

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, ALBERTO ERUBEM MOLERO RENTERÍA

RESOLUCIÓN N° 12

Lima, 01 de Febrero de 2017

VISTOS:

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

El día 03 de julio 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° 0028-2013-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° 13: Jarras de 3 litros), por un monto ascendente a la suma de S/. 167,169.30 (Ciento Sesenta y Siete Mil Ciento Sesenta y Nueve 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

Llevado a cabo el acto de instalación del Tribunal Arbitral, sus integrantes los abogados Marco Antonio Martínez Zamora (Presidente), Juan Jashim Valdivieso Cerna y Alberto Erubem Molero Rentería, 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, de fecha 03 de julio de 2013; en la Adenda N° 01 de fecha 06 de septiembre de 2013, y, Adenda N° 02, de fecha 15 de octubre de 2013.

PRETENSIÓN N° 2:

Que, se ordene a la ENTIDAD demandada cumpla con cancelar la suma adeudada pendiente de pago por el importe de S/. 13,616.10 (Trece Mil Seiscientos Dieciséis con 10/100 Nuevos Soles), contenida en la factura N° 004-0030, emitida con fecha 13 de noviembre de 2013 y recepcionada por la Entidad con fecha 14 de noviembre de 2013, más los intereses moratorios generados por el retraso injustificado en el pago, conforme a los dispuesto en la Cláusula Cuarta del CONTRATO, concordante con 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 a la ENTIDAD demandada dejar sin efecto la penalidad impuesta a la recurrente, compuesta por la suma ascendente de S/. 16,716.93 (Dieciséis Mil Setecientos Dieciséis con 93/100 Nuevos Soles), puesta en conocimiento de la recurrente mediante Carta Notarial N° 012-2014-PNAEQW/UA de fecha 14 de marzo de 2014.

PRETENSIÓN N° 4:

Que, se ordene a la ENTIDAD demandada cumpla con pagar los intereses moratorios que a la fecha de la presente demanda son determinados, generados como consecuencia de no haber cancelado las Facturas N° 004-058 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0051 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0020 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0027 (pagada 12 días de retraso); Factura N° 004-0023 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0022 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0021 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0072 (pagada 19 días de retraso); Factura N° 004-0057 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0056 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0018 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0026 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0052 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0053 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0040 (pagada 12 días de retraso); Factura N° 004-0019 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0038 (pagada 12 días de retraso); Factura N° 004-0088 (pagada 30 días de retraso) y Factura N° 004-0031 (pagada 12 días de retraso)



fuera del plazo de los quince (15) días calendarios siguientes al otorgamiento de la conformidad respectiva, conforme a lo establecido en la Cláusula Cuarta del CONTRATO, concordante con 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° 5:

Que, se ordene a la ENTIDAD demandada la emisión de las Actas de Conformidad correspondiente a las Unidades Territoriales de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali por las prestaciones adicionales ejecutadas por la recurrente de acuerdo con lo establecido en la Adenda N° 02 suscrita con fecha 15 de octubre de 2013 –transporte de los bienes- del CONTRATO de fecha 03 de julio de 2013.

PRETENSIÓN N° 6:

Que, se ordene a la ENTIDAD demandada cumpla con cancelar el importe de S/. 41,394.75 (Cuarenta y Un Mil Trecientos Noventa y Cuatro con 75/100 Nuevos Soles) por la ejecución de las prestaciones adicionales –transporte de bienes- derivada de la Adenda N° 02, suscrita con fecha 15 de octubre de 2013, correspondiente al CONTRATO, más los interés moratorios generados por el retraso injustificado en el pago de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Cuarta del CONTRATO, concordante con 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° 206-2014-MIDIS/PNAEQW-UA de fecha 21 de octubre de 2014, mediante la cual la ENTIDAD pretende resolver ilegalmente y de modo parcial el CONTRATO –en lo que se refiere a la prestación adicional- transporte de los bienes a las instituciones educativas beneficiarias; toda vez que, la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones adicionales no es imputable al CONSORCIO, sino más bien es un hecho atribuible exclusivamente a la ENTIDAD demandada.

PRETENSIÓN N° 8:

Que, se ordene a la ENTIDAD demandada cumpla con reconocer y pagar los gastos adicionales y sobre costos irrogados por el CONSORCIO en lo que respecta a la contratación de almacenes para el funcionamiento de las diversas Unidades Territoriales, custodia y vigilancia de los bienes materia, los costos de transporte y los demás gastos generales que tuvo que asumir la recurrente con ocasión de la ejecución de las prestaciones adicionales contenida en la Adenda N° 02 del CONTRATO; debiendo por tanto, ser reembolsado al CONSORCIO tales gastos, los mismos que se reservan liquidar en su oportunidad.

PRETENSIÓN N° 9:

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° 02 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 la Adenda N° 02 de fecha 15 de octubre de 2013 simulada por la ENTIDAD, se declare que el servicio de distribución hacia las instituciones educativas no tiene el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del CONTRATO y como tal, la ENTIDAD está obligada a asumir todos los sobre costos arrojados por el CONSORCIO, así como, la utilidad que justa y legítimamente les corresponde y cuya cuantía se reservan el derecho de determinar.

PRETENSIÓN N° 10:

Que se ordene a la ENTIDAD demandada cumpla con efectuar la devolución de la Carta Fianza N° 000606138587, de fecha 10 de octubre de 2013 y renovada hasta el 31 de diciembre de 2013, expedida por el Banco Financiero por la suma de S/. 4,139.48 (Cuatro Mil Ciento Treinta y Nueve con 48/100 Nuevos Soles) por fiel cumplimiento de las prestaciones adicionales de la Adenda N° 02 del CONTRATO.

PRETENSIÓN N° 11:

Que, se ordene a la ENTIDAD demandada cumpla con pagar los gastos incurrido 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 interposición de la presente demanda, dicha suma es determinable.

PRETENSIÓN N° 12:

Que, se ordene a la ENTIDAD demandada cumpla con pagar los gastos generados por las costas y costos del presente proceso, los cuales serán liquidados en su oportunidad.

III.1.- FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

1. Con fecha 03 de julio de 2013 el CONSORCIO y la ENTIDAD suscribieron el CONTRATO cuyo objeto era la adquisición de utensilios de cocina para el componente alimentario, por un monto ascendente a la suma de S/. 167,169.30 (Ciento Sesenta y Siete Mil Ciento Sesenta y Nueve con 30/100 Nuevos Soles), contrato relativo al otorgamiento de la Buena Pro del ítem N° 13: Jarras de 03 litros, en el marco del proceso de selección: LP N° 002-2013-MIDIS/PNAEQW.
2. El CONTRATO fijaba un plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario de los bienes en las distintas Unidades Territoriales de Amazonas, Loreto, Madre de Dios, San Martín y Ucayali. Asimismo se estableció un plazo treinta y cinco (35) días

calendario para la entrega de los bienes en las Unidades Territoriales de Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, Tacna y Tumbes.

3. El CONSORCIO afirma que pese a que los plazos fueron fijados contractualmente, los mismos eran imposibles de ser cumplidos, ya que la ENTIDAD no contaba con almacenes en ninguna de las Unidades Territoriales en donde se debían entregar los bienes pactados, por lo que, en fecha 06 de septiembre de 2013, se suscribió la Adenda N° 01 del CONTRATO, extendiéndose el plazo de entrega de los bienes por sesenta (60) días adicionales.
4. En la misma línea, se afirma que el plazo de sesenta (60) días fue determinado de modo irresponsable y la misma Adenda N° 01 fue elaborada maliciosa y dolosamente por la ENTIDAD, debido a que la misma tenía certeza de la falta de almacenes para recepcionar los bienes materia de la prestación al momento de su suscripción; dicha afirmación es sustentada por el CONSORCIO mediante el Informe N° 043-2013-MIDIS-PNAEQW-UP/JLCD, emitido por la misma ENTIDAD el 04 de septiembre de 2013 (dos días antes de la suscripción de la Adenda N° 01), donde la ENTIDAD confirma tales hechos y en consecuencia, solicita que se determine la ineficacia de los plazos del Contrato original y el de la Adenda N° 01, además del resarcimiento de los daños económicos sufridos.
5. Como consecuencia del incumplimiento contractual descrito, el CONSORCIO aduce que fue forzado a suscribir la Adenda N° 02 del CONTRATO para el *"servicio de transporte y distribución de los bienes objeto del contrato, hacia cada una de las instituciones educativas beneficiarias finales"*, bajo la forma de una supuesta prestación adicional que, en realidad, constituía un *"artilugio legal"*, al no guardar relación con el objeto del CONTRATO originalmente pactado, conforme se establece en su texto y el de las Bases Administrativas.
6. En dicha línea, el CONSORCIO establece que configuró un error en la constitución como prestación adicional del objeto de la Adenda N° 2, en tanto la finalidad de los adicionales es el alcanzar la finalidad del contrato, por lo que si el CONTRATO tenía como objeto *"la adquisición de utensilios de cocina para el componente alimentario"*, la Adenda resulta desbordante de dicho objeto contractual al referirse a *"la distribución y transporte de los bienes a las instituciones educativas"*.
7. Para el CONSORCIO la configuración de la prestación de la Adenda N° 02 como prestación adicional fue realizada de manera intencionada, para causarle perjuicios, pues se les obligó a efectuar prestaciones que exceden el objeto del CONTRATO inicialmente firmado, contando para esta nueva prestación con un tope monetario insuficiente, el cual asciende a la suma de S/. 41,394.75 (Cuarenta y Un Mil Trecientos Noventa y Cuatro con 75/ 100 Nuevos Soles), monto equivalente al 25% de la prestación principal (monto máximo de un adicional). Dicha actuación, al parecer del CONSORCIO, constituyó un claro abuso del derecho.

8. Respecto a la aceptación de la Adenda N° 02, 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. Dicha parte señala que hasta aquella fecha (15 de octubre de 2013) habían transcurrido más de tres meses de suscrita la obligación sin que pudieran entregar los bienes y mucho menos se puedan cobrar el valor de los mismos.
9. Así pues, se afirma que la suscripción de la Adenda N° 02 tenía por finalidad el encubrir la improvisación y responsabilidad de la ENTIDAD al adquirir una cantidad relevante de bienes sin contar con un lugar para su almacenamiento, por lo que se trasladó dicha obligación al CONSORCIO para que contrate almacenes en las Unidades Territoriales y luego de recibir la conformidad de los funcionarios, trasladarlos a las instituciones educativas del país contemplados en los términos contractuales.
10. Respecto a la ejecución de la Adenda N° 2, se indica que la misma no pudo ser cumplida a cabalidad por responsabilidad exclusiva de la ENTIDAD, la cual no cumplió con remitir la relación completa y detallada de las instituciones educativas a las cuales se debía remitir los bienes objeto del CONTRATO, las cantidades a entregar, ni las personas responsables de la recepción. Dicha situación motivó a que el CONSORCIO, de manera conjunta con otras empresas ganadoras de otros Ítems del mismo proceso de selección, buscaran la forma de distribuir los bienes, sin que, a la fecha, la ENTIDAD haya subsanado el incumplimiento descrito.
11. En este contexto, el CONSORCIO precisa que si bien no es posible que se le exija cumplir con la distribución de los bienes si no se tiene los datos mínimos para realizar dicha labor, el mismo cumplió con ejecutar la totalidad de las prestaciones de la Adenda N° 2 por la suma de S/. 41,394.75 (Cuarenta y Un Mil Trescientos Noventa y Cuatro con 75/100 Nuevos Soles), sin que la ENTIDAD haya entregado las conformidades de recepción que corresponden a dicha prestación.
12. Finalmente, se menciona que, no obstante haber cumplido cabalmente con la Adenda N° 2, la ENTIDAD, de forma arbitraria e ilegal, cursó la Carta Notarial 206-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, mediante la cual toma la decisión de hacer efectivo el apercibimiento efectuado a través de la Carta Notarial N° 167-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, resolviendo así de forma parcial el CONTRATO en la parte referente a la prestación adicional transporte de bienes a la institución educativa beneficiarias (Adenda N° 02).

IV. CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN PRESENTADA POR LA ENTIDAD

13. Con fecha 14 de enero de 2015, la ENTIDAD presentó el escrito s/n con la Sumilla: "*Apersonamiento, Contestación de Demanda y Reconvención*", el cual fue subsanado, el 30 de enero de 2015, mediante escrito s/n con la Sumilla: "Se

subsana observación advertida en escrito de contestación de demanda y reconvencción". La ENTIDAD expresa sus argumentos de la siguiente manera:

IV.1.- CONTESTACIÓN DE DEMANDA

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 1

14. La ENTIDAD menciona que los plazos establecidos en las Adendas N° 1 y N° 2 del CONTRATO son válidos y eficaces, en tanto fueron suscritos por ambas partes de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. En este sentido, ambos plazos surtieron efectos jurídicos desde el día siguiente de su suscripción, pese a lo cual fueron cumplidos, solo de manera parcial, por el CONSORCIO como se ha dejado constancia en la Carta N° 206-2014-MIDIS/PNAEWQ-UA, la información remitida por las Unidades Territoriales y la verificación de las áreas administrativas del Programa Qali Warma.
15. Respecto a la existencia de almacenes en las Unidades Territoriales, la ENTIDAD niega lo afirmado por el CONSORCIO respecto a la falta de almacenes en los referidos puntos territoriales, señalándose que el Informe N° 043-2013-MIDIS-PNAEQW-UP/JLCD, al cual se hace alusión en la Demanda, precisa que no se contaba con almacenes disponibles, más no se hace referencia a que no se cuente con almacenes propiamente, razón por la que se pactó el Adicional N° 2, buscando cumplir la finalidad del CONTRATO, bajo los alcances 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, de acuerdo a la normativa, tiene por finalidad el alcanzar la finalidad del Contrato, por lo que, en el presente caso, la misma es el *"Mejorar la Alimentación de niñas y niños usuarios del programa nacional de alimentación escolar Qali Warma durante los días del año escolar"*, sustentándose dicha afirmación en lo señalado en el requerimiento del CONTRATO, basado en el Memorándum N° 0129-2013-MIDIS/PNAEQW y recogido en el Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas del proceso de selección.
17. En consecuencia afirma la ENTIDAD, al no haber almacenes disponibles, era imprescindible realizar la contratación de las prestaciones adicionales para cumplir con la finalidad referida. De lo contrario, se hubiese dejado de prestar los bienes a los niños y niñas beneficiarios, incumpléndose 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, conforme se establece en las Páginas 41 y 42 de las Bases Integradas. En este sentido, señala que ante las contingencias referidas, las

prestaciones adicionales tenían por objetivo el traslado de los bienes ya no a las Unidades Territoriales, sino directamente 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 a las Instituciones Educativas Beneficiarias.

