

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre el Laudo Arbitral del Expediente
Arbitral N° S 085-2013

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de
Abogada que presenta:

Diana Valeria Revoredo Loayza

ASESOR:

Christian Guzmán Napurí


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, CHRISTIAN GUZMAN NAPURI, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre el Laudo Arbitral del Expediente Arbitral N° S 085-2013", del autor(a) DIANA VALERIA REVOREDO LOAYZA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 28%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 08/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 11 de julio del 2024

<u>CHRISTIAN GUZMAN NAPURI</u>	
DNI: 10004102	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9929-0068	

RESUMEN

En el presente informe, criticaremos la decisión del tribunal arbitral emitida a través del laudo a nivel sustancial y procesal, en ese sentido, se analizan las obligaciones contractuales del Contratista según la Ley de Contrataciones del Estado D.L. N°1017, su Reglamento, y el Contrato N°010-2012-MIDIS-PRONAA sobre “Adquisición de Papilla”. Efectuando especial mención respecto a la figura de vicios ocultos en las contrataciones de bienes, en este caso, bienes perecibles y cuestionaremos la lógica del tribunal al considerar cumplidas las obligaciones del Contratista.

En el aspecto procesal, observamos una violación al debido proceso, ya que el Laudo fue emitido por dos árbitros recusados mientras el proceso debía estar suspendido según la normativa vigente, lo que constituye una infracción a los procedimientos legales establecidos.

En cuanto al fondo del caso, desde nuestro punto de vista, el Tribunal no evaluó adecuadamente las obligaciones contractuales, siendo que su análisis se centró únicamente en el cumplimiento de las obligaciones antes de la entrega del producto, sin considerar las responsabilidades del contratista de mantener la integridad del producto durante su vigencia. Este incumplimiento, se evidenció cuando el producto entregado no estaba en condiciones óptimas. Además, el Tribunal no tuvo en cuenta que, conforme a la normativa vigente, si el contratista quería una ampliación de plazo para la entrega del producto, este debió solicitarla inmediatamente después de cesar el evento de fuerza mayor, sin embargo, notificó a la Entidad sobre el siniestro 14 días después de la entrega, factores, no debidamente evaluados, que afectan la idoneidad del Laudo emitido.

Palabras clave

#ContratacionesPúblicas #ViciosOcultos #DebidoProceso #Arbitraje
#ObligacionesContractuales

ABSTRACT

In the present report, we will critique the decision of the arbitral tribunal issued through the award on both substantive and procedural levels. In this regard, we analyze the contractual obligations of the Contractor according to the State Procurement Law D.L. No. 1017, its Regulations, and Contract No. 010-2012-MIDIS-PRONAA concerning the "Acquisition of Baby Food." Special mention is made of the concept of hidden defects in the procurement of goods, in this case, perishable goods, and we will question the tribunal's logic in considering the Contractor's obligations as fulfilled.

On the procedural aspect, we observe a violation of due process, as the Award was issued by two arbitrators who had been challenged while the process should have been suspended according to the current regulations, which constitutes an infringement of the established legal procedures.

Regarding the substance of the case, in our view, the Tribunal did not adequately evaluate the contractual obligations, focusing its analysis solely on the fulfillment of obligations prior to the delivery of the product, without considering the contractor's responsibilities to maintain the integrity of the product during its validity. This breach was evident when the delivered product was not in optimal condition. Furthermore, the Tribunal did not take into account that, according to current regulations, if the contractor wanted an extension of the delivery deadline, this request should have been made immediately after the cessation of the force majeure event. However, the contractor notified the Entity about the incident 14 days after delivery. These factors, which were not duly evaluated, affect the adequacy of the issued Award.

Keywords

#PublicProcurement #LatentDefects #DueProcess #Arbitration
#ContractualObligations

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1 Justificación de la elección de la resolución	5
1.2. Presentación del Caso	6
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	7
2.1 Antecedentes	7
2.2 Hechos relevantes del caso	9
2.2.1. Hechos reales	9
2.2.2. Hechos procesales	10
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	15
3.1 Problema principal	15
3.2 Problemas secundarios	15
3.3 Problemas complementarios	15
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	16
4.1 Respuestas preliminares al problema principal	16
4.2 Respuestas preliminares a los problemas secundarios	17
4.3 Respuestas preliminares a los problemas complementarios	19
4.4 Posición individual sobre el fallo de la resolución	21
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	22
VI. CONCLUSIONES	41
BIBLIOGRAFÍA	43

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Laudo Arbitral de Derecho Expediente N° S 085-2013
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Contrataciones con el Estado / Arbitraje
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Laudo Arbitral, Resolución N°12 Resolución N°9 de Arbitro Franz Kundmüller Resolución N°8 de Arbitro Franz Kundmüller Resolución N°10 del Tribunal Arbitral
DEMANDANTE	Consortio de Alimentos SAC – CORAL SAC
DEMANDADO	PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA – PRONAA
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Arbitraje
TERCEROS	DIGESA/ MIDIS

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

El presente expediente es sobre incumplimiento contractual en Contrataciones con el Estado, asimismo, el presente caso se ve en la vía arbitral, la cual es el único medio de resolución de conflictos heterocompositivo que la Ley prevé, en ese sentido el arbitraje al ser jurisdicción distinta a la judicial no se rige bajo las mismas reglas al no considerar los precedentes como fuente para resolver los casos, siendo que cada tribunal arbitral puede tomar una decisión distinta respecto a un mismo caso en su propia interpretación de la ley aplicable.

La relevancia del presente caso gira en torno al análisis realizado por el Tribunal Arbitral el cual no toma en consideración que en las Contrataciones del Estado, a diferencia de en los procesos comerciales privados, la recepción y la conformidad de los bienes no son, ni suceden, en un mismo momento, ya que en las Contrataciones del Estado se prevé que la Conformidad pueda realizarse de forma posterior a la recepción, siendo necesario un informe por parte de la Entidad receptora, y siendo esta conformidad requisito necesario para que se genere la oportunidad de pago al Contratista. Considero que es de especial relevancia este punto, pues, no es considerado por el Tribunal Arbitral, quien por el contrario parece tomar un criterio civilista al entender que la conformidad de la recepción se ha realizado casi tácitamente, al haber una convalidación de la voluntad debido a que la Entidad recibió los bienes, ya que tenían como opción rechazar la recepción de los mismos si hubieran estado disconformes, lo cual no es acorde lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado vigente durante la ejecución del Contrato con la cual se inicia el proceso Arbitral.

En síntesis, la relevancia y complejidad del presente informe versa en analizar el funcionamiento del incumplimiento contractual en el contexto de contrataciones con el Estado, siendo que cuenta con una propia ley y reglamento (normativa especial) y por ende con reglas distintas a las de los contratos privados, asimismo, analizar el arbitraje como medio para resolver conflictos y sus diferencias, limitaciones y ventajas frente a la jurisdicción judicial, así como la interpretación de la ley aplicable con respecto a la recepción y conformidad de

los bienes como dos momentos diferenciados dentro de un proceso de Contrataciones con el Estado, y las obligaciones y responsabilidades de cada parte en dichos momentos.

1.2 Presentación del Caso

El presente expediente versa sobre una controversia surgida debido a una contratación estatal de bienes, en la que El Estado contrató mediante licitación pública por subasta Inversa Presencial la adquisición de papillas por el monto de S/2,053,944.18 (Dos millones cincuenta y tres mil novecientos cuarenta y 18/100 Nuevos Soles) a todo costo, con el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA).

El contrato consistía en la entrega de dicha papilla en dos momentos distintos, siendo que la primera entrega se da con normalidad, sin embargo, en la segunda entrega el camión sufrió un siniestro (volcadura) lo que ocasionó que más de 30 toneladas del producto papilla cayeran a la pista y alrededores del río, producto que luego fue recogido, subido a un nuevo camión y posteriormente ingresado a la entidad fuera de plazo, en un día que era feriado, y directamente al almacén del Equipo Zonal de Trabajo de Bagua.

En esa línea de ideas, el presente informe intenta resolver si es que dicha entrega se realizó conforme a las normativas vigentes y aplicable, y por tanto corresponde que la Entidad realice el pago a favor de CORAL SAC o, si por el contrario, el Tribunal resuelve incorrectamente considerando características de contratos de derecho privado para determinar si hubo o no una conformidad por parte de la Entidad, asimismo, se evaluará si dichos contratos con el Estado están sujetos a características que los diferencian de contratos privados y si esta naturaleza es determinante para poder resolver de manera correcta el caso.

Adicionalmente, se analizará qué criterios se deben determinar para el adecuado cumplimiento de la entrega del producto contratado. Asimismo, respecto al proceso arbitral también se evaluará si es válido el laudo emitido por mayoría si

es que los dos árbitros del Tribunal Arbitral han sido recusados y su recusación no ha sido resuelta.

La posición que se sostendrá es que la naturaleza del Contrato Administrativo es relevante en tanto la normativa de recepción y conformidad que establece la Ley de Contrataciones del Estado tiene una diferencia respecto a la acción de recepción y a la conformidad como tal, siendo que esta última no se obtiene de forma tácita, sino que exige un pronunciamiento o documentación adicional que permita otorgarla.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

Con fecha 18 de abril del 2012 se adjudica la buena pro a CORAL SAC, suscribiendo el Contrato N°010-2012-MIDIS-PRONAA por un monto de S/2,053,944.18 (dos millones cincuenta y tres mil novecientos cuarenta y cuatro y 18/100 Soles) del producto "Papilla". Con fecha 21 de mayo del 2012 se suscribe la primera adenda mediante la cual se modifica la cláusula segunda, tercera y octava del Contrato reduciendo la cantidad contratada al monto de S/1,992,027.13 (Un millón novecientos noventa y dos mil veintisiete y 13/100 Soles).

Las entregas debían realizarse en dos fechas, la primera del 22 al 25 de mayo del 2012 y la segunda del 23 al 26 de julio del 2012 en el almacén del equipo de trabajo zonal de Bagua.

Respecto a la primera entrega, la misma se realizó sin observaciones y dentro del plazo. Sin embargo, durante la segunda entrega, razón de la controversia, sucedió un siniestro el 24 de julio en la madrugada, cuando el camión de placa YG-1867 con una carga aproximada de 30 TM del producto Papilla sufrió una volcadura a la altura del puente Tulumayo en Tingo María, hecho que se encuentra fehacientemente probado al haber aparecido en las noticias y encontrarse consignado en el Acta policial de esa misma fecha.

Así, con fecha 29 de julio del 2012, día feriado nacional, ingresaron a los almacenes del Equipo de Trabajo Zonal de Bagua, dos vehículos de la empresa CORAL SAC que transportaban 59.184 TM del producto papilla.

Mediante carta recibida con fecha 13 de agosto del 2012, CORAL SAC comunica a la Entidad respecto al siniestro ocurrido, señalando que el mismo se produjo el día 24 de julio del 2012, aproximadamente a las 03:30 am, y que el camión Furgón de placa YQ-1869 “sufrió un accidente fortuito de tránsito, a alturas del puente Tulumayo (...) y el otro vehículo camión furgón de placa YI-9205 que también se encontraba en ruta se detuvo a auxiliar al vehículo que sufrió el accidente. Por lo que ese mismo día (...) se realizó la contratación de otro vehículo de placa WGC-770 realizándose su acondicionamiento y transbordo del producto para continuar su traslado y poder llegar al destino dentro de la fecha (...)”¹ y solicita que al encontrarse en el escenario de un caso fortuito se considere como fecha de entrega el día 26 de julio del 2012, y no el día 29 de julio del 2012, pues los camiones llegaron al almacén el día 26 de julio a las 6:30 pm por lo cual no se pudo coordinar con el Jefe de Control de calidad para poder realizar el control respectivo, coordinando la entrega el día 29 de julio del 2012.

Con fecha 14 de agosto del 2012, un especialista de control de calidad de la UGATSAN se presentó en los almacenes del Equipo de Trabajo Zonal de Bagua, por solicitud de la Entidad, y realizó una inspección a la totalidad del producto papilla que había sido recepcionada con fecha 29 de julio del 2012, siendo los resultados NO CONFORME respecto al sellado e integridad de envases (hermeticidad). De acuerdo con el Acta levantada, los envases primarios se encontraban rotos, con fechas y lotes corregidos con plumón, fechado borroso e ilegible, bolsas sucias con signos de haberse mojado, bolsones sin numeración, rotos y sucios. Asimismo, realizó el mismo control de calidad respecto al producto recepcionado el día 26 de julio del 2012, usando la misma técnica, y el muestreo se concluyó CONFORME.

¹ Carta N°116-2012-COTAL/GG dirigida al Jefe del Equipo de Trabajo Zonal de PRONAA Bagua, asunto: “solicito consideración de fecha de recepción de Producto Papilla”, recibida con fecha 13 de agosto del 2022.

Con fecha 10 de septiembre del 2012, la Fiscalía de prevención del Delito de Bagua, realizó un operativo de prevención del Delito contra la salud Pública, debido al ingreso irregular del producto acontecido el día 29 de julio del 2012, es decir, durante un feriado nacional, en las instalaciones del Equipo de Trabajo Zonal de Bagua, siendo que ese día la Fiscalía procedió a inmovilizar todo el producto papilla que se encontraba almacenado a esa fecha.

Con fecha 18 de septiembre del 2012, se tomaron muestras al producto inmovilizado y se enviaron a la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), quien mediante oficio N°010-2013/DG/DIGESA hace llegar el informe en el que informa que el producto debe ser declarado NO APTO PARA EL CONSUMO HUMANO, en razón al inminente riesgo de contaminación cruzada por tratarse de lotes siniestrados que se mezclaron con lotes que no lo fueron y recomiendan destruir el mismo.

2.2 Hechos relevantes del caso

2.2.1. Hechos Reales

Con fecha 14 de agosto del 2012 se comunica a CORAL mediante carta del Equipo de Trabajo Zonal de Bagua, que la reconsideración para la recepción del producto papilla del camión que sufrió un accidente fortuito, se debía tramitar en la sede central conforme al contrato.

Con carta N°0122-2012-CORAL/GG de fecha 20 de agosto del 2012, CORAL envía la factura N°0001-001490 ascendente a S/996,013.57 correspondiente a la segunda entrega del producto papilla acompañada de las guías de remisión correspondientes.

Ante la falta de respuesta, con fecha 28 de septiembre del 2012 CORAL solicita nuevamente que se ordene la cancelación de la factura correspondiente a la segunda entrega del producto papilla.

Con carta Notarial de fecha 05 de noviembre del 2012, CORAL reclama a PRONAA que luego de haber recibido el producto en buenas condiciones, el producto fue inmovilizado y se le realizó un muestreo de fecha 12 de septiembre del 2012 sin haber comunicado a CORAL del resultado de este.

Mediante carta notarial de fecha 13 de noviembre del 2012, PRONAA requiere nuevamente el pago sin respuesta por parte de la Entidad, siendo que mediante Carta Notarial de fecha 30 de noviembre del 2012 CORAL resuelve parcialmente la Primera Adenda al Contrato.

2.2.2. Hechos Procesales

Con fecha 31 de mayo del 2013 CORAL presentó demanda arbitral ante la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE contra PRONAA, cuyo petitorio consistía en (i) que el MIDIS indemnice a CORAL por el monto de S/996,013.57, correspondiente a la factura N°001-001490, por los daños y perjuicios ocasionados en virtud del incumplimiento del pago, correspondiente a 198,054 bolsas de papilla de 900 gramos entregados en cumplimiento del Contrato N°010-2012-MIDIS-PRONAA, entregadas en el almacén del Equipo de Trabajo Zonal de Bagua más los intereses legales que se devenguen. (ii) que MIDIS proceda al pago de las costas y costos derivados del presente proceso arbitral y de su ejecución, (iii) que MIDIS proceda con la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento ascendente a 205,394.41, retenida por PRONAA en virtud del Contrato, (iv) que, MIDIS deje sin efecto la imposición de penalidades impuestas por los presuntos incumplimientos imputados contra CORAL, (v) que MIDIS, proceda con la cancelación de la factura N°0001-001490, pendiente de pago, (vi) que se declare la ineficacia de los procedimientos a través de los cuales observaron los suministros entregados a PRONAA, por no haber cumplido los procedimientos y reglas aplicables.

La demanda de CORAL se sustenta en que PRONAA recibió el producto papilla del lote siniestrado y tenían conocimiento de que el lote había sido siniestrado, pues CORAL lo comunicó mediante Carta, asimismo, de acuerdo con PRONAA, las guías de remisión constituyen conformidad suficiente, pues

verifican que el producto fue recepcionado y de no haberse encontrado en las condiciones adecuadas el mismo no habría sido recepcionado. Adicionalmente, CORAL considera que el procedimiento para realizar el rechazo del producto no fue seguido por la Entidad, pues no se le comunicó a CORAL, que el producto había sido rechazado o que se sospechaba de la inocuidad de este.

Con fecha 22 de julio del 2013 la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión social, en representación del Programa Nacional de Asistencia Alimentaria- PRONAA (en adelante, la "Entidad"), responde la Demanda negándola en todos sus extremos y planteando la reconvención solicitando (i) declarar la invalidez y/o nulidad y/o se deje sin efecto la carta de resolución del Contrato, (ii) Se ordene a CORAL SAC el pago de una indemnización ascendente a S/996,013.57 por haber generado daño moral a la Entidad con el menoscabo de la legitimidad, (iii) Se ordene a CORAL SAC asuma el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que incurra el MIDIS para su defensa.

La reconvención de PRONAA se centra en que la entrega del producto se realizó de forma irregular, pues se realizó la entrega con fecha 29 de julio, día no laborable, por lo que no se pudo realizar un control de la recepción del producto adecuado, asimismo, la Entidad no tenía conocimiento de la magnitud del siniestro y lo que implicó, siendo que el siniestro de acuerdo con los videos captados por los noticieros implicó que se rompa la cadena de inocuidad del producto papilla, el cual estuvo en contacto con la intemperie durante horas y fue manipulado por los pobladores.

Con fecha 03 de abril de 2014, se llevó a cabo la audiencia de instalación, mediante la cual los árbitros Vicente Tincopa Torres y Luis Huayta Zacarias dejaron constancia que Luis Ricardo Rios Saenz, representante del Contratista, también era abogado en otro proceso que estaban llevando en el CARC- PUCP, siendo que las partes ratificaron la designación de los árbitros, quienes se comprometieron a desempeñar su función con independencia, imparcialidad y probidad y ratificación su aceptación del cargo.

Con fecha 25 de junio del 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos controvertidos, quedando establecidos los siguientes puntos controvertidos respecto a la demanda:

- a. Determinar si corresponde que la Entidad cancele a favor de CORAL la suma de S/996,013.57, más los intereses legales que se devenguen, por concepto de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento del pago de 198,054 bolsas de papilla.
- b. Determinar si corresponde que la Entidad asuma las costas y costos del proceso arbitral y su ejecución forzada.
- c. Determinar si corresponde que la Entidad proceda a la devolución de la carta de fiel cumplimiento ascendente al 10% de la suma del Contrato, es decir, S/205,394.42
- d. Determinar si corresponde que la Entidad deje sin efecto la imposición de las penalidades aplicadas por presuntos incumplimientos de CORAL.
- e. Determinar si corresponde que la Entidad cancele a CORAL el monto de la factura pendiente de pago, correspondiente a la segunda entrega,
- f. Determinar si corresponde que se declare la ineficacia del procedimiento mediante los cuales la Entidad rechazó el producto entregado por CORAL, por contravenir lo establecido en el contrato.

Asimismo, respecto a la reconvenición de la demanda se determinaron los siguientes puntos controvertidos:

- a. Determinar si corresponde o no declarar la invalidez y/o nulidad y/o se deje sin efecto la Carta de Resolución de contrato y Primer Adenda del Contrato presentada por el demandante por contravenir las normas legales y por la falta al cumplimiento de inocuidad del producto papilla.

- b. Determinar si corresponde o no ordenar que el demandante cancele a favor de la Entidad la suma de S/300,000.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Con fecha 15 de julio del 2014, se realizó la audiencia de informes orales, mediante la cual se intentó determinar, entre otros puntos, si es que el producto papilla, abandonó el camión o no durante el siniestro, es decir, si el siniestro efectivamente causó la pérdida de la inocuidad del producto, siendo que CORAL mantuvo la posición de que el producto jamás abandono el camión y que el mismo no fue expuesto a contaminación, mientras que la Entidad probó que el producto estuvo expuesto por horas a la intemperie e inclusive a manipulación de los pobladores, de acuerdo a lo documentado en fotos y videos registrados en noticieros locales.

Mediante escrito de fecha 24 de octubre del 2014, la Entidad presentó un recurso de recusación ante la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE contra los árbitros Vicente Tincopa Torres y Luis Huayta Zacarias por incumplir con su deber de revelación.

Mediante escrito de fecha 28 de octubre del 2014, la Entidad solicitó al tribunal arbitral la suspensión del proceso, debido a que habían recusado a dos de los tres árbitros.

Mediante Resolución N°08 de fecha 29 de octubre de 2014, el árbitro Franz Kundmüller Caminiti, suspendió las actuaciones arbitrales hasta que se resolvieran las recusaciones planteadas contra los doctores Vicente Tincopa Torres y Luis Huayta Zacarias.

Mediante Resolución N°10 de fecha 29 de octubre de 2014, el Tribunal Arbitral resuelve declarar que se encontraban imposibilitados jurídicamente de proveer y decidir sobre la solicitud de suspensión del arbitraje realizada por la Entidad, en tanto se había formulado una recusación contra dos miembros integrantes del mismo. Por lo que dispuso devolver la solicitud de suspensión de arbitraje a la

Entidad, debiendo ser esta presentada al Colegio de Arbitraje del SNCA-OSCE a fin de que dicha entidad se pronuncie sobre la procedencia o no de la solicitud.

Mediante Resolución N°12 de fecha 31 de octubre del 2014 se emitió un Laudo en Mayoría por los árbitros Vicente Tincopa Torres y Luis Huayta Zacarias, mediante el cual resolvieron:

1. Declarar FUNDADA la pretensión de CORAL respecto a la ineficacia del procedimiento por el cual se observó y/o rechazó el producto papilla. El sustento es que la Entidad pudo no haber recibido el producto de no cumplirse con las especificaciones de la ficha técnica pero no lo hizo, lo cual es consistente con los NEA y boletines de control de calidad que prueban la entrega de la totalidad del producto papilla.
2. Declarar FUNDADA la pretensión de CORAL respecto al pago de la factura N°001-001490, ascendente a S/996,013.57, debido a que CORAL cumplió con la entrega del producto según de acuerdo con el Contrato.
3. Declarar infundada la pretensión de CORAL respecto al pago de la indemnización por daños y perjuicios debido que no ha demostrado fehacientemente el daño objeto de resarcimiento.
4. Declarar FUNDADA la pretensión de CORAL referida a la devolución de la Carta de Fiel Cumplimiento, en tanto CORAL habría cumplido con su obligación de acuerdo con el Contrato.
5. Declarar FUNDADA la pretensión de CORAL referida a dejar sin efecto la aplicación de penalidades por parte de la Entidad, en tanto CORAL había cumplido con sus obligaciones contractuales.
6. Declarar INFUNDADA la pretensión de la Entidad respecto a la invalidez y/o nulidad de la Resolución del Contrato efectuada por CORAL.
7. Declarar INFUNDADA la pretensión de la Entidad sobre el pago de indemnización por daños y perjuicios debido a que no existió un incumplimiento.

8. Disponer que ambas partes asuman los gastos arbitrales correspondientes.

Mediante Resolución N°9 de fecha 03 de noviembre del 2014, el árbitro Franz Kundmüller Caminati resuelve que las actuaciones arbitrales están suspendidas hasta que concluya el trámite de las recusaciones planteadas y en consecuencia deja expresa constancia que al estar vigente la suspensión del arbitraje, no avala ni participa de la emisión del Laudo en mayoría emitido.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

¿El “producto papilla” entregado por parte de CORAL S.A.C. se ajustaba a lo requerido por el Contrato y la normativa vigente o por el contrario fue entregado con vicios ocultos que determinaban el incumplimiento de la prestación?

3.2 Problemas secundarios

¿Qué criterios resultan pertinentes para determinar el adecuado cumplimiento de la entrega del producto contratado?

¿De los actuados se desprende la presencia de vicios ocultos en el producto papilla entregado por CORAL SAC?

3.3 Problemas complementarios

¿Pueden dos árbitros recusados emitir un Laudo en mayoría en un arbitraje institucional sin que la Entidad se haya pronunciado sobre las recusaciones?

¿Se vulneró el derecho a un debido procedimiento de la Entidad?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares al problema principal

Problema Principal: ¿El producto papilla entregado por parte de CORAL S.A.C. se ajustaba a lo requerido por el Contrato y la normativa vigente o por el contrario fue entregado con vicios ocultos que determinaban el incumplimiento de la prestación?

Consideramos que el Tribunal realizó una interpretación errónea al asumir que la entrega en sí misma, era acto suficiente para que se haya configurado la conformidad de la entrega del producto, ya que, no consideró que la entrega y conformidad son dos momentos distintos en las contrataciones del Estado y que no basta con guías de remisión, o Notas de Entrada de Almacén (NEA) como medios de prueba individual de la entrega conforme del producto, sino que se debe emitir una conformidad expresa y sustentada en un informe de conformidad, del cual forma parte el control de calidad, pero que no es el único elemento de la misma.

Asimismo, consideramos que, de acuerdo con la norma vigente en ese momento, que aunque la Entidad hubiese dado la conformidad, procedimiento posterior al anterior, aún mantenía el derecho a reclamar por los vicios ocultos, en este caso el siniestro, generó un vicio oculto, pues la contaminación cruzada de la que adolecía el producto papilla no era verificable al momento de la Entrega, y menos considerando que el Equipo de Trabajo Zonal de Bagua, no tenía conocimiento de que las papillas entregadas habían sufrido un siniestro que contaminó las mismas por haber estado expuestas y la norma vigente en ese momento establecía en su Art. 50 que el Contratista es responsable “por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (01) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad”².

² Art. 50 D.L. 1017, Ley de Contrataciones del Estado

4.2 Respuestas preliminares a los problemas secundarios

4.2.1. Primer Problema Secundario: *¿Qué criterios resultan pertinentes para determinar el adecuado cumplimiento de la entrega del producto contratado?*

Algunos de los criterios pertinentes para determinar el adecuado cumplimiento de la entrega del producto papilla, debieron haber sido los siguientes:

- a) Conformidad con las especificaciones técnicas: El producto papilla debía cumplir con todas las características y especificaciones técnicas detalladas en el contrato. Esto incluye dimensiones, materiales, funcionalidad, y otros aspectos técnicos relevantes, inclusive el empaquetado del mismo, debiendo haber sido verificada la hermeticidad.
- b) Cumplimiento de plazos: El producto debió ser entregado en el tiempo estipulado en el contrato. Lo cual no se cumplió en el caso de la segunda entrega, que fue entregada un día feriado, tres días después del plazo establecido, alegando caso fortuito sin haber obtenido la aprobación formal de la Entidad sobre el nuevo plazo de entrega.
- c) Documentación y certificaciones: El producto papilla entregado debió mínimamente haber pasado por un examen que certificara la inocuidad y aptitud para el consumo humano del mismo después de sufrido el siniestro, en tanto CORAL no realizó el cambio del lote siniestrado.
- d) Inspecciones y pruebas: Antes de la conformidad del producto por parte de la Entidad, se debieron realizar las inspecciones y pruebas para verificar que el producto cumple con los criterios acordados, como fueron las realizadas por DIGESA.

De acuerdo con la Dirección Técnico Normativa del OSCE (en adelante, “DTN”) “la recepción y conformidad son responsabilidad del área usuaria” y “la conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar (considerando la naturaleza de la prestación) la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias para ello”³.

En esa misma línea, la DTN señala que “el área usuaria es la encargada de supervisar la ejecución del contrato, es decir, verificar o determinar que el contratista haya cumplido a cabalidad con la ejecución de las prestaciones asumidas, siendo que para ello **debe emitir un informe sobre el cumplimiento de las condiciones contractuales, el cual da lugar a la conformidad**”⁴ (resaltado nuestro).

Asimismo, se debe tener en consideración que de acuerdo con el numeral II del título preliminar de la Ley General de Salud, es de interés público y por ello, responsabilidad del Estado, la protección de la salud, y por lo mismo, debe regularla, vigilarla y promoverla⁵, dentro del ámbito de la salud, se encuentra el cuidado de los productos ofertados en el mercado, los cuales deben cumplir con un estándar mínimo de calidad y por ende seguir las normas y protocolos para su distribución y consumo.

Ante ello, sostenemos que el área usuaria debía emitir un informe mediante el cual se otorgara la conformidad del producto entregado que mínimamente contenga los exámenes de control de calidad idóneos para verificar la inocuidad del producto papilla. Esto atendiendo a los principios de la contratación pública y los fines de esta. En este sentido, la debida diligencia para con estos productos debió haber sido mayor a la usual tratándose de alimentos dirigidos a población vulnerable, en este caso bebés de 6 meses beneficiarios del programa nacional de asistencia alimenticia.

³ Dirección Técnico Normativa (2018) Opinión N°202-2018/DTN.

⁴ IDEM

⁵ Numeral II del Título Preliminar de la Ley N°26842, Ley General de Salud

4.2.1. Segundo Problema Secundario: ¿De los actuados se desprende la presencia de vicios ocultos en el producto papilla entregado por CORAL SAC?

Consideramos que es posible inferir de los actuados que nos encontramos ante la presencia de vicios ocultos, esto debido a que el “producto papilla” ya había perdido una cualidad indispensable del mismo antes de la entrega del producto a causa del siniestro, como se demostró en el proceso a través de múltiples medios de pruebas aportados y que no era posible de verificar a través del examen organoléptico. Siendo que la cualidad necesaria del producto era la inocuidad del mismo, y esta característica se perdió a causa del siniestro suscitado, en el cual, el camión que trasladaba 30 Toneladas del producto papilla, se volcó siendo que estas papillas siniestradas no fueron reemplazadas sino trasladadas por otro camión a pesar de haber estado expuestas a la intemperie y humedad lo que causó la contaminación de las mismas y por ende el incumplimiento de la obligación.

4.3. Respuesta Preliminar a los Problemas complementarios

4.3.1. ¿Pueden dos árbitros recusados emitir un Laudo en mayoría en un arbitraje sin que la Entidad se haya pronunciado sobre las recusaciones?

Respecto a la recusación de los árbitros solicitada por la Entidad, se debe considerar que la misma se encontraba dentro del plazo para ser realizada, ya que hasta ese momento no se había establecido el plazo para laudo. Asimismo, se debe considerar que de acuerdo con el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, D.S. N°184-2008-EF vigente a esa fecha, el arbitraje se suspendía si habían sido recusados dos o tres de los árbitros del tribunal, escenario en que se podría decir que se encontraban debido a que la Entidad planteo la recusación de dos árbitros y solicitó la suspensión del proceso hasta que se resolviera la misma, adicionalmente mediante Resolución N°8 emitida por el árbitro Franz Kundmüller, se suspendieron las actuaciones arbitrales hasta que el Colegio Arbitral del SNA se pronunciara sobre la recusación. Cabe recalcar que de acuerdo con Palacios Pareja una de las consecuencias de que

sigan emitiendo resoluciones, árbitros recusados, es que “al haber sido emitido por el árbitro incurso en causal de recusación se ha violado el derecho fundamental de la parte al debido proceso, al haber sido juzgado por un árbitro que no es imparcial o que carece de independencia” (2011, p.360), por ende, se podría decir que inclusive por ética profesional correspondía que las actuaciones arbitrales se suspendan hasta la resolución de la recusación por el órgano competente.

Adicionalmente, **se observa que el tribunal recusado se contradice**, pues en la Resolución N°10 se niegan a pronunciarse sobre la suspensión de las actuaciones en tanto habían sido recusados y aun no se había resuelto su recusación y después, aun sin resolución sobre la recusación, emiten un Laudo en mayoría.

Consideramos que el laudo emitido no es válido en tanto el Colegio de Arbitraje Administrativo del SNCA-OSCE no se había pronunciado sobre la recusación solicitada por la Entidad antes de la emisión del Laudo y la recusación recaía sobre el presidente del tribunal arbitral y un árbitro más, en ese sentido no era posible que el árbitro Franz Kundmüller determine solo, la resolución de la recusación de dos árbitros del tribunal, sino que correspondía que lo haga el Colegio de Arbitraje Administrativo, al ser el órgano contemplado de acuerdo con el Reglamento del SNA-OSCE.

4.3.2. ¿Se vulneró el derecho al debido procedimiento de la Entidad durante el proceso arbitral?

Sostenemos que existió una abierta vulneración al derecho de defensa de la Entidad, ya que se emitió un laudo en mayoría mientras las actuaciones estaban suspendidas conforme a lo establecido por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 184-2008-EF. Asimismo, casi al final del proceso se emitieron dos resoluciones contradictorias emitidas el mismo día, lo cual resta coherencia en el proceso. Además, la notificación de la resolución N°11 fue efectuada junto con el Laudo el 4 de noviembre de 2014, lo que no otorgó a la Entidad un plazo adecuado para pronunciarse sobre la

resolución antes de que se emitiera el Laudo, vulnerando así su derecho de defensa al no poder interponer el recurso pertinente contra la resolución N° 11.

Sostenemos que la simultaneidad en la notificación de la resolución y el Laudo resultó en una imposibilidad material para la Entidad de preparar y presentar adecuadamente su defensa. Esta conducta no solo vulneró diversos principios, sino que también redujo la confianza en el proceso arbitral, ya que la Entidad fue privada de un tiempo razonable para evaluar y responder a las resoluciones adversas que impactaban directamente en el resultado del arbitraje, pues se estaba solicitando la suspensión del proceso por la recusación de dos de los árbitros.

En resumen, el proceso estuvo marcado por decisiones y acciones que claramente perjudicaron a la Entidad, vulnerando sus derechos de defensa y generando una percepción de parcialidad en el arbitraje. Esta mezcla entre las resoluciones contradictorias y paralelas, el trato desigual en la admisión de pruebas y la notificación del laudo a la par que la Resolución donde rechazan pronunciarse sobre la recusación de los árbitros evidencia una serie de irregularidades que comprometen la legitimidad del laudo emitido y que encajan dentro de las causales de anulación del Laudo.

4.3 Posición individual sobre el fallo de la resolución

En el presente informe adoptamos una postura distinta a la del tribunal arbitral, en tanto, consideramos que existe un error de forma y en el fondo, esto debido a que no se respetó el debido proceso al haberse emitido el Laudo por dos árbitros que se encontraban recusados y estando el proceso suspendido de acuerdo a la resolución emitida por el único árbitro que no se encontraba recusado, y de acuerdo al Reglamento de la Ley de Arbitraje vigente, sin que posteriormente se haya levantado dicha suspensión para emitir el Laudo.

Asimismo, respecto al fondo, consideramos que el Tribunal no hace un adecuado análisis de las obligaciones contenidas en el Contrato, ya que se

centra en analizar el cumplimiento de las obligaciones antes de la entrega del producto, y sin embargo no analiza las obligaciones que tenía el contratista respecto a la responsabilidad de mantener la integridad del producto durante la vigencia del mismo, cuyo incumplimiento se ve materializado cuando el producto papilla siniestrado ya no se encontraba inocuo antes de la entrega. Asimismo, no se consideró que de acuerdo con la normativa vigente el contratista se encontraba obligado a solicitar la ampliación del plazo de entrega el mismo día que cesó el evento de fuerza mayor y sin embargo comunicó a la Entidad sobre el siniestro 14 días después de la entrega del producto.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Problema Principal: ¿La entrega del producto papilla por parte de CORAL SAC se realizó de acuerdo a la normativa vigente, o, por el contrario, existió un vicio oculto en la ejecución del contrato que determina su incumplimiento?

Consideramos que la entrega del “producto papilla” no se realizó de acuerdo con la normativa vigente, esto debido a las irregularidades detectadas que se detallaran a continuación. En primer lugar, debemos tomar en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en la cláusula novena del Contrato, la cual no fue modificada por la primera adenda, el plazo para realizar la segunda entrega de los bienes estaba establecido entre el 23 al 26 de julio del 2012, fecha en la cual se debían entregar 198,054 bolsas de 900gr del producto papilla, equivalentes a 178,248600 TM, de acuerdo con la Primera Adenda del Contrato.

En ese sentido, era obligación del Contratista entregar el producto en el Almacén del Equipo de Trabajo Zonal de Bagua como máximo el jueves 26 de julio del 2012, sin embargo, debido al siniestro ocurrido con fecha 24 de julio del 2012, en cual el camión de placa YQ-1860, que transportaba aproximadamente 30 TM del producto papilla, se volcó a la altura del puente Tulumayo, el lote es entregado con fecha 29 de julio del 2012. Esto es particularmente relevante debido a que de acuerdo con el Art. 175 del Reglamento del DL N°1017 la ampliación del plazo contractual es procedente en caso de fuerza mayor o caso

fortuito siempre que sea solicitada dentro de los 7 días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso, en ese sentido, la prórroga del plazo debido a este hecho debió haber sido solicitada como máximo hasta el día 03 de agosto del 2012, sin embargo la comunicación mediante la cual comunican a la Entidad del siniestro y solicitan que sea considerada la fecha de recepción como el 26 de julio del 2012, en lugar de la fecha efectiva de entrega que fue el 29 de julio del 2012, fue recepcionada por la Entidad con fecha 14 de agosto del 2012, esto es, fuera del plazo.

Asimismo, es recién con esta comunicación que se pone en conocimiento de la Entidad el siniestro ocurrido con uno de los camiones que transportaba 30 TM aproximadamente del producto papilla, esta comunicación resulta especialmente relevante debido a que en la misma el Consorcio omite deliberadamente la magnitud del siniestro, pues indican que efectivamente el camión había sufrido un siniestro pero no comunican que ese siniestro había consistido en la volcadura del camión, lo que había ocasionado que el producto papilla se exponga a la intemperie por un periodo prolongado de horas, tal como probó la Entidad en el proceso con los las noticias zonales de esas fechas, donde incluso se tiene grabado en video la magnitud de dicho siniestro y las consecuencias reales que tuvo en el producto papilla, el cual se encontraba inclusive el borde del río Tulumayo, por lo que fue expuesto a humedad.

Adicionalmente, en dicha comunicación se indica expresamente que el producto papilla fue “transbordado” a otro camión para cumplir con la entrega, es decir, que el producto que había sido siniestrado no había sido reemplazo, sino que el mismo que había sido expuesto a la intemperie había sido transbordado y finalmente entregado en el almacén de Bagua. Adicionalmente dicha comunicación indica que la razón por la cual no pudieron entregar el producto el día 26 de julio fue debido a que llegaron al almacén a las 6:30 pm del día 26 de julio y no encontraba el Jefe de Almacén, por lo que tuvieron que entregarlo el día 29 de julio del 2012.

Dicha acción conlleva a diversas interrogantes, la primera es ¿por qué el producto no fue entregado el día 27 de julio del 2012 que era el día hábil

siguiente? ¿Por qué el Contratista acordó con el Jefe de Almacén entregar el producto dos días después y durante un feriado? Esta conducta irregular fue valorada por la Entidad y también puesta en consideración del Tribunal Arbitral para la evaluación de la validez de la no conformidad a dicho producto.

Respecto a esto se debe tener en mente que la comunicación respecto al siniestro ocurrido con los bienes fue realizada 14 días hábiles después de la entrega, por lo que cabe plantearnos si fue cabía el debate sobre una entrega con vicios ocultos, sobre el particular, la RAE los define como “Defectos ocultos de la cosa existentes al tiempo de la adquisición que la hacen impropia para el uso a que se la destina o que disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella.”⁶ por otro lado, en palabras de Arribas un vicio oculto “es la falta de una cualidad esencial del bien que ha sido entregado” (2015, p.51).

En el presente caso, la cualidad esencial faltante del bien o la cosa existente al tiempo de la adquisición que disminuye el valor del bien es la inocuidad, la cual se perdió a raíz del siniestro, y de acuerdo con el Contrato y el Reglamento de la Ley de Inocuidad de los Alimentos, era una obligación del Contratista suministrar alimentos inocuos. Ahora bien, de acuerdo con las especificaciones técnicas del producto papilla, establecidas en el Contrato, especialmente la Cláusula Quinta del mismo, se establecía que el producto debía ser entregado en “bolsones que garantizaran la inocuidad, resistencia y seguridad hacia la fecha de vencimiento del producto”, en esa línea, al haber sufrido el producto un siniestro de la magnitud esbozada por los noticieros, dichos bolsones ya no tenían dichas cualidades pues habían sido expuestos a la humedad del río y la contaminación del exterior, pues se encontraron expuestos por largas horas.

Respecto a la determinación del momento de la pérdida de la inocuidad en entrega de bienes en contrataciones con el Estado se ha establecido en el Laudo Arbitral de Derecho recaído en el Expediente N°S157-2013/SNA-OSCE de fecha 09 de junio del 2016, que para invocar vicios ocultos se debe determinar si el

⁶ Diccionario de la Real Academia Española “Vicios ocultos” En: <https://dpej.rae.es/lema/vicios-ocultos>

producto no es inocuo o si no es inocuo debido a que carece de la cualidad prometida por el transferente, y en ese sentido es pertinente recordar que de acuerdo con el Art. 1503 del Código Civil, no solo debe ser oculto el vicio, sino que también debe ser anterior o contemporáneo al momento de la adquisición del bien (2016, p. 16).

En esa línea, para efectos de determinar si existió un vicio oculto en el marco de la ejecución contractual es necesario determinar que este vicio o defecto se produjo de forma anterior a la entrega del producto y se mantuvo oculto o no fue comunicado, o no era percible por la Administración, en el caso presente, el vicio se produjo de forma anterior a la entrega debido que el mismo fue causado por el siniestro producido, el cual como indicamos en párrafos anteriores no fue comunicado dentro del plazo establecido, sino que es comunicado de forma extemporánea dos semanas después de haberse entregado el producto.

Ahora bien, regresando a lo fundamentado por el Tribunal respecto a la conformidad del producto, se tiene que el tribunal sólo toma en consideración una parte del contrato, cuando en el segundo párrafo de la página 10 del Laudo indican que “La Entidad se encontraba sujeta a obligaciones como: (i) no recibir el producto si este no cumplía con las características técnicas y demás condiciones establecidas en las bases, y ficha técnica (...)” ya que, dicha interpretación se da por una mala lectura de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato, la cual indicaba que “de existir observaciones al producto **vencido el plazo de entrega** el PRONAA otorgará un plazo de 2 a 20 días para la subsanación, cuando se afecte la inocuidad del producto papilla suministrado, el PRONAA no efectuará la recepción del producto debiendo considerarse como no ejecutada la prestación”. Es decir, la obligación de que la Entidad no recepcione el producto se encontraba dentro del Marco del vencimiento del plazo de entrega con observaciones.

Sin embargo, la Cláusula Cuarta del Contrato respecto a la forma de pago y la conformidad, indica que “no es obligación en la Entidad recibir el producto” si el mismo no cumplía con las características técnicas, por lo que recibir o no el

producto era facultativo y no constituía de forma alguna la conformidad del mismo.

Respecto al procedimiento de conformidad, se debe recordar que, del acuerdo con el Contrato para el mismo, era necesario el Boletín de Calidad, y para ello se debería contar con la guía de remisión visada y sellada y la nota de entrada de almacén, para que en el Boletín de Calidad que debía contener un examen organoléptico de los bienes, se diera la conformidad o no conformidad de los bienes el cual debía ser remitido a la Unidad Administrativa del PRONAA a través de un informe detallado.

Sobre el plazo para otorgar la conformidad, de acuerdo a contrato y a norma el mismo debía realizarse como máximo a los 10 días calendario de recepcionados los bienes, es decir como máximo el día 8 de agosto del 2012, sin embargo, consideramos que inclusive aunque si se hubiera dado una conformidad ficta por el transcurrir del tiempo, recién con fecha 14 de agosto del 2012 el Consorcio informa a la Entidad sobre el siniestro, por lo que dicha entrega se encontraba dentro de una entrega con vicios ocultos y su calidad podía ser observada aún por la Entidad.

En ese sentido, consideramos que el Tribunal no hace un análisis correcto de los hechos, ya que se basa en el cumplimiento del Consorcio de la normativa, permisos y controles de forma anterior al siniestro, cuando es justamente el siniestro lo que volvió al producto papilla un producto no apto, pues es consecuencia del mismo que el producto haya sido expuesto a la intemperie y haya perdido las condiciones de hermeticidad e inocuidad. Asimismo, consideramos que es un error lo establecido por el tribunal en cuanto a que ya que la Entidad había recepcionado el producto entonces se entendía por conforme el mismo.

Primer Problema Secundario: ¿Qué criterios resultan pertinentes para determinar el adecuado cumplimiento de la entrega del producto contratado?

En primer lugar, se debe considerar que las contrataciones con el Estado no se rigen bajo la misma normativa que las contrataciones Privadas, siendo que se rigen por una normativa especial que regula las actuaciones de las mismas y la ejecución, y cuya interpretación de obligaciones de debe realizar bajo una interpretación sistemática de la normativa y el Contrato Administrativo.

Sobre el Contrato Administrativo, Linares indica que existen dos concepciones respecto a este, la concepción clásica según la cual el Contrato Administrativo implica poderes implícitos que trascienden el acuerdo inicial, como modificar unilateralmente el contrato y dirigirlo. Surge el principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero, que favorece la continuidad del contrato ante eventos imprevisibles. En esta visión, el Estado se asemeja a un actor privado, desprovisto de su autoridad soberana, por otro lado, la concepción dualista distingue entre los contratos administrativos y los contratos privados de la administración, y sostiene que los contratos administrativos implican potestades implícitas atribuibles al Estado una vez que han sido catalogados de esta forma. (2006, p.285-288)

En esta línea, de acuerdo con Salazar “el Contrato de la Administración Pública tiene un carácter instrumental, es uno de los medios de los que se vale la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines” (2009, p.27) (subrayado nuestro)

Debiendo haberse considerado que la conformidad en el ámbito de las contrataciones con el Estado es una etapa diferenciada a la entrega de los bienes, lo cual responde al volumen (cantidad que se debe revisar) y el interés general que se debe cautelar, por lo que la conformidad debe pasar por un proceso mucho más minucioso que de acuerdo con normativa incluye la elaboración de un informe de conformidad.

De acuerdo con Morón y Zita cuando una de las partes del acuerdo es la administración, sin distinción de la naturaleza jurídica de la relación establecida entre ellos, estamos ante un “contrato de la administración” por otro lado, siempre que aquellos contratos celebrados por la administración tengan un

régimen jurídico diferenciado del privado estamos ante la subcategoría jurídica “Contrato Administrativo” (2019, p.21). En síntesis, la diferencia entre ambos está en que un "contrato de la administración" simplemente implica la participación de la administración como una de las partes contratantes, mientras que un "contrato administrativo" implica que el contrato está sujeto a un régimen jurídico específico y diferenciado del de los contratos privados, de acuerdo con las disposiciones del derecho administrativo.

En el caso en cuestión nos encontramos ante un contrato administrativo que se rige por la Ley de Contrataciones del Estado, por el mismo Contrato y por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Asimismo, y siguiendo a Morón y Zita algunas de las características más relevantes del Contrato administrativo son la ausencia de libertad estipulativa en su formación y ejecución, la función instrumental al servicio del interés público, la sujeción del contrato a la planeación estatal, la subordinación jurídica del contratista, las prerrogativas exorbitantes respecto a la contratación común, la publicidad y la transparencia como reglas, el acceso de los potenciales contratistas al contrato en condiciones de igualdad, la formación del consentimiento bajo el esquema de una invitación a ofertar, la mutabilidad unilateral del contrato, la interpretación finalista del contrato administrativo, el efecto natural del contrato administrativo frente a terceros, la función de la regulación contractual y el equilibrio económico financiero del contrato (2019, p.26-40).

En la misma línea, de acuerdo con Guzmán “La Contratación administrativa tiene como finalidad fundamental la satisfacción de necesidades públicas a través de la intervención de los particulares como colaboradores de la Administración Pública mediante la celebración del respectivo acuerdo entre ellos, el mismo que se encuentra definido jurídicamente como un contrato administrativo” (2009, p.204)

Por lo descrito líneas arriba podemos llegar a una primera conclusión, la cual es que, a diferencia de los contratos privados, los contratos administrativos están marcados por una serie de rasgos distintivos que reflejan su naturaleza al

servicio del interés público. Además, se caracterizan entre otros por la interpretación finalista del mismo, la cual se basa en satisfacer las necesidades públicas, mediante la colaboración de particulares con la administración pública a través de la celebración de contratos administrativos.

Asimismo, respecto a las características esenciales del contrato administrativo debemos señalar que, En primer lugar, la ausencia de libertad estipulativa en la formación y ejecución de estos contratos destaca la primacía del interés público sobre los intereses privados, lo que refleja la función instrumental de estos contratos al servicio de la Administración Pública en la satisfacción de necesidades colectivas.

Respecto a la sujeción del contrato administrativo a la planeación estatal, la misma resalta la importancia de la coherencia y la alineación con los objetivos gubernamentales, mientras que la subordinación jurídica del contratista subraya la asimetría de poder entre la Administración y los particulares, que están obligados a cumplir con las disposiciones y directrices establecidas por la Entidad, siendo que este tipo de contratos no se encuentran sujetos a una “negociación” como los contratos privados, sino que los particulares aceptan los términos establecidos por el mismo y ofertan bajo dichas condiciones.

Por otro lado, sobre las prerrogativas exorbitantes de la Administración, éstas se reflejan en el ejercicio de potestades especiales y/o la capacidad de modificar unilateralmente el contrato en determinadas circunstancias, lo cual refuerza la idea de que los contratos administrativos están sujetos a un régimen legal diferenciado que busca equilibrar la protección de los intereses públicos con la garantía de los derechos de los contratistas.

Por último, respecto a la interpretación finalista del contrato administrativo, la misma subraya la necesidad de interpretar estos contratos en función de sus objetivos públicos y su contexto normativo y fáctico, mientras que el equilibrio económico financiero del contrato resalta la importancia de mantener la equidad entre las partes a lo largo de la ejecución del contrato.

Considerando lo explicado en las líneas anteriores, es necesario señalar que de acuerdo al momento en el que se ejecutó el contrato la normativa en contrataciones del Estado que le era aplicable era el Decreto Legislativo N°1017, cuyo objeto era “establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el Art. 4 de la presente norma⁷”.

La Ley establece once principios fundamentales para la contratación pública, entre los que se encuentran: la promoción del desarrollo humano, moralidad, libre concurrencia y competencia, imparcialidad, razonabilidad, eficiencia, publicidad, transparencia, economía, vigencia tecnológica, trato justo e igualitario, equidad y sostenibilidad ambiental. Siendo que estos principios deben fungir como faros de interpretación de la norma y actuar como parámetros para las entidades y funcionarios responsables de las contrataciones.

En ese sentido, se puede concluir que en efecto las contrataciones con el Estado se rigen bajo un contrato administrativo, el cual se debe efectuar a la luz de los principios establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y que por la naturaleza del mismo este sujeto a una interpretación finalista, la cual busca cumplir con el interés general, que es la razón por la cual se ocasionó la contratación en un primer lugar, y en consecuencia se rige bajo procedimientos especiales que son distintos a los establecidos en el derecho privado para este tipo de contrataciones.

En el presente caso, algunos de los criterios que resultan relevantes para determinar el adecuado cumplimiento de la entrega del producto son los siguientes:

- a. Conformidad con las especificaciones técnicas: El producto debe cumplir con todas las características y especificaciones detalladas

⁷ Art. 2 del Decreto Legislativo N°1017 que aprueba la Ley de contrataciones del Estado.

en el contrato, incluyendo dimensiones, materiales, funcionalidad y empaquetado, con especial atención a la hermeticidad.

- b. Cumplimiento de plazos: La entrega del producto debe realizarse dentro del plazo estipulado en el contrato. Cabe recalcar que, en la segunda entrega, realizada un día feriado y tres días después del plazo establecido, no se obtuvo la aprobación formal de la Entidad sobre el nuevo plazo de entrega, lo que constituyó un incumplimiento.
- c. Documentación y certificaciones: Se espera que el producto pase por un examen que certifique su inocuidad y aptitud para el consumo humano, sin embargo, después del siniestro, CORAL no realizó el cambio del lote afectado.
- d. Inspecciones y pruebas: Antes de la conformidad del producto por parte de la Entidad, debían realizarse inspecciones y pruebas para verificar su cumplimiento con los criterios acordados, como las realizadas por DIGESA.

Según la Dirección Técnico Normativa del OSCE en su Opinión N°202-2018/DTN “la recepción y conformidad del producto son responsabilidad del área usuaria, que debe verificar la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, emitiendo un informe al respecto. Además, el área usuaria debe supervisar la ejecución del contrato y emitir un informe sobre el cumplimiento de las condiciones contractuales, lo que da lugar a la conformidad” (2018).

En ese sentido, se debe recordar que de acuerdo con la Clausula Cuarta del Contrato, sobre la forma de pago, el PRONAA se obligaba a pagar la contraprestación a los 30 días contados desde la entrega de la documentación completa (informe de recepción, conformidad del producto emitido por el Equipo de Trabajo Zonal- ETZ y factura expedida por el Contratista), asimismo, la cláusula sexta del contrato, sobre la entrega del producto papilla, señala que el responsable de control de calidad será quien emitirá el boletín de calidad de aceptación o rechazo del producto de acuerdo con el examen organoléptico realizado, y de conformidad con la cláusula Décimo Quinta del Contrato, sobre

la Conformidad de recepción de la prestación, este señala que el PRONAA podrá otorgar un plazo prudencial para la subsanación de la prestación no menor de 2 ni mayor de 10 días calendario, el cual no será aplicable cuando afecte la inocuidad del producto papilla, suministrado, o manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas.

Siendo que en el caso de los productos siniestrados no se emitió en favor de la entidad del informe de aceptación que debía emitirse, el cual cerraba el proceso de conformidad y gatillaba el pago de acuerdo con lo establecido en el Contrato.

Asimismo, a pesar de ello, al no haberse comunicado correctamente sobre el siniestro suscitado y la afectación a los productos, estos se encontraban dentro de lo que se denomina “vicios ocultos” pues los mismos ya no eran aptos para el consumo desde que se generó el siniestro al haber estado expuestos a contaminación que fue probada detalladamente y que consta en medios de noticias.

Segundo Problema Secundario: ¿De los actuados se desprende la presencia de vicios ocultos en el producto papilla entregado por CORAL SAC?

Consideramos que en el presente caso nos encontramos ante un problema de vicios ocultos debido a que el producto papilla había perdido una cualidad indispensable del mismo antes de la entrega, esto es la inocuidad del producto. Respecto a dicho problema debemos considerar que el contrato establece en la cláusula décimo séptima la responsabilidad por vicios ocultos del Contratista, indicando que la conformidad de recepción de la prestación no limita la potestad de que la Entidad pueda reclamar de forma posterior por defectos o vicios ocultos y tampoco exime al contratista de cumplir con su obligación respecto a la garantía de la vida útil del bien y que el mismo conserve sus mismas cualidades durante toda su vida útil, conforme establece el numeral 5.12 de la Cláusula Quinta del Contrato.

Asimismo, la normativa vigente en dicho momento establecía que en el Art.50 del D.L N°1017 que el Contratista era responsable por los vicios ocultos o defectos por un plazo no menor a un año, a menos que se tratara de bienes fungibles o perecibles siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecuara a este plazo, supuesto en el que nos encontramos toda vez que de acuerdo con las especificaciones técnicas del producto papilla, la vida útil del mismo era por al menos 06 meses de acuerdo con lo establecido en el numeral 5.10 de la Clausula Quinta del Contrato.

De acuerdo con Arias Schreiber “La noción del vicio oculto está ligada a la existencia de deterioros, anomalías y defectos no susceptibles de ser apreciados a simple vista y que de alguna manera afectan el derecho del adquirente a su adecuada utilización.” (2006, p.310). En esta línea, consideramos que en el contexto de las contrataciones del Estado de bienes perecibles la identificación y determinación de los vicios ocultos en el momento adecuado es crítica para calificar el cumplimiento de las obligaciones por parte del Contratista, ya que estos bienes, debido a su naturaleza están mas expuestos a deterioros o cambios de sus características que pueden no ser evidentes durante la entrega de los mismos a través de la inspección inicial mediante un examen organoléptico.

Es en razón a ello, que la normativa en aras de proteger a la Entidad establece un plazo en el que el Contratista será responsable por cualquier defecto que le pueda ser atribuible en razón de un vicio oculto por el plazo máximo de un año o el plazo de la vigencia del bien, lo que busca garantizar que los productos adquiridos cumplan con estándares de calidad y funcionalidad para ser útiles y seguros, así la norma nos brinda algunos remedios dependiendo de la gravedad del defecto detectado, siendo que es posible la solicitud de reparaciones, reemplazos o incluso la Resolución del Contrato, considerando el impacto del defecto en la utilidad del bien.

En esta línea de ideas, debemos considerar lo establecido por De la Puente y Lavalle, de acuerdo a quien, para que se pueda establecer la existencia de vicios ocultos se debe analizar la concurrencia de tres características, la primera es

que el defecto se encuentre “oculto”, es decir, que no haya sido posible para la Entidad detectar el defecto mediante un examen organoléptico durante la entrega del mismo, cosa que en el presente caso si ocurrió, pues los funcionarios del Almacén de Bagua no pudieron detectar adecuadamente que el producto papilla, ya no cumplía con la característica de inocuidad, y no habían sido comunicados de forma previa respecto al siniestro que había sufrido el camión que transportaba el producto, asimismo, este daño debe haberse realizado de forma previa a la recepción de la obra, supuesto en el que nos encontramos, pues consideramos que el “producto papilla” se contaminó a consecuencia del siniestro suscitado, el que de acuerdo con los medios de prueba aportados en el proceso arbitral, causó que producto papilla se contamine con humedad y manipulación por parte de los pobladores al intentar recuperar parte del producto regado.

Finalmente, el defecto debe ser grave, es decir, tiene que volver el bien inútil o limitar el uso del mismo y que en consecuencia de haber sabido del defecto la Entidad no hubiese procedido a aceptar el mismo (2001, p. 535-540), lo que también ocurre en el presente caso, pues de haber tenido conocimiento del siniestro y el impacto real que tuvo sobre el producto papilla, la Entidad no hubiese recepcionado el mismo, ya que hubiese sido consciente respecto a la pérdida de la inocuidad del mismo, que en materia de alimentos lo convierte en un producto no apto para el consumo y más aun considerando que la población beneficiaria de esta compra iban a ser niños de 6 meses .

Debido a ello consideramos que la Entidad debió haber reclamado vicios ocultos en la reconvención y/o el incumplimiento de la obligación del Contratista de hacerse “responsable de la integridad del producto mientras dure la vigencia del mismo”⁸ pues estos incumplimientos pudieron haber sido corregidos a través del saneamiento de los bienes o subsanación del incumplimiento.

Finalmente, consideramos que en el presente caso sí hubo un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Contratista, el cual se materializó

⁸ Cláusula Quinta del Contrato de Adquisición de Papilla

en la falta de comunicación dentro del plazo establecido sobre el siniestro ocurrido. En lugar de informar a la Entidad, el Contratista optó por entregar los bienes sin comunicar el incidente, lo que impidió que la Entidad realizara el examen necesario para verificar la inocuidad del producto. Como resultado, la papilla entregada había perdido su condición de producto apto para el consumo humano y no pudo ser distribuida a los beneficiarios del programa, quienes eran bebés de 06 meses, y por tanto población vulnerable. Este hecho no solo contravenía las disposiciones contractuales, sino que también comprometía la salud y el bienestar de los beneficiarios.

Cabe recalcar que de acuerdo con el inc.c) del Art. 237 del Reglamento de la Ley de Arbitraje. D.S N°184-2008-EF si se hubiera probado a través de una sentencia judicial o laudo la entrega de bienes con vicios ocultos esto constituía una infracción administrativa. Detalle relevante, pues configura una garantía más que tenía la Entidad para protegerse en caso le hayan entregado bienes con defectos preexistentes que no se hubiesen podido detectar en la recepción y en el otorgamiento de la conformidad.

Además, la entrega de un producto en condiciones no aptas para el consumo atentaba contra los principios de economía y eficiencia que deben regir las contrataciones públicas. Al no poder distribuir el producto, la Entidad incurrió en un desperdicio de recursos y tiempo, afectando negativamente el presupuesto y la eficacia del programa. Este caso subraya la importancia de que los contratistas cumplan estrictamente con sus obligaciones de comunicación y calidad, para asegurar que los bienes adquiridos cumplan con los estándares necesarios y así proteger el interés público y garantizar el correcto uso de los recursos estatales.

Primer Problema Complementario: ¿Pueden dos árbitros recusados emitir un Laudo en mayoría en un arbitraje institucional sin que la Entidad se haya pronunciado sobre las recusaciones?

Respecto al presente problema se debe considerar en primer lugar qué es un arbitraje institucional, en el Perú, de acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado, el arbitraje puede ser institucional o ad hoc, en palabras de Guzmán-

Barrón “el arbitraje institucional es aquel que es organizado y administrado por una institución arbitral (Centro de Arbitraje) de acuerdo a su Reglamento de Arbitraje”(2015, p.239) Asimismo, un arbitraje es Ad Hoc cuando “es administrado y organizado por los propios árbitros de acuerdo a las reglas procedimentales que ellos establezcan”(Guzmán- Barrón, 2015, p.239).

Cabe precisar que de acuerdo con Chocrón “el arbitraje institucional presenta, en principio menos complicaciones que el arbitraje ad hoc ya que los reglamentos de las instituciones arbitrales suelen prever las vicisitudes que pueden surgir a lo largo del procedimiento” (2000, p. 178). En esa línea, los reglamentos de las instituciones arbitrales están diseñados para anticipar y manejar las diversas contingencias que pueden surgir durante el procedimiento arbitral. Esto significa que el arbitraje institucional, al estar respaldado por un marco reglamentario establecido, ofrece mayor seguridad y estructura, siendo una de sus características más relevantes, la reducción de la posibilidad de incertidumbres y conflictos procedimentales.

Este tipo de arbitraje proporciona un conjunto de reglas y directrices claras que regulan aspectos como la selección de árbitros, los plazos procesales y los mecanismos para resolver disputas procedimentales, lo cual puede facilitar un proceso más eficiente y predecible. En contraste, el arbitraje ad hoc, al no estar vinculado a una institución específica, depende en gran medida de las partes y los árbitros para acordar las reglas del procedimiento, lo que puede llevar a demoras y complicaciones si surgen desacuerdos. Por lo tanto, la estructura y el apoyo institucional del arbitraje institucional pueden ofrecer una ventaja significativa en términos de manejo de procedimientos complejos y asegurar un proceso más ordenado y menos conflictivo.

En el presente caso nos encontramos ante un arbitraje institucional toda vez que se rige por la organización y administración de un Tribunal Arbitral del Órgano del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, esto de acuerdo con la cláusula Vigésimo Tercera del Contrato N°010-2012-MIDIS-PRONAA (en adelante, el “Contrato”), en ese sentido las reglas para este arbitraje son las establecidas por

el Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, lo establecido en la Ley de contrataciones del Estado y su Reglamento.

De acuerdo con Rosales “la recusación es una herramienta que permite a las partes garantizar que se cumpla con la independencia e imparcialidad de los árbitros mientras se está desarrollando el arbitraje, así como cautelar el cumplimiento de las condiciones y exigencias establecidas por estas en el convenio arbitral” (Rosales, 2021, p. 150).

La recusación se encuentra establecida en los Art. 28 y 29 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N°1071, para el presente problema resulta especialmente relevante el inciso iii) del literal d del Art. 29 que indica que “Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d y e del artículo 23. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación”. Asimismo, el Art. 39 del Reglamento del SNCA establece que “la recusación por causal sobreviniente no interrumpe la prosecución del arbitraje, salvo por decisión del tribunal colegiado, sin el voto del árbitro recusado”, adicionalmente, el Art. 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, D.S N° 184-2008-EF establece que el proceso se deberá suspender si se encuentran recusados 2 o 3 de los árbitros, cabe precisar que en el presente proceso se encontraban recusados dos de los árbitros del tribunal, entre los cuales estaba el presidente del tribunal arbitral, y que mediante Resolución N°8 el árbitro Franz Kundmüller Caminati declaró la suspensión del proceso hasta que el Colegio de Arbitraje del SNA-OSCE se pronunciara sobre la recusación de ambos árbitros, resolución que de acuerdo con los actuados no fue impugnada en forma alguna por ninguna de las partes.

En ese sentido, la resolución emitida por el árbitro Franz Kundmüller se encontraba amparada en derecho por haberse emitido en concordancia con lo establecido por el Reglamento del SNA-OSCE y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N°184-2008-EF, siendo que él era el único árbitro que no se encontraba recusado al momento en que se emitió dicha resolución y al que le correspondía tomar una decisión respecto a la

conducción del proceso, quien en el presente caso declaró la suspensión de las actuaciones hasta que se resolvieran las recusaciones, tal y como lo establecía el D.S N°184-2008-EF, y se definiera si se continuaría con la composición del mismo tribunal o por el contrario la misma variarían.

En ese sentido, podemos concluir que respecto a este caso en particular, los dos árbitros recusados no podían emitir un laudo, no por el hecho que estuvieran recusados, pues como hemos visto la norma contempla que las actuaciones prosigan a pesar de la recusación, sino porque el proceso se encontraba suspendido, sin que la suspensión fuera materia de impugnación por las partes y sin que fuera levantada de forma posterior por el tribunal, y siendo esta la excepción que plantea la norma respecto a la suspensión del proceso por recusación, la cual había sido declarada por el árbitro Kundmüller.

Segundo Problema Complementario: ¿Se vulneró el derecho de defensa de la Entidad?

En palabras de Landa “el derecho al debido proceso se extiende al ámbito de la jurisdicción arbitral y consideramos que su contenido esencial estaría compuesto, de manera enunciativa por los siguientes derechos: derecho de acceso a jurisdicción arbitral, **derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro o tribunal arbitral imparcial**, derecho a la igualdad sustancial en el proceso, **derecho de defensa**, (...)” (2007, p.41) En otras palabras, el debido proceso se encuentra conformado por diversos derechos, los cuales, son aplicables a la sede arbitral y son necesarios para que el proceso arbitral se desarrolle en respeto de los derechos constitucionales establecidos, en particular el derecho a un tribunal arbitral imparcial y el respeto al derecho de defensa, que tienen especial relevancia en el presente caso.

En palabras de Santiesteban “el respeto al derecho de defensa de las partes se sustenta en buena medida en la posibilidad que tienen estas de probar, utilizando igualdad de armas entre cada parte o dándole por lo menos, a cada una la misma posibilidad de utilizar y contradecir los medios probatorios de la otra” (p. 47). Esto subraya la necesidad de un equilibrio procesal que garantice a cada parte la

misma oportunidad de hacer valer sus argumentos y pruebas, contribuyendo así a la equidad y transparencia del proceso, y no se observa en lo establecido en el marco del proceso arbitral y en el Laudo, pues muchos de los argumentos de la Entidad respecto a la motivación de la no conformidad del producto y las irregularidades en la entrega no fueron tomados en consideración por el Tribunal, y ni siquiera valorados dentro del Laudo.

Como se aprecia en el Laudo, el Tribunal no analiza la problemática acerca del siniestro, la cual es pieza fundamental de la controversia pues es a partir de ese momento que los bienes pierden la inocuidad, siendo que no se debe considerar los controles previos a este momento como materia de análisis para probar la inocuidad del producto porque el mismo sufre un siniestro que por la magnitud del mismo, conlleva a que los bienes sean expuestos a la intemperie por largas horas y con esto a humedad, lo que generó que el producto se vuelva “no apto” y no es considerado en el análisis realizado por el tribunal.

De acuerdo con Landa en sede arbitral el derecho de defensa “se orienta a dar a las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos en el marco de un proceso arbitral, de conformidad con los artículos 33 y 107 de la Ley General de Arbitraje” (2007, p.41) asimismo, el derecho a la igualdad sustancial en el proceso en sede arbitral se basa en “garantizar la paridad de condiciones entre las partes. Ello en función del derecho fundamental a la igualdad ante la ley consagrado en el art. 2 inciso 2 de la constitución” (Landa, 2007, p.41)

En síntesis, se debe resaltar la importancia de asegurar la igualdad sustancial entre las partes durante el proceso, lo que implica proporcionar condiciones equitativas para presentar pruebas y argumentos. Este enfoque pone de relieve la necesidad de mantener un equilibrio procesal que garantice la transparencia y la imparcialidad, respetando los principios fundamentales del derecho de defensa y el debido proceso. Por ello, es necesario enfatizar la importancia de salvaguardar la integridad y la legitimidad de los procesos arbitrales en concordancia con los principios que rigen el mismo.

En el caso en cuestión la problemática se da en diversos momentos, un primer momento cuando se el Tribunal arbitral agregó en autos los medios probatorios presentados por CORAL SAC con fecha posterior al 25 de junio de 2014, fecha en la que se concluyó la etapa probatoria, pero sin embargo, declaró improcedente los medios probatorios presentados por la Entidad basándose en que ya se había culminado la etapa probatoria, lo cual es una clara restricción del derecho de defensa y una vulneración a la igualdad entre las partes dentro del procedimiento.

Asimismo, existe una vulneración al derecho de defensa ligado a las actuaciones correspondientes a la recusación presentada, pues con fecha 24 de octubre de 2014 la Entidad presenta un escrito de recusación contra dos árbitros del tribunal arbitral, y con fecha 29 de octubre del 2014 el único árbitro que no fue recusado emitió la Resolución N°8 mediante la cual suspende las actuaciones arbitrales hasta que el colegio del SNA-OSCE se pronuncie sobre las recusaciones planteadas, cabe recalcar que dicha “resolución” al no haber sido emitida por un órgano colegiado, pues solamente era un árbitro del tribunal, es decir, no contaba con mayoría, no podía realmente suspender las actuaciones, al no contar con la formalidad para ser una resolución formalmente, sin embargo, la suspensión en caso de recusación de dos o tres árbitros es una consecuencia establecida en el Art. 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, D.S. N°184-2008-EF, por lo que en realidad, la Resolución del Arbitro Kundmüller no era una decisión como tal, sino la declaración de lo establecido en la norma en dicho supuesto.

Además paralelamente con fecha 28 de octubre del 2014 los árbitros recusados emitieron la Resolución N°10 mediante la cual se declararon “jurídicamente imposibilitados para proveer y decidir sobre la solicitud de suspensión del arbitraje por haberse formulado recusación contra dos miembros integrantes del mismo”, sin embargo, y contra toda actitud razonable, con fecha 31 de octubre del 2014, los mismo árbitros recusados que se habían declaro jurídicamente imposibilitados de proveer y decidir sobre la solicitud de suspensión, emitieron el laudo arbitral de derecho. Siendo notificado dicho laudo junto con la resolución N°11 a la Entidad con fecha 04 de noviembre del 2014, resultando bastante claro

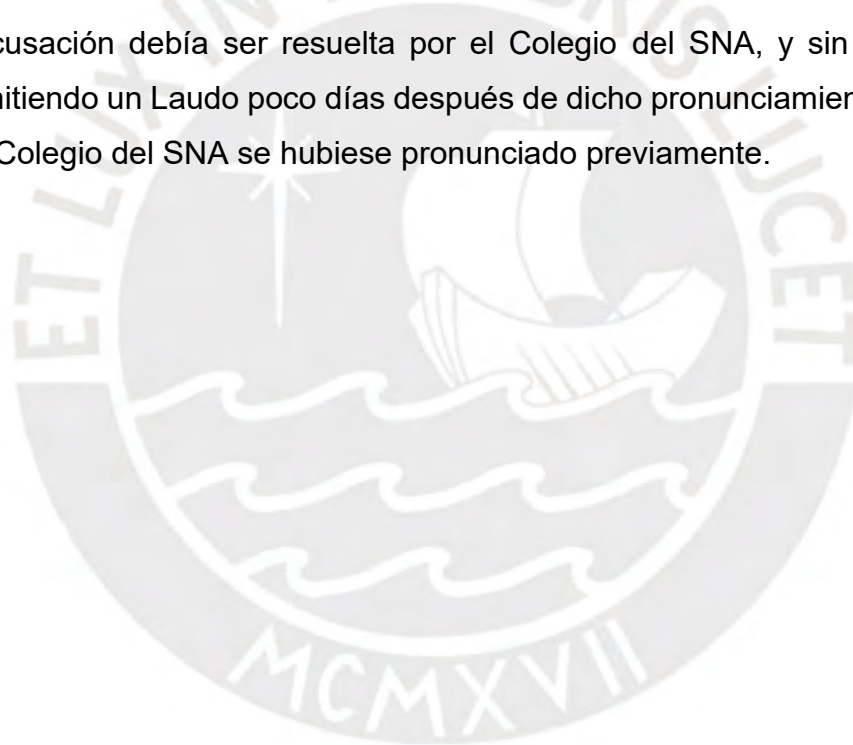
que nos encontramos ante una vulneración al derecho de defensa, pues las resoluciones no fueron notificadas con la anticipación debida, lo que le quitó la posibilidad a la Entidad de interponer algún recurso contra la resolución N°11, lo cual es una clara violación al derecho de defensa, y el laudo se emitió en un plazo bastante corto, pues con fecha 15 de octubre se otorgaron 20 días hábiles para emitir el laudo, siendo que la emisión del mismo se aceleró sorpresivamente con la presentación de la recusación, no habiéndose respetado el debido proceso en el sentido de no haber notificado las resoluciones con la debida anticipación y habiendo una arbitral contradicción entre las resoluciones emitidas por el Tribunal Arbitral, constando ello en el hecho de que en la misma fecha se emitieron dos resoluciones distintas, y que en el Laudo arbitral se deja constancia del voto en discordia del Árbitro Franz Kundmüller, sin que dicho voto haya existido, pues con fecha 28 de octubre suspendió las actuaciones arbitrales y posteriormente dejó constancia de no participar en dicho laudo pues no se habían resuelto las recusaciones sobre dichos árbitros, actuación que a todas luces resulta irregular y no conforme con los principios del arbitraje.

VI. CONCLUSIONES

1. En primer lugar, respecto a lo analizado por los árbitros sobre el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato por parte de la Entidad, como detallamos líneas arriba, dicho análisis no contempló las obligaciones de la Entidad respecto a la responsabilidad que debía asumir sobre la inocuidad del bien durante la vigencia del mismo.
2. En segundo lugar, consideramos que la Entidad pudo haber demandado en la reconvención vicios ocultos, debido a que, los bienes entregados ya no eran inocuos a causa del siniestro sufrido, siendo que la inocuidad de los mismos era una característica esencial del bien.
3. En tercer lugar, consideramos que el tribunal arbitral incurrió en un error al no tomar en consideración la interpretación finalista que se debe tener sobre el contrato y los dos momentos que, a diferencia del derecho

privado, en los contratos administrativos la regulación especial, dicta que la conformidad se dará en un momento posterior a la entrega mediante la emisión del informe respectivo por el área usuaria, supuesto que no sucedió respecto a los lotes siniestrados.

4. En cuarto lugar, es evidente que el laudo no se emitió en el marco de un debido procedimiento, siendo que consideramos que se vulneró abiertamente el derecho de defensa de la Entidad, debido a la emisión irregular del Laudo, la cual fue causada debido a los pronunciamientos inconsistentes emitidos de forma previa, al tribunal haber emitido una Resolución mencionando expresamente que no eran competentes para pronunciarse en tanto habían sido recusados e indicando que dicha recusación debía ser resuelta por el Colegio del SNA, y sin embargo, emitiendo un Laudo poco días después de dicho pronunciamiento sin que el Colegio del SNA se hubiese pronunciado previamente.



BIBLIOGRAFÍA

- Arias Schreiber, Max (2006) Exegesis del Código Civil Peruano de 1984, Lima: Gaceta Jurídica
- Arribas, Guillermo (2014) Vicios Ocultos o bienes disconformes: ¿Incumplimiento y/o saneamiento?, en Revista Forseti N°2
- Guzmán-Barrón Sobrevilla, Cesar (2015) Arbitraje institucional en la Contratación Pública, en Contrataciones con el Estado, Derecho & Sociedad N°44, Lima, Derecho & Sociedad.
- Alvarez Pedroza, Alejandro (2003) El Arbitraje. Lima, Marketing consultores S.A.
- Chocrón Giráldez, Ana (2000) Los Principios Procesales en el Arbitraje. Barcelona, J.M. BOSCH EDITOR.
- De la Puente y Lavalle, Manuel (2001) El contrato en general- Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Lima: Palestra.
- Morón, Juan Carlos y Aguilera, Zita (2017) Aspectos jurídicos de la contratación estatal, en Colección Lo Esencial del Derecho N°9, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial
- Guzmán Napurí, Christian (2009) Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa, en Revista de Derecho Administrativo N°7, Lima, Circulo de Derecho Administrativa.
- Linares Jara, Mario (2006) El Contrato Administrativo en el Perú, en Revista de Derecho Administrativo N°1, Lima, Perú: Circulo de Derecho Administrativo.
- Salazar Chávez, Ricardo (2009) Las Formas Jurídicas Administrativas y la Contratación Pública sobre Bienes, Servicios y Obras, en Revista de Derecho Administrativo N°7, Lima, Perú: Circulo de Derecho Administrativo.
- Palacios Pareja, E. (2011). Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje [Tomo I]. pp. 356-363
- Rosales Rodrigo, José (2021) Alcances de la recusación en la nueva normativa de contrataciones con el Estado. El Problema de la

especialización de los árbitros como causal de recusación establecida en la Ley de Contrataciones del Estado, en Contrataciones con el Estado: Perspectivas desde la práctica del derecho, Lima, Fondo Editorial Universidad del Pacifico.

- Landa Arroyo, Cesar (2007). El arbitraje en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima, THEMIS Revista De Derecho N°53. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8846>
- Santiesteban de Noriega, Jorge (2008) Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral. En IUS la Revista N°37, Lima, Ius et Veritas
- Decreto Legislativo N°1017, Ley de Contrataciones del Estado
- Decreto Legislativo N°1071, Ley de Arbitraje
- Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje OSCE
- Constitución Política del Perú
- Casación N°439-2019 Lima
- Laudo del 19 de noviembre del 2014, Velebit Group SAC vs PRONAA
- Laudo Arbitral de Derecho, de fecha 09 de junio del 2017, recaído en el Expediente N°S157-2013/SNA-OSCE, TWS SAC vs PRONAA
- Laudo Arbitral Nacional de Derecho de fecha 07 de enero del 2019, CORAL SAC y PRONAA

1007

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Vicente Tincopa Torres
Dr. Franz Kundmuller Caminiti
Dr. Luis Huayta Zacarias*

960

Expediente N° S 085-2013

Resolución N° 12

Lima, 31 de octubre de 2014

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

CONSORCIO DE ALIMENTOS SAC – CORAL SAC

En adelante la Contratista

Demandado:

PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA -PRONAA

En adelante la Entidad

Tribunal Arbitral:

Dr. Vicente Tincopa Torres

Dr. Franz Kundmuller Caminiti

Dr. Luis Huayta Zacarias

VISTOS.-

I. ANTECEDENTES:

Con fecha 18 de Abril de 2012, se suscribió el Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, entre la empresa CONSORCIO DE ALIMENTOS SAC – CORAL SAC y el PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA-PRONAA, cuyo objeto inicialmente fue la entrega de 408,420 bolsas de 900 gramos equivalentes a 367,578 TM de producto papilla de acuerdo a las características de la Ficha Técnica de Código N° 5019310800134848, precisándose que el producto papilla será destinado a la atención del Sub Programa Infantil del Programa Integral de Nutrición.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Vicente Tincopa Torres
Dr. Franz Kundmuller Caminiti
Dr. Luis Huayta Zacarías*

981

Posteriormente mediante Adenda, el mencionado contrato se modificó en el extremo que el Contratista entregaría la cantidad de 396,108 bolsas de 900 gramos, equivalente a 356.497200 Toneladas del producto "papilla"; producto que sería entregado en el Equipo de Trabajo Zonal Bagua -ETZ - PRONAA BAGUA, en dos entregas, en una primera sin mayor complejidad y en la segunda entrega que debió darse entre el 23 al 26 de julio del año 2012, se generaron aparentemente circunstancias que han desencadenado controversias que se someten a la arbitrabilidad, al haber una de las partes resuelto el contrato.

La cláusula Vigésima Tercera del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, establece que las controversias serán resueltas mediante arbitraje bajo la organización y administración de un Tribunal Arbitral del Órgano del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE.

Con fecha 31 de mayo de 2013, el CONSORCIO DE ALIMENTOS SAC - CORAL SAC cumplió con presentar su demanda de arbitraje, por su parte el PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA-PRONAA, cumplió con contestar la demanda y plantea una reconvencción a la misma, cumpliendo cada una de las partes con designar a sus árbitros.

710

Mediante Carta N° 261-2014-OSCE/DAA, de fecha 14 de febrero del 2014, la Dirección de Arbitraje Administrativo de la OSCE comunica al Dr. Vicente Fernando Tincopa Torres la designación como tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral.

RECEBIÓ EL PRESENTE EL ORIGINAL
14 JUL 2014
FRANZ KUNDMULLER CAMINITI
RES. N° 003 2014

Con fecha 03 de abril de 2014, se reúne el doctor Vicente Fernando Tincopa Torres, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el doctor Franz Kundmuller Caminiti y el doctor Luis Huayta Zacarías en su calidad de árbitros, conjuntamente con los representantes de la empresa CONSORCIO DE ALIMENTOS SAC - CORAL SAC y de la Procuraduría Pública del PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA-PRONAA.

En dicha audiencia el Tribunal Arbitral declaró haber sido debidamente designado de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, señalando que no tenían ninguna incompatibilidad con las mismas y que se desenvolvería con imparcialidad, independencia y probidad.

II. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

El 25 de junio del 2014 se realiza la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, verificándose la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes y procedió a consultar a las partes si era posible arribar a algún acuerdo conciliatorio, no habiendo las partes llegado a acuerdo alguno.

Posteriormente, el Tribunal Arbitral procedió a determinar los puntos controvertidos, los cuales fueron definidos en el siguiente orden:

De la Demanda

- 1.- Determinar si corresponde o no que la Entidad cancele a favor del contratista la suma de S/ 996,013.57 (Novecientos noventa y seis mil trece y 57/100 nuevos soles) más los intereses legales que se devenguen hasta el momento de su pago efectivo, por concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento de pago correspondiente a 198,054 (Ciento noventa y ocho mil y cincuenta y cuatro) bolsas de papilla de 900 gramos, entregadas al Equipo de Trabajo Zonal Bagua, en cumplimiento al Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA.
- 2.- Determinar si como consecuencia del punto anterior correspondería ordenar o no que la Entidad asuma las costas y costos del presente proceso y de su ejecución forzada.
- 3.- Determinar si corresponde o no que la Entidad proceda a la devolución de las retención del 10% ascendente a la suma de S/205,394.42 (Doscientos cinco mil trescientos noventa y cuatro y 42/100 nuevos soles), por concepto de Garantía de Fiel Cumplimiento.
- 4.- Determinar si corresponde o no que la Entidad deje sin efecto la imposición de las penalidades aplicadas al contratista por presuntos incumplimientos.

5.- Determinar si corresponde o no que la Entidad cancele a favor del contratista el monto de la Factura N° 0001-001490 pendiente de pago, correspondiente a las 198,054 bolsas de papilla de 900 gramos entregadas al Equipo de Trabajo Zonal Bagua.

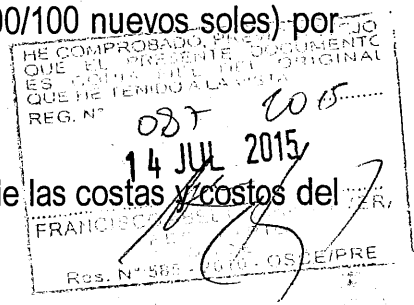
6.- Determinar si corresponde o no que se declare la ineficacia de los procedimientos a través de los cuales la Entidad observó y/o rechazó los suministros entregados por el contratista, por contravenir las reglas y procedimientos aplicables al contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA.

De la Reconvención de la Demanda

1.- Determinar si corresponde o no declarar la invalidez y/o nulidad y/o se deje sin efecto la Carta de Resolución de Contrato y primera adenda del mismo presentada por el Contratista, por contravenir las normas legales y por la falta al cumplimiento de inocuidad del producto de acuerdo al informe N° 006310-2012/DHAZ/DIGESA de fecha 10 de diciembre de 2012, por el cual declaran no apto el producto papilla.

711

2.- Determinar si corresponde o no ordenar que el Contratista cancele a favor de la Entidad la suma de S/. 300,000.00 (Trescientos Mil y 00/100 nuevos soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios.



Punto en Común:

1.- Determinar a quien correspondería asumir el integro de las costas y costos del arbitraje.

De los Alegatos

Las partes cumplieron con presentar sus alegatos arreglados a Ley

De la Audiencia de Informes Orales

En la Audiencia de Informe Oral, las partes expusieron su posición, sobre los hechos indicados en las pretensiones de la demanda y contestación de demanda respectivamente y reconvención.

Mediante Resolución N° se fijó el plazo para laudar en 20 días hábiles, contados a partir del día siguiente de realizada la audiencia.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. CUESTIONES PRELIMINARES

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

- (i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes, habiendo sido designado por acuerdo expreso de ambas partes.
- (ii) Que, a la fecha del presente laudo debe precisarse que la Entidad formuló recusación en contra de dos miembros del Tribunal Arbitral, la misma que fue presentada con fecha posterior al vencimiento de la etapa probatoria, la cual se declaró concluida con fecha 25 de junio del 2014, en el acta audiencia de determinación de puntos controvertidos, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 37° del TUO del Reglamento del SNCA. Que no se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación;
- (iii) Que el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, habiendo cumplido con presentar su contestación de demanda dentro del plazo correspondiente.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral, lo que sucedió a través de la Audiencia de Informes Orales.
- (vi) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

II. MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 25 de junio de 2014, corresponde al Tribunal Arbitral

resolver la presente controversia en base a los puntos controvertidos fijados en este caso.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del presente arbitraje. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

712

"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó".

HE COMPROBADO PREVIO A ESTO QUE EL FONTE DOCUMENTAL ES COPIA DEL ORIGINAL QUE SE ENTREGÓ A LA VISTA

III. CUESTIÓN PREVIA:

Antes que el Tribunal Arbitral proceda con analizar en el orden que estime conveniente los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje, corresponde que se pronuncie como cuestión previa, respecto a las defensas formuladas por la parte demandada que ya han sido resueltas en la resolución 11 de fecha 31 de octubre del 2014.

¹TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

EN CUANTO AL CONCEPTO DE ARBITRABILIDAD

La Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, señala en el numeral 1) del artículo 2° que:

“Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. (...)”

En consecuencia se trata de la arbitrabilidad objetiva, es decir, acerca de las cuestiones que pueden ser resueltas mediante arbitraje. En relación a ello, compartimos la opinión de Mantilla-Serrano², acerca de que la referencia a derechos disponibles es lo suficientemente amplia como para abarcar cuestiones contractuales y extracontractuales, con o sin sentido patrimonial.

En opinión de este colegiado, serán arbitrables aquellas controversias que se funden en el ejercicio de un derecho subjetivo. Montero Aroca³ ya se ha pronunciado al respecto, señalando que:

“Podemos concluir que realmente cuando la norma dice que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, lo que realmente está diciendo es que cabe llevar al arbitraje pretensiones en la que se afirme la titularidad de verdaderos derechos subjetivos, de modo que quien aparezca como actor tiene que afirmar la titularidad del derecho e imputar al demandado la titularidad de la obligación”.

En consecuencia será arbitrable toda pretensión en la cual el demandante alegue tener un derecho subjetivo al que corresponde una obligación por parte del demandado, con independencia de la fuente u origen de este binomio derecho subjetivo/obligación. En el escenario natural del arbitraje serán generalmente relaciones contractuales, lo cual no implica que esté restringido solamente a éstas, siempre que las materias de origen no contractual sean de libre disponibilidad.

Ahora bien, en cuanto a la cláusula arbitral pactada por las partes tenemos que, en la cláusula Vigésima Tercera del Contrato, señala que:

“Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de

² Mantilla-Serrano, Fernando. Ley de Arbitraje, Iustel, Madrid, 2005. Pág. 46 y 46.

³ MONTERO AROCA, Juan, Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley N° 60/2003 de 23 de diciembre), Civitas, Madrid, 2004, p. 1722.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Vicente Tincopa Torres
Dr. Franz Kundmuller Caminiti
Dr. Luis Huayta Zacarias*

967

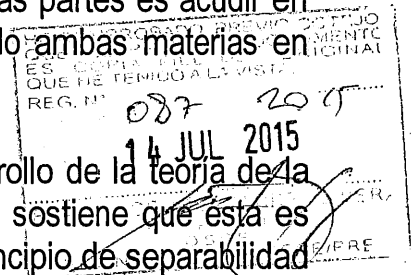
manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado. (...)

La referida cláusula debe de ser debidamente concordada con lo señalado en el artículo 40° de la Ley de Arbitraje, el cual señala que:

"El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas." (El subrayado es agregado)

Consecuentemente el Tribunal Arbitral es plenamente competente para resolver cualquier controversia que haya surgido de manera conexas y accesorias al fondo de la controversia, tal como poder determinar la ineficacia del procedimiento por el cual se observó y rechazó los suministros entregados por el demandante, ordenar el pago de factura pendiente, la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, conforme al pedido del demandante. El fundamento de ello es claro: La intención de las partes al pactar el arbitraje es evitar acudir al Poder Judicial. No sería sustentable, por tanto, interpretar que la voluntad de las partes es acudir en unos casos al arbitraje y en otros al Poder Judicial cuando **ambas materias en cuestión se encuentran estrechamente vinculadas.**

713



Finalmente no podemos dejar de hacer notar que el desarrollo de la teoría de la autonomía de la cláusula arbitral, es decir, de la tesis que sostiene que esta es independiente respecto al contrato donde es incluida, (o principio de separabilidad del convenio arbitral) que actualmente goza de unánime aceptación, ha terminado de romper con esta falsa identidad contrato-arbitraje, lo cual a su vez ha permitido enfocarse en la real intención de las partes al acordar el arbitraje más allá de artificiales distinciones legales.

Definida la arbitrabilidad, correspondería enmarcar la normativa a la que se encontraba sujeto el Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA:

La Ley de Contrataciones del Estado en su numeral 52.3 del artículo 52° señala:

"El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta

disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo";

Así también tenemos que el numeral 3.3 del artículo 3° de la Ley de Contrataciones del Estado, determina los supuestos en los que no resulta de aplicación esta ley, por lo que consecuentemente tenemos que, la Ley en mención como su Reglamento regulan perfectamente el contrato materia del presente proceso.

IV. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

1- Determinar si corresponde o no que se declare la ineficacia de los procedimientos a través de los cuales la Entidad observó y/o rechazó los suministros entregados por el contratista, por contravenir las reglas y procedimientos aplicables al contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA.

Previo al análisis del presente punto, éste colegiado considera importan resaltar algunos aspectos que resaltan del contrato, así como de la ejecución del mismo.

En relación al contrato:

El contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, suscrito entre el Consorcio Alimentos SAC en adelante el contratista y el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria – PRONAA, en adelante la Entidad, el cual fue modificado con la primera addenda al contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, obligaba al Contratista a partir de ahí a entregar la cantidad de 396,108 bolsas de 900 gramos, equivalente a 356.497200 Toneladas del producto "papilla" el mismo que se encontraba destinado a la atención del Sub Programa Infantil del Programa Integral de Nutrición; producto que sería entregado en el Equipo de Trabajo Zonal Bagua –ETZ - PRONAA BAGUA, en dos entregas, y la segunda puntualmente debería darse entre el 23 al 26 de julio del año 2012.

En cuanto a la inocuidad del producto papilla:

De acuerdo al contrato el contratista se encontraba sujeto a una serie de obligaciones que se encontraban definidas en el contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, tales como (i) lugar de entrega, cantidades, plazos de presentación y rotulado estipulado; (ii) antes de iniciar la producción del producto el contratista

Dr. Vicente Tincopa Torres
Dr. Franz Kundmuller Caminiti
Dr. Luis Huayta Zacarias

969

debería de entregar una copia del cronograma de producción a la Entidad y una copia al Centro Nacional de Alimentación y Nutrición –CENAN, (iii) el producto “papilla” debería estar acorde a las especificaciones técnicas que señalaba la ficha técnica del producto, Código N° 5019310800134848, la misma que fuese aprobada por el OSCE y formó parte de las bases del Proceso de Selección denominado Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 003-2012-MIDIS-PRONAA, el cual consideraba entre otros: certificado de inspección, informe microbiológico, informe físico químico, supervisión de certificado de inspección de verificación de formulación, certificado de verificación de peso, sellado e integridad, informe de inspección de las condiciones higiénico sanitarias de la planta, informe de inspección del sistema de calidad HACCP, informe del producto (iv) el contratista debería de entregar en la sede central de la Entidad los certificados que autorizan la distribución del producto debiendo contar el producto con el símbolo de acreditación de INDECOPI (v) el producto “papilla” terminado debería ser entregado por el contratista con la “autorización de distribución” de la Entidad; (vi) el contratista se encontraba obligado a mantener durante toda la ejecución del contrato los mismo requisitos y condiciones higiénicas sanitarias y calidad de la papilla mediante documentación certificada, dichos certificados serian emitidas por organismos de certificación y/o inspección acreditados por el INDECOPI, por lo que contrastando la documentación ofrecida en autos con las exigidas en el mencionado contrato, se puede concluir que el producto ofrecía la garantía de no causar daño, evidenciando con ello que el contratista cumplió con la rigurosidad de cada una de las obligaciones pactadas.

714

RECIBIDO
SECRETARÍA DE LEGISLACIÓN
INTEGRAL
2015
Res. N° 500-2015-OSCE-PRF

Así también se puede advertir que la Entidad se encontraba sujeta a obligaciones como: (i) no recibir el producto si este no cumplía con las características técnicas y demás condiciones establecidas en las bases, y ficha técnica; (ii) la Entidad contaba con una Unidad Gerencial de Articulación Territorial y Seguridad Alimentaria y Nutricional – UGATSAN, la cual se encargaba de revisar y verificar los certificados expedidos por los organismos acreditados por el INDECOPI; (iii) la Entidad ejecutaba las actividades de verificación del “cumplimiento de las especificaciones técnicas” exigidas en la ficha técnica Código N° 5019310800134848, del producto “papilla”; por lo que podemos concluir que desde la etapa de producción del producto “papilla” hasta el momento mismo de su distribución el contratista cumplió con la rigurosidad e exigencia de lo pactado, toda vez que no existe discrepancia alguna en tal extremo, hecho que se corrobora al no haber sido cuestionado en ninguna etapa del presente proceso;

*Dr. Vicente Tincopa Torres
Dr. Franz Kundmuller Caminiti
Dr. Luis Huayta Zacarías*

970

entendiendo por ello éste colegiado que con dicha "autorización de distribución" - emitida por la propia Entidad - se estaba estableciendo que el producto cumplía con sus obligaciones contractuales, encontrándose así el producto "óptimo" para ser entregado y recibido, al haber sido declarado **apto para el consumo humano e inocuo es decir quedó garantizado que dichos alimentos no causaran daño al consumidor cuando se prepare y/o se consuma**, hecho plenamente acreditado con los certificados que obran en autos.

A mayor abundamiento cabe precisar que el numeral 6.3 de de la Cláusula Sexta del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, señala que el responsable del control de calidad realizará la verificación documental y física organoléptica del producto de acuerdo a la Directiva de Control de Calidad N° 004-2010-MIMDES-PRONAA-UGATSAN, emitiendo el boletín de aceptación o rechazo del producto. En Caso de aceptación el responsable de almacén emitirá la Nota de Entrada de Almacén - NEA; siendo otro de los hechos que no hacen más que corroborar la inocuidad del producto, toda vez que al haber superado el producto el control de calidad con la prueba física de organoléptica la Entidad cumplió con emitir los respectivos NEAs.

En cuanto a la entrega del producto "papilla":

Conforme se ha constado de las instrumentales ofrecidas en autos, que el Contratista cumplió con la rigurosidad del contrato, tanto así que obtiene por parte de la Entidad - la "autorización de distribución"- documento que únicamente se otorgaba previa presentación de un conjunto de certificaciones emitidas por organismos acreditados - para el caso de autos - Laboratorios SGS del Perú fue la empresa acreditada por INDECOPI, por lo que el documento denominado "autorización de distribución" se convertiría en el documento que autorizaba el traslado del producto al lugar de entrega.

El contratista cumplió con entregar el producto "papilla" en dos etapas o fechas programadas, según se advierte, en cada una de esas etapas entregó 198,054 bolsitas de 900 gramos equivalentes a 178.248600 toneladas métricas de papilla; estableciéndose del 23 al 26 de julio del 2012 como fecha para esta segunda entrega.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

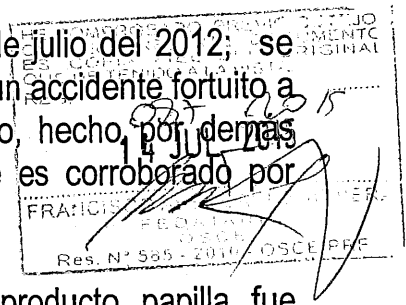
Dr. Vicente Tincopa Torres
Dr. Franz Kundmuller Caminiti
Dr. Luis Huayta Zacarías

971

Conforme se advierte mediante Carta N° 374-2012-MIDIS-PRONAA/UAD emitida por PRONAA LIMA de fecha 23 de julio del 2012, la Entidad autorizó la distribución del producto papilla a la contratista, además que el contratista por su parte acompañó entre otros documento (i) certificados de conformidad del producto terminado, de supervisión del proceso productivo, guía de remisión (ii) certificados de inspección (iii) informe microbiológico y físico químico (iv) el certificado de inspección de verificación de formulación N° 391501/655734 (v) certificado de inspección verificación de pesos, sellado e integridad N° 391501/655735; informe de inspección de las condiciones higiénico sanitarias de la planta N° 391501/655736 informe de inspección del sistema de calidad HACCP N° 391501/655737 emitidos por la certificadora -Laboratorios SGS del Perú, así como el informe de evaluación N° 059-2012-CENAN/INS de fecha 16 de julio del 2012, - el cual concluye que el producto es conforme; instrumentales que no hacen más que corroborar la rigurosidad con que se pacto y cumplió, lo cual conlleva a que la Entidad en fecha 26 de julio del año 2012 recepcionara la cantidad de 119,064.60kg, y posteriormente en fecha 29 de julio de aquel año recepcionase 59,184 toneladas métricas del producto papilla.

715

Ahora bien de esas 59,184 TM, que ingresó en fecha 29 de julio del 2012; se tiene que 29,592 TM corresponderían al camión que sufrió un accidente fortuito a la altura del puente tulumayo - Departamento de Huánuco, hecho por demas evidente según la documentación aportada y además que es corroborado por ambas partes en el proceso.



No obstante esto último, resulta incuestionable que el producto papilla fue recepcionado en su totalidad por la Entidad, conforme se denota de (i) las guía de remisión N° 002547, N° 002548, N° 002549, N° 002550, N° 002551, N° 002557, N° 002558, N° 002559; (ii) contar con las Notas de Entrada de Almacén -NEAs N° 2300000379 y N° 2300000380 de fecha 30 de julio de 2012, hecho que se corrobora de lo prescrito en el numeral 2.1 del Informe N° 006310-2012/DHA/DIGESA, institución que en mérito a la documentación proporcionada por la propia Entidad emitió el referido informe; y (iii) contar con los respectivos Boletines de Control de Calidad N° 00000116-2012, 00000117-2012, 00000118-2012, 00000119-2012, 00000120-2012, 00000121-2012, 00000122-2012, y 00000123-2012.

1079

972

En consecuencia tenemos, que el procedimiento de entrega se efectuó de acuerdo a lo establecido en el contrato, máxime aún si resulta por demás evidente que las condiciones para el pago del mismo ya estaban dadas, conforme se advierte de las instrumentales ofrecidas en autos, y corroborado de lo dispuesto en el tercer párrafo de la cláusula cuarta del contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, que dice: "Las guías de remisión serán visadas, selladas y registradas por el Responsable del Almacén del Equipo de Trabajo Zonal, el mismo que elaborará la(s) Nota(s) de Entrada de Almacén – NEA(s). Previo la emisión de las NEA(s), el responsable de Control de Calidad del Equipo de Trabajo Zonal emitirá el Boletín de Control de Calidad correspondiente, que de manera conjunta son los documentos para el pago respectivo".

Por lo que concluyendo tenemos que el Contratista cumplió con entregar el producto papilla con las formalidades requeridas resultando ser un producto apto e inocuo para el consumo humano, así como también resultó ser válidamente recepcionado por la Entidad otorgando la Entidad las validaciones correspondientes.

En este orden de cosas y ya establecida la inocuidad del producto así como la válida entrega del mismo correspondería analizar si hubo observación o rechazo al producto

En cuanto a saber si hubo observación o rechazo del producto papilla por parte de la Entidad.

Refiere la Entidad que como consecuencia del informe N° 365-2012-MIDIS-PRONAA-EZBB/J, toman conocimiento de la volcadura del camión que transportaba 29,592 TM del producto papilla el cual pertenecía al Contratista, accidente ocurrido en fecha 24 de julio del 2012 a la altura del puente tulumayo - Departamento de Huánuco; por lo que la Entidad constituye una comisión de inspección al producto ingresado en fecha 29 de julio del 2012 – esto es – 59.185 TM, comisión que se hizo presente en las instalaciones del Equipo de Trabajo Zonal Bagua en fecha 24 de agosto del 2012 siendo su resultado no conforme, así también precisan que se realizó inspección y toma de muestras a los lotes de papilla correspondiente a la entregada (119,064.60), utilizando el mismo nivel de muestreo y concluyeron que el producto era conforme. Posteriormente el 10 de setiembre del 2012 la Fiscalía Especializada en prevención del delito de Bagua se

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

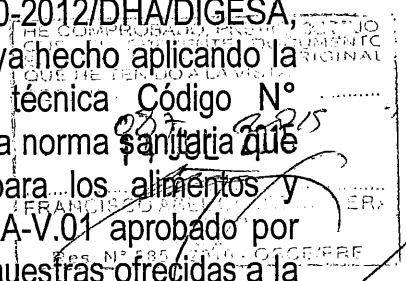
*Dr. Vicente Tincopa Torres
Dr. Franz Kundmuller Caminiti
Dr. Luis Huayta Zacarias*

973

apersonó en la instalaciones del Equipo de Trabajo Zonal Bagua, procediendo a inmovilizar todo el producto de papilla que se encontraba almacenado a dicha fecha; igualmente señalan que la DIRESA en fecha 18 de setiembre del 2012, tomo muestras que fueron derivadas a la DIGESA, por lo que recién con fecha 11 de enero del año 2013, tomaron conocimiento del Informe N° 006310-2012/DHA/DIGESA, en el que se señala que el producto es declarado no apto para el consumo humano en razón al inminente riesgo de contaminación cruzada.

Por parte del contratista se tiene que, mediante carta N° 116-2012-CORAL/GG, de fecha 13 de agosto del 2012, solicitó considerar la fecha de recepción del producto papilla aludiendo como caso fortuito el accidente ocurrido en fecha 24 de julio del 2012, precisando que si bien el producto ingreso el 26 de julio, la verificación, control de calidad y posterior descarga del producto se efectuó en fecha 29 de julio del año 2012; se advierte así también que obra en autos el acta de muestreo de fecha 25 de julio, en donde la Dirección Regional de Salud-DIRESA, emite el Reg: 0027-12LMAA-DESA HCO cuyo resultado al examen microbiológico de alimentos aplicado al producto papilla concluye que es apto para el consumo humano; y en relación al Informe N° 006310-2012/DHA/DIGESA, manifiesta lamentar que al momento del muestreo no se haya hecho aplicando la NTP 209.261:2001 conforme lo indicado en la ficha técnica Código N° 5019310800134848, agregando que tampoco se consideró la norma sanitaria que establece criterios microbiológicos de calidad sanitaria para los alimentos y bebidas de consumo humano (NTS N° 071-MINSA/DIGESA-V.01 aprobado por RM N° 591-2008/MINSA; por otro lado precisa también las muestras ofrecidas a la DIGESA (i) no han sido objeto de análisis por no cumplir con los requisitos de admisión de muestras Directiva Sanitaria N° 32 (RM N° 156-2012/MINSA), (ii) que las 85.151.7 Kg de papilla almacenada en el Equipo de Trabajo Zonal Bagua son declarados no aptos para el consumo humano por eminente riesgo de contaminación cruzada.

716



Este colegiado en el propósito de circunscribirse al acontecimiento ocurrido -esto es - volcadura del camión que trasladaba 29,592 TM, tenemos que no obstante al accidente ocurrido (i) la DIRESA de Huánuco emitió un certificado que garantizaba el consumo del producto papilla, (ii) el contratista hizo de conocimiento de la Entidad sobre el accidente ocurrido en fecha 24 de julio del 2012 a la altura del puente Tulumayo - Departamento de Huánuco; (iii) que la mencionada carga conto con: a) su guía de remisión, b) Nota(s) de Entrada de

Almacén – NEAs. y c) el Boletín de Control de Calidad; todo ello emitido por el responsable de almacén del mencionado Equipo de Trabajo Zonal Bagua, por lo que concluyendo se tiene que el producto papilla entregado en fecha 29 de julio del 2012 era un producto inocuo para el consumo humano y validado por la Entidad en dicha fecha conforme se ha desprendido.

Sin embargo la Entidad mediante carta 087-2013-MIDIS/COMISIÓN ESPECIAL/PRESIDENCIA, de fecha 28 de febrero del 2013, precisa entre otras cosas que en relación al ingreso irregular producido el 29 de julio de 2012 no se realizó la evaluación física del producto y que la evaluación sensoria fue deficiente en razón a ello y mediante acta de verificación de fecha 29 de agosto del 2012 se indicó que existen 59.184 toneladas métricas del producto papilla con resultado "no conforme"; posteriormente la Fiscalía de Prevención del Delito de Bagua como parte de un operativo de prevención procedió a la inmovilización de 87.075 TM que ya comprendía a las 59.184 declaradas "no conforme" y que 27.991 que se encontraban con resultado "conforme" no se pudo utilizar por ser declarado no apto para el consumo humano; resaltando que de aquellos 119.064.60 TM que fueron considerados "conforme" se fue procediendo a su normal distribución a los beneficiarios no habiendo quejas ni reclamos a la fecha del informe, por lo que culmina señalando que correspondería abonar a favor del contratista por las 91.17360 TM que únicamente se distribuyeron del producto papilla, por lo que considerando tales hecho arriba descritos habría incurrido en incumplimientos contractuales.

1
No obstante la carta eludida, se advierte también de ella el Informe N° 006310-2012/DHA/DIGESA, de fecha 10 de diciembre del 2012; informe que a lo largo de la contestación de demanda y reconvención se convierte en el mejor sustento por parte de la Entidad –al señalar que en mérito a él no hubo conformidad del producto – del cual es pertinente analizar en su contexto real, así por ejemplo lo referido en el punto 2.2 que dice lo siguiente:

(...) con fecha 13 de setiembre del 2012, personal de la Red de Salud-Bagua, procede a tomar muestras del producto inmovilizado por la Fiscalía y remite para su análisis al Laboratorio de Control Ambiental de la Dirección General de Salud Ambiental-DIGESA que fuese ingresado el 09 de octubre del 2012;

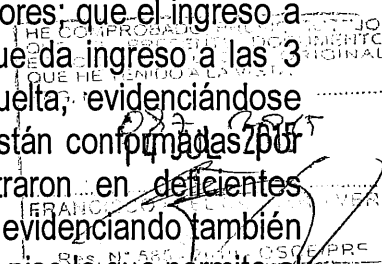
4
Por lo que previamente es importante resaltar que luego de 74 días de haber cumplido el contratista con entregar el producto papilla a la Entidad, se pudo

975

ingresar sus muestras recién al laboratorio de DIGESA (09 de octubre 2012) – es decir cuando el producto ya prácticamente se encontraba próximo a su fecha de vencimiento. Asimismo precisan que dichas muestras fueron recogidas el 13 de setiembre, vale decir 46 días después de que el producto papilla haya ingresado a la Entidad, si bien dicho detalle no se ha visto resaltado por la Entidad en ningún extremo de sus escritos, resulta por demás evidente que esos mismos detallados obligaron a DIGESA a concluir sobre las muestras del producto papilla: (i) no han sido objeto de análisis por no cumplir con los requisitos de admisión de muestras - Directiva Sanitaria N° 32 (RM N° 156-2012/MINSA), (ii) que las 85.151.7 TM del producto papilla almacenadas en el Equipo de Trabajo Zonal Bagua son declarados no aptos para el consumo humano por eminente riesgo de contaminación cruzada.

Adicionalmente DIGESA en el informe en cuestión hace un extenso análisis sobre el almacén del Equipo de Trabajo Zonal PRONAA-Bagua, realizando (i) una inspección higiénico sanitaria con observación "no acorde" a lo establecido en el Reglamento sobre vigencia y control sanitario de alimentos y bebidas (DS N° 007-98-SA) (ii) en cuanto a la infraestructura, precisa que sus ventanas no cuentan con adecuada protección que eviten el ingreso de posibles vectores: que el ingreso a la puerta principal del establecimiento así como el patio que da ingreso a las 3 naves incluyendo la nave 01 presentan grietas, tierra suelta, evidenciándose levantamiento de polvo; y que las paredes del almacén están conformadas por calaminas de aluminio acanaladas, las que se encontraron en deficientes condiciones de mantenimiento y limpieza (rotas y oxidadas) evidenciando también aberturas en unión entre calaminas y en unión de calamina -piso lo que permite el ingreso de vectores, asimismo el piso presenta ranuras entre bloques de cemento, dificultando una adecuada limpieza;(iii) en cuanto a la aplicación de la BPM,: no cuentan con gabinete de higienización de manos que incluya jabón, papel higiénico, papel toalla, en los servicios higiénicos, además de no cumplir con la normativa sanitaria respecto a la estiba de productos no perecibles, al no conservar las distancias entre rumas y entre ruma-pared; (iv) en cuanto a la higiene y saneamiento: en el perímetro externo de la nave 04 se encuentra basura, desperdicios y melazas, se encuentran heces de roedores, de gato, telas de araña en zonas externas de la nave 04 y en zona interna de almacén se evidencia heces de roedores ubicados en zonas laterales junto y debajo de parihuelas que soportaban cajas conteniendo el producto papilla existiendo el riesgo inminente de contaminación cruzada, por lo que concluye que el

717



almacén del Equipo de Trabajo Zona PRONAA-Bagua estaría incumpliendo lo establecido en cuanto al almacenamiento de producto terminado-estipulado en el artículo 70° del DS N° 007-98-SA – Reglamento sobre vigilancia y control sanitario de Alimentos y Bebidas. De la misma forma agrega en el punto 2.4 del mencionado informe, que el Contratista cuenta con todas las autorizaciones acorde a Ley.

En tal sentido siendo la Dirección General de Salud Ambiental –DIGESA, quienes luego de su visita in situ al almacén nave 04 del Equipo de Trabajo Zona Bagua, concluyen que dicho almacén estaría incumpliendo lo establecido en cuanto al almacenamiento de producto terminado- estipulado en el artículo 70° del DS N° 007-98-SA – “Reglamento sobre vigilancia y control sanitario de Alimentos y Bebidas”, sumado al hecho de considerar el inminente riesgo de contaminación cruzada a la que estuvo predispuesto el producto papilla, no hacen más que concluir que luego de producida la entrega y/o recepción del producto papilla, la Entidad tuvo malas prácticas de almacenamiento, por lo que éste colegiado considera que muy a pesar de las circunstancias acontecidas la Entidad ni observó ni rechazó el producto en la oportunidad que tuvo para hacerlo, en consecuencia deberá declararse fundada la pretensión y por ende ineficaz el procedimiento por el que pretendió posteriormente observar y/o rechazar el producto papilla.

Determinar si corresponde o no que la Entidad cancele a favor del contratista el monto de la Factura N° 0001-001490 pendiente de pago, correspondiente a las 198,054 bolsas de papilla de 900 gramos entregadas al Equipo de Trabajo Zonal Bagua.

Habiendo podido determinar en el punto controvertido anterior del presente laudo arbitral, que el producto papilla cumplía con todas las rigurosidades del contrato, para ser considerado un producto inocuo y apto para el consumo humano, así como haber cumplido con todas las validaciones por parte de la Entidad para la recepción de los mismos, emitidas por el responsable de almacén como son: (i) su guía de remisión, (ii) Nota(s) de Entrada de Almacén – NEAs. y (iii) el Boletín de Control de Calidad; y habiendo el contratista emitido la Factura N° 0001-001490 por el importe de S/. 996,013.57 (Novecientos noventa y seis mil trece y 57/100 nuevos soles) por el concepto de haber entregado 198,054 bolsas de 900 gr. del producto papilla, corresponde a la Entidad proceder a abonar el monto

correspondiente a dicha entrega, conforme a lo establecido en la cláusula cuarta del contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA.

Que de conformidad a lo establecido en el primer párrafo del artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual dice:

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el Contrato.

Hecho y fundamento que se corroboraría con la Carta Notarial N° 2071 de fecha 13 de noviembre de 2012, por el cual el Contratista requiere el pago al amparo de lo dispuesto en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado bajo apercibimiento de resolver el contrato; además de la carta Notarial N° 32969 de fecha 30 de noviembre de 2012, por el cual el Contratista comunica la resolución parcial del contrato por incumplimiento de pago.

Por lo expuesto corresponde ordenar a la Entidad cumpla con efectuar el pago de la factura emitida por Consorcio Alimentos SAC por concepto de haber entregado 198,054 bolsas de 900 gr. del producto papilla, ascendente a la suma de S/. 996,013.57 (Novecientos noventa y seis mil trece y 57/100 nuevos soles), conforme lo establecido en el contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA y la propia normativa de contratación pública.

718

RECIBIDO
14 JUL 2015
ORIGINAL

Determinar si corresponde o no que la Entidad cancele a favor del contratista la suma de S/ 996,013.57 (Novecientos noventa y seis mil trece y 57/100 nuevos soles) más los intereses legales que se devenguen hasta el momento de su pago efectivo, por concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento de pago correspondiente a 198,054 (Ciento noventa y ocho mil y cincuenta y cuatro) bolsas de papilla de 900 gramos, entregadas al Equipo de Trabajo Zonal Bagua, en cumplimiento al Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA



En relación a este punto controvertido primero debemos tener en claro que se entiende por daño. No es el simple empobrecimiento del patrimonio de la víctima del ilícito, sino que debe ser entendido como la lesión de un interés protegido, y a partir de allí - de esa lesión - pueden generarse consecuencias de carácter

económico o no, dependiendo de la naturaleza del interés tutelado, pues en función a ello puede darse una pérdida patrimonial o no. Entonces nos encontramos que una lesión a un interés o bien jurídico tutelado puede ocasionar daños patrimoniales y no patrimoniales o extrapatrimoniales. Pero siempre ese daño debe ser un daño injusto, es decir que no tenga justificación.

Sobre el particular encontramos que el contratista reclama ser indemnizado por daños y perjuicios que le ha causado la conducta de la Entidad al no haber cumplido con pagar lo que le correspondería, precisando que la legislación aplicable en este extremo resultan ser las de derecho privado.

La indemnización por daños y perjuicios, tal y como lo indica su nombre, únicamente procede cuando se ha ocasionado un daño a un sujeto o a sus bienes, La indemnización no es otra cosa que la resultante impuesta por la Ley en los casos de materialización de todos los elementos de la responsabilidad civil. Este detrimento puede originarse por el incumplimiento de un evento pactado previamente o por un acontecimiento producido sin previa convención; y su sustento se encuentra en el antiguo adagio que refiere que quien ocasione un menoscabo está en el deber de repararlo.

Por otro lado se sabe que para que opere la responsabilidad civil y la consecuente indemnización, serán necesarios algunos elementos de configuración:

- 
- **Un hecho antijurídico o ilícito** generado por un sujeto imputable, lo que no quiere decir sino que se debe tratar de un evento ocasionado por obra del hombre, siempre que tal hecho esté fuera de límites permitidos jurídicamente y que, además el sujeto sea susceptible de ser reprendido por tal actitud, es decir, que tenga capacidad de imputación.
 - **Un daño generado**, lo que refiere el perjuicio a otro sujeto en su persona o sus bienes y que, a fin de cuentas, se constituye en el elemento primordial de la responsabilidad civil, pues sin daño es inconcebible hablar de resarcimiento alguno.
 - **Un nexo de causalidad entre el hecho generador y el daño ocasionado**, siendo que tal relación debe ser adecuada sin mediar algún supuesto de ruptura causal como puede acontecer con el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho de un tercero o de la propia víctima.
- 

- **Algún factor de atribución de la responsabilidad al sujeto que ha generado el daño con su accionar.** Entre tales factores se tienen la culpa, el dolo, el riesgo creado, el abuso del derecho, la garantía y la equidad.

La acción trascendida por la legislación, una vez configurados todos los elementos de la responsabilidad civil, se encamina al resarcimiento del daño en cuanto fuere posible. Esta acción es conocida como indemnización por daños y perjuicios. En tal sentido la responsabilidad civil genera obligación de resarcir el menoscabo irrogado, aunque es factible también inferir que la indemnización pretende además de satisfacer a la víctima, sancionar al agresor, disuadir a la sociedad y distribuir en lo posible los costos por las mellas ocasionadas.

Ahora bien, es necesario destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación y es que el daño, cualquiera sea su naturaleza debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación. El daño no puede ser hipotético, deducible o simplemente implícito, sino que requiere de certeza. Siendo así, el daño requiere ser probado y aún cuando existen diferentes grados de convicción que permiten tener por probado un daño, la producción de esos diferentes grados de convicción en el juzgador impone la exigencia de probanza en el demandante.

719

Es así que partiendo como premisa que no basta una inducción lógica y sentido común para sustentar el daño o perjuicio ocasionado, no cabría la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1332° del Código Civil por cuanto para ejercer una facultad discrecional y totalmente subjetiva como es determinar un monto indemnizatorio, aún cuando ésta ha sido otorgada por un mandato legal expreso, se requiere la existencia de evidencia probatoria que cause convicción en el Colegiado.

COPIA PRESERVADE DOCUMENTO
ES CERTA DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA
REG. N.º 085 1927
11 JUL 2015
COPIA PRESERVADE DOCUMENTO



En otras palabras, el artículo 1332° del Código Civil puede ser aplicado por el juzgador cuando estando probado el daño no pueda demostrarse su cuantía. En el presente caso, lo presentado por el Contratista no sustentan la existencia de daño que pueda ser objeto de resarcimiento.

Resulta importante reflexionar respecto a la dificultad pragmática de probar el daño moral que emerge de un hecho dañoso, por cuanto al no tener una implicancia patrimonial directa; la subjetividad del daño muchas veces se interioriza haciendo difícil la obtención de medios probatorios a través de terceros. Sin embargo, aún siendo complicada la carga probatoria, lo cierto es que se



requiere que el perjudicado tenga la capacidad de asistir al juzgador con elementos objetivos no necesariamente categóricos pero si convincentes, que permitan la aplicación de la normatividad con corrección y justicia, situación que en el presente caso no se ha podido evidenciar.

Por las consideraciones expuestas, es criterio del Tribunal Arbitral que resulta INFUNDADA la pretensión del Contratista en este extremo, con relación al reconocimiento y pago de una indemnización por daños y perjuicios.

Determinar si corresponde o no que la Entidad proceda a la devolución de las retención del 10% ascendente a la suma de S/205,394.42 (Doscientos cinco mil trescientos noventa y cuatro y 42/100 nuevos soles), por concepto de Garantía de Fiel Cumplimiento.

El numeral 2 del artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, claramente señala que la garantía de Fiel Cumplimiento se ejecutará, solo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato.

Para el caso de análisis se ha concluido que el Contratista cumplió con su obligación contractual - esto es - cumplió con entregar el producto papilla a conformidad de la Entidad y se concluyo que el producto papilla era inocuo - es decir apto para el consumo humano a la fecha pactada de entrega del producto.

Este Tribunal Arbitral por las consideraciones expuestas, considera que debe declararse FUNDADA la pretensión del Contratista en el extremo referido a que se deje sin efecto y valor legal la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento entregada a la Entidad, para garantizar el cumplimiento del bien que como se precisó el Contratista cumplió con entregar.

Por lo tanto se determina que si corresponde ordenar al Programa Nacional de Asistencia Alimentaria - PRONAA, la devolución del monto ejecutado por la carta fianza de fiel cumplimiento, ascendente a S/. 205,394.42.

Determinar si corresponde o no que la Entidad deje sin efecto la imposición de las penalidades aplicadas al contratista por presuntos incumplimientos.

Las penalidades constituyen un mecanismo de resarcimiento que se genera cuando existe incumplimiento por una de las partes contratadas. Su objeto es resarcir el daño patrimonial que sufrido la parte que no ha visto satisfecha la prestación que esperaba y por la cual contrato

Tal como lo refiere el jurista Raúl Ferrero Costa, el resarcimiento tiene como propósito colocar al acreedor en misma situación como si la obligación hubiese sido cumplida, lo cual comprende tanto el resarcimiento del daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) como el daño extrapatrimonial (daño moral) en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución⁴ De este modo la penalidad constituye un elemento disuasivo al posible incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes; pues de manera anticipada se conoce el monto de la misma, que en mayoría de casos es elevado. Ello genera en la parte contratante una especie de moldeamiento de conducta orientado al cumplimiento y no lo contrario.

720

Si bien las penalidades tienen dos objetivos: por un lado, garantizar a la Entidad Pública el cumplimiento de la prestación y por el otro lado, estimular al acreedor el cumplimiento de lo acordado, pues el pago de las penalidades solo hará que la prestación a su cargo se vuelva más onerosa para él.

HE COMPROBADO QUE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA FIDEL DEL ORIGINAL
087 1005
14 JUL 2015

Por lo que analizando el numeral 5.17 de la cláusula Quinta del Contrato, se tiene que la Entidad no estaba obligada a recibir el producto si no cumplía con las características técnicas del y demás condiciones establecidas en las bases, Ficha Técnica y lo dispuesto en el contrato; por lo que siendo que tal entrega recepción y conformidad a través de los NEAs otorgó la Entidad, resulta evidente que incumplimiento no hubo, y si bien este Tribunal Arbitral advierte que hubo un retraso en la entrega del producto, no advertimos en ningún extremo de la contestación de demanda que se haya aplicado penalidad por mora.

Entendiendo así que la penalidad aplicada por la Entidad devendría en arbitraria, al no cumplirse con el presupuesto ya arriba mencionado, por lo que resulta amparable lo requerido por el Contratista y en consecuencia deberá declararse FUNDADA su pretensión.

⁴ FERRERO COSTA Raúl, "Curso de Derecho de Obligaciones" 3era ed. Editorial Jurídica Grijley, Lima Perú 2004 pp333.

Determinar si corresponde o no declarar la invalidez y/o nulidad y/o se deje sin efecto la Carta de Resolución del Contrato y primera adenda del mismo presentada por el Contratista, por contravenir las normas legales y por falta al cumplimiento de inocuidad del producto de acuerdo al informe N° 006310-2012/DHAZ/DIGESA de fecha 10 de diciembre de 2012, por el cual declaran no apto el producto papilla.

Conforme se venido desarrollando en el análisis respecto al cumplimiento o incumplimiento contractual por parte del Contratista, así como también al inocuidad del producto "papilla" y la posterior entrega del producto, en donde se recoge en extenso el informe N° 006310-2012/DHAZ/DIGESA.

Informe que resultó ser contundente al señalar que al efectuar una visita in situ al Almacén del Equipo de Trabajo Zonal PRONAA-Bagua, OBSERVÒ: (i) una inspección higiénico sanitaria con observación "no acorde" a lo establecido en el Reglamento sobre vigencia y control sanitario de alimentos y bebidas (DS N° 007-98-SA) (ii) en cuanto a la infraestructura, precisó que sus ventanas no cuentan con adecuada protección que eviten el ingreso de posibles vectores; que el ingreso a la puerta principal del establecimiento así como el patio que da ingreso a las 3 naves incluyendo la nave 01 presentan grietas, tierra suelta, evidenciándose levantamiento de polvo; y que las paredes del almacén están conformadas por calaminas de aluminio acanaladas, las que se encontraron en deficientes condiciones de mantenimiento y limpieza (rotas y oxidadas) evidenciando también aberturas en unión entre calaminas y en unión de calamina -piso lo que permite el ingreso de vectores, asimismo el piso presenta ranuras entre bloques de cemento, dificultando una adecuada limpieza;(iii) en cuanto a la aplicación de la BPM: no cuentan con gabinete de higienización de manos que incluya jabón, papel higiénico, papel toalla, en los servicios higiénicos, además de no cumplir con la normativa sanitaria respecto a la estiba de productos no perecibles, al no conservar las distancias entre rumas y entre ruma-pared; (iv) en cuanto a la higiene y saneamiento: en el perímetro externo de la nave 04 se encuentra basura, desperdicios y melazas, se encuentran heces de roedores, de gato, telas de araña en zonas externas de la nave 04 y en zona interna de almacén se evidencia heces de roedores ubicados en zonas laterales junto y debajo de parihuelas que soportaban cajas conteniendo el producto papilla existiendo el riesgo inminente de contaminación cruzada, por lo que concluye que el

almacén del Equipo de Trabajo Zona PRONAA-Bagua estaría incumpliendo lo establecido en cuanto al almacenamiento de producto terminado-estipulado en el artículo 70° del DS N° 007-98-SA – Reglamento sobre vigilancia y control sanitario de Alimentos y Bebidas. De la misma forma agregó en el punto 2.4 del mencionado informe, que el Contratista cuenta con todas las autorizaciones acorde a Ley.

En tal sentido éste Tribunal Arbitral encuentra acorde el accionar del Contratista por lo que devendría en infundado lo pretendido por la parte demanda.

Determinar si corresponde o no ordenar que el contratista cancele a favor de la Entidad la suma de S/ 300,000.00 (Trescientos mil y 00/100 nuevos soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Que en lo referido al análisis de las penalidades, éste Tribunal Arbitral había ya indicado que uno de los objetivos de las penalidades era resarcir un supuesto incumplimiento por una de las partes, habiendo determinado que no hubo incumplimiento, y que resultaba arbitraria la aplicación de multa por parte de la Entidad, éste Tribunal Arbitral no encuentra justificación alguna para amparar lo pretendido por la parte demandada, en consecuencia declárese **INFUNDADA** su pretensión.

721
FRANCISCO ASE...
Res. N° 545 - 2011 - LSC/RE

COSTOS, COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO ARBITRAL.

Considerando el resultado de este arbitraje en el que se ha evidenciado una participación activa de las partes, en puridad no puede afirmarse que existe una "parte perdedora" ya que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje. De esta forma, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas que incurrió y debió de incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios del árbitro, de la secretaría, su defensa legal, etc.

Por consiguiente, no corresponde ordenar a ninguna de las partes el pago de los costos totales del proceso arbitral. En consecuencia, se resuelve que cada parte cubra sus propios gastos por un lado, y por otro, que los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos de la secretaría arbitral) sean asumidos por ambas partes en iguales proporciones.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral actuando en **DERECHO**, y con el voto en discordia por parte del Dr. Franz Kundmuller Caminiti

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión del Contratista en consecuencia declárese ineficaz el procedimiento por el cual se observó y/o rechazo el producto "papilla"

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la pretensión del Contratista relacionada al pago de la Factura N° 0001-001490, ascendente a la suma de S/. 996,013.57 (Novecientos noventa y seis mil trece y 57/100 nuevos soles).

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión del Contratista referida al pago por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la pretensión del Contratista referida a la devolución del Depósito de Garantía de Fiel Cumplimiento.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la pretensión del Contratista referida a dejar sin efecto la aplicación de penalidades por parte de la Entidad.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** lo pretendido por la Entidad en cuanto a la invalidez y/o nulidad de la Resolución de Contrato efectuada por el Contratista.

SEPTIMO: Declarar **INFUNDADA** lo pretendido por la Entidad, en cuanto al pago por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Vicente Tincopa Torres
Dr. Franz Kundmuller Caminiti
Dr. Luis Huayta Zacarias

985

OCTAVO: DISPONER que cada una de las partes asuma los gastos arbitrales en los que hubiera incurrido en la demanda, al advertir el Tribunal Arbitral que ambas partes tuvieron razones para litigar.

EL PRESENTE LAUDO ES INAPELABLE Y TIENE CARÁCTER IMPERATIVO PARA LAS PARTES. EN CONSECUENCIA, FIRMADO, NOTIFÍQUESE PARA SU CUMPLIMIENTO.

Notifíquese a las partes.



VICENTE F. TINCOPA TORRES
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL

722

HE COMPROBADO, PORQUE NO
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE ME FUE ENTREGADO.

REG. N° 087-1015

14 JUL 2015

FRANCISCO J. PEREZ

Res. N° 503 - 2011 - OJF / PRE



LUIS HUAYTA ZACARIAS
ARBITRO