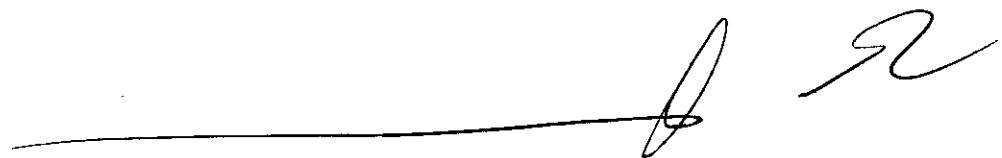
#### **Sobre la determinación de la responsabilidad del Consorcio.**

39. La Entidad señala que daño significa detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de una acción u omisión de otra, lo cual afecta sus derechos o intereses. En este sentido, el CONSORCIO al incumplir el CONTRATO y sus adenda, perjudicó a la ENTIDAD, pues ésta no pudo cumplir las finalidades públicas que buscaba satisfacer. Por ello, queda claramente establecida el daño causado a la ENTIDAD por parte del CONSORCIO.

#### **Sobre la responsabilidad contractual y el daño causado.**

40. Se indica que la responsabilidad civil contiene cuatro elementos básicos, los cuales se configuran en el presente caso de acuerdo a lo siguiente:

- **Antijuricidad típica:** La ENTIDAD expresa que este elemento se encuentra previsto en su demanda al adecuarse al artículo 1321 del Código Civil, en tanto la conducta negligente del CONSORCIO género que se haya tenido que resolver parcialmente el CONTRATO.
- **Relación de causalidad:** Este elemento se presenta en la conducta negligente del CONSORCIO, 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 perseguía el CONTRATO, el cual era entregar los productos a las Instituciones Educativas beneficiarias.
- **Daño efectivamente causado:** Se indica que ha quedado totalmente acreditado que el incumplimiento del CONSORCIO ha generado un

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. R.', is placed at the bottom right of the page, next to a horizontal line.

daño en la ENTIDAD, lo cual además conllevó a una exposición mediática negativa.

- **Factor de atribución:** La Entidad considera que el CONSORCIO asume una culpa de naturaleza inexcusable, respecto de la cual este tribunal debe pronunciarse, considerando los hechos descritos como daños y que conllevarían al resarcimiento conforme lo previsto en el artículo 1321 del Código Civil.

Respecto a la cuantía del daño causado, la ENTIDAD, amparada en el artículo 1332 del Código Civil, considera que el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta el severo perjuicio que se ha ocasionado en el prestigio y reputación de la ENTIDAD. Por lo dicho, solicitan que su pretensión sea declarada fundada.

#### RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 3

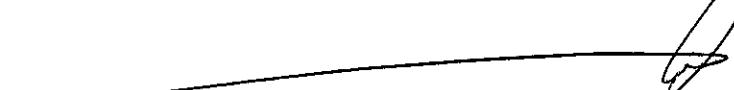
41. Se indica que los gastos en los que viene incurriendo la ENTIDAD son por causas atribuibles exclusivamente al CONSORCIO; por ello, el pago de las costas y costos debe ser asumida por ésta.

#### **V. DE LA CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN**

42. El CONSORCIO, con escrito ingresado el 02 de marzo de 2015, contestó la reconvenCIÓN planteada por la ENTIDAD, según los siguientes argumentos:

#### RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 1

- 
- 42.1.** El CONSORCIO menciona que únicamente se ha cancelado la prestación principal del CONTRATO, mas no así la prestación objeto de la Adenda N° 1. Además, indican que existe un saldo de los bienes objetos del CONTRATO, los cuales no pudieron ser entregado por la omisión de la ENTIDAD de remitir la lista formal de los lugares de entrega, ello a pesar de que dicha información fue requerida constantemente por el CONSORCIO. Almacenar dichos bienes les causa gastos en cuenta a su almacenaje y custodia.
- 42.2.** En ese contexto, indican que se les notificó el 24 de octubre de 2014 la Carta Notarial N° 216-2014- MIDIS/PNAEQW-UA, en donde se les exigía la devolución de los bienes que no fueron entregados a las Unidades Territoriales. No obstante, omitieron indicar el lugar de entrega y los datos del personal a cargo de la recepción. Frente a ello notificaron a la ENTIDAD la Carta N° 112-2014-GG, indicando las omisiones señaladas. Además, se pusieron en contacto con Ana Fabiola Zárate Anchante, Jefa de la Unidad de Administración de la ENTIDAD, con quien se programó una reunión para el 03 de noviembre de 2014.



- 42.3.** El CONSORCIO indica que, como consecuencia de la reunión, tomaron conocimiento que la Carta Notarial N° 216-2014- MIDIS/PNAEQW-UA no tenía efecto alguno, pues a la fecha no se contaba con almacenes para la entrega de los bienes. Además, en dicha reunión se tomaron los siguientes acuerdos mediante Acta de Acuerdos S/N:
- a. La ENTIDAD deja sin efecto el plazo señalado en las Carta Notariales N° 214-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, 215-2014- MIDIS/PNAEQW-UA, 216-2014- MIDIS/PNAEQW-UA y 227-2014- MIDIS/PNAEQW-UA.
  - b. La ENTIDAD se obliga y compromete a señalar un nuevo plazo para la entrega del saldo de bienes, así como el lugar, fecha, hora de entrega y personal a cargo.
  - c. EL CONSORCIO dejó constancia que la no entrega de los bienes en el plazo estipulado en la Carta Notarial N° 216-2014- MIDIS/PNAEQW-UA no corresponde a una negativa de su parte.
- 42.4.** Se señala que además si bien los funcionarios de la ENTIDAD, por un tema de control, no podían consignar las causas por las cuales dejaban sin efecto el plazo de la Carta Notarial N° 216-2014- MIDIS/PNAEQW-UA, se entiende y evidencia que el nuevo plazo respondía única y exclusivamente a que la ENTIDAD nunca contó con los almacenes donde funcionarían las Unidades Territoriales.
- 42.5.** Respecto a este punto, refutando lo dicho por la ENTIDAD sobre la existencia de almacenes, el CONSORCIO precisa que la ENTIDAD contrató la compra de una cantidad inmensa de bienes sin contar o disponer de las herramientas mínimas (almacenes) para su correcta ejecución, como se puede apreciar del Informe N° 043-2013-MIDIS-PNAEQW-UP/JLCD.
- 42.6.** Respecto a lo dicho por la ENTIDAD sobre el incumplimiento del transporte de bienes, el CONSORCIO indica que a través de las Cartas N° 37-01-2013-LIC/ZURECE y 12-12-2013-LIC/ZURECE solicitaron a la ENTIDAD la relación actualizada de las Instituciones Educativas beneficiarias, las mismas que nunca fueron alcanzadas. Por ello, el incumplimiento de la prestación adicional se debió a causas de única y exclusiva responsabilidad de la ENTIDAD.

#### RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 2

- 42.7.** El retraso en el cumplimiento de las prestaciones adicionales se debieron a la irresponsabilidad de la ENTIDAD. En este sentido, precisan que la resolución contractual es ilegal, al ser la parte infractora la que resuelve

parcialmente el CONTRATO y no la parte perjudicada. Asimismo, indican que las penalidades impuestas a su CONSORCIO también son ilegales, ya que los retrasos en el cumplimiento de las prestaciones contractuales se encuentran justificadas en el negligente actuar de la ENTIDAD.

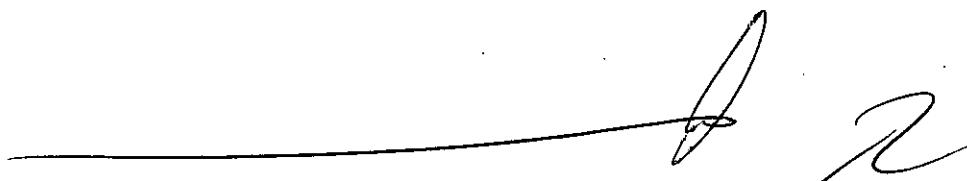
- 42.8.** Al no contar la ENTIDAD con los almacenes para alojar los bienes objetos del CONTRATO, se tuvo que firmar la Adenda N° 1 que establecía prestaciones adicionales, ello con el único fin salvaguardar la falta de previsión logística y administrativa de los funcionarios y servidores de la ENTIDAD, lo cual se trasluce en la imagen y credibilidad que dicha institución muestra a la sociedad. En este sentido, la imagen negativa que proyecta la ENTIDAD se debe a su pobre previsión organizativa y no a algún tipo de culpa del CONSORCIO.
- 42.9.** Señalan que la responsabilidad debe ser objetiva, dado que las condiciones se encuentran previamente establecidas en la relación contractual. Además, mencionan la celebración de la Adenda N° 1 tuvo el propósito de alcanzar la finalidad pública de la ENTIDAD y que cualquier incumplimiento sobre la misma es atribuible a la misma. Así, el daño alegado no se adecua con la protección legal de la responsabilidad regulada en el Código Civil.

#### **RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 3**

- 42.10.** Al no ser el CONSORCIO el responsable de las supuestas causas de incumplimiento del CONTRATO, no debe asumir los gastos irrogados por el presente proceso. Solicitan declarar infundada la presente pretensión.

#### **43. ACLARACIONES A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA:**

- 43.1.** Respecto a su primera pretensión, el CONSORCIO señala que aquella versa sobre la ineficiencia y, por tanto, la inaplicación de los plazos establecidos en el CONTRATO y su Adenda N° 1, mas no como un desconocimiento del objeto de las obligaciones pactadas. Solicitan se declare fundada dicha pretensión.
- 43.2.** Respecto a la octava pretensión, el CONSORCIO precisa que se ha visto inmerso en excesivos gastos por almacenaje (que incluye indefectiblemente en gastos de custodia) y transporte, lo cual se generó por la información defectuosa y negligente proporcionada por la ENTIDAD. Por ello, se requiere el pago de estos mayores gastos incurridos. Solicitan se declare fundada dicha pretensión.



**43.3.** Respecto a la décima pretensión, señalan que las innumerables renovaciones de la Carta Fianza se debe a que el CONTRATO aún se encuentra vigente, lo cual es responsabilidad de la ENTIDAD. Por ello, se requiere el pago por las constantes renovaciones de la Carta Fianza. Solicitan se declare fundada dicha pretensión.

**VI. DEL ESCRITO DE FECHA 01 DE JULIO DE 2015, MEDIANTE EL CUAL LA ENTIDAD ADJUNTA NUEVOS MEDIOS PROBATORIOS**

44. Mediante el presente escrito, la ENTIDAD menciona que el consorcio cumplió con la entrega de los bienes contractuales, pero de manera extemporánea; por ello, se le aplicaron penalidades por la suma total de S/. 19,214.10 (Diecinueve Mil Doscientos Catorce con 10/100 Nuevos Soles), de los cuales no se cobró ningún monto a la fecha, quedando por ende un saldo por el total de dicha suma. En este sentido, se indica que el monto del CONTRATO fue cancelado, sin perjuicio de las penalidades aplicables.

45. La ENTIDAD señala que la Adenda N° 2 (que refiere al transporte y distribución de bienes) no fue cumplida en el tiempo adecuado. Asimismo, mencionan que diversas actas que sustentan las entregas a las Instituciones educativas beneficiarias fueron observadas por los siguientes motivos: i) los nombres, las firmas y/o los sellos de los directores de las instituciones educativas son falsos, ii) entrega de bienes a personas no autorizadas, iii) entrega de bienes en lugares distintos a los acordados.

46. Por estas omisiones, se procedió a remitir la Carta Notarial N° 169-2014-MIDIS/PNAEQW, de fecha 19 de julio de 2014, otorgando un plazo de 07 días calendarios al CONSORCIO para que cumpla con sus obligaciones. Al transcurrir dicho plazo sin subsanación alguna, se procedió a resolver el CONTRATO mediante Carta Notarial N° 207-2014-MIDIS/PNAEWQ-UA, de fecha 21 de octubre de 2014. Además, mediante esta comunicación se solicitó que se entregaran el saldo de bienes a las Unidades Territoriales de la ENTIDAD.

47. Al no contar la ENTIDAD con los datos exactos sobre los bienes distribuidos y los saldos, se procedió a pactar con el CONSORCIO el Acta de acuerdo de fecha 03 de noviembre de 2014, mediante la cual se acuerda lo siguiente:

- 
- 47.1. La ENTIDAD deja sin efecto el plazo señalado en las Carta Notariales N° 214-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, 215-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, 216-2014- MIDIS/PNAEQW-UA y 227-2014- MIDIS/PNAEQW-UA.
  - 47.2. EL CONSORCIO se compromete a dar información sobre las cantidades de bienes contractuales entregados y no entregados. Sobre estos últimos se informaría además datos respecto a su ubicación y custodia, para que la ENTIDAD pueda alquilar los almacenes en donde se encuentran.
- 

48. Se indica que el CONSORCIO cumplió con remitir la información solicitada. Por su parte, la ENTIDAD, mediante Cartas N° 234, 237, 238, 246, 255 y 266-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, notificó al CONSORCIO la información necesaria para la entrega de bienes en las Instituciones educativas beneficiarias. No obstante, éste se demoró en dicha labor; por lo cual se amplió el plazo hasta el 17 de febrero de 2015. A pesar de ello, no se cumplió con la devolución de los bienes.
49. En este sentido, se señala que el CONSORCIO informó mediante Cartas N° 120-2014-GG, 121-2014-GG, 122-2014-GG, 123-2014-GG y 124-2014-GG que iba a devolver la cantidad de 2747 bienes a las Instituciones educativas beneficiarias; no obstante, solo devolvió 1686. Por ello, en concordancia con su primera pretensión de reconvenCIÓN, la ENTIDAD solicita que se cumpla con la devolución total de bienes. Este hecho se hace más urgente si se toma en cuenta que el sistema de contratación adoptado corresponde al de una suma alzada.
50. Finalmente, la ENTIDAD indica que las Actas de Recepción presentadas por el CONSORCIO no pueden ser materia de prueba en el presente arbitraje por los siguientes motivos:
  - 50.1. Las actas no han sido validadas por los Jefes de las Unidades Territoriales, conforme dice el CONTRATO
  - 50.2. Se encontraron actas, nombres, firmas y sellos falsos de los directores de las Instituciones educativas beneficiarias. Adjuntan documentos probando ello
  - 50.3. Se afirma que las entregas fueron realizadas a personal no autorizado y en lugares no acordados (fuera de las Instituciones educativas beneficiarias)

## **VII. ACTUACIONES ARBITRALES**

### **VI.1. Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos**

51. El día 4 de enero del año 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con la asistencia de los representantes del CONSORCIO y la ENTIDAD. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

#### **DE LA DEMANDA DEL CONSORCIO**

**Primer punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se declare *ineficaz e inaplicable* los plazos establecidos en el CONTRATO; así como los plazos contenidos en su Adenda N° 01.

**Segundo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD el pago de los intereses legales generados por el incumplimiento y retraso en el pago de la contraprestación contenida en el CONTRATO.



**Tercer punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene dejar sin efecto la aplicación de la penalidad ascendente a la suma de S/. 19,214.10 (Diecinueve Mil Doscientos catorce con 10/100 Nuevos Soles), contenida en la Carta Notarial N° 013-2014-PNAEQW/UA de fecha 14 de marzo de 2014

**Cuarto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD la emisión de las conformidades por la ejecución del objeto de la Adenda N° 1 del CONTRATO: transporte de los bienes del contrato, en lo que respecta a las Unidades Territoriales de Amazonas, Madre de Dios, San Martín y Ucayali.

**Quinto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD pagar a favor del CONSORCIO la suma de S/. 47,948.70 (Cuarenta y Siete Mil Novecientos Cuarenta y Ocho con 70/100 Nuevos Soles), por la ejecución de las prestaciones adicionales derivadas de la Adenda N° 1 del CONTRATO: "Transporte de los bienes adquiridos mediante el referido contrato".

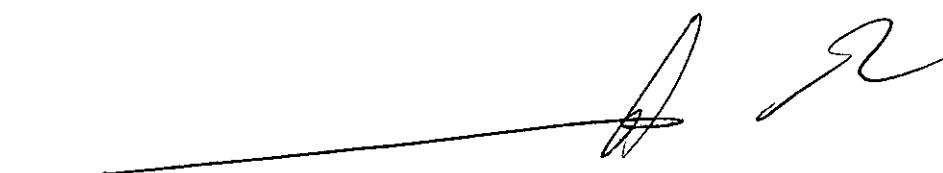
**Sexto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD pagar a favor del CONSORCIO los intereses legales, que a la fecha de la interposición de la presente demanda son determinables, generados por el incumplimiento y retraso en el pago de la contraprestación contenida en la Adenda N° 1 del CONTRATO.

**Séptimo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad y se deje sin efecto la Carta Notarial N° 207-2014-MIDIS/PNAEQW-UA.

**Octavo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se declare la irregularidad y/o ilegalidad del mecanismo de contratación adoptado por la ENTIDAD. Asimismo, determinar si corresponde o no que con ocasión que se declare la irregularidad y/o ilegalidad de la adicional N° 01, se declare que el servicio de distribución hacia las instituciones educativas no tiene el límite del veinticinco (25%) del monto del CONTRATO y como tal, determinar que se ordene a la ENTIDAD a asumir todos los sobrecostos irrogados por el CONSORCIO, así como la utilidad.

**Noveno punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD el reconocimiento de los gastos adicionales incurridos por el CONSORCIO, respecto a la contratación de almacenes para el funcionamiento de las diversas "Unidades Territoriales", custodia y vigilancia de los bienes materia del CONTRATO, los costos de transporte y los demás gastos generales, con ocasión de la ejecución de la Adenda N° 01 del CONTRATO.

**Décimo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD cumplir con efectuar la devolución de la Carta Fianza N° 000606138200, emitida por el Banco Financiero por el importe de S/. 4,794.87



(Cuatro Mil Setecientos Noventa y cuatro con 87/100 Nuevos Soles) para el fiel cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Adenda N° 1 del CONTRATO.

**Décimo primer punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD el pago de los gastos incurridos por el CONSORCIO en la renovación de la Carta Fianza hasta la fecha en que se pueda liberar la misma y cuya cuantía deberá ser calculada al momento de emitirse el Laudo Arbitral, ya que a la fecha de la interposición de la presente demanda, dicha suma es determinable.

**Décimo segundo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD el pago de las costas y costos incurridos por el CONSORCIO.

52. Por otro lado, mediante Resolución N° 3 se procedió a incorporar los puntos controvertidos propuestos por la ENTIDAD en su escrito de reconvención:

#### DE LA RECONVENCIÓN DE LA ENTIDAD

**Décimo tercer punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que el CONSORCIO entregue a la ENTIDAD los productos que corresponden al set de utensilios de cocina – Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW- ITEM N° 10: tablas de picar, que han sido debidamente cancelados, sin embargo, no se han distribuidos en las Instituciones Educativas beneficiarias.

**Décimo cuarto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se pague a la ENTIDAD una indemnización equivalente a la suma de S/. 10,00.00 Nuevos Soles por concepto de daño moral

**Décimo quinto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene al CONSORCIO asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir la ENTIDAD en el presente proceso arbitral.

53. En el mismo acto, se procedió a admitir los medios probatorios de las partes, quedando de la siguiente manera:

#### Del CONSORCIO

##### Demanda

Se admiten los documentos ofrecidos en su escrito de demanda, presentada en fecha 12 de diciembre de 2014, signado en el acápite "III. Medios probatorios", numerales 3.2 al 3.19. Asimismo, se admiten los medios de



prueba ofrecidos en el escrito de subsanación de demanda de fecha 06 de enero de 2015.

#### Contestación de la reconvención

Se admiten los medios probatorios ofrecidos en su escrito con sumilla "Absuelve traslado de Reconvención", presentado en fecha 02 de marzo de 2015, signados en el acápite "Anexos".

Asimismo, se admiten los medios probatorios ofrecidos en su escrito con sumilla "Ofrecemos medios probatorios", presentado en fecha 01 de abril de 2015, en el cual se adjunta un CD con las Actas de Recepción de los utensilios de cocina (Tablas de picar).

#### De la ENTIDAD

#### Contestación de demanda

Se admiten los medios probatorios ofrecidos en su escrito de sumilla "Apersonamiento, Contestación de Demanda y Reconvención", presentado el 14 de enero de 2015, signados en el acápite "IV Medios probatorios".

Igualmente se admiten los medios probatorios ofrecidos en su escrito con sumilla "Adjunta nuevos medios probatorios", presentado con fecha 01 de julio de 2015, signados en el numeral 16, literales a) hasta kk).

#### Reconvención

Se admiten los medios probatorios ofrecidos en su escrito de sumilla "Apersonamiento, Contestación de Demanda y Reconvención", presentado el 05 de febrero de 2015, signados en el acápite "V. Medios probatorios".

#### VI.2. Audiencia de Ilustración

54. Conforme a lo programado, el 04 de marzo de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración, con la asistencia de los miembros del Tribunal Arbitral y, los representantes del CONSORCIO y la ENTIDAD.

Se concedió el uso de la palabra a los representantes del CONSORCIO y de la ENTIDAD para que realicen sus informes de ilustración. Asimismo, se concedió a las partes el derecho de réplica y díplica correspondiente.

### VI.3. Audiencia de Informes Orales

55. Conforme a lo programado, el 16 de agosto de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la asistencia de los representantes del CONSORCIO y la ENTIDAD. Concluida la diligencia, los árbitros manifestaron que el expediente se encontraba listo para laudar y fijaron en veinte (20) días hábiles el plazo para expedir el laudo, reservándose el derecho de ampliar el mismo por idéntico plazo. Efectivamente, prorrogado el plazo para laudar, la fecha definitiva para su emisión es el día 05 de octubre de 2016, sin perjuicio de los cinco días siguientes que se cuentan para proceder a su notificación.

#### CONSIDERANDO:

##### I. CUESTIONES PRELIMINARES

56. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- 56.1. Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, la Ley y el Reglamento, al que las partes se sometieron de manera incondicional.
- 56.2. Que las partes han presentado su demanda y contestación dentro del plazo dispuesto y han ejercido plenamente su derecho de defensa.
- 56.3. Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas, habiendo sido el Tribunal Arbitral totalmente permisivo al otorgar en sucesivas oportunidades nuevos plazos para presentar pruebas adicionales.
- 56.4. Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
- 56.5. Que el análisis del presente caso y las conclusiones a las que arribe el Tribunal Arbitral, serán efectuadas de conformidad con la documentación aportada por las partes, así como de la información que de modo indubitable se desprende de los actuados que obran en el expediente del caso, habiéndose tenido en cuenta en su integridad, aún en caso de no ser expresamente mencionada en el Análisis.
- 56.6. Que los hechos a los que se refiere el análisis el caso, son los establecidos en los Antecedentes en concordancia con la información que obra en el expediente del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápite del presente Laudo Arbitral.

- 56.7. Que este Tribunal Arbitral, conforme lo establecido en el Artículo 139º numeral 1 de la Constitución Política del Estado Peruano, ejerce función jurisdiccional y, por tanto, no se encuentra subordinado a ningún órgano administrativo o de cualquier otra índole, ejerciendo sus funciones con absoluta independencia, en el marco de las competencias que son propias a su naturaleza.
- 56.8. Que, sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta lo expresado en el numeral 2.2.2 de la Opinión N° 107-2012-DTN emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no regula las relaciones contractuales de las entidades públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar<sup>1</sup>, de modo tal que, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.
- 56.9. Que en el análisis de las Pretensiones, el Tribunal Arbitral se ha reservado el derecho de seguir el orden que estima más conveniente para la solución de las controversias contenidas en los puntos controvertidos del presente caso arbitral.
- 56.10. Que el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar y notificar dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.

De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

---

<sup>1</sup> "Artículo II.- Contenido

1. *La presente Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades.*
2. *Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.*
3. *Las autoridades administrativas al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley."*

## II.- NORMA APPLICABLE

57. Desde el punto de vista sustantivo, atendiendo a la fecha de convocatoria y suscripción del contrato materia de análisis y teniendo en cuenta que el proceso de selección del cual deriva el contrato materia de autos es la Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS-PNAEQW, la norma aplicable es el Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, con las modificaciones establecidas en la Ley 29873 y en el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, respectivamente.

## III- ANALISIS DE LAS PRETENSIONES

### El contrato en general

58. En la relación contractual existen un conjunto de obligaciones que rigen tanto para la parte privada o contratista, como también para la parte estatal. Manuel de la Puente y Lavalle<sup>2</sup> expresa sobre el particular que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que, el contrato como categoría general es obligatorio sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: “un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él”.

59. Sobre el particular De la Puente y Lavalle<sup>3</sup> señala que “Basta que los contratantes acuerden, mediante el consentimiento, que existen obligaciones vinculadas entre sí por ese mismo consentimiento, para que en virtud de la fuerza obligatoria que la ley concede al contrato, la obligación de un contratante sea correlativa a la obligación del otro y corran paralelas durante toda la vida del contrato, de tal manera que si una de ellas deja de cumplirse se pierde ese paralelismo, o al menos hay peligro de que se pierda, por lo cual el remedio es el dejar la otra parte de estar obligada por su obligación correlativa, con lo cual se recupera el equilibrio perdido”.

<sup>2</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I, Lima, 1991, pág. 360

<sup>3</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. **Estudios del contrato privado**. Cultural Cuzco S.A. editores, Lima 1983. Tomo I. Pág. 477.

60. Además de ello, y al respecto es preciso referirnos a la obligatoriedad de los contratos regulada en el Código civil, así tenemos:

**"Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos**

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla".

61. Sobre la citada norma, nuestra Corte Suprema se ha pronunciado en los siguientes términos:

"El artículo 1361º del Código Civil recoge el principio de *pacta sunt servanda*, es decir la fuerza vinculatoria de los contratos, que se celebran para ser cumplidos y que están sujetos al deber de observancia, en cuanto al carácter obligatorio del contenido de la declaración contractual y la presunción de coincidencia entre esta declaración y la voluntad común, existiendo un interés fundamental para que se cumpla la palabra comprometida, lo que confiere seguridad a mérito del comportamiento leal y honesto de las partes"<sup>4</sup>.

62. Siguiendo la doctrina sobre esta materia, Aníbal Torres Vásquez, sobre las prestaciones reciprocas tenemos que indicar que:

"Los contratos con prestaciones reciprocas son aquellos en los cuales ambas partes se obligan a ejecutar una prestación en favor de la otra (prestación; contraprestación). Cada parte contratante es a la vez deudora y acreedora de la otra parte. El acreedor es al mismo tiempo deudor y el deudor es al mismo tiempo acreedor. Prestación y contraprestación nacen desde el perfeccionamiento del contrato, además, son interdependientes, es decir, que si el acreedor es deudor, es porque el deudor es acreedor y ello en virtud del mismo contrato. Cada contratante se obliga frente al otro porque el otro se obliga frente a él.

Las prestaciones reciprocas son interdependientes, la prestación es causa de la contraprestación y al contrario, las ventajas y los sacrificios están correlacionados, es decir, cada parte contratante es a la vez acreedora y deudora de la otra (...)"<sup>5</sup>"

**Sobre lo que trata la presente controversia**

63. En el presente caso, la controversia se refiere a un contrato de provisión de bienes (tablas de picar), en el que además mediante adenda, denominada

<sup>4</sup>Cas. N° 1850-97-Lima, El Peruano, 18-07-1998, p. 1474.

<sup>5</sup>TORRES VASQUEZ, ANÍBAL. Teoría General del Contrato. Pacífico Editores. Lima. 2011. Página 171-172.

Adenda N° 01, se incorporó la obligación de su distribución a nivel adicional, etapa esta última la cual en la que se produjeron las desavenencias entre las partes, respecto del cumplimiento de las obligaciones entre las partes y la imputabilidad que hace cada una de ellas, respecto de la otra de su cumplimiento, con las consecuencias que de ello se derivan.

### **Análisis específico de las prestaciones planteadas**

64. Existen un total de quince pretensiones planteadas por las partes, de las cuales doce corresponden a pretensiones del Contratista – planteadas con su demanda, mientras que las tres pretensiones restantes, corresponden a las pretensiones planteadas por la Entidad en su escrito de reconvenCIÓN. Únicamente para efectos metodológicos, agruparemos tales pretensiones en los siguientes rubros de análisis: i) Pretensiones relacionadas con la validez de la Adenda N° 01, la aplicabilidad de sus plazos y el cumplimiento de las obligaciones en ella contenidas; ii) Pretensión relacionada con el pago de la prestación adicional; iii) Pretensiones relacionadas con el pago de mayores costos del Contrato; iv) Pretensión indemnizatoria y; iv) Costos y costas del Contrato.
65. Analizaremos a continuación, dentro de cada rubro metodológico, las pretensiones planteadas por las partes:

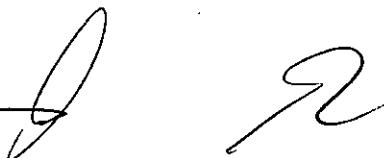
#### **Sobre la validez de la Adenda N° 01, la aplicabilidad de sus plazos y el cumplimiento de las obligaciones en ella contenidas**

66. Analizaremos en este rubro las siguientes pretensiones:

**Primer punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se declare ineficaz e inaplicable los plazos establecidos en el CONTRATO; así como los plazos contenidos en su Adenda N° 01.

**Tercer punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene dejar sin efecto la aplicación de la penalidad ascendente a la suma de S/. 19,214.10 (Diecinueve Mil Doscientos catorce con 10/100 Nuevos Soles), contenida en la Carta Notarial N° 013-2014-PNAEQW/UA de fecha 14 de marzo de 2014

**Cuarto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD la emisión de las conformidades por la ejecución del objeto de la Adenda N° 1 del CONTRATO: transporte de los bienes del contrato, en lo que respecta a las Unidades Territoriales de Amazonas, Madre de Dios, San Martín y Ucayali.



**Séptimo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad y se deje sin efecto la Carta Notarial N° 207-2014-MIDIS/PNAEQW-UA.

**Octavo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se declare la irregularidad y/o ilegalidad del mecanismo de contratación adoptado por la ENTIDAD. Asimismo, determinar si corresponde o no que con ocasión que se declare la irregularidad y/o ilegalidad de la adicional N° 01, se declare que el servicio de distribución hacia las instituciones educativas no tiene el límite del veinticinco (25%) del monto del CONTRATO y como tal, determinar que se ordene a la ENTIDAD a asumir todos los sobrecostos irrogados por el CONSORCIO, así como la utilidad.

**Décimo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD cumplir con efectuar la devolución de la Carta Fianza N° 000606138200, emitida por el Banco Financiero por el importe de S/. 4,794.87 (Cuatro Mil Setecientos Noventa y cuatro con 87/100 Nuevos Soles) para el fiel cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Adenda N° 1 del CONTRATO.

**Décimo tercer punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que el CONSORCIO entregue a la ENTIDAD los productos que corresponden al set de utensilios de cocina – Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW- ITEM N° 10: tablas de picar, que han sido debidamente cancelados, sin embargo, no se han distribuidos en las Instituciones Educativas beneficiarias.

67. Sobre este tema, debe tenerse en cuenta un conjunto de hechos, relacionados con el incumplimiento o no de las obligaciones a cargo de las partes, de modo específico en lo que respecta a la distribución de los bienes objeto del contrato en las unidades territoriales de Amazonas. Madre de Dios y Ucayali y, conforme a ello, de la posibilidad de aplicar penalidades por mora o de resolver el contrato por causa imputable a una de ellas. En este mismo rubro, deberá analizarse los alcances de las obligaciones contenidas en la Adenda N° 01, así como la legalidad o ilegalidad de sus prestaciones.

68. Tal como han señalado ambas partes, la Adenda se suscribió para que ZURECE transporte los utensilios objeto del CONTRATO a las diferentes instituciones educativas beneficiarias, tal como se aprecia en la cláusula tercera de la misma:

**"CLÁUSULA TERCERA: OBJETO DE LAS PRESTACIONES ADICIONALES**

La presente adenda tiene por objeto la contratación de prestaciones adicionales, cuyo objeto específico es el transporte de los bienes descritos en el Contrato N° 051-2013-IDIS/PNAEQW a las Instituciones Educativas beneficiarias".

A handwritten signature consisting of a stylized 'J' and 'R'.

69. Esto, en palabras de Entidad, obedeció a la falta de almacenes **disponibles** para recibir los utensilios objeto del CONTRATO, tal como indica en la página 3 de su contestación de demanda:

*"Cabe precisar que en el informe técnico señalado se afirma literalmente que "(...)a la fecha no se cuenta con almacenes **disponibles** que puedan albergar los utensilios de cocina adquiridos(...)"*; como vemos, mi representada 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 No. 01), conforme al Artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado y el Artículo 174 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado".

(Subrayado original del texto citado)

70. Ahora bien, para que ZURECE pudiese dar cumplimiento a esta obligación, era indispensable la colaboración por parte de la Entidad, en tanto era esta la parte que debía proveer la información necesaria e indispensable para que su contraparte pudiera repartir los utensilios en las diferentes instituciones educativas beneficiadas. El Tribunal Arbitral puntualiza, tal como bien han anotado las partes en la Audiencia de Informes Orales, que si bien en la Adenda No. 01 no se hace referencia expresa a la obligación de la Entidad de remitir la información necesaria con la lista de instituciones educativas y los datos de las mismas, lo cierto es que fue claramente entendido por ambas partes que sin esta información no se podía dar lugar al cumplimiento cabal de las obligaciones de ZURECE.

71. En efecto, si bien la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento, contienen una disposición literal que establezca el deber de colaboración de las partes, lo cierto es que al tratarse de un contrato de prestaciones recíprocas, corresponde aplicar los artículos pertinentes del Código Civil, cuyo artículo 168 dispone lo siguiente:

*El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.*

(El subrayado es nuestro)

Más aún en el hipotético supuesto que tal disposición legal no existiese, queda claro que para el cumplimiento de la obligación de una de las partes, corresponde a la otra, otorgar los mecanismos necesarios para su cumplimiento, cuando estos son de su cargo o se encuentren bajo su dominio, como corresponde a la información de la propia parte interesada respecto del lugar donde deberían ser entregados o distribuidos los bienes objeto de contrato.

72. En esa línea, el artículo 1362 del mismo Código dispone lo siguiente:

*Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.*

73. Según DE LA PUENTE, "el artículo 1362 del Código civil peruano es una norma de carácter imperativo, de tal manera que negociar, celebrar y ejecutar el contrato sin ceñirse a las reglas de la buena fe constituye la violación de una norma imperativa"<sup>6</sup>. Sobre la base del principio de buena fe contenido en el artículo transcrita, la doctrina ha entendido como implícito un deber de colaboración entre las partes. Por ejemplo, ATAZ LÓPEZ y SALELLES CLIMENT indican lo siguiente:

*"En el Derecho de los contratos, donde se suele hacer referencia a la buena fe en su sentido objetivo, esta cumple una triple función:*

*En primer lugar, la buena fe debe presidir con carácter general la actuación individual y, por lo tanto, es un parámetro objetivo que debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar la conducta de los contratantes en el cumplimiento de sus obligaciones.*

*En segundo lugar, la buena fe es un elemento heterónomo para la integración del contrato, mencionado por el artículo 1258 de acuerdo con el cual los contratos obligan, no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que se deriven de la ley, los usos y la buena fe.*

*Por último, la buena fe puede actuar como un límite a la libertad contractual.*<sup>7</sup>

(El subrayado es nuestro)

74. En ese sentido, explica RIVERA que:

*"Del principio de buena fe contractual deriva a su vez una extensa gama de sub-principios que resultan ser, de algún modo, corolarios de aquél. Ordoqui (2008) incluye entre éstos a los principios de equilibrio*

<sup>6</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Parte (Artículos 1351 a 1413), Tomo II, Volumen XI, 1991, p. 45.

<sup>7</sup> ATAZ LÓPEZ, Joaquín y SALELLES CLIMENT, José Ramón. *La libertad contractual y sus límites*. En: Tratado de Contratos. Valencia: Tirant Lo Blanch, Tomo I, 2da edición, 2013, p.185.

prestacional, igualdad jurídica de las partes, adecuación económica, tutela de la confianza en la apariencia legítima, transparencia, razonabilidad, protectorio, cooperación, "favor contractus", congruencia, coherencia y correspondencia<sup>8</sup>.

(El subrayado es nuestro).

75. DE LA PUENTE, refiriéndose a la buena fe específicamente en la etapa de ejecución contractual indica lo siguiente:

Se crea así entre deudor y acreedor un deber de colaboración mutua para alcanzar la finalidad buscada de la manera que convenga mejor a los recíprocos intereses de ambos, sin desnaturalizar, desde luego, lo estipulado en el contrato<sup>9</sup>.

76. Por su parte, CHAMIE indica que la buena fe explica, durante la ejecución del contrato:

"...la conducta del deudor dirigida a la satisfacción del acreedor, y la conducta de este, basada igualmente en la cooperación, encaminada a facilitar a aquel el cumplimiento, además a comportarse lealmente en caso de incumplimiento, o de no cumplimiento, e incluso de dificultad en el cumplimiento o de ruptura de la paridad a causa de circunstancias externas a la relación obligacional"<sup>10</sup>.

(El subrayado es nuestro)

77. Como se puede apreciar a partir de las citas transcritas, la Entidad tenía el deber de colaborar con ZURECE para que se pudiese alcanzar el fin del CONTRATO y entregar los utensilios en los lugares correspondientes, siendo que

<sup>8</sup> RIVERA, Gonzalo. *El Deber de Cooperación, como corolario del Principio de Buena Fe*. P.3. Consultado el 8 de marzo de 2016 en:

[http://www.academia.edu/11488368/El\\_Deber\\_de\\_Cooperaci%C3%B3n\\_como\\_corolario\\_del\\_Principio\\_de\\_Buena\\_Fe](http://www.academia.edu/11488368/El_Deber_de_Cooperaci%C3%B3n_como_corolario_del_Principio_de_Buena_Fe).

<sup>9</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Parte (Artículos 1351 a 1413), Tomo II, Volumen XI, 1991, p. 86.

<sup>10</sup> FÉLIX CHAMIE, José. *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato*. En: Revista de Derecho Privado, no. 14, 2008, p. 115. Consultado el 8 de marzo de 2016 en: [https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjvmbSXhrLLAhWGQZAKHUWkBRIQFgguMAM&url=http%3A%2F%2Frevistas.uexternado.edu.co%2Findex.php%2Fderpri%2Farticle%2Fdownload%2F552%2F522&usg=AFQjCNEDQi\\_gltmj7XLLSMAvfPi6XQhTPw&bvm=bv.116274245,d.Y2I](https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjvmbSXhrLLAhWGQZAKHUWkBRIQFgguMAM&url=http%3A%2F%2Frevistas.uexternado.edu.co%2Findex.php%2Fderpri%2Farticle%2Fdownload%2F552%2F522&usg=AFQjCNEDQi_gltmj7XLLSMAvfPi6XQhTPw&bvm=bv.116274245,d.Y2I).

por el contrario, de la información que obra en el expediente – y que ha sido tenida en cuenta en su integridad al momento de analizar el presente caso arbitral. Siendo ello así, el 13 de mayo de 2014, por mencionar solo un ejemplo, ZURECE solicitó a la Entidad el nombre de diversas instituciones educativas, que no habían sido específicamente identificadas. En esa misma línea, la propia Entidad mediante el Oficio N° 019-2014-MIDIS-PANAEQW-UTI-ICA del 23 de enero de 2014, hace saber que las instituciones educativas son variables y se actualizan cada año, sólo por citar otro ejemplo.

78. En todo caso, tal como se acredita de la información que obra en el expediente, la Entidad no proporcionó como consecuencia o como parte de la Adenda N° 01, un listado detallado ni pormenorizado de los centros educativos donde debía distribuirse los bienes objeto de compraventa, habiendo existido únicamente un documento previo – base de la determinación del estudio de posibilidades de mercado para el adicional del contrato, que en modo alguno puede suplir a un documento definitivo, dado el carácter referencial del mismo, más aun si se ha acreditado igualmente que el mismo adolecía de vacíos que imposibilitaban contar con una información definitiva y confiable en un 100% de los casos.
79. Así las cosas, está probado en autos que la Entidad no cumplió con alcanzar de manera oficial la información requerida, pese a lo cual ZURECE realizó sus mayores esfuerzos para poder recolectar la información y proceder a la entrega de los utensilios. No obstante, a lo largo de la ejecución de la Adenda No.01, tuvo dificultades para poder realizar diversas entregas, como se encuentra igualmente acreditado en autos.
80. De este modo, este Colegiado ha arribado a la convicción racional que ZURECE efectivamente realizó sus mayores esfuerzos para dar cumplimiento a la Adenda No. 01; sin embargo, nunca contó con la información oficial necesaria para ello, pues la Entidad no cumplió con entregársela.
81. Frente a estos hechos, el Tribunal Arbitral considera pertinente dejar claro que para que el plazo otorgado a COZUEL en la Adenda No. 01 pudiera computarse, lo cierto es que era necesario primero contar con la información antes mencionada. Siendo ello así, al no haber entregado la Entidad dicha información hasta la fecha, el plazo establecido por las partes no ha surtido efectos.
82. Del mismo modo, al no existir un plazo computable efectivo, mal podría hablarse de algún retraso en la ejecución de las obligaciones de ZURECE. En efecto, en la cláusula quinta de la Adenda No.01, en la sección "Otras Condiciones", las partes establecieron lo siguiente:

**"Penalidades de la prestación adicional:** El contratista es responsable de la entrega de los bienes a las Instituciones Educativas dentro del plazo señalado en el contrato, ante la pérdida de los bienes el contratista está obligado a la entrega de otros de las mismas características y dentro del plazo señalado, la demora en la entrega traerá consigo la aplicación de las penalidades establecidas en el contrato principal!"

(El subrayado es nuestro)

83. En esa línea, el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, indica lo siguiente:

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

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

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

Penalidad diaria = 0.10 x Monto / F x Plazo en días

Donde F tendrá los siguientes valores:

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

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

b.1) Para bienes y servicios:  $F = 0.25$

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

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

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.

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

(El subrayado es nuestro)

0 2

84. Como se puede apreciar, tanto la propia Adenda No. 01 como el mencionado Reglamento, establecen que las penalidades deben ser aplicadas únicamente en aquellos casos donde medie un retraso injustificado en la ejecución de las obligaciones del contratista. Esto no ocurre en el presente caso conforme hemos analizado anteriormente, pues dada la indefinición existente no puede imputársele al Contratista la demora o incluso la imposibilidad de su cumplimiento.

Siendo ello así, no corresponde aplicar ningún tipo de penalidad a la parte demandante. Asimismo, cualquier monto retenido por concepto de penalidades deberá ser devuelto a ZURECE.

85. Ello no implica sin embargo, que el plazo devenga en ineficaz, inexistente o inaplicable en sentido amplio, sino que únicamente su entrada en vigencia quedaría supeditada al cumplimiento de las mencionadas obligaciones de la Entidad, las que no se han producido.

86. Por otro lado, tenemos que la Entidad procedió a resolver el Contrato, específicamente en el extremo relativo a la Adenda N° 01, mediante la Carta N° 207-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, alegando incumplimiento del Contratista, previo requerimiento efectuado en el mismo sentido, es decir por la no distribución de la totalidad de los bienes objeto del contrato. Para sustentar tal decisión, la Entidad identificó los artículos 40.c y 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, así como los artículos 167 y 168 de su Reglamento, los cuales señalan lo siguiente respectivamente:

#### **Artículo 40º.- Cláusulas obligatorias en los contratos**

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

- a) Garantías: La Entidad establecerá en el contrato las garantías que deberán otorgarse para asegurar la buena ejecución y cumplimiento del mismo.
- b) Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.
- c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía



notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

#### **Artículo 44º.- Resolución de los contratos**

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

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

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

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

#### **Artículo 167º.- Resolución de Contrato**

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

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

#### **Artículo 168º.- Causales de resolución por incumplimiento**

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

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

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

87. En base a las pruebas aportadas a este arbitraje, el Tribunal Arbitral considera que si bien es cierto la LCE y el RLCE habilitan la posibilidad de resolver un contrato (en este caso la Adenda No. 01), lo cierto es que para poder ejercer ese derecho se requiere que efectivamente exista incumplimiento injustificado de la contraparte.

88. Sin embargo, en el presente caso no solo el retraso o la supuesta paralización que fue el motivo adoptado por la Entidad para resolver la Adenda No. 02 no es atribuible a ZURECE, sino que además resulta justificada en tanto la Entidad no cumplió con realizar los pagos correspondientes y tampoco brindó la información oficial necesaria para que ZURECE pudiese ejecutar sus obligaciones. Como se puede apreciar de los documentos presentados por las partes, Entidad ni si quiera dio respuesta oportuna a los diferentes requerimientos de pago y de remisión de información esencial por parte de ZURECE.

89. Por tanto, la resolución de la Adenda No. 01 practicada por la Entidad no se ajusta a la Ley de Contrataciones del Estado ni a su Regamento, corresponde declarar su nulidad o ineficacia, conforme ha sido solicitado por la parte demandante.

90. Por otro lado, el Contratista sostiene que la propia Adenda N° 01, como documento bilateral que modifica los alcances del Contrato original, sea declarado irregular o ilegal, tanto respecto de la inclusión de una obligación adicional, que viene a ser la de distribución de los utensilios de cocina adquiridos por QALI WARMA, como respecto del tope máximo establecido respecto de tal adicional, que es del 25% por ciento del monto total del

contrato original, por considerar que dicho máximo no se ajusta a los verdaderos costos que generaba el mencionado servicio de distribución.: En ese sentido, solicita que se deje sin efecto dicho límite y se pague el costo real de distribución. Sobre estos temas, cabe indicar lo siguiente:

- 90.1. El adicional es una de las facultades desbordantes de la parte estatal, en el marco de los denominados contratos administrativos. No tiene una condición voluntaria, sino que es forzosa para el Contratista en tanto es una decisión unilateral de la Entidad, que puede acrecentar el monto inicialmente pactado hasta en un 25% del monto origin al del Contrato.
- 90.2. Así las cosas, cuando un Contratista se vincula con el Estado, debe tener como límite previsible máximo, la posibilidad de asumir hasta un 25% más de obligaciones, en tanto sean necesarias para el cumplimiento del objeto del contrato. Estas obligaciones no necesariamente deben estar limitadas a las mismas prestaciones objeto del Contrato, sino que adicionalmente pueden incluir otras conexas o distintas a las originalmente contempladas, en tanto sean necesarias para cumplir con la mencionada finalidad.
- 90.3. En línea con lo anterior, no puede concluirse que la prestación adicional devenga en inválida porque incorpore una actividad distinta a la adicional, como tampoco que esta sea de naturaleza distinta, tal como ocurre con el servicio de distribución, que es distinto a la venta de los utensilios de cocina materia de análisis.
- 90.4. De hecho, en la generalidad de los contratos, es común que la prestación principal, ya sea esta una obra, un servicio o la provisión de un bien, lleve aparejado consigo una prestación de naturaleza distinta. En el mismo contrato que nos ocupa, la venta de los utensilios de cocina implica su entrega a la Entidad en la distintas unidades territoriales, entrega que en si misma es un servicio en si mismos: la Adenda lo que hace es hacer más compleja tal distribución, extendia tal actividad a cada centro educativo beneficiario.
- 90.5. Más aun, ni la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento, prohíben que un contrato administrativo tenga prestaciones de naturaleza distinta, sino que por el contrario, precisan que en tales supuestos, serán tenido conforme a la naturaleza de la prestación que tenga una mayor incidencia económica, en este caso el de la mencionada compraventa.
- 90.6. Siendo así, no es contrario a Ley la inclusión del adicional objeto de análisis. En cuanto a la insuficiencia de su monto, no se advierte de autos que, con la firma de la Adenda o en su fase preparatoria, ZURECE haya cuestionado los calculos establecidos, lejos de ello, por el contrario, se advierte que en su momento los habría aceptado.

90.7. En esa línea, debe recordarse que corresponde a quien lo alega, probar el hecho invocado. Si bien durante su escrito de demanda y documentos posteriores, ZURECE ha reiterado que se le obligó a suscribir la Adenda y que lo ha hecho bajo vicio de voluntad, tal circunstancia no ha sido acreditada de modo fehaciente, como tampoco con un cúmulo de rasgos o hechos sintomáticos, que hubiesen permitido alcanzar la convicción de su afirmación bajo mecanismos indiciarios.

Únicamente consta de autos, la suscripción conforme de ZURECE de la mencionada Adenda N° 01.

90.8. Finalmente, sobre este rubro, es importante tener en cuenta que el límite del 25% por ciento es un límite máximo, que protege tanto al Contratista respecto de los alcances máximos a los que se le podría obligar en un contrato respecto de lo que se puede imponer como adicional, como también respecto de la Entidad, en cuanto al monto máximo que le corresponde pagar, como parte de las prestaciones del Contrato. En tal sentido, tiene un carácter de Orden Público y de cumplimiento necesario.

91. Siguiendo con nuestro análisis, en este extremo respecto del reconocimiento de lo devengado y la situación de las prestaciones ejecutadas, como bien indica la Entidad, el CONTRATO fue suscrito bajo la modalidad de suma alzada, tal como se puede apreciar en el numeral 1.6 del Capítulo I de la Sección Específica de las Bases Integradas de la Licitación Pública correspondiente. No obstante, el hecho de contratar mediante esta modalidad no autoriza a que una de las partes deje de actuar de buena fe y de colaborar con la otra parte para que el contrato pueda ser ejecutado debidamente.

Tampoco implica que, frustrada la posibilidad de continuar con el contrato, ya sea por su resolución parcial o por cualquier otro hecho o incidencia posterior acaecida durante su ejecución, no sea posible proceder al pago parcial de la parte ejecutada, puesto que no puede identificarse el sistema de precios de suma alzada como uno en el cual sólo se procede el pago total cuando se cumple en su cabalidad y en el que no existiese la posibilidad de pago parcial de la parte acreditadamente cumplida.

92. Habiendo quedado sin efecto la resolución de contrato dispuesta por la Entidad, corresponde a ZURECE entregar la parte de los bienes por los cuales se le ha pagado la prestación correspondiente por su adquisición (y que se encuentran pendientes de disposición). En este extremo, ZURECE no puede invocar que el riesgo de su eventual pérdida le sea trasladado a la otra parte, pues en este caso, conforme a la adenda suscrita, es quien los conserva bajo su dominio, haciendo las veces de depositario.

93. Teniendo en cuenta todo lo anterior, ZURECE debe entregar a QALI WARMA los utensilios aún no entregados a las unidades escolares beneficiarias y que no lograron ser distribuidos. Ello por cuanto las dos partes reconocen que la Entidad ha cancelado a ZURECE el valor de dichos utensilios.

94. A efectos de operativizar dicha entrega, este Colegiado dispone que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de este Laudo, QALI WARMA deberá hacer saber a ZURECE de la designación de un lugar específico dentro de la zona urbana de la ciudad de Lima, a efectos que el Contratista proceda con la entrega de los utensilios faltantes objeto del CONTRATO dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. En caso QALI WARMA no designe el lugar dentro del plazo establecido, la Entidad deberá recoger los utensilios restantes de los almacenes de ZURECE ubicados en la ciudad de Lima, previa coordinación entre las partes.

En caso que dentro del mismo plazo de diez (10) días ZURECE manifestase que no cuenta ya con todo o parte de las unidades pendientes de distribución, la Entidad deberá proceder a descontar – en la liquidación del Contrato, la sumatoria del valor unitario de la parte no entregada.

95. QALI WARMA ha aceptado en la Audiencia de Informes Orales que no cuenta con un mecanismo por el cual acreditar la cantidad de utensilios restantes a ser entregados por ZURECE. De hecho, ni el propio CONTRATO fija dicho mecanismo.

96. En cuanto a la cantidad de utensilios pendientes de entrega, dado que la Entidad no estableció un procedimiento formal para su entrega, ni este se aprecia de la Adenda, deberá corresponde únicamente a los que ZURECE no haya acreditado bajo ningún documento con presencia de su denominación o de la persona que lo suscribe por parte del respectivo centro educativo. Este total distribuido, no puede ser inferior al que la misma Entidad ha tenido como distribuido ni superior al que ha sido considerado como distribuido por el Contratista.

97. En cuanto a la conformidad del contrato, el artículo 176 del RELCE invocado en esta cláusula indica lo siguiente:

  
Artículo 176º.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la

prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

Las discrepancias en relación a la recepción y conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda. La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.

98. El Tribunal Arbitral considera que dado que la propia ZURECE ha reconocido – independientemente de las causas – que no ha cumplido con la entrega del cien por ciento (100%), una vez que los utensilios restantes sean entregados a QALI WARMA conforme a lo antes analizado, QALI WARMA deberá hacer entrega de las Actas de Conformidad correspondientes, únicamente por la provisión de los bienes objeto de contrato y sólo por el monto total finalmente entregado, pero no respecto respecto de la distribución. En cuanto a la distribución, queda igualmente claro que se cumplió con la distribución en diversas unidades territoriales, salvo en tres de ellas: Amazonas, Madre de Dios, San Martín y Ucayali, esto último con independencia de la imputabilidad o no de los problemas existentes, siendo que objetivamente no ha podido ser llevada a cabo de modo cabal.

En esa línea, cabe señalar que, como parte de su pretensiones el Contratista únicamente ha pedido el otorgamiento de la constancia de cumplimiento por la Adenda N° 01 respecto de Amazonas, Madre de Dios, San Martín y Ucayali, no así por la parte principal del Contrato ni ide las demás unidades territoriales (cuya

pertinencia no es controvertida). En este sentido, corresponde desestimar este extremo de las pretensiones del Contratista.

99. En cuanto a la devolución de la garantía, solicitada por ZURECE como parte de sus pretensiones, habida cuenta que el Contrato ha recobrado vigencia como consecuencia de la nulidad de la resolución parcial dispuesta por la Entidad, así como teniendo en cuenta la entrega pendiente de los bienes no distribuidos conforme lo antes analizado, no resulta procedente su devolución como parte del mandato del presente Laudo Arbitral. Sin embargo, una vez cumplida la entrega por parte de ZURECE de las tablas de picar que aun obran en su poder o, en su defecto, descontado el monto que corresponde a los bienes no entregados, corresponderá la devolución del mencionado documento de garantía.

100. Conforme el análisis anterior, las pretensiones bajo análisis deben ser resueltas del siguiente modo:

Declarar **FUNDADA** en parte la primera pretensión de la demanda que corresponde al primer punto controvertido del presente proceso arbitral, en cuanto solicita que no se compute el inicio del plazo de la Adenda N° 01 e **INFUNDADO** en todo lo demás que contiene.

Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión de la demanda que corresponde al tercer punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, determinese que corresponde dejar sin efecto la aplicación de la penalidad ascendente a la suma de S/. 19,214.10 (Diecinueve Mil Doscientos catorce con 10/100 Nuevos Soles), contenida en la Carta Notarial N° 013-2014-PNAEQW/UA de fecha 14 de marzo de 2014

Declarar **INFUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda que corresponde al cuarto punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, determinar que no corresponde ordene a la ENTIDAD la emisión de las conformidades por la ejecución del objeto de la Adenda N° 1 del CONTRATO: transporte de los bienes del contrato, en lo que respecta a las Unidades Territoriales de Amazonas, Madre de Dios, San Martín y Ucayali.

Declarar **FUNDADA** la séptima pretensión de la demanda que corresponde al séptimo punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, declarar se deje sin efecto la Carta Notarial N° 207-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, que resuelve de modo parcial el contrato suscrito entre las partes.

Declarar **INFUNDADA** la octava pretensión de la demanda que corresponde al octavo punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa.

Declarar **IMPROCEDENTE** la décima pretensión de la demanda que corresponde al décimo punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, declarar que no corresponde ordenar a la ENTIDAD la devolución de la Carta Fianza N° 000606138200, emitida por el Banco Financiero por el importe de S/. 4,794.87 (Cuatro Mil Setecientos Noventa y cuatro con 87/100 Nuevos Soles) para el fiel cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Adenda N° 1 del CONTRATO., sin perjuicio de su posterior restitución conforme lo analizado en la parte considerativa.

Declarar **FUNDADA** la primera pretensión de la reconvención de la Entidad, que corresponde al décimo tercer punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, declarar que corresponde que el CONSORCIO entregue a la ENTIDAD los productos que corresponden al set de utensilios de cocina – Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW- ITEM N° 10: tablas de picar, que han sido debidamente cancelados no distribuidos o, en su defecto, se proceda a descontar su monto, conforme al procedimiento indicado en los numerales 93 al 97 del análisis del presente Laudo Arbitral.

#### Pretensión relacionada con el pago de la prestación adicional

101. Analizaremos en este rubro las siguientes pretensiones:

**Quinto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD pagar a favor del CONSORCIO la suma de S/. 47,948.70 (Cuarenta y Siete Mil Novecientos Cuarenta y Ocho con 70/100 Nuevos Soles), por la ejecución de las prestaciones adicionales derivadas de la Adenda N° 1 del CONTRATO: “Transporte de los bienes adquiridos mediante el referido contrato”.

**Sexto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD pagar a favor del CONSORCIO los intereses legales, que a la fecha de la interposición de la presente demanda son determinables, generados por el incumplimiento y retraso en el pago de la contraprestación contenida en la Adenda N° 1 del CONTRATO.

102. Sin perjuicio de todo lo analizado respecto a las pretensiones antes mencionadas, lo cierto es que no se ha logrado distribuir la totalidad de los utensilios a las instituciones educativas beneficiarias. Sin embargo, consta que se ha cumplido parcialmente con la entrega de dichos utensilios. En ese sentido, corresponde que QALI WARMA cumpla con realizar el pago de lo ya entregado (ver supra numeral 104), más los intereses legales que se deberán considerar desde el día siguiente de la notificación de la demanda a QALI WARMA y hasta la fecha de efectivo pago.

103. Cabe precisar que, de dicho pago, se deberá descontar de modo proporcional el monto porcentual que corresponde a la parte no distribuida y que, conforme al análisis del primer punto controvertido de la reconvención de la Entidad, deberán ser entregados en el local de la Entidad en la ciudad de Lima, sin proceder a su distribución en la zona geográfica inicialmente prevista.

104. En consecuencia, corresponde declarar FUNDADA EN PARTE la Quinta pretensión principal de la demanda de ZURECE, conforme lo antes analizado, resolviéndose ambas pretensiones del modo siguiente:.

Declarar **FUNDADO en parte** la quinta pretensión de la demanda, que corresponde al quinto punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que corresponde que se ordene a la ENTIDAD el pago del monto pactado en la Adenda N° 01, pero descontando la parte proporcional de los bienes no distribuidos en sus respectivos destinos, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

Declarar **FUNDADO en parte** la sexta pretensión de la demanda, que corresponde al sexto punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que corresponde ordenar a la ENTIDAD el pagar a favor del CONSORCIO los intereses legales, que a la fecha de la interposición de la demanda del monto que corresponda pagar como consecuencia de la Adenda N° 1 del CONTRATO, conforme lo resuelto en la pretensión anterior.

#### Pretensiones relacionadas con el pago de mayores costos del Contrato

105. Analizaremos en este rubro las siguientes pretensiones:

**Segundo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD el pago de los intereses legales generados por el incumplimiento y retraso en el pago de la contraprestación contenida en el CONTRATO.

**Noveno punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD el reconocimiento de los gastos adicionales incurridos por el CONSORCIO, respecto a la contratación de almacenes para el funcionamiento de las diversas "Unidades Territoriales", custodia y vigilancia de los bienes materia del CONTRATO, los costos de transporte y los demás gastos generales, con ocasión de la ejecución de la Adenda N° 01 del CONTRATO.

**Décimo primer punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD el pago de los gastos incurridos por el CONSORCIO en la

renovación de la Carta Fianza hasta la fecha en que se pueda liberar la misma y cuya cuantía deberá ser calculada al momento de emitirse el Laudo Arbitral, ya que a la fecha de la interposición de la presente demanda, dicha suma es determinable.

106. Tres son los aspectos a determinar en esta sección. El primero se refiere a los intereses legales devengados por el mayor tiempo que le habría tomado a la Entidad respecto del pago del Contrato Principal (la entrega propiamente dicha de las tablas de picar). Se trata entonces del retraso de la parte principal del contrato, no así de la Adenda N° 1.

107. En este aspecto, en efecto la Entidad tiene la obligación de pagar el monto de la prestación dentro de los quince días de otorgada la conformidad respectiva, conforme se aprecia del artículo 181 del Reglamento aplicable al presente caso:

#### **"Artículo 181.- Plazos para los pagos**

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse".

108. Cabe señalar que, sobre este tema, la Entidad no ha manifestado una objeción expresa en su contestación de demanda, habiéndose limitado a señalar que el tema debía ser determinado por su departamento o área de tesorería. Sin embargo, en el presente caso estamos ante un caso complejo, pues existió una imposibilidad de inicio para la entrega de los bienes en las Unidades Territoriales inicialmente previstas, debiendo identificarse para efectos del presente contrato, el plazo de quince días contados desde la conformidad de la prestación principal con el que se contaba con el pago, hasta la fecha en la que este se realizó, cálculo que deberá ejecutarse con la liquidación del Contrato en etapa de ejecución del presente laudo arbitral.

109. En cuanto a los mayores costos por almacenaje, independientemente de las razones por las que ZURECE habría incurrido en los costos mencionados – ya sea por causas imputables a ZURECE a QALI WARMA o razones exógenas – lo cierto es que el Contratista tiene la carga de probar el monto que solicita.

110. En el presente caso, sin embargo, el ZURECE no ha cumplido con presentar los documentos idóneos que pudiera sustentar estos costos, por lo que esta pretensión debe ser declarada infundada. Del mismo modo, no ha acreditado o sustentado los costos por vigilancia o los que denomina gastos generales.

Ocurre igual con la pretensión relativa al mayor costo de mantenimiento de la carta fianza de fiel cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sin perjuicio de la propia obligación que tenía el Contratista de mantener su garantía de fiel cumplimiento vigente, en tanto mantenía para de las prestaciones materia del objeto del Contrato.

111. En consecuencia, las tres pretensiones bajo análisis del presente rubro, se resuelven del siguiente modo:

Declarar **FUNDADO en parte** la segunda pretensión de la demanda, que corresponde al segundo punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que corresponde ordenar a la ENTIDAD el pago de los intereses legales generados por el incumplimiento y retraso en el pago de la contraprestación principal del CONTRATO, con las consideraciones expuestas en el numeral 106 de la parte considerativa.

Declarar **IMPROCEDENTE** la novena pretensión de la demanda, que corresponde al noveno punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que no corresponde ordenar a la ENTIDAD el reconocimiento de los gastos adicionales incurridos por el CONSORCIO, respecto a la contratación de almacenes para el funcionamiento de las diversas "Unidades Territoriales", custodia y vigilancia de los bienes materia del CONTRATO, los costos de transporte y los demás gastos generales, con ocasión de la ejecución de la Adenda N° 01 del CONTRATO.

Declarar **IMPROCEDENTE** la décimo primera pretensión de la demanda, que corresponde al décimo primer punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que no corresponde ordenar a la ENTIDAD el pago de los gastos incurridos por el CONSORCIO en la renovación de la Carta Fianza hasta la fecha en que se pueda liberar la misma.

**Pretensión indemnizatoria**

112. Analizaremos en este rubro las siguientes pretensiones:

**Décimo cuarto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se pague a la ENTIDAD una indemnización equivalente a la suma de S/. 10,00.00 Nuevos Soles por concepto de daño moral

113. Sobre esta pretensión, la Entidad se ampara en los artículos 1151 y 1152 del Código Civil, los cuales establecen expresamente lo siguiente:

**"Artículo 1151.-**

*El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas:*

- 1.- Las previstas en el artículo 1150, incisos 1 o 2.
- 2.- Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.
- 3.- Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.
- 4.- Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

**"Artículo 1152.-**

*En los casos previstos en los artículos 1150 y 1151, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda."*

114. Asimismo, la Entidad invoca el artículo 1322 del mismo Código, el cual indica lo siguiente:

**"Artículo 1322.-**

*El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento".*

Por último, respecto a la cuantía del daño moral supuestamente sufrido, se ampara en el artículo 1332 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

**"Artículo 1332.-**

*Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa."*

115. Sobre la base de estos artículos, la Entidad solicita el pago de una indemnización por el daño moral supuestamente sufrido, atendiendo a que el Tribunal Constitucional – en la sentencia del 14 de agosto de 2002 correspondiente al expediente N° 905-2001/AA-TC – reconoció la posibilidad de amparar una indemnización de este tipo para las personas jurídicas.

116. Pues bien, tratándose de un arbitraje de derecho, el Tribunal Arbitral considera pertinente recalcar que nuestro sistema jurídico ha dividido la reparación de los daños diferenciando a las reparaciones contractuales de las extracontractuales. Las primeras responden ante la preexistencia de una relación jurídico-patrimonial, mientras las segundas son fuente de obligaciones, debiéndose cumplir – como bien ha indicado la propia Entidad – en ambos casos con una serie de presupuestos:

- 116.1. La imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
- 116.2. La ilicitud o antijuridicidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- 116.3. El factor de atribución, es decir, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- 116.4. El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- 116.5. El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

117. Sobre el tema, toda persona que alega un daño debe probarlo. Este daño, según la doctrina, es el menoscabo que – a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado – sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio.

118. En el presente caso, lejos de haberse acreditado el cumplimiento de los requisitos mencionados anteriormente, la Entidad indica que el supuesto incumplimiento de ZURECE habría causado la imposibilidad de cumplir con la finalidad del Contrato, eso es la entrega y distribución de los utensilios de cocina objeto del Contrato.

119. Esto es, la Entidad basa su pretensión de indemnización por daño moral en el pretendido perjuicio a la población destinataria de las tablas de picar objeto del Contrato, es decir en un perjuicio de tercero, cuya representación o titularidad no se aprecian de autos; más aun, no se acredita la relación directa y antijurídica que eventualmente existiría entre la conducta de ZURECE en la distribución de los bienes objeto del contrato y el pretendido daño moral que se alegaría respecto del mencionado tercero.

120. Menos aún se proporcionan los elementos de juicio sobre los cuales se estimaría una cuantificación monetaria, de la pretendida afectación moral invocada. Si bien el artículo 1332 del Código Civil permite que el juez utilice una valoración equitativa para fijar el monto de la indemnización, ello no implica que la parte que solicita dicha indemnización no deba cumplir con su carga de la prueba y probar el daño sufrido, así como los demás elementos mencionados.

121. Como se puede apreciar, la Entidd no ha probado fehacientemente el supuesto daño, por lo que la presente pretensión debe ser declarada infundada. En consecuencia, el Dècimo Cuarto Punto Controvertido del presente caso arbitral, debe ser resuelto del siguiente modo:

*"Declarar **INFUNDADO** al Segundo Punto Controvertido de la reconvención planteada por QALI WARMA, que corresponde al Décimo cuarto punto controvertido del presente caso arbitral y; por su efecto, declarar que no corresponde que se pague a la ENTIDAD una indemnización equivalente a la suma de S/. 10,00.00 Nuevos Soles por concepto de daño moral"*

#### **Sobre las costas y costos del proceso arbitral**

122. Sin perjuicio de tratarse de una obligación del tribunal arbitral, con independencia de que una o ambas partes lo hayan contemplado como parte de sus pretensiones, corresponde pronunciarse a este Colegiado, respecto de la eventual condena o determinación de la parte que deba asumir los costos y costas procesales devengados durante el proceso arbitral. Al respecto, cada una de las partes, ha planteado lo siguiente:

**Décimo segundo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD el pago de las costas y costos incurridos por el CONSORCIO.

**Décimo quinto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene al CONSORCIO asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir la ENTIDAD en el presente proceso arbitral.

123. Sobre el tema, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

123.1. En el convenio arbitral celebrado entre las partes, no existe pacto expreso de las partes acerca de la imputación de los costos y costas del arbitraje, razón por la cual corresponde apelar a lo dispuesto en la LEY DE ARBITRAJE.

123.2. Sobre este particular, el artículo 73 de la LEY DE ARBITRAJE establece que 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".

123.3. Atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos y considerando el buen comportamiento procesal de las partes y el criterio de razonabilidad que debe guiar toda decisión, corresponde disponer que



cada parte asuma una parte de los honorarios del Tribunal Arbitral y del secretario arbitral; en esa línea, atendiendo a los motivos que tenía cada parte para asumir su respectiva posición y las razones para litigar, este tribunal arbitral considera que dicha distribución debe hacer del siguiente modo: El Contratista deberá asumir el 30% de los honorarios de los árbitros y la secretaría arbitral y la Entidad el 70% de los mismos.

123.4. Fuera de estos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

#### DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

124. El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43 de la LEY DE ARBITRAJE y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la LEY DE ARBITRAJE, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en DERECHO, LAUDA:

**PRIMERO.-** Declarar **FUNDADADA** en parte la primera pretensión de la demanda que corresponde al primer punto controvertido del presente proceso arbitral, en cuanto solicita que no se compute el inicio del plazo de la Adenda N° 01 e **INFUNDADO** en todo lo demás que contiene.

**SEGUNDO.-** Declarar **FUNDADO en parte** la segunda pretensión de la demanda, que corresponde al segundo punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que corresponde ordenar a la ENTIDAD el pago de los intereses legales generados por el incumplimiento y retraso en el pago de la contraprestación principal del CONTRATO, con las consideraciones expuestas en el numeral 106 de la parte considerativa.

**TERCERO.**- Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión de la demanda que corresponde al tercer punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, determiníse que corresponde dejar sin efecto la aplicación de la penalidad ascendente a la suma de S/. 19,214.10 (Diecinueve Mil Doscientos catorce con 10/100 Nuevos Soles), contenida en la Carta Notarial N° 013-2014-PNAEQW/UA de fecha 14 de marzo de 2014.

**CUARTO.**- Declarar **INFUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda que corresponde al cuarto punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, determinar que no corresponde ordene a la ENTIDAD la emisión de las conformidades por la ejecución del objeto de la Adenda N° 1 del CONTRATO: transporte de los bienes del contrato, en lo que respecta a las Unidades Territoriales de Amazonas, Madre de Dios, San Martín y Ucayali.

**QUINTO.**- Declarar **FUNDADO en parte** la quinta pretensión de la demanda, que corresponde al quinto punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que corresponde que se ordene a la ENTIDAD el pago del monto pactado en la Adenda N° 01, pero descontando la parte proporcional de los bienes no distribuidos en sus respectivos destinos, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

**SEXTO.**- Declarar **FUNDADO en parte** la sexta pretensión de la demanda, que corresponde al sexto punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que corresponde ordenar a la ENTIDAD el pagar a favor del CONSORCIO los intereses legales, que a la fecha de la interposición de la demanda del monto que corresponda pagar como consecuencia de la Adenda N° 1 del CONTRATO, conforme lo resuelto en la pretensión anterior.

**SEPTIMO.**- Declarar **FUNDADA** la séptima pretensión de la demanda que corresponde al séptimo punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, declarar se deje sin efecto la Carta Notarial N° 207-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, que resuelve de modo parcial el contrato suscrito entre las partes.

**OCTAVO.**- Declarar **INFUNDADA** la octava pretensión de la demanda que corresponde al octavo punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa.

**NOVENO.**- Declarar **IMPROCEDENTE** la novena pretensión de la demanda, que corresponde al noveno punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que no corresponde ordenar a la ENTIDAD el reconocimiento de los gastos

adicionales incurridos por el CONSORCIO, respecto a la contratación de almacenes para el funcionamiento de las diversas "Unidades Territoriales", custodia y vigilancia de los bienes materia del CONTRATO, los costos de transporte y los demás gastos generales, con ocasión de la ejecución de la Adenda N° 01 del CONTRATO.

**DECIMO.-** Declarar **IMPROCEDENTE** la décima pretensión de la demanda que corresponde al décimo punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, declarar que no corresponde ordenar a la ENTIDAD la devolución de la Carta Fianza N° 000606138200, emitida por el Banco Financiero por el importe de S/. 4,794.87 (Cuatro Mil Setecientos Noventa y cuatro con 87/100 Nuevos Soles) para el fiel cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Adenda N° 1 del CONTRATO., sin perjuicio de su posterior restitución conforme lo analizado en la parte considerativa.

**DÉCIMO PRIMERO.-** Declarar **IMPROCEDENTE** la décimo primera pretensión de la demanda, que corresponde al décimo primer punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que no corresponde ordenar a la ENTIDAD el pago de los gastos incurridos por el CONSORCIO en la renovación de la Carta Fianza hasta la fecha en que se pueda liberar la misma.

**DECIMO SEGUNDO.-** Declarar **FUNDADA** la primera pretensión de la reconvenCIÓN de la Entidad, que corresponde al décimo tercer punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, declarar que corresponde que el CONSORCIO entregue a la ENTIDAD los productos que corresponden al set de utensilios de cocina – Licitación Pública N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW- ITEM N° 10: tablas de picar, que han sido debidamente cancelados no distribuidos o, en su defecto, se proceda a descontar su monto, conforme al procedimiento indicado en los numerales 93 al 97 del análisis del presente Laudo Arbitral.

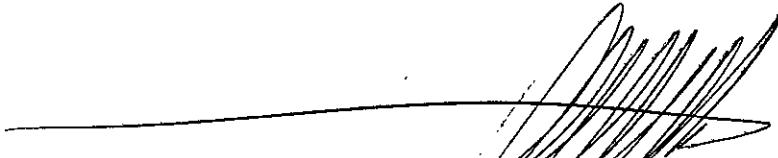
**DÉCIMO TERCERO.-** Declarar **INFUNDADO** al Segundo Punto Controvertido de la reconvenCIÓN planteada por QALI WARMA, que corresponde al Décimo cuarto punto controvertido del presente caso arbitral y; por su efecto, declarar que no corresponde que se pague a la ENTIDAD una indemnización equivalente a la suma de S/. 10,00.00 Nuevos Soles por concepto de daño moral

**DÉCIMO CUARTO.-** Respecto de la Décima Segunda pretensión de la demanda arbitral y el Tercer Punto Controvertido de la ReconvenCIÓN, que corresponden a los Décimo Segundo y Décimo Quinto Puntos controvertidos del presente caso arbitral, **DISPONER** que ZURECE debe asumir el 30% de los honorarios de los árbitros y del secretario arbitral y QALI WARMA el 70% de los mismos. Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los

gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

**DÉCIMO QUINTO.- FIJAR** los honorarios de cada uno de los miembros del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, en los montos previamente abonados en el presente proceso arbitral.

Notifíquese a las partes,

  
**MARCO ANTONIO MARTÍNEZ ZAMORA**  
Presidente del Tribunal Arbitral

  
**ROLANDO EYZAGUIRRE MACAN**  
Árbitro

  
**JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA**  
Árbitro