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 en relación al CONTRATO. Se menciona, además, que el CONSORCIO incumplió con prestaciones a su cargo (transporte de bienes, según el segundo párrafo de la Carta Notarial N° 206-2014-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, además de afectar la finalidad pública que dio origen al proceso de selección.
21. Indican que realizarán su propia verificación y evaluación de las cantidades que el CONSORCIO deberá distribuir en los puntos territoriales conforme a los términos del CONTRATO y sus adendas, ello con el fin de determinar con exactitud el monto adeudado incluyéndose las penalidades respectivas del cumplimiento parcial de las obligaciones pactadas. Por tal motivo, se reserva el derecho de precisar la referida cantidad en su debida oportunidad.

RESPECTO A LA PRETENSION N° 3

22. En este extremo, el CONSORCIO expone la misma argumentación empleada para oponerse a la segunda pretensión.

RESPECTO A LA PRETENSION N° 4

23. En este extremo, el CONSORCIO expone la misma argumentación empleada para oponerse a la segunda y tercera pretensión.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 5

24. La ENTIDAD afirma que las Bases Integradas, Capítulo I de la sección Específica, consagran que el sistema de contratación aplicable al CONTRATO es el de Suma Alzada, en cuya definición se consagra la obligación el cumplir con la totalidad de las prestaciones pactadas, conforme a la definición expuesta por la Resolución N° 113/2006.TC-SU.

25. Asimismo, las Cláusulas Cuarta y Quinta del CONTRATO consagran que el pago por la prestación efectuada procede por la entrega de la totalidad de los bienes en todas las instituciones Educativas.
26. Se afirma que el CONSORCIO no cumplió con realizar todas las prestaciones pactadas en la Adenda N° 02 que incluían la entrega y/o transporte de los bienes a todas las instituciones educativas, y en consecuencia, no procede el pago del monto solicitado, en tanto, como se mencionó, el CONTRATO no contempla la posibilidad de efectuar un desagregado por cada departamento a entregar. Por lo tanto, al haber incumplido con la distribución total (tal como se aprecia del segundo párrafo de la Carta Notarial N° 206-2014-MIDIS/PNAEWQ-UA, la información remitida por cada una de las unidades territoriales y la verificación de las áreas administrativas del programa) se acredita el incumplimiento por parte del contratista.

RESPECTO DE LA PRETENSIÓN N° 6.

27. La ENTIDAD señala la misma argumentación empleada para oponerse a la segunda, tercera y cuarta pretensión.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 7

28. En este extremo, la Entidad afirma haber cumplido con las causales y el procedimiento determinado para la resolución del CONTRATO, actuación que se encuentra regulada 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 de su Reglamento.
29. En efecto, la ENTIDAD afirma que conforme lo disponen las citadas normas se encontraba facultada a resolver el CONTRATO total o parcialmente en caso el CONSORCIO incumpliese injustificadamente sus obligaciones contractuales, y no cumpla con subsanar dichas faltas en un plazo no mayor de 15 días, a pesar de ser previamente requerido con el cumplimiento mediante carta notarial.
30. 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° 167-2014-MIDIS/PNAEQW otorgó un plazo no mayor de siete (07) días calendario de recibida dicha comunicación para que se cumpla con la totalidad de las obligaciones, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
31. Señala que, al no existir respuesta en el tiempo estipulado, la ENTIDAD, mediante Carta Notarial N° 206-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, de fecha 21 de octubre de 2014, decidió resolver de forma parcial el CONTRATO en el extremo respectivo a la

prestación adicional sobre el transporte de los bienes a las Instituciones Educativas (Adicional N° 2). Por tales motivos, señala que ha cumplido con las estipulaciones contractuales y normativas para resolver parcialmente el contrato.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 8

32. La ENTIDAD indica que el CONSORCIO no sustenta la presente pretensión, limitándose a citarla, por lo que se reserva el derecho a pronunciarse como corresponda una vez que sea debidamente fundamentada y sin perjuicio de ello, se solicita que se declare infundada la pretensión.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 9

33. La ENTIDAD señala que la contestación de la presente pretensión debe ceñirse a lo fundamentado en la respuesta a la primera pretensión principal y solicita que se declare infundada la pretensión.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 10

34. La ENTIDAD señala la misma argumentación empleada para oponerse a la segunda, tercera, cuarta y sexta pretensión.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 11

35. Se indica que el CONSORCIO no sustenta la presente pretensión, limitándose a citarla. Por ello, se reserva el derecho a pronunciarse como corresponda una vez que la pretensión sea debidamente fundamentada. Sin perjuicio de ello, solicita que se declare infundada la pretensión.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 12

36. Se señala que esta pretensión debe ser declarada infundada y solicita que los costos del proceso deban ser atribuidos íntegramente al CONSORCIO, ya que los gastos en que incurre son a causa de su propio incumplimiento.

IV.2.- DE LA RECONVENCIÓN

37. La ENTIDAD interpone Reconvencción en el Primer Otrosí de la Contestación de la Demanda, solicitando 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- ÍTEM N° 13: Jarras de 3 litros, 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 Adendas; 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

38. La ENTIDAD señala que se encuentra en coordinaciones con el área de tesorería, ello con el fin de obtener el reporte de pagos y penalidades aplicadas en el marco del CONTRATO.
39. 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 la contestación que su contraparte incumplió con dicha prestación a su cargo, tal como consta en el segundo párrafo de la Carta Notarial N° 206-2014-MIDIS/PNAEWQ-UA, la misma que sirvió de base a la resolución contractual de acuerdo a la información remitida por las Unidades Territoriales y áreas administrativas del programa. Señalan también que dicha resolución perjudica gravemente a la ENTIDAD, a los beneficiarios del programa Qali Warma y se afecta la finalidad pública del CONTRATO.
40. Por ello, se solicita que el CONSORCIO entregue a la ENTIDAD los productos cancelados y no distribuidos en un lugar específico que se reserva el derecho de especificar en su oportunidad, luego de realizada la verificación de las cantidades exactas a entregarse en cada uno de los departamentos conforme a lo dispuesto en el CONTRATO.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 2

41. La ENTIDAD solicita que, respecto a los fundamentos de hecho de la presente pretensión, se tengan presentes los puntos desarrollados en los fundamentos de hecho de la contestación de demanda en lo pertinente y seguidamente, se toma como fundamento lo dispuesto en el artículo 1152 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1151 del mismo cuerpo normativo. Señalan que dichas normas regulan el supuesto de incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación y la consecuente indemnización por los daños y perjuicios generados, precisándose que en el presente caso, nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento y por ende, ante un supuesto de responsabilidad.
42. Seguidamente, se trae a colación el artículo 1322 del Condigo Civil que establece el resarcimiento del daño moral, basándose en variadas definiciones esbozadas y citas de los juristas: Carlos Fernández Sessarego, Renato Scognamiglio, Pablo Levano y Leysser León, además de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en cuya sentencia recaída en el Expediente N° 905-2001/AA-TC, reconoció la posibilidad de amparar una indemnización por daño moral a las personas jurídicas.
43. En amparo de las fundamentos anteriores, la ENTIDAD afirma que el incumplimiento de las condiciones contractuales del CONTRATO y Adendas le ha causado un severo perjuicio a la buena reputación con la que contaba ante la opinión pública general, además del perjuicio que implica la falta de entrega de los bienes objeto del CONTRATO a sus destinatarios finales, entorpeciendo el servicio de atención alimentaria.

Sobre la determinación de la responsabilidad del Consorcio

44. La ENTIDAD señala que el CONSORCIO es el responsable de los daños que le ha causado, en tanto el daño implica el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de una acción u omisión de otra. En dicha medida, señala que se ha configurado el daño debido a que el incumplimiento del CONTRATO, Bases y Adenda N° 02 perjudicó la finalidad pública del proceso de selección, la imposibilidad de dar el fin que se perseguía mediante la prestación y el menoscabo económico de los fondos públicos involucrados.

Sobre la responsabilidad contractual y el daño causado

45. Se indica que la responsabilidad civil contiene cuatro elementos básicos, los cuales se configuran en el presente caso debido a que el CONSORCIO incurrió en culpa inexcusable, incumpliendo con las Bases, el CONTRATO y la adendas. En tal medida, se realiza el siguiente análisis:
 - *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:* La ENTIDAD señala que dicho elemento se presenta en la conducta negligente del CONSORCIO, encuadrándose también dentro del artículo 1321 del Código Civil, por cuanto se verificó una 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:* La ENTIDAD indica que ha quedado totalmente acreditado que el incumplimiento del CONSORCIO ha generado un daño al prestigio de 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.

46. Respecto a la cuantía del daño causado, la ENTIDAD, amparándose en el artículo 1332 del Código Civil, considera que el Tribunal Arbitral deberá fijarlo, teniendo en cuenta el severo perjuicio que se ha ocasionado en su prestigio y reputación. Por dicho motivo, solicita que su pretensión sea declarada fundada, al haberse configurado los elementos de la responsabilidad civil contractual.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 3

47. La ENTIDAD solicita que sea el CONSORCIO el que asuma las costas arbitrales y demás gastos en que se encuentra incurriendo para la mejor defensa de sus derechos, ya que tales gastos son por causas atribuibles exclusivamente al citado CONSORCIO.

SUBSANACIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN

48. La ENTIDAD mediante escrito s/n, notificado el 30 de enero de 2015, precisa que la primera pretensión objetiva originaria principal de la reconvencción constituye una cuestión de puro derecho. Asimismo, precisa que la segunda pretensión objetiva originaria principal relativa al daño moral equivale a la suma de S/ 10,000.00 Soles. Finalmente, se precisa que la tercera pretensión objetiva originaria principal de la reconvencción tiene una cuantía indeterminada, que será precisada por el tribunal a la culminación del proceso.

V. DE LA CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN

49. El CONSORCIO, mediante escrito ingresado el 24 de febrero de 2015, procedió a contestar la reconvención planteada por la ENTIDAD, según los siguientes argumentos:

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 1

50. El CONSORCIO menciona que los bienes objeto del CONTRATO no han sido cancelados debidamente, conforme se verifica de la revisión de la Factura N° 004-0030 del 13 de noviembre de 2013 y de la lectura de la segunda pretensión de su demanda, subsistiendo una deuda que asciende a S/. 13,616.10 (Trece Mil Seiscientos Dieciséis con 10/100 Nuevos Soles), más los intereses generados por la falta de pago de la prestación principal del CONTRATO. Señalan que, además, se les adeuda el pago correspondiente por la ejecución de las prestaciones adicionales.
51. Indican que existió un saldo de los bienes objetos del CONTRATO, los cuales no pudieron ser entregado por la omisión de la ENTIDAD de precisar los lugares de entrega y las personas encargadas de la recepción, ello a pesar de que dicha información fue requerida constantemente por el CONSORCIO, generando un sobrecosto, en cuanto a su almacenaje y custodia.
52. En ese contexto, indican que se les notificó el 28 de octubre de 2014 la Carta Notarial N° 227-2014- MIDIS/PNAEQW-UA, en donde se les exigía la devolución de los bienes a las Unidades Territoriales en un plazo no mayor a siete (07) días calendario. No obstante, señalan que en dicha comunicación se omitió 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° 111-2014-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.
53. El CONSORCIO indica que, como consecuencia de la reunión, tomaron conocimiento que la Carta Notarial N° 227-2014- MIDIS/PNAEQW-UA no tenía efecto alguno, pues a la fecha no se contaba con almacenes en los cuales operarían las Unidades Territoriales para la entrega de los bienes. Además, en dicha reunión se tomaron los siguientes acuerdos mediante Acta de Acuerdos S/N:
- La ENTIDAD deja sin efecto el plazo señalado en las Carta Notariales N° 214-2014- MIDIS/PNARQE-UA, 215-2014-MIDIS/PNARQE-UA y 227-2014-MIDIS/PNAEQW-UA. En dichas cartas, se requería la devolución de los bienes a las Unidades Educativas en el plazo de siete (07) días calendario, plazo cuya fecha de vencimiento era el día siguiente a la suscripción del acta.

- 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.
- EL CONSORCIO dejó constancia que la no entrega de los bienes en el plazo estipulado en la Carta Notarial N° 227-2014- MIDIS/PNAEQW-UA no correspondió a una negativa de su parte.

54. Se señala además que si bien los funcionarios de la ENTIDAD, por estar sometidos a un control interno, no podían consignar las causas por las cuales dejaban sin efecto el plazo de la Carta Notarial N° 227-2014- MIDIS/PNAEQW-UA, se entiende y evidencia que el nuevo plazo respondía única y exclusivamente a que la ENTIDAD no contó, desde el momento de la convocatoria al proceso y hasta la fecha, con los almacenes donde funcionarían las Unidades Territoriales.
55. Respecto a este punto, refutando lo dicho por la ENTIDAD sobre la existencia de almacenes, el CONSORCIO cuestiona el hecho de que la ENTIDAD haya buscado la finalidad del contrato, al contratar la compra de una cantidad importante de bienes sin disponer de almacenes disponibles para su correcta ejecución, como se puede apreciar del Informe N° 043-2013-MIDIS-PNAEQW-UP/JLCD.
56. Respecto a lo dicho por la ENTIDAD sobre el incumplimiento del transporte de bienes, el CONSORCIO indica que a través de las Cartas N° 027-GER-2014, 028-GER-2014 y 029-GER-2014, Se solicitó la relación actualizada de las Instituciones Educativas beneficiarias, las mismas que, hasta la fecha, no han sido puestas en su conocimiento. 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

57. EL CONSORCIO señala que el retraso en el cumplimiento de las prestaciones adicionales se debió a la irresponsabilidad de la ENTIDAD. Por dicho motivo, precisan que la resolución contractual mediante Carta N° 206-2014-MIDIS/PNAEQW-UA es ilegal, al haber sido planteada por la parte infractora y no por la parte perjudicada, en amparo del artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
58. Asimismo, indican que la penalidad impuesta por Carta N° 012-2014-PNAEQW/UA también deviene en ilegal, ya que los retrasos en el cumplimiento de las prestaciones objeto del CONTRATO se encuentran justificados en el negligente actuar de la ENTIDAD, conforme se establece en el artículo 165 de la misma norma.
59. El CONSORCIO señala que no puede ampararse la petición de indemnización por daño moral solicitada por la ENTIDAD, en tanto ello implicaría desconocer la falta

de diligencia y compromiso respecto de la falta de almacenes en las diferentes Unidades Territoriales en las cuales debían ser entregados los bienes y la falta de comunicación de este hecho con la debida anticipación. En tal medida, señala que existió un aprovechamiento de la ENTIDAD al contratar bienes sin contar con la logística necesaria y pretender sanear dicho error, mediante la suscripción de adendas que no se orientan a la finalidad del contrato, sino a subsanar la referida falta de diligencia.

60. Se señala que la atribución de responsabilidad hacia el CONSORCIO sobre la falta de entrega o entrega tardía de los bienes, tenían como único fin trasladar la falta de previsión logística y administrativa de los funcionarios y servidores de la ENTIDAD, para evitar una proyección negativa de su la imagen y credibilidad frente a la sociedad.
61. El CONSORCIO indica que no existe responsabilidad alguna atribuible a dicha parte, debido a que la responsabilidad debe encontrarse previamente establecidas en la relación contractual, de modo objetivo. Por tal motivo, no podría atribuirse responsabilidad por un supuesto incumplimiento, más aún si dicha parte fue conminada a suscribir sendas adendas con el propósito de alcanzar la finalidad del programa, por lo que el daño alegado no se adecua con la protección legal de la responsabilidad regulada en el Código Civil.

RESPECTO A LA PRETENSIÓN N° 3

62. Solicitan declarar infundada la presente pretensión por carecer de asidero fáctico. El CONSORCIO sostiene que al no ser responsable de las supuestas causas de incumplimiento parcial, tardío o defectuoso del CONTRATO, no debe asumir los gastos irrogados por el presente proceso.

RESPECTO A LA ACLARACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

63. Respecto a su primera pretensión, el CONSORCIO señala que aquella versa sobre la ineficacia y, por tanto, sobre la inaplicación de los plazos establecidos en el CONTRATO y sus Adendas, mas no como un desconocimiento del objeto de las obligaciones pactadas. Solicitan se declare fundada dicha pretensión.
64. 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. Este hecho se generó por la falta de almacenes de la ENTIDAD y la información defectuosa y negligente proporcionada por la misma. Por ello, se requiere el pago de estos mayores gastos incurridos. Solicitan se declare fundada dicha pretensión.
65. Respecto a la décima pretensión, señalan que las sucesivas renovaciones de la

Carta Fianza, obedecen a que el CONTRATO aún se encuentra vigente, siendo la ENTIDAD la única responsable de la demora e incumplimiento de la Adenda N° 02, conforme se ha acreditado de los medios probatorios ofrecidos por dicha parte. Por ello, señala que la ENTIDAD debe asumir 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

66. Mediante escrito s/n con la Sumilla "Adjunta nuevos medios probatorios" notificado el 01 de julio de 2015, la ENTIDAD menciona que el consorcio cumplió con la entrega de los bienes contractuales, pero de manera extemporánea; por ello, se le aplicó la penalidad máxima por la suma total de S/. 16,716.93 (Dieciséis Mil Setecientos Dieciséis con 93/100 Nuevos Soles), de los cuales solo se cobró el monto de S/. 13,616.10 (Trece Mil Seiscientos Dieciséis con 10/100 Nuevos Soles), quedando por ende un saldo de S/. 3,100.83 (Tres Mil Cien con 83/100 Nuevos Soles). En este sentido, se indica que el monto del CONTRATO fue cancelado, sin perjuicio de las penalidades aplicables.
67. 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 (presidentes de APAFA, profesores gobernadores, etc.), iii) entrega de bienes en lugares distintos a las Instituciones Educativas.
68. Señalan que, por estas omisiones, se procedió a remitir la Carta Notarial N° 167-2014-PNAEQW/UA, en fecha 19 de julio de 2014, otorgando un plazo de siete (07) días calendario al CONSORCIO para que cumpla con sus obligaciones, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Al transcurrir dicho plazo sin subsanación alguna, se procedió a resolver parcialmente el CONTRATO mediante Carta Notarial N° 206-2014-PNAEQW/UA. Además, mediante esta comunicación se solicitó que se entregaran el saldo de bienes, que fueron cancelados, a las Unidades Territoriales de la ENTIDAD.
69. Afirma la ENTIDAD que se procedió a la aplicación de la penalidad por el monto de S/ 4,139.48 (Cuatro Mil Ciento Treinta y Nueve con 48/100 Soles), por el incumplimiento de la prestación adicional del CONTRATO.
70. Señalan que al no contar con los datos exactos sobre los bienes distribuidos a las instituciones educativas ni del saldo de los no distribuidos, se procedió a pactar con el CONSORCIO el Acta de acuerdo de fecha 03 de noviembre de 2014, mediante la cual se estableció lo siguiente:

a) El CONSORCIO se comprometió a remitir: i) la cantidad de utensilios entregados a las Instituciones Educativas, ii) la cantidad de bienes no distribuidos, iii) la dirección de almacenes donde se encuentren estos saldos y iv) nombre del personal a cargo de su custodia. Este acuerdo tenía por finalidad el realizar los actos para el alquiler de almacenes por parte de las Unidades Territoriales a cargo de su recepción

b) La ENTIDAD dejó sin efecto el plazo para la devolución de saldo de bienes 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. Dicha actuación se debió a la falta de precisión sobre el lugar, fecha y designación de las personas para la devolución de los bienes. En tal medida, una vez que se contase con almacenes en cada Unidad Territorial, se comprometía a indicar un nuevo plazo con las precisiones omitidas anteriormente.

71. Se indica que el CONSORCIO cumplió con remitir la información solicitada mediante Cartas N° 120-2014-GG, 121-2014-GG, 122-2014-GG, 123-2014-GG y 124-2014-GG. Por su parte, la ENTIDAD, mediante Cartas N° 234, 237, 238, 246, 255 y 266-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, notificó al CONSORCIO la dirección, designación de personas y plazos necesarios para la entrega de bienes no distribuidos a las Instituciones Educativas. No obstante, éste se demoró en dicha labor; por lo cual se amplió el plazo hasta el 17 de febrero de 2015, pese a lo cual, no se cumplió con la devolución de los bienes, generándose costos al haber contratado los almacenes para la recepción de los referidos bienes.

72. 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 Dos Mil Setecientos Cuarenta y Siete (2,747) bienes a las Instituciones educativas beneficiarias; no obstante, solo devolvió Mil Seiscientos Ochenta y Seis (1,686). Por ello, en concordancia con su primera pretensión de reconvenición, 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.

73. 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:

a) Las actas no han sido suscritas por los Jefes de las Unidades Territoriales o la persona delegada encargada, conforme se estableció en la Adenda del CONTRATO

b) Se encontraron en las actas, nombres, firmas y sellos falsos de los directores de las Instituciones educativas beneficiarias. Adjuntan algunas actas y escritos firmados por los directores que desconocen dichos documentos.

c) Se afirma que las entregas fueron realizadas a personal no autorizado (Presidentes de APAFA, profesores, gobernadores y otras personas no autorizadas) y en lugares distintos a las Instituciones Educativas (plazas, gobernaturas, etc.).

74. Finalmente, se adjuntan una serie de documentos para sustentar lo afirmado en líneas anteriores.

VII. ACTUACIONES ARBITRALES

VII.1.- Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios

75. El día 5 de enero del año 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, con la asistencia de los miembros del Tribunal Arbitral y, los representantes del CONSORCIO y la ENTIDAD.

76. De otro lado, 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 N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW, de fecha 03 de julio de 2013; así como los plazos contenidos en su Adenda N° 01, de fecha 06 de septiembre de 2013, y Adenda N° 02, de fecha 15 de octubre de 2013.

Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD cumpla con cancelar el importe correspondiente a S/. 13,616.10 (Trece mil Seiscientos Dieciséis con 10/100), contenida en la factura N° 004-0030, de fecha 13 de noviembre de 2013 y recepcionada por la Entidad con fecha 14 de noviembre de 2013, más los intereses moratorios.

Tercer punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD dejar sin efecto la aplicación de la penalidad ascendente a la suma de S/. 16,716.93 (Dieciséis Mil Setecientos Dieciséis con 93/100 Nuevos Soles), contenida en la Carta Notarial N° 012-2014-PNAEQW/UA de fecha 14 de marzo de 2014.

Cuarto punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD cumpla con pagar los intereses moratorios, que a la fecha de interposición de la demanda sean determinados, generados como consecuencia de no haber cancelado las Facturas N° 004-058 (pagado 05 días de retraso); Factura N° 004-0051 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0020

(pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0027 (pagada 12 días de retraso); Factura N° 004-0023 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0022 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0021 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0072 (pagada 19 días de retraso); Factura N° 004-0057 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0056 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0018 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0026 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0052 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0053 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0040 (pagada 12 días de retraso); Factura N° 004-0019 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0038 (pagada 12 días de retraso); Factura N° 004-0088 (pagada 30 días de retraso) y Factura N° 004-0031 (pagada 12 días de retraso) dentro del plazo de los quince (15) días calendarios siguientes al otorgamiento de la conformidad, conforme a lo establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW.

Quinto punto controvertido: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD emita las conformidades correspondientes a las Unidades Territoriales de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali por las prestaciones adicionales ejecutadas de acuerdo a lo establecido en la Adenda N° 02 suscrita con fecha 15 de octubre de 2013 -transporte de los bienes- del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW de fecha 03 de julio de 2013.

Sexto punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD cumpla con cancelar el importe de S/. 41,394.75 (Cuarenta y Un Mil Trescientos Noventa y Cuatro con 75/100 Nuevos Soles) por la ejecución de las prestaciones adicionales -transporte de bienes- derivada de la Adenda N° 02, suscrita con fecha 15 de octubre de 2013, correspondiente al Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW, más los intereses moratorios por el retraso injustificado.

Séptimo punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad y por consiguiente se deje sin efecto la Carta Notarial N° 206-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, de fecha 21 de octubre de 2014, mediante la cual la ENTIDAD, resuelve modo parcial el Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW -en lo que se refiere a la prestación adicional- transporte de los bienes a las instituciones educativas beneficiarias.

Octavo punto controvertido: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD cumpla con reconocer y pagar los gastos adicionales y sobre costos irrogados por el CONSORCIO respecto a la contratación de almacenes para el funcionamiento de las diversas Unidades Territoriales, custodia y vigilancia de los bienes, costos de transporte y los demás gastos generales con ocasión de la ejecución de las prestaciones adicionales contenidas en la Adenda N° 02 del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW.

Noveno 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 Adenda N° 02, se declare que el servicio de distribución hacia las instituciones educativas no tiene el límite del veinticinco (25%) del monto del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW y como tal, determinar que se ordene a la ENTIDAD 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 cumpla con efectuar la devolución de la Carta Fianza N° 000606138587, de fecha 10 de octubre de 2013 y renovada hasta el 31 de diciembre de 2013, emitida por el Banco Financiero por el importe de S/. 4,139.48 (Cuatro Mil Ciento Treinta y Nueve con 48/100 Nuevos Soles) por fiel cumplimiento de las prestaciones adicionales de la Adenda N° 02 del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW.

Décimo primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD el pago de gastos incurridos por la CONTRATISTA 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 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.

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° 13: Jarras de 3 litros, 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."

77. 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 1 al 12.

Contestación de la reconvención

Se admiten los medios probatorios ofrecidos en su escrito con sumilla "Absuelve traslado de Reconvención", presentado en fecha 24 de febrero de 2015, signados en el acápite "Anexos", numerales 1 al 9, con excepción de la Carta Notarial N° 141-2014-GG y Copia de Carta N° 029-GG-2014.

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 (jarra 3 litros).

Finalmente, se admiten los medios probatorios ofrecidos en su escrito de alegatos, presentado con fecha 08 de julio de 2016, que se encuentran en el acápite "IV Anexos", numerales 1 al 25 los mismos que fueron subsanados mediante escrito, de fecha 03 de agosto de 2016, de sumilla "Cumplimos mandato".

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" y "V Medios probatorios", numerales 4.1 al 4.7 y 5.1 al 5.7, respectivamente.

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 14 de enero de 2015, signados en los acápites "V. Medios probatorios", numerales 5.1 al 5.7.

Finalmente, se admiten los medios probatorios ofrecidos en su escrito de alegatos, presentado con fecha 07 de julio de 2016, que se encuentran el único OTROSI DECIMOS de dicho documento, numerales del 1 al 3.

VII.2.- Audiencia de Ilustración

78. Conforme a lo programado, el 21 de enero 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.
79. 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 dúplica correspondiente.

VII.3.- Audiencia de Declaración de Testigos

80. Conforme a lo programado, el 16 de mayo de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de declaración de testigos, con la asistencia de los miembros del Tribunal Arbitral y, los representantes del CONSORCIO y la ENTIDAD. En dicho acto se dispuso la declaración testimonial del señor Fredith Zúñiga Mercedes. El mencionado señor absolvió las preguntas planteadas por el CONSORCIO. Asimismo, se realizaron comentarios y preguntas al testigo por parte de la ENTIDAD y el CONSORCIO.

VII.4.- Alegatos Escritos e Informes Orales

81. Las partes, entre el 07 y 08 de julio de 2016, cumplieron con presentar sus alegatos finales. Asimismo, conforme a lo programado, el 09 de agosto de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la asistencia de los representantes del CONSORCIO y la ENTIDAD.
82. Concluida la diligencia, los árbitros manifestaron que el expediente se encontraba listo para laudar y fijaron plazo para laudar.
83. En la fecha, dentro del plazo previsto, el Colegiado procede a dictar el Laudo Arbitral correspondiente.

CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES

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

- 84.1. 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.
- 84.2. Que las partes han presentado su demanda y contestación dentro del plazo dispuesto y han ejercido plenamente su derecho de defensa.
- 84.3. 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.
- 84.4. Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
- 84.5. 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.
- 84.6. 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.
- 84.7. 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.
- 84.8. 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 Preliminar¹, 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.

84.9. 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.

84.10. 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.

II.- NORMA APLICABLE

85. 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.

¹ "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."

III- ANALISIS DE LAS PRETENSIONES

El contrato en general

86. 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 Lavalle² 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"*.
87. Sobre el particular De la Puente y Lavalle³ 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".
88. 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".

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

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

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

*"El artículo 1361° 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"*⁴.

90. Siguiendo la doctrina sobre esta materia, Anibal 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 (...)"*⁵

Sobre lo que trata la presente controversia

91. En el presente caso, la controversia se refiere a un contrato de provisión de bienes (Jarras transparentes de 3-3.5 litros), en el que además mediante adenda, denominada Adenda N° 02, se incorporó la obligación de su distribución a nivel adicional, etapa esta última en la cual se produjeron las desavenencias entre las partes, respecto del cumplimiento de las obligaciones entre las mismas y la imputabilidad que hace cada una de ellas, respecto de la otra en lo que se refiere a su cumplimiento, con las consecuencias que de ello se derivan.

Análisis específico de las prestaciones planteadas

92. 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 reconvenición. Únicamente para efectos metodológicos, agruparemos tales pretensiones en los siguientes rubros de análisis:
- i) Pretensiones relacionadas con la validez de la Adenda N° 02, la aplicabilidad de

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

⁵⁵TORRES VASQUEZ, ANIBAL. Teoría General del Contrato. Pacífico Editores. Lima. 2011. Página 171-172.

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.

93. Analizaremos a continuación, dentro de cada rubro metodológico, las pretensiones planteadas por las partes:

Sobre la validez de la Adenda N° 02, la aplicabilidad de sus plazos y el cumplimiento de las obligaciones en ella contenidas

94. 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 N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW, de fecha 03 de julio de 2013; así como los plazos contenidos en su Adenda N° 01, de fecha 06 de septiembre de 2013, y Adenda N° 02, de fecha 15 de octubre de 2013.

Tercer punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD dejar sin efecto la aplicación de la penalidad ascendente a la suma de S/. 16,716.93 (Dieciséis Mil Setecientos Dieciséis con 93/100 Nuevos Soles), contenida en la Carta Notarial N° 012-2014-PNAEQW/UA de fecha 14 de marzo de 2014.

Quinto punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD emitir las conformidades correspondientes a las Unidades Territoriales de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali por las prestaciones adicionales ejecutadas de acuerdo con lo establecido en la Adenda N° 02 suscrita con fecha 15 de octubre de 2013 -transporte de los bienes- del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW de fecha 03 de julio de 2013.

Séptimo punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad y por consiguiente se deje sin efecto la Carta Notarial N° 206-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, de fecha 21 de octubre de 2014, en la cual la ENTIDAD, resuelve de modo parcial el Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW -en lo que se refiere a la prestación adicional- transporte de los bienes a las instituciones educativas beneficiarias.

Noveno 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 de que se declare la irregularidad y/o ilegalidad de la Adenda N° 02, se declare que el

servicio de distribución hacia las instituciones educativas no tiene el límite del veinticinco (25%) del monto del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW y como tal, determinar que se ordene a la ENTIDAD asumir todos los sobrecostos irrogados por la CONTRATISTA, 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° 000606138587, de fecha 10 de octubre de 2013 y renovada hasta el 31 de diciembre de 2013, expedida por el Banco Financiero por la suma de S/. 4,139.48 (Cuatro Mil Ciento Treinta y Nueve con 48/100 Nuevos Soles) por fiel cumplimiento de las prestaciones adicionales de la Adenda N° 02 del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW.*

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° 13: Jarras de 3 litros, que han sido debidamente cancelados, sin embargo, no se han distribuidos en las Instituciones Educativas beneficiarias."*

95. En este extremo, en primer lugar, se procederá a analizar la eficacia y aplicabilidad de los plazos contractuales del CONTRATO y las Adendas N° 01 y 02 tomando en cuenta la relación de los hechos relativos al incumplimiento o no de las obligaciones a cargo de ambas partes, específicamente, respecto del objeto del CONTRATO el cual está relacionado a la distribución de bienes en las Instituciones Educativas beneficiarias. En segundo lugar, se evaluará la posibilidad de aplicar penalidades por mora o de resolver el CONTRATO por causa imputable a una de ellas. Finalmente, en este mismo rubro, deberá analizarse los alcances de las obligaciones contenidas en la Adenda N° 02, así como la legalidad o ilegalidad de sus prestaciones.
96. Para analizar la ineficacia y/o validez de los plazos fijados en el CONTRATO y en las Adendas N° 01 y 02, es importante establecer el objeto de dichos acuerdos, el cual viene prestablecido en sus cláusulas, como procederemos a anotar.
97. El objeto del CONTRATO principal venía referido en su Cláusula Segunda y establecía que se centraba en la adquisición de utensilios de cocina, conforme lo establecían las Especificaciones Técnicas y estas últimas señalaban que los bienes a adquirir eran Jarras transparentes de 3 litros:

"CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

El presente contrato tiene por objeto la adquisición de utensilios de cocina para el componente alimentario, conforme a las Especificaciones Técnicas".

98. Respecto a la Adenda N° 01 la misma se suscribe con motivo de una ampliación de plazo de sesenta (60) días, al existir atrasos y/o paralizaciones no imputables al Contratista, al haber una falta de almacenes disponibles para la recepción de los bienes materia del CONTRATO:

“CLÁUSULA PRIMERA: ANTECEDENTES:

(...)

Con Memorando N° 0589-2013-MIDIS/PNAEQW-UP, la Unidad de Prestaciones recomienda que se apruebe la ampliación de plazo debido a que el programa no cuenta con almacenes adecuados para la recepción de los bienes lo que representa un atraso en la entrega que es ajena a la voluntad del contratista.

Con Informe Técnico N° 029-2013-PNAEQW/UA-CAYSG, la Coordinadora de Abastecimiento y Servicios Generales consideró procedente la solicitud de ampliación de plazo contractual de sesenta (60) días calendario, dado que se ha dado el supuesto en el inciso 2 del artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”.

99. Respecto a la Adenda N° 02, se establecía en su Cláusula Tercera que tenía por objeto el transporte de bienes del CONTRATO:

“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 No. 028-2013-MIDIS/PNAEQW a las Instituciones Educativas beneficiarias”.

100. Ahora bien, el tercer párrafo de la Cláusula Primera de esta Última Adenda: “Antecedentes”, señala el motivo de la prestación adicional contratada:

“Con fecha 05 de septiembre del 2013, a través del Memorando N° 0617-2013-MIDIS/PNAEQW, la Unidad de Prestaciones del Programa Nacional de Alimentación Escolar remitió el Informe N° 043-2013-MIDIS-PNAEQW-UP-LLCD del Especialista de Infraestructura Alimentaria, mediante el cual se informó que a la fecha no se cuenta con almacenes disponibles en las diferentes unidades territoriales, para almacenar los utensilios de cocina adquiridos, resultando necesario distribuir los utensilios a cada una de las Instituciones Educativas motivo por el cual, con el objeto que los bienes sean entregados en última instancia en las sedes de las instituciones educativas beneficiarias, solicita que para alcanzar la finalidad de los contratos suscritos, se realicen prestaciones adicionales para el transporte señalado ”.

(Subrayado original del texto citado)

101. Este hecho ha sido confirmado por la ENTIDAD en su escrito de Contestación de Demanda, el cuya página 3, señala:

"(...) como vemos mi representada no tenía almacenes disponibles para almacenar (que es distinto a afirmar que NO se tenía 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 N° 02), conforme al artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado y Artículo 174 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado".

102. Teniendo claro lo anterior, se puede apreciar que los plazos pactados en el CONTRATO y la Adenda N° 01 requerían una carga previa de la ENTIDAD que era el contar con los almacenes disponibles para la recepción de los bienes materia del CONTRATO (Jarras transparentes - 3 litros) y es justamente dicho incumplimiento el que trae como consecuencia la suscripción de la Adenda N° 01, bajo la forma de una prestación adicional, de acuerdo a lo mencionado por las partes y los documentos del expediente.

103. Ahora bien, respecto de la Adenda N° 02 y lo mencionado por ambas partes en la Audiencia de Informes Orales, este Tribunal se ha generado convicción de que el cumplimiento de la obligación de "transporte de los bienes descritos en el Contrato No. 028-2013-MIDIS/PNAEQW a las Instituciones Educativas beneficiarias", requería la comunicación de la información necesaria e indispensable para que su contraparte pudiera repartir los utensilios en las diferentes instituciones educativas beneficiadas.

104. Asimismo, la exposición de las posturas en la Audiencia de Informes Orales dejaron entrever a este tribunal que tanto el CONSORCIO como la ENTIDAD entendían que sin esta información no se podía cumplir íntegramente con las obligaciones de la Adenda N° 02.

105. Sobre el particular, conviene anotar que, pese a que no existe referencia alguna al deber de colaboración entre las partes en la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento, 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)

Sobre lo expuesto por la norma, cabe anotar que inclusive en el hipotético supuesto que tal disposición legal no estuviese regulada, 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.

106. 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”.

107. Sobre la citada norma, el destacado jurista DE LA PUENTE, establece que *“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”*⁶. Sobre la base del principio de buena fe contenido en el artículo transcrito, 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.*⁷

(El subrayado es nuestro)

108. En ese sentido, explica RIVERA que:

⁶ 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.

⁷ 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.

"Del principio de buena fe contractual deriva a su vez una extensa gama de sub-principios que resultan ser, de algún modo, corolarios de aquel. Ordoqui (2008) incluye entre éstos a los principios de equilibrio 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 correspondencia⁸.

(El subrayado es nuestro).

109. 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"⁹.

110. 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"¹⁰.

(El subrayado es nuestro)

⁸ 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 Cooperación como corolario del Principio de Buena Fe](http://www.academia.edu/11488368/El_Deber_de_Cooperación_como_corolario_del_Principio_de_Buena_Fe).

⁹ 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.

¹⁰ 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=0ahUKewjymbSXhrLLAhWGOZAKHUWkBRIOFggUMAM&url=http%3A%2F%2Frevistas.ueexternado.edu.co%2Findex.php%2Fderpri%2Farticle%2Fdownload%2F552%2F522&usg=AFQjCNEQj_gltmj7XLLSMAYvPj6XQhTPw&bvm=bv.116274245,d.Y2I.

111. Del análisis de las normas anteriores aplicado a la presente controversia, podemos concluir que la ENTIDAD tenía el deber de colaborar con el CONSORCIO para que se pudiese alcanzar el fin del CONTRATO y entregar los utensilios en los lugares correspondientes, siendo que 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.
112. Así pues, respecto del CONTRATO y la Adenda N° 01, ha sido confirmado por ambas partes que la ENTIDAD no contaba con los almacenes disponibles para la recepción de los bienes, por lo que dicho extremo no es materia controvertido y en dicha medida, el Tribunal se genera convicción del incumplimiento de dicha carga por la referida parte.
113. Por otro lado, respecto del Adicional N° 02, la Entidad mediante el Oficio N° 019-2014-MIDIS-PNAEQW-UTI-ICA del 23 de enero de 2014, hace saber que las instituciones educativas son variables a lo largo del año escolar:

“Tengo el agrado de dirigirme a usted para manifestarle que en relación al asunto de la referencia se ha identificado instituciones educativas que, actualmente, ya no forman parte del Programa Nacional de Alimentación Escolar QaliWarma. Cabe mencionar que la lista de instituciones educativas depende de las disposiciones de la Dirección Regional de Educación, en tal sentido esta lista se actualiza a lo largo del año escolar

Al respecto, la Unidad Territorial Ica, está a la espera de los lineamientos de la Unidad de Administración sobre los procedimientos que se van a seguir en esta situación”.

114. En el presente caso, obra en el expediente, las Cartas N° 027-GER-2014, 028-GER-2014 y 029-GER-2014 notificadas en el periodo de mayo de 2014, mediante las cuales, IMPORTADORA Y DISTRIBUIDORA ZURECE S.A.C. empresa integrante del CONSORCIO, solicita los nombres de las diversas instituciones educativas para la distribución de los utensilios de cocina, que no habían sido específicamente identificadas.
115. Tal como se ha expresado en los documentos anteriores y de lo alegado por las partes, se acredita que la Entidad no proporcionó como consecuencia o como parte de la Adenda N° 02, un listado detallado ni pormenorizado de los centros educativos donde debían 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 no puede 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. Lo cual ha sido reconocido por la Entidad al manifestar que no

cumplieron con entregar la lista actualizada de las unidades educativas y las personas encargadas de la recepción de los bienes materia de la Adenda N° 02.

116. Así las cosas, está probado en autos que la Entidad no cumplió con alcanzar de manera oficial la información requerida, pese a lo cual el CONSORCIO 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 N° 02, tuvo dificultades para poder realizar diversas entregas, como se encuentra igualmente acreditado en autos.
117. De este modo, este Colegiado ha arribado a la convicción racional que el CONSORCIO efectivamente realizó sus mayores esfuerzos para dar cumplimiento a la Adenda N° 02; sin embargo, nunca contó con la información oficial necesaria para ello, pues la Entidad no cumplió con entregársela.
118. Frente a estos hechos, el Tribunal Arbitral considera pertinente dejar claro que para que el plazo otorgado al CONSORCIO en la Adenda N° 02 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.
119. Ahora bien, el incumplimiento de las cargas por parte de la ENTIDAD no genera, automáticamente, la ineficacia de los plazos contenidos en el CONTRATO, la Adenda N° 01 y la Adenda N° 02, no obstante si genera que los mismos no puedan ser computables hasta que se cumpla con el deber de colaboración desarrollados en líneas anteriores y asimismo, se genera que las paralizaciones y/o demoras transcurridas no sean imputables al CONSORCIO.
120. Tomando en cuenta el análisis anterior, corresponde a este tribunal pronunciarse sobre la posibilidad de aplicación de penalidades, para lo cual como primer punto es importante traer a colación lo dispuesto por la Cláusula Cuarta de la Adenda N° 02, en cuyo texto establece:

“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)

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

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

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

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

Penalidad diaria = $0.10 \times \text{Monto} / F \times \text{Plazo en días}$

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)

122. Conforme se ha expresado en líneas anteriores tanto a nivel del CONTRATO, como del propio artículo 165 del Reglamento, la penalidad por Mora solo podrá aplicarse ante la presencia de un retraso injustificado en la prestación a cargo del contratista, siendo importante anotar que el retraso será injustificado, cuando sea imputable al propio particular.

123. Teniendo clara la premisa anterior, en el presente caso no existe retraso injustificado, ya que, como bien se ha concluido en base al análisis de los hechos, nos encontramos ante un plazo que requiere de una actuación por parte de la ENTIDAD para que pueda computarse debidamente, por lo que no corresponde aplicación de penalidad alguna al CONSORCIO y en el supuesto de haberse

descontado efectivamente el monto del gravamen contenido en la penalidad, deberá procederse a su restitución.

124. Como se ha mencionado, ello no implica 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.
125. Ahora bien corresponde en este punto, analizar la validez, o no, de la resolución parcial del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW-en lo referente a la prestación adicional-, realizada mediante la Carta N° 206-2014-MIDIS/PNAEQW por la incumplimiento de obligaciones contractuales, en referencia a la no distribución de la totalidad de los bienes objeto del contrato, previo requerimiento efectuado en el mismo sentido.
126. Sobre el particular cabe traer a colación 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 40°.- Cláusulas obligatorias en los contratos

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

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

emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

Artículo 44°.- Resolución de los contratos

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

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

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

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

Artículo 167°.- Resolución de Contrato

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

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

Artículo 168°.- Causales de resolución por incumplimiento

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

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

prestación a su cargo; o

3. *Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

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

127. Conforme a las normas anteriores, el Tribunal Arbitral advierte que si bien es cierto la LCE y el RLCE habilitan la posibilidad de resolver un contrato (en este caso la Adenda N° 02) por parte de la ENTIDAD, para que proceda de manera válida dicha actuación debe configurarse un incumplimiento injustificado de la contraparte.
128. No obstante, en el presente caso, se ha demostrado que la causa alegada por la ENTIDAD para resolver la Adenda N° 02 no constituye un incumplimiento injustificado, sino por el contrario resulta justificado, en tanto la Entidad no cumplió con brindar la información oficial necesaria para que el CONSORCIO pudiese ejecutar sus obligaciones. Como se puede apreciar de los documentos presentados por las partes, la ENTIDAD ni si quiera dio respuesta oportuna a los diferentes requerimientos de pago y de remisión de información esencial por parte del contratista.
129. Por lo expuesto, la resolución de la Adenda N° 02 practicada por la Entidad no se ajusta a la Ley de Contrataciones del Estado ni a su Reglamento, corresponde declarar su nulidad o ineficacia, conforme ha sido solicitado por la parte demandante.
130. Ahora bien, corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la irregularidad o ilegalidad de la Adenda N° 02, 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.
- 130.1. 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.

- 130.2. 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.
- 130.3. 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.
- 130.4. 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.
- 130.5. 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.
- 130.6. 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, el CONSORCIO haya cuestionado los calculos establecidos, lejos de ello, por el contrario, se advierte que en su momento los habría aceptado.
- 130.7. 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, el CONSORCIO 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 del CONSORCIO de la mencionada Adenda N° 02.

- 130.8. 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.
131. Ahora bien, 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.

132. Habiendo quedado sin efecto la resolución de contrato dispuesta por la Entidad, corresponde al CONSORCIO 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, CONSORCIO 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.
133. Teniendo en cuenta lo anterior, el CONSORCIO debe entregar a QALI WARMA los utensilios aún no fueron entregados a las unidades escolares beneficiarias y que tampoco lograron ser distribuidos a las Unidades Territoriales, conforme a la documentación sustentatoria aportada por ambas partes, mediante el análisis de las actas de recepción y demás documentos sustentatorios remitidos por las partes.
134. Es importante precisar que mediante el escrito S/N con la Sumilla: "Adjunta nuevos medios probatorios", la ENTIDAD adjunta una serie de documentos y se asevera la inexactitud de las Actas de Recepción presentadas por el CONSORCIO por presuntamente contener elementos falsos (firmas, sellos o nombres), así como por haber sido entregados a personas distintas a las establecidas en el contrato y en lugares diferentes a las Instituciones Educativas.

135. Sobre el particular, este tribunal tomará en cuenta dichos documentos ofrecidos para contraponerlos con los medios de prueba cuestionados. Sin embargo, se deja constancia que en el presente proceso no se ha formulado tachas a los medios de prueba actuados, por lo que este tribunal considera que todos los documentos revisten idoneidad para efectos de formar convicción para resolver la presente controversia y corresponderá a este colegiado la verificación de cada uno de los mismos, sin perjuicio de que ante la presencia de elementos que no formen convicción, puedan ser descartados al momento del conteo individual.

Adicionalmente, dichos documentos aportados serán analizados tomando en cuenta el incumplimiento de la carga de la Entidad en la remisión de los datos para la entrega de los bienes y la actuación del CONSORCIO frente a dichas circunstancias.

136. De igual manera, este tribunal ha tenido a la vista el Informe N° 07-2015-MIDIS-PNAEQW2/UA-EBR emitido por la Entidad en fecha 20 de abril de 2015, mediante el cual se afirma que el contratista habría, efectivamente, presentado una cantidad de bienes a los lugares establecidos conforme al contrato. Seguidamente, se establece que corresponde la mera devolución de los bienes faltantes a los Unidades Territoriales de la propia Entidad.

137. Cabe señalar, igualmente, que se han cotejado los medios probatorios aportados mediante los escritos postulatorios y escritos posteriormente presentados por las partes, además de lo alegado en las Audiencias de Ilustración de Hechos e Informes Orales (de fechas 21 de enero y 09 de agosto de 2016, respectivamente) y los alegatos escritos.

138. Finalmente, respecto de las Actas de Recepción, se han tomado como válidas, únicamente, aquellas que otorgaron convicción de su recepción efectiva, ya sea mediante la consignación del sello de recepción, la suscripción del personal y/o la consignación de sus datos personales. En este sentido, se han descartado las actas que no contaban con sellos de recepción y/o aquellas que no han sido adecuadamente presentadas para su análisis (Difuminación por deficiencias en el escaneo de los documentos o defectos similares).

139. En tal medida, de la actuación y valoración de los medios de prueba aportados por las partes, se ha preparado el siguiente cuadro en el que se deja constancia de los utensilios que fueron entregados efectivamente, incluyendo el saldo de bienes pendientes de entrega:

RELACIÓN DE BIENES (JARRAS DE 3 LITROS)				
Ubicación	Cantidad a entregar de acuerdo al Contrato	Cantidad de bienes entregados conforme a las Actas de Recepción y medios probatorios presentados por las partes	Cantidad pendiente de devolución a Unidades Territoriales	Documentos Analizados por el Tribunal
Amazonas	1516	1341	175	Actas de recepción de las regiones: Bagua, Bongora, Chachapoyas, Condorcanqui, Luya, Rodríguez de Mendoza y Utucubamba
Ancash	1575	1095	480	Actas de recepción de las regiones: Aija, Asunción, Pomabamba, Carlos Fermín, Pallasca, Huaylas, Mariscal Lusiriaga
Apurímac	985	927	58	Actas de recepción de las regiones: Abancay, Andahuaylas, Antabamba, Aymaraes,

				Chincheros, Cotabamba y Grau/ Informe N° 07-2015
Arequipa	518	321	197	Acta de recepción de las regiones: Arequipa, Camaná, Caraveli, Castilla, Caylloma, Condesuyos, Islay/ Informe N° 07-2015
Ayacucho	1660	1630	30	Actas de recepción de las regiones: Cangallo, Huamanga, Huanca Sancos, Huanta, La Mar, Lucanas, Paranicochas, Paucar del Sara Sara, Sucre, Victor Fajardo y Vilcas Huamán/ Informe N° 07-2015
Cajamarca	3789	3619	170	Actas de recepción de las regiones: Cajabamba, Cajamarca, Celedín, Contumaza, Huaylog, San Marcos, San Miguel, San Pablo

				(Cajamarca 1) y Chota, Cutervo, Jaen, San Ignacio, Santa Cruz (Cajamarca 2) / Informe N° 07-2015
Cusco	1659	1659	0	Acta de recepción de las regiones: Acomayo, Anta, Calca, Canas, Canchis, Chumbivilcas, Cusco, Espinar, La Convención, Paruro, Paucartambo, Quispicanchi, Urubamba / Informe N° 07-2015
Huancavelica	1531	1513	18	Actas de recepción de las regiones: Acobamba, Angares, Castrovirreyna, Churcampa, Huancavelica, Huaytara y Tayacaja / Informe N° 07-2015
Huánuco	1679	1513	166	Actas de recepción de las regiones: Ambo, Leoncio Prado, Lauricocha, Huaycabamba,

				Marañón, Pachitea, Puerto Inca, Huamalíes, Dos de Mayo y Huánuco/ Informe N° 07-2015
Ica	116	108	8	Actas de recepción de las regiones: Nazca, Pallpa, Pisco, Chincha, Ica/ Informe N° 07-2015
Junín	1308	1280	28	Actas de recepción de las Regiones: Chanchamayo, Chupaca, Concepción, Huancayo, Jauja, Junín, Satipo, Tarma y Yauli/ Informe N° 07-2015
La Libertad	1399	1075	324	Actas de recepción de las regiones: Ascope, Bolívar, Gran Chimú, Julcan, Otuzco, Pacasmayo, Pataz, Sanchez Carión, Santiago de Chuco y Viru/ Informe N° 07-2015
Lambayeque	606	461	145	Actas de recepción de las regiones: Chiclayo,

				Ferreñafe y Lambayeque/ Informe N° 07-2015
Lima (Metropolitana y Provincia)	512	512	0	Actas de recepción de las regiones: Barranca, Cajatambo, Canta, Cañete, Huaral, Huarochiri, Huaura, Oyon y Yauyos/ Informe N° 07-2015
Loreto	2811	2811	0	Actas de recepción de las regiones: Alto Amazonas, Datem del Marañón, Loreto, Mariscal Ramón Castilla, Maynas, Requena, Ucayali/ Informe N° 07-2015/ Carta N° 120-2014-GG
Madre de Dios	121	13	108	Informe N° 07-2015 Carta N° 120-2014-GG
Moquegua	181	181	0	Actas de recepción de las regiones General Sanchez Cerro y Mariscal Nieto/ Informe N° 07-2015
Pasco	687	687	0	Informe N° 07-2015/ Carta N° 120-2014-GG

Puno	1567	1527	40	Actas de recepción de las regiones: Azangaro, Carabaya, El Collao, Huancane, Lampa, Melgar, Moho, Puno, San Antonio de Putina, San Roman, Sandía y Yunguyo/ Informe N° 07-2015/ Carta N° 120-2014-GG
Piura	1547	845	702	Actas de recepción de las regiones: Ayabaca, Huancabamba, Morropón, Paita, Piura, Sechura y Sullana/ Informe N° 07-2015/ Carta N° 120-2014-GG
San Martín	722	707	15	Actas de recepción de las regiones: Bellavista, El Dorado, Huallaga, Lomas, Mariscal Cáceres, Moyobamba, Picota, Rioja, San Martín y Tocache/ Informe N° 07-

				2015/ Carta N° 120-2014-GG
Tacna	69	69	0	Actas de recepción de las regiones: Tacna, Palca, Tarata y Candarave/ Informe N° 07-2015/ Carta N° 120-2014-GG
Tumbes	24	24	0	Actas de recepción de la región Tumbes (Provincias de Contralmirante Villar, Tumbes y Zarumilla)/ Informe N° 07-2015
Ucayali	600	580	20	Actas de recepción de las regiones: Atalaya, Coronel Portillo, Padre Abad y Purus/ Informe N° 07-2015/ Carta N° 120-2014-GG
Total de bienes pendientes de devolución			2,684	

140. 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 el CONSORCIO de la designación de un lugar específico dentro de las provincias de Lima y Callao, a efectos que el Contratista proceda con la entrega de los 2,684 (Dos Mil Seiscientos Ochenta y Cuatro) 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 del CONSORCIO ubicados en la ciudad de Lima, previa coordinación entre las partes.

En caso que dentro del mismo plazo de diez (10) días el CONSORCIO 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. Es decir, del monto o precio cancelado por 2,684 utencilios, el cual es de S/ 16, 506 Soles, atendiendo al precio por unidad (S/6.15) de acuerdo a la Cláusula Tercera del CONTRATO.

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

"Artículo 176°.- 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 cumpliera 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.

142. El Tribunal Arbitral considera que dado que el CONSORCIO 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 de la distribución. En cuanto a la distribución, queda igualmente claro que se cumplió con la distribución en diversas unidades territoriales, 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.
143. En cuanto a la devolución de la garantía, solicitada por el CONSORCIO 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 jarras de tres litros 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.

144. 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° 02 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 ascendente a la suma de S/. 16,716.93 (Dieciséis Mil Setecientos Dieciséis con 93/100 Nuevos Soles), contenida en la Carta Notarial N° 012-2014-PNAEQW/UA de fecha 14 de marzo de 2014.

Declarar **INFUNDADA** la quinta pretensión de la demanda que corresponde al quinto punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, determinar que no corresponde ordenar a la ENTIDAD la emisión de las Actas de conformidad correspondientes a las Unidades Territoriales de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San

Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali por las prestaciones adicionales ejecutadas de acuerdo con lo establecido en la Adenda N° 02 suscrita con fecha 15 de octubre de 2013 –transporte de bienes- del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW de fecha 03 de julio de 2013.

Declarar **FUNDADA** la séptima pretensión de la demanda que corresponde al séptimo punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, declare la nulidad y en consecuencia, se deje sin efecto la Carta Notarial N° 206-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, de fecha 21 de octubre de 2014, mediante la cual la ENTIDAD, resuelve modo parcial el Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW –en lo referente a la prestación adicional- transporte de los bienes a las instituciones educativas beneficiarias.

Declarar **INFUNDADA** la novena pretensión de la demanda que corresponde al noveno punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, se determina que no corresponde declarar la irregularidad y/o ilegalidad del mecanismo de contratación adoptado por la ENTIDAD, ni del límite del veinticinco (25%) del monto del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW y en consecuencia, no corresponde que se ordene a la ENTIDAD asumir todos los sobre costos irrogados por la CONTRATISTA, así como la utilidad.

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 efectuar la devolución de la Carta Fianza N° 000606138587, de fecha 10 de octubre de 2013 y renovada hasta el 31 de diciembre de 2013, expedida por el Banco Financiero por la suma de S/. 4,139.48 (Cuatro Mil Ciento Treinta y Nueve con 48/100 Nuevos Soles) por el fiel cumplimiento de las prestaciones adicionales de la Adenda N° 02 del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del numeral 143 de la Fundamentación.

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 las 2,684 (Dos Mil Seiscientos Ochenta y Cuatro) jarras de tres litros materia del presente expediente, que se encuentran pendientes de entrega, siendo que en caso no puedan ser entregadas por parte del CONSORCIO, deberá reintegrarse a la ENTIDAD la sumatoria del costo unitario del total de las unidades no distribuidas.

Para efectos de la mencionada entrega, dentro de los diez (10) días de culminado el presente proceso arbitral, la ENTIDAD deberá comunicar la dirección exacta, dentro de las provincias de Lima y Callao, en la cual el

CONSORCIO deberá entregar las 2,684 (Dos Mil Seiscientos Ochenta y Cuatro) jarras de tres litros que tenga en su poder.

Pretensión relacionada con el pago de la prestación adicional

145. Analizaremos en este rubro las siguientes pretensiones:

Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD cumplir con cancelar el importe correspondiente a S/. 13,616.10 (Trece mil Seiscientos Dieciséis con 10/100), contenida en la factura N° 004-0030, de fecha 13 de noviembre de 2013 y recibida por la Entidad con fecha 14 de noviembre de 2013, más los intereses moratorios.

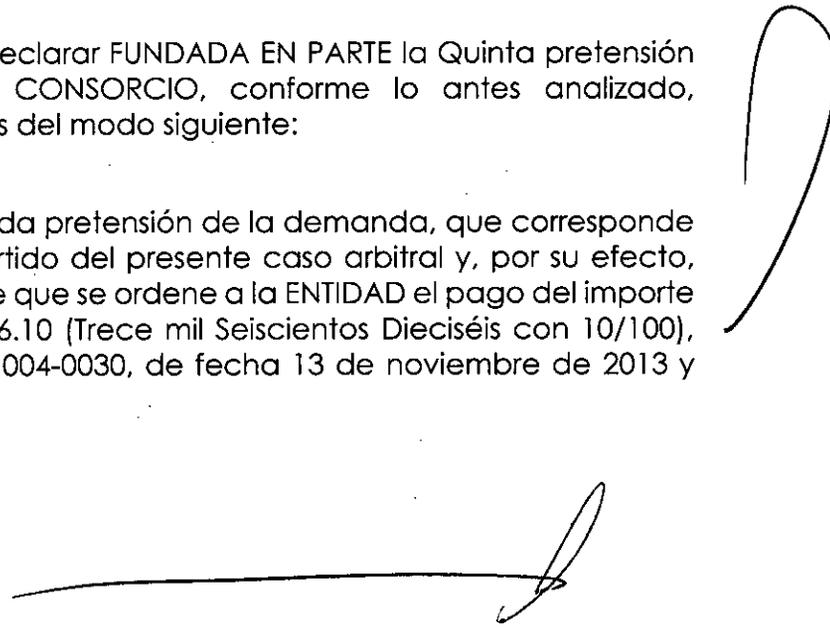
Sexto punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD cumpla con cancelar el importe de S/. 41,394.75 (Cuarenta y Un Mil Trecientos Noventa y Cuatro con 75/100 Nuevos Soles) por la ejecución de las prestaciones adicionales –transporte de bienes- derivada de la Adenda N° 02, suscrita con fecha 15 de octubre de 2013, correspondiente al Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW, más los intereses moratorios por el retraso injustificado.

146. 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, 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.

147. 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.

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

Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión de la demanda, que corresponde al segundo punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que corresponde que se ordene a la ENTIDAD el pago del importe correspondiente a S/. 13,616.10 (Trece mil Seiscientos Dieciséis con 10/100), contenida en la factura N° 004-0030, de fecha 13 de noviembre de 2013 y



recibida por la Entidad con fecha 14 de noviembre de 2013, más los intereses legales.

Declarar **FUNDADA 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 que se ordene a la ENTIDAD el pago del monto pactado en la Adenda N° 02, pero descontando la parte proporcional de los bienes no distribuidos en sus respectivos destinos, conforme lo expuesto en los Fundamentos N° 139 y 140 de la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

Pretensiones relacionadas con el pago de mayores costos del Contrato

149. Analizaremos en este rubro las siguientes pretensiones:

Cuarto punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD cumpla con pagar los intereses moratorios, que a la fecha de la presente demanda son determinados, generados como consecuencia de no haber cancelado las Facturas N° 004-058 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0051 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0020 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0027 (pagada 12 días de retraso); Factura N° 004-0023 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0022 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0021 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0072 (pagada 19 días de retraso); Factura N° 004-0057 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0056 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0018 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0026 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0052 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0053 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0040 (pagada 12 días de retraso); Factura N° 004-0019 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0038 (pagada 12 días de retraso); Factura N° 004-0088 (pagada 30 días de retraso) y Factura N° 004-0031 (pagada 12 días de retraso) dentro del plazo de los quince (15) días calendarios siguientes al otorgamiento de la conformidad, conforme a lo establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW.

Octavo punto controvertido: Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD cumpla con reconocer y pagar los gastos adicionales y sobre costos irrogados por el CONSORCIO respecto a la contratación de almacenes para el funcionamiento de las diversas Unidades Territoriales, custodia y vigilancia de los bienes, los costos de transporte y los demás gastos generales con ocasión de la ejecución de las prestaciones adicionales contenida en la Adenda N° 02 del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW.

Décimo primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD el pago de gastos incurrido por la CONTRATISTA por

renovación de la Carta Fianza hasta la fecha 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 interposición de la presente demanda, dicha suma es determinable.

150. Corresponde en este extremo que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre la procedencia del pago de la prestación del CONTRATO original, si corresponde el reconocimiento de los intereses legales correspondientes a las facturas que cuentan con su respectiva conformidad, los conceptos respecto de la ejecución de las prestaciones adicionales contenida en la Adenda N° 02 y finalmente, el reconocimiento de los costos de la renovación de la Carta Fianza hasta su fecha de liberación.
151. 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”.

152. 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.
153. Por otro lado, 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.

154. En cuanto a los mayores costos por almacenaje, independientemente de las razones por las que el CONSORCIO habría incurrido en los costos mencionados – ya sea por causas imputables al CONSORCIO a QALI WARMA o razones exógenas – lo cierto es que el Contratista tiene la carga de probar el monto que solicita.
155. En el presente caso, sin embargo, el CONSORCIO 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.

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

Declarar **FUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda que corresponde al cuarto punto controvertido y, en consecuencia, que se ordene a la ENTIDAD cumpla con pagar los intereses legales, generados como consecuencia de no haber cancelado las diecinueve (19) facturas especificadas en el primer párrafo del fundamento N° 149 del presente laudo, monto que deberá ser contabilizado desde la fecha de interposición de la demanda arbitral, esto es, desde el 12 de diciembre de 2014.

Declarar **INFUNDADA** la octava pretensión de la demanda que corresponde al octavo punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, no corresponde el reconocimiento y pago de los gastos adicionales y sobre costos irrogados por el CONSORCIO respecto a la contratación de almacenes para el funcionamiento de las diversas Unidades Territoriales, custodia y vigilancia de los bienes, los costos de transporte y los demás gastos generales con ocasión de la ejecución de las prestaciones adicionales contenida en la Adenda N° 02 del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW.

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

157. 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/. 10,000.00 Nuevos Soles por concepto de Daño Moral

158. 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 el.
- 3.- Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de el, 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.”

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

“Artículo 1322.-

El daño moral, cuando el 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.”

160. 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 No. 905-2001/AA-TC – reconoció la posibilidad de amparar una indemnización de este tipo para las personas jurídicas.

161. 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:
- 161.1. La imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
 - 161.2. La ilicitud o antijuridicidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
 - 161.3. El factor de atribución, es decir, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
 - 161.4. El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
 - 161.5. El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.
162. 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.
163. En el presente caso, lejos de haberse acreditado con argumentos contundentes el cumplimiento de los requisitos mencionados anteriormente, la ENTIDAD afirma haber padecido un “desprestigio” como Programa Nacional de Alimentación Escolar, y una “exposición mediática negativa”. Dicha presunta afectación, a su parecer, se habría producido por la frustración de la finalidad del contrato por causa imputable al CONSORCIO.
164. Asimismo, en la página 25 del escrito con la Sumilla: “Apersonamiento, Contestación de Demanda y Reconvención”, la ENTIDAD se limita a realizar un juicio meramente enunciativo de los elementos de antijuridicidad, causalidad, daño y factor de atribución.
165. Como se pueda apreciar, la ENTIDAD no ha aportado documento o medio de prueba análogo que demuestre la existencia de un menoscabo cierto en su imagen como producto de la actuación de un incumplimiento de obligaciones por parte del CONSORCIO o de la sobreexposición mediática negativa. Es más, ni siquiera ha existido medio de prueba contundente sobre este último elemento.

166. La Entidad basa su pretensión de indemnización por daño moral en el pretendido perjuicio a la población destinataria de las jarras transparentes de 3 - 3.5 litros 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.
167. Dicha parte no ha proporcionado 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.
168. Por todo lo expuesto, este tribunal concluye que la ENTIDAD no ha probado fehacientemente el supuesto daño, por lo que la presente pretensión debe ser declarada infundada. En consecuencia, el Décimo 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

169. 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."*

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

- 170.1. 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.
- 170.2. 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".
- 170.3. 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 40% de los honorarios de los árbitros y la secretaría arbitral y la Entidad el 60% de los mismos.
- 170.4. 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

171. 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 **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° 02 e **INFUNDADO** en todo lo demás que contiene.

SEGUNDO.- Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión de la demanda, que corresponde al segundo punto controvertido del presente caso arbitral y, por su efecto, determinar que corresponde que se ordene a la ENTIDAD el pago del importe correspondiente a S/. 13,616.10 (Trece mil Seiscientos Dieciséis con 10/100), contenida en la factura N° 004-0030, de fecha 13 de noviembre de 2013 y recibida por la Entidad con fecha 14 de noviembre de 2013, más los intereses legales.

TERCERO.- Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión de la demanda que corresponde al tercer punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, determinarse que corresponde dejar sin efecto la aplicación de la penalidad ascendente a la suma ascendente a la suma de S/. 16,716.93 (Dieciséis Mil Setecientos Dieciséis con 93/100 Nuevos Soles), contenida en la Carta Notarial N° 012-2014-PNAEQW/UA de fecha 14 de marzo de 2014.

CUARTO.- Declarar **FUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda que corresponde al cuarto punto controvertido y, en consecuencia, que se ordene a la ENTIDAD cumpla con pagar los intereses legales, generados como consecuencia de no haber cancelado las diecinueve (19) facturas especificadas en el primer párrafo del Fundamento N° 149 del presente laudo, monto que deberá ser contabilizado desde la fecha de interposición de la demanda arbitral, esto es, desde el 12 de diciembre de 2014.

QUINTO.- Declarar **INFUNDADA** la quinta pretensión de la demanda que corresponde al quinto punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, determinar que no corresponde ordenar a la ENTIDAD la emisión de las Actas de conformidad correspondientes a las Unidades Territoriales de Amazonas, Ancash, Apurímac, Ayacucho, Arequipa, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali por las prestaciones adicionales ejecutadas de acuerdo con lo establecido en la Adenda N° 02 suscrita con fecha 15 de octubre de 2013 –transporte de bienes- del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW de fecha 03 de julio de 2013.

SEXTO.- Declarar **FUNDADA 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 que se ordene a la ENTIDAD el pago del monto pactado en la Adenda N° 02, pero descontando la parte proporcional de los bienes no distribuidos en sus respectivos destinos, conforme lo expuesto en los Fundamentos N° 139 y 140 de la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

SEPTIMO.- Declarar **FUNDADA** la séptima pretensión de la demanda que corresponde al séptimo punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, declare la nulidad y en consecuencia, se deje sin efecto la Carta Notarial N° 206-2014-MIDIS/PNAEQW-UA, de fecha 21 de octubre de 2014, mediante la cual la ENTIDAD, resuelve modo parcial el Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW –en lo referente a la prestación adicional- transporte de los bienes a las instituciones educativas beneficiarias.

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 **INFUNDADA** la novena pretensión de la demanda que corresponde al noveno punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, se determina que no corresponde declarar la irregularidad y/o ilegalidad del mecanismo de contratación adoptado por la ENTIDAD, ni del límite del veinticinco (25%) del monto del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW y en consecuencia, no corresponde que se ordene a la ENTIDAD asumir todos los sobre costos irrogados por la CONTRATISTA, así como la utilidad.

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° 000606138587, de fecha 10 de octubre de 2013 y renovada hasta el 31 de diciembre de 2013, expedida por el Banco Financiero por la suma de S/. 4,139.48 (Cuatro Mil Ciento Treinta y Nueve con 48/100 Nuevos Soles) por el fiel cumplimiento de las prestaciones adicionales de la Adenda N° 02 del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del numeral 143 de la Fundamentación.

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 reconvencción 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 las 2,684 (Dos Mil Seiscientos Ochenta y Cuatro) jarras de tres litros materia del presente expediente, que se encuentran pendientes de entrega, siendo que en caso no puedan ser entregadas por parte del CONSORCIO, deberá reintegrarse a la ENTIDAD la sumatoria del costo unitario del total de las unidades no distribuidas.

Para efectos de la mencionada entrega, dentro de los diez (10) días de culminado el presente proceso arbitral, la ENTIDAD deberá comunicar la dirección exacta, dentro de

las provincias de Lima y Callao, en la cual el CONSORCIO deberá entregar las 2,684 (Dos Mil Seiscientos Ochenta y Cuatro) jarras de tres litros que tenga en su poder.

DÉCIMO TERCERO.- Declarar **INFUNDADO** al Segundo Punto Controvertido de la reconvencción 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 Dècimo Segunda pretensión de la demanda arbitral y el Tercer Punto Controvertido de la Reconvencción, que corresponden a los Décimo Segundo y Décimo Quinto Puntos controvertidos del presente caso arbitral, **DISPONER** que el CONSORCIO deba asumir el 40% de los honorarios de los árbitros y del secretario arbitral y QALI WARMA el 60% 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 monttos peviamente abonados en el presente proceso arbitral.

Notifíquese a las partes,



MARCO ANTONIO MARTÍNEZ ZAMORA
Presidente del Tribunal Arbitral



ALBERTO MOLERO RENTERIA
Arbitro

VOTO SINGULAR
ARBITRO JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA

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, ALBERTO ERUBEM MOLERO RENTERÍA

RESOLUCIÓN N° 12

Lima, 18 de enero de 2017

VOTO SINGULAR:

Estando a las facultades inherentes de cada árbitro en el ejercicio de sus funciones y no estando de acuerdo con la posición integrante de mis coárbitros con quienes comparto el Tribunal Arbitral respecto de los puntos controvertidos Quinto, Sexto, Decimo, Decimo Segundo y Decimo Quinto, emito el presente voto singular:

Puntos Controvertidos:

- a. **Quinto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD emitir las conformidades correspondientes a las Unidades Territoriales de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali por las prestaciones adicionales ejecutadas de acuerdo con lo establecido en la Adenda N° 02 suscrita con fecha 15 de octubre de 2013 -transporte de los bienes- del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW de fecha 03 de julio de 2013.

Respecto de este punto discrepo con los numerales 142 y 143 del Laudo, mismos que deberán indicarse como sigue:

142. El Tribunal Arbitral considera que dado que durante el proceso arbitral se ha acreditado que el incumplimiento del contrato de distribución en el que incurrió el CONSORCIO se debió a causas ajenas a su voluntad y por el contrario de entera responsabilidad de QALI WARMA al no haberle hecho entrega de la lista actualizada de las direcciones de las Unidades Educativas a nivel nacional donde quería que sus bienes recientemente adquiridos se entregasen, una vez que los utensilios restantes sean entregados a QALI WARMA y esta pague la deuda por distribución o de lo

contrario el valor de los utensilios restantes de entregar sea descontado al monto adeudado al CONSORCIO por su distribución conforme se ha indicado en el párrafo segundo del numeral 140., conforme a lo antes analizado, QALI WARMA deberá hacer entrega de las Actas de Conformidad correspondientes, a la provisión de los bienes objeto de contrato de compra de bienes, por el monto total finalmente entregado.

143. En lo que respecta a las Actas de Conformidad por distribución de los bienes, este Tribunal Arbitral considera que si bien es cierto la CONTRATISTA no habría cumplido con la totalidad de las entregas en las Unidades Escolares del total de Unidades Territoriales y a pesar que el Contrato de distribución indica que para que se le entregue este debe de haber completado la entrega de los bienes al 100% en cada Unidad Territorial, este Tribunal Arbitral considera que no es exigible a la CONTRATISTA dicha cláusula ya que QALI WARMA no entregó la relación de direcciones de entrega actualizadas a pesar de los varios requerimientos que en ese sentido le hizo la CONTRATISTA incumplió de esta manera el realizar los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir lo que le compete, por lo que QALI WARMA deberá de entregar las Actas de Conformidad correspondientes a las Unidades Territoriales de Cusco, Lima (Metropolitana y Provincia), Moquegua, Pasco, Tacna, Tumbes, así como las correspondientes a las demás entregas efectivamente entregadas y que han sido validadas en el presente proceso arbitral.

Por lo que se deberá declarar FUNDADA la quinta pretensión de la demanda que corresponde al quinto punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, determinar que corresponde ordenar a la ENTIDAD la emisión de las Actas de conformidad correspondientes a las Unidades Territoriales de Cusco, Lima (Metropolitana y Provincia), Moquegua, Pasco, Tacna, Tumbes, así como las correspondientes a las demás entregas efectivamente realizadas, conforme a los fundamentos expuestos.

- b. Sexto punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD cumpla con cancelar el importe de S/. 41,394.75 (Cuarenta y Un Mil Trecientos Noventa y Cuatro con 75/100 Nuevos Soles) por la ejecución de las prestaciones adicionales -transporte de bienes- derivada de la Adenda N° 02, suscrita con fecha 15 de octubre de 2013, correspondiente al Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW, más los intereses moratorios por el retraso injustificado.

Respecto de este punto estoy de acuerdo con el desarrollo del mismo hecho en el laudo, sin embargo discrepo con el segundo párrafo del numeral 140, el mismo que deberá indicarse como sigue:

En caso que dentro del mismo plazo de diez (10) días el CONSORCIO manifestase que no cuenta ya con todo o parte de las unidades pendientes de distribución, podrá la Entidad proceder a su solicitud a descontar - en la liquidación del Contrato, la sumatoria del valor unitario de la parte no entregada, es decir, del

monto o precio cancelado por 2,684 utensilios, el cual es de S/. 16,506 Soles, atendiendo al precio por unidad (S/6.15) de acuerdo a la Cláusula Tercera del CONTRATO cancelandose finalmente al CONSORCIO la suma de S/. 24,888.75 soles mas los intereses legales calculados desde la fecha de interposición de la solcitud de arbitraje.

Por lo que se deberá declarar **FUNDADA 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 que se ordene a la ENTIDAD el pago del monto pactado en la Adenda N° 02 es decir S/. 41,394.75 soles, previa devolución de los utensilios pendientes de devolución que suman S/. 16,506 Soles, debiendosele cancelar a la Contratista la suma de S/. 24,888.75 soles mas los intereses legales calculados desde la fecha de interposición de la solcitud de arbitraje, conforme a los fundamentos expuestos.

- c. **Décimo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que se ordene a la Entidad cumplir con efectuar la devolución de la Carta Fianza N° 000606138587, de fecha 10 de octubre de 2013 y renovada hasta el 31 de diciembre de 2013, expedida por el Banco Financiero por la suma de S/. 4,139.48 (Cuatro Mil Ciento Treinta y Nueve con 48/100 Nuevos Soles) por fiel cumplimiento de las prestaciones adicionales de la Adenda N° 02 del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW.

Respecto de este punto discrepo con el numeral 144 del Laudo, mismo que debiera indicarse como sigue

144. En cuanto a la devolución de la garantía, solicitada por el CONSORCIO como parte de sus pretensiones, habida cuenta que el Contrato ha recobrado vigencia como consecuencia de haber el Tribunal Arbitral declarado la nulidad de la resolución parcial que dispusiera la Entidad, así como teniendo en cuenta la entrega pendiente de los bienes no distribuidos conforme lo antes analizado, este Tribunal Arbitral considera que habiendo solucionado la controversia relacionada al objeto del contrato de compra venta de bienes y su adenda para la entrega de los bienes, conforme se ha indicado en el numeral 140. segundo parrafo, no existiendo luego de dicho momento prestación alguna por realizar de parte de la CONTRATISTA y que deba de ser protegida por la Entidad al tener dicho fin las garantías, se resuelve que QALI WARMA una vez se verifique lo expuesto, devuelva a la CONTRATISTA la Carta Fianza N° 000606138587 emitida por el Banco Financiero por el importe de S/. 4,139.48 (Cuatro Mil Ciento Treinta y Nueve con 48/100 Nuevos Soles) por fiel cumplimiento de las prestaciones adicionales de la Adenda N° 02 del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW.

Por lo que se debiera declarar **FUNDADA** la décima pretensión de la demanda que corresponde al décimo punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, declarar que corresponde ordenar a la ENTIDAD a efectuar la devolución de la Carta Fianza N° 000606138587, de fecha 10 de octubre de 2013 y

renovada hasta el 31 de diciembre de 2013, expedida por el Banco Financiero por la suma de S/. 4,139.48 (Cuatro Mil Ciento Treinta y Nueve con 48/100 Nuevos Soles) por el fiel cumplimiento de las prestaciones adicionales de la Adenda N° 02 del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW, conforme a los fundamentos expuestos.

- d. **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."

Respecto de este punto discrepo con el numeral 171.3 del Laudo, mismo que debiera indicarse como sigue

- 171.3. 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 de acuerdo al siguiente cuadro:

Concepto	Contratista	Entidad
Honorarios fijados por OSCE para cada arbitro segun pretensiones	S/. 2,571.68 soles	S/. 1,800.00 Soles
Monto Total Honorarios por 3 Arbitros	S/. 7,715.04 Soles	S/. 5,400.00 Soles
Honorarios fijados por OSCE para Secretaria	S/. 2,259.59 Soles	S/. 1,440.07 Soles
Monto total de gastos arbitrales: Honorarios de arbitros mas Honorario de Secretaria Arbitral segun OSCE	S/. 9,974.63 soles	S/. 6,840.07 soles
Monto total de Gastos Arbitrales: Honorarios de abitros mas Honorario de Secretaria Arbitral segun Laudo (total gastos arbitrales S/. 16,814.70)	S/. 5,044.41 Soles	S/. 11,770.29 Soles
Diferencia a pagar por cada parte coforme se ha ordenado (30%- 70%)	S/. 4,930.22 Soles	- S/. 4,930.22 Soles

En ese sentido, y de acuerdo a lo ordenado por el Tribunal Arbitral al haber cancelado la Contratista suma mayor que la Entidad, correspondera a la Entidad devuelva a la Contratista la suma de S/. 4,930.22 Soles.

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, el Suscrito, en DERECHO, LAUDA:

QUINTO.- Declarar **FUNDADA** la quinta pretensión de la demanda que corresponde al quinto punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, determinar que corresponde ordenar a la ENTIDAD la emisión de las Actas de conformidad correspondientes a las Unidades Territoriales de Cusco, Lima (Metropolitana y Provincia), Moquegua, Pasco, Tacna, Tumbes, así como las correspondientes a las demás entregas efectivamente realizadas, conforme a los fundamentos expuestos.

SEXTO.- Declarar **FUNDADA 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 que se ordene a la ENTIDAD el pago del monto pactado en la Adenda N° 02 es decir S/. 41,394.75 soles, previa devolución de los utensilios pendientes de devolución que suman S/. 16,506 Soles, debiéndosele cancelar a la Contratista la suma de S/. 24,888.75 soles más los intereses legales calculados desde la fecha de interposición de la solicitud de arbitraje, conforme a los fundamentos expuestos.

DECIMO.- Declarar **FUNDADA** la décima pretensión de la demanda que corresponde al décimo punto controvertido del presente proceso arbitral y, en consecuencia, declarar que corresponde ordenar a la ENTIDAD la devolución de la Carta Fianza N° 000606138587, de fecha 10 de octubre de 2013, y renovada hasta el 31 de diciembre de 2013, expedida por el Banco Financiero por la suma de S/. 4,139.48 (Cuatro Mil Ciento Treinta y Nueve con 48/100 Nuevos Soles) por el fiel cumplimiento de las prestaciones adicionales de la Adenda N° 02 del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW, una vez que se cumpla lo ordenado en el sexto resolutivo, conforme a los fundamentos expuestos.

DÉCIMO CUARTO.- Respecto de la Décimo 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 el CONSORCIO deba asumir el 30% de los honorarios de los árbitros y del secretario arbitral y QALI WARMA el 70% de los mismos, por lo que correspondiera a la Entidad devuelva a la Contratista la suma de S/. 4,930.22 Soles. 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.

Notifíquese a las partes,



JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA
Árbitro

RESOLUCIÓN N° 17

Lima, 10 de marzo de 2017

I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 01 de febrero de 2017, el Tribunal Arbitral emitió el Laudo Arbitral en mayoría que puso fin a las controversias surgidas entre Consorcio Importadora y Distribuidora Zurece S.A.C. - Productos Forma S.A. (En adelante “demandante”) y Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma – Unidad Ejecutora 007 (En adelante “Entidad” o “demandada”).
2. Con fecha 03 de febrero de 2017, las partes fueron notificadas con el Laudo Arbitral, según cargos de notificación que obran en el expediente.
3. Con fecha 10 de febrero de 2017, mediante escrito S/N con la Sumilla: “*Solicita aclaración de laudo arbitral*”, la Entidad solicitó la aclaración del Laudo Arbitral. Dicho escrito fue presentado dentro del plazo establecido en el artículo 61° del T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE¹
4. Con fecha 20 de febrero de 2017, mediante Resolución N° 16, se corrió traslado de la solicitud de aclaración a la parte demandante.
5. Con fecha 28 de febrero de 2017, mediante Escrito N° 24, con la Sumilla: “*Absolvemos traslado de la solicitud de aclaración de laudo presentada por la parte demandante*”, la demandante manifestó su posición respecto a la solicitud de aclaración presentada.

II. MARCO CONCEPTUAL:

6. Antes de iniciar el análisis de la solicitud presentada por la Entidad, el Tribunal Arbitral considera necesario establecer brevemente el marco conceptual que será aplicable para resolver la indicada solicitud.

¹ T.U.O. DEL REGLAMENTO DEL SISTEMA NACIONAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DEL OSCE.
Art. 61.

“Artículo 61. Corrección, integración y aclaración del laudo

Dentro del plazo de cinco (05) días de notificado el laudo, las partes podrán pedir al Tribunal Arbitral la corrección, integración y/o aclaración del laudo que consideren conveniente. Los recursos de corrección podrán ser resueltos de plano por el Tribunal Arbitral en el plazo de cinco (05) días de interpuestos. Los recursos de integración y aclaración deberán ponerse en conocimiento de la otra parte para que en un plazo de cinco (05) días exprese lo que estime conveniente, luego del cual el Tribunal Arbitral resolverá dentro de los diez (10) días siguientes.

Las correcciones, integraciones y aclaraciones del laudo dispuestas por el Tribunal Arbitral forman parte del laudo”.

7. El presente proceso arbitral se encuentra regulado por las reglas del T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, (en adelante el REGLAMENTO) y supletoriamente, por el D. Leg. N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

En dicha medida, el artículo 61 del REGLAMENTO establece:

“Artículo 61. Corrección, integración y aclaración del laudo

Dentro del plazo de cinco (05) días de notificado el laudo, las partes podrán pedir al Tribunal Arbitral la corrección, integración y/o aclaración del laudo que consideren conveniente. Los recursos de corrección podrán ser resueltos de plano por el Tribunal Arbitral en el plazo de cinco (05) días de interpuestos. Los recursos de integración y aclaración deberán ponerse en conocimiento de la otra parte para que en un plazo de cinco (05) días exprese lo que estime conveniente, luego del cual el Tribunal Arbitral resolverá dentro de los diez (10) días siguientes. Las correcciones, integraciones y aclaraciones del laudo dispuestas por el Tribunal Arbitral forman parte del laudo”.

8. Como se puede apreciar, el REGLAMENTO ha regulado la aclaración o interpretación de Laudo, figura que tiene por finalidad el esclarecimiento, por parte del tribunal arbitral, de aquellos extremos de la parte resolutive o decisoria del Laudo, que resulten oscuros o que resulten dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento del árbitro que, por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en lo resolutive o decisorio del Laudo, vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje.
9. Sobre el referido recurso, el jurista Hinojosa Segovia² señala que debe descartarse que la aclaración sirva para resolver cuestiones esenciales que no hayan sido objeto de debate. En otras palabras, la aclaración del laudo no puede tener un contenido que desvirtúe su función; así, pues, ha de venir referida únicamente a la aclaración de conceptos oscuros u omisiones (y nunca a resolver cuestionamientos sustanciales de puntos que hayan sido objeto de controversia).
10. Podemos advertir que la figura bajo comentario no puede ser utilizada para que modifique su decisión o que reformule sus razones, pues dicho recurso no tiene la naturaleza impugnatoria, propia de las apelaciones o reconsideraciones. **De lo contrario, se lograría por vía indirecta lo que no se puede obtener por la vía**

² HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas S.A.; 1999, pp. 336 y 337.

directa, ya que el Laudo es inapelable, conforme lo establece el artículo 62 del REGLAMENTO³ y lo dispuesto en el artículo 59 del D. Leg. N° 1071⁴.

11. En conclusión, la aclaración o interpretación de laudo tiene por finalidad esclarecer aspectos oscuros de la parte resolutive del laudo arbitral o de extremos de la parte considerativa que tengan incidencia en la parte resolutive, no pudiendo ser utilizada como una vía para que el tribunal arbitral reconsidere su decisión o reformule sus razones.

III. SOLICITUD DE ACLARACIÓN FORMULADA POR LA ENTIDAD

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

12. La Entidad formula su solicitud de aclaración del extremo referido al pago de los intereses legales, en relación al análisis del cuarto punto controvertido del laudo arbitral, en función a los siguientes argumentos:

12.1. De la revisión de los considerandos 149⁵, 151⁶ y 153⁷, la Entidad advierte que el Tribunal Arbitral en mayoría determinó que el cálculo de

³ T.U.O. DEL REGLAMENTO DEL SISTEMA NACIONAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DEL OSCE. Art. 62.

“Artículo 62. Efectos y ejecución del laudo.

El laudo arbitral es definitivo e inapelable y tiene el valor de cosa juzgada”.

⁴ DECRETO LEGISLATIVO N° 1071, DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE. Art. 59.

“Artículo 59.- Efectos del laudo.

1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.

(...)”

⁵ LAUDO ARBITRAL DEL EXPEDIENTE N° S243-2014. Considerando N° 149.

“149. Analizaremos en este rubro las siguientes pretensiones:

Cuarto punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD cumpla con pagar los intereses moratorios, que a la fecha de la presente demanda son determinados, generados como consecuencia de no haber cancelado las Facturas N° 004-058 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0051 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0020 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0027 (pagada 12 días de retraso); Factura N° 004-0023 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0022 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0021 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0072 (pagada 19 días de retraso); Factura N° 004-0057 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0056 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0018 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0026 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0052 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0053 (pagada 05 días de retraso); Factura N° 004-0040 (pagada 12 días de retraso); Factura N° 004-0019 (pagada 15 días de retraso); Factura N° 004-0038 (pagada 12 días de retraso); Factura N° 004-0088 (pagada 30 días de retraso) y Factura N° 004-0031 (pagada 12 días de retraso) dentro del plazo de los quince (15) días calendarios siguientes al otorgamiento de la conformidad, conforme a lo establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato N° 28-2013-MIDIS/PNAEQW.

(...)”.



los intereses debía realizarse a partir del día 16 de otorgada la conformidad de la prestación principal hasta la fecha del pago efectuado de las diecinueve (19) facturas contempladas en el cuarto punto controvertido.

12.2. Pese a lo anterior, el considerando 156⁶ que contiene la decisión del cuarto punto controvertido analizado por el Tribunal, no se condice con lo señalado en el considerando 153, al establecer que el monto de los intereses legales deberá ser contabilizado desde la fecha de interposición de la demanda arbitral, por lo que dicho extremo resulta oscuro, impreciso y dudoso.

12.3. Asimismo, lo resuelto por el Tribunal Arbitral en el considerando 156 influye en la determinación de los alcances de la ejecución del laudo, pues, por un lado, deja entrever que las facturas no se habrían cancelado, lo cual es incorrecto, y por otro lado, se indica que el cálculo debe realizarse desde la fecha de interposición de la demanda arbitral; es decir, desde el 12 de diciembre de 2014, cuando en el considerando 153 el Tribunal señala que el cálculo debe realizarse transcurrido el plazo de 15 días desde que se otorgó la conformidad hasta la fecha en que se realizó el pago.

⁶ LAUDO ARBITRAL DEL EXPEDIENTE N° S243-2014. Considerando N° 151.

"151. 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.

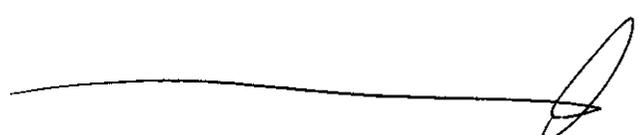
En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse".

⁷ LAUDO ARBITRAL DEL EXPEDIENTE N° S243-2014. Considerando N° 153.

*"153. Por otro lado, 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.
(...)"*

⁸ LAUDO ARBITRAL DEL EXPEDIENTE S243-2014. Considerando N° 156.

"156. Declarar FUNDADA la cuarta pretensión de la demanda que corresponde al cuarto punto controvertido y, en consecuencia, que se ordene a la ENTIDAD cumpla con pagar los intereses legales, generados como consecuencia de no haber cancelado las diecinueve (19) facturas especificadas en el primer párrafo del fundamento N° 149 del presente laudo, monto que deberá ser contabilizado desde la fecha de interposición de la demanda arbitral, esto es, desde el 12 de diciembre de 2014."



12.4. Por tanto, señala la Entidad, la parte resolutive contraviene lo manifestado en los considerandos que le preceden y no establece claramente hasta cuándo deben calcularse los intereses legales. Dicha situación podría dar lugar a que se entienda que los intereses legales son consecuencia de la falta de pago de las facturas (las cuales se encuentran canceladas) y no como consecuencia del retraso en el pago realizado.

13. En consecuencia, la Entidad solicita que el Tribunal aclare ese extremo oscuro, impreciso y dudosos en la parte resolutive que definitivamente influirá en la ejecución del Laudo Arbitral, debiendo establecerse que lo indicado en el Considerado 153 es la forma precisa para considerar el cálculo de los intereses legales ordenados pagar.

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

14. Sobre este extremo, la demandante realiza la absolucón a la solicitud de aclaración del Laudo en los siguientes términos:

14.1. El cuarto punto controvertido versó sobre el pago de intereses legales por parte de a la Entidad demandada, los mismos que se generaron por el retraso del pago de las facturas de la prestación principal.

14.2. En virtud al retraso del pago de la prestación principal (materializada en las 19 facturas canceladas por la Entidad al demandante), el Tribunal Arbitral dispuso el pago de los intereses legales reclamados por la demandante a través del cuarto punto controvertido.

14.3. En los considerandos que analizan el cuarto punto controvertido se trajo a colación lo referido en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece el pago de los intereses legales por los atrasos en el pago por parte de la Entidad desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

14.4. En tal sentido, para determinar la oportunidad del pago de las diecinueve (19) facturas a favor de la demandante, se debe tener en consideración la fecha de emisión de las conformidades, a fin de computar los quince (15) días calendarios que tuvo la Entidad para realizar el pago. Luego de dicha oportunidad, la Entidad demandada estaría obligada a reconocer los intereses legales que por ley le corresponden a la demandante, tal como se señala en el considerando 153 el Laudo Arbitral.

14.5. Por todo lo expuesto, la demandante manifiesta que lo señalado en los considerandos que analizan el cuarto punto controvertido se



encuentran acorde a lo indicado y dispuesto en el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que no existe oscuridad o ambigüedad en cuanto a los términos contemplados en los referidos considerandos.

15. No obstante, lo indicado, la demandante considera que los términos que analizan el cuarto punto controvertido deben reflejarse en la resolución que el Tribunal emita sobre el indicado punto controvertido, ello a fin de evitar ambigüedades entre lo señalado en los considerandos con lo dispuesto en la resolución. Por ende, la resolución del cuarto punto controvertido debe expresar que los intereses legales se deberán calcular teniendo en consideración la fecha de emisión de las conformidades.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

16. Como se ha señalado en los antecedentes, el 10 de febrero de 2017, la Entidad presentó el escrito S/N solicitando la aclaración del laudo arbitral. Dicho documento estaba conformado por cinco (05) folios y fue presentado ante la mesa de partes de la Dirección de Arbitraje de OSCE.
17. Al respecto, la solicitud presentada tiene por objeto la aclaración del extremo referido a los intereses legales analizados en el cuarto punto controvertido, debido a que el considerando 153 de la parte considerativa no se condice con el 156 que contiene la parte decisoria del análisis. Dicha presunta oscuridad tendría una incidencia en la parte resolutive del Laudo Arbitral.
18. Cabe hacer hincapié en que el demandante ha manifestado que no existe oscuridad respecto de los considerandos que analizan el cuarto punto controvertido (estos serían los considerandos 151 y 153); no obstante ello, considera pertinente que los considerandos del cuarto punto controvertido se vean reflejados en la parte resolutive del laudo arbitral para evitar ambigüedades.
19. Ahora bien, de acuerdo a las posiciones expuestas por ambas partes, el Tribunal considera que las partes comprenden el sentido y alcance de los considerandos que sustentan el cuarto punto controvertido referente a los intereses legales. En otras palabras, no existe extremo oscuro respecto a los argumentos y análisis realizados sobre el cuarto punto controvertido (Considerandos del 150 al 155).
20. No obstante, la Entidad sí mantiene la posición de que existiría oscuridad en el considerando 156, el cual contiene la decisión del tribunal sobre el cuarto punto controvertido. Al parecer de dicha parte, el citado extremo del laudo no recogería el análisis realizado en el considerando 153 de la parte considerativa anteriormente señalada.

21. Dicho lo anterior, **este Tribunal Arbitral absuelve la solicitud de aclaración planteada por la Entidad en los siguientes términos:**

21.1. De la revisión de los considerandos 151 y 153 del Laudo Arbitral emitido por este tribunal, se determinó que el pago de los intereses legales respecto de las facturas descritas en el considerando 149, deberá efectuarse conforme lo establece el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

FUNDAMENTOS N° 151 Y 153 DEL LAUDO ARBITRAL DEL EXPEDIENTE S243-2014/SNA-OSCE

(...)

151. *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”.

(...)

153. *Por otro lado, 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.”*

21.2. Como se puede observar, este tribunal determinó que el cálculo de los intereses legales a ser cancelados, debían tomar en cuenta que la



Entidad contaba con el plazo legal de quince (15) días contados desde la conformidad de la prestación principal, hasta la fecha efectiva del pago. Dicha interpretación es acorde con lo señalado en el artículo 181 del Reglamento.

- 21.3. Seguidamente, se advierte que el considerando 156, que contiene la decisión del cuarto punto resolutivo, declaró fundada la pretensión sobre el pago de intereses legales a favor de la demandante. Asimismo, se establece que el monto descrito deberá ser contabilizado desde la fecha de interposición de la demanda arbitral.

*“Declarar **FUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda que corresponde al cuarto punto controvertido y, en consecuencia, que se ordene a la ENTIDAD cumpla con pagar los intereses legales, generados como consecuencia de no haber cancelado las diecinueve (19) facturas especificadas en el primer párrafo del fundamento N° 149 del presente laudo, monto que deberá ser contabilizado desde la fecha de interposición de la demanda arbitral, esto es, desde el 12 de diciembre de 2014”*

- 21.4. Al respecto, se puede observar que el considerando 156 establece un alcance no acorde con el análisis efectuado por el tribunal arbitral en los considerandos 149 al 155. Este aspecto tiene una incidencia en los alcances de la ejecución de la decisión final, al reflejarse en el cuarto punto resolutivo del Laudo Arbitral.

- 21.5. Por tal motivo, corresponde **ESTIMAR** la solicitud de aclaración solicitada por la parte demandada y **PRECISAR** que el cálculo de los intereses legales por el pago de las diecinueve (19) facturas especificadas en el primer párrafo del considerando N° 149 del laudo, deberá realizarse tomando en cuenta el transcurso del plazo de quince (15) días contados desde el otorgamiento de la conformidad de la prestación principal hasta la fecha efectiva del pago de dichas facturas, efectuado por la Entidad.

- 21.6. Por los motivos expuestos en líneas anteriores, se decide declarar **FUNDADA** la solicitud de aclaración presentada por la Entidad en los extremos expuestos por dicha parte, con conocimiento de la parte contraria.

CONCLUSIÓN:

En consecuencia, el Tribunal Arbitral **RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la solicitud de aclaración interpuesta por la Entidad con fecha 10 de febrero de 2017, en contra del Laudo Arbitral emitido el 01 de febrero de



• Expediente N° S 243-2014/SNA-OSCE

Caso Arbitral

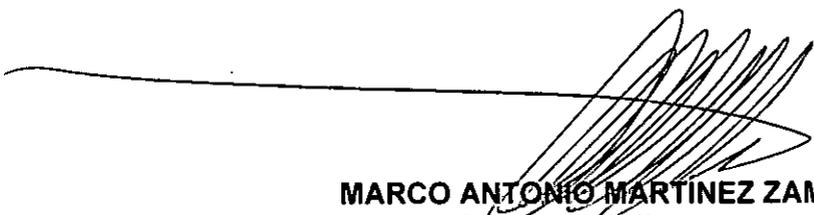
CONSORCIO IMPORTADORA Y DISTRIBUIDORA ZURECE S.A.C. - PRODUCTOS FORMA S.A.

PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA – UNIDAD EJECUTORA 007

2017 y en tal sentido, **PRECISAR** que el cálculo de los intereses legales por el pago de las diecinueve (19) facturas especificadas en el primer párrafo del considerando N° 149 del laudo, deberá realizarse tomando en cuenta el transcurso del plazo de quince (15) días contados desde el otorgamiento de la conformidad de la prestación principal hasta la fecha efectiva del pago de dichas facturas, efectuado por la Entidad.

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del D. Leg. N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, declarar que esta Resolución forma parte del Laudo Arbitral.

TERCERO: Notifíquese a las partes.



MARCO ANTONIO MARTINEZ ZAMORA
Presidente del Tribunal Arbitral



ALBERTO MOLERO RENTERIA
Arbitro