



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA CIVIL CON SUBESPECIALIDAD COMERCIAL**

El control de la debida motivación del laudo se limita a la verificación de la aceptabilidad de la justificación de la decisión adoptada, esto es, de su aceptación bajo condiciones de racionalidad, pero no a la verificación de su carácter acertado o errado, pues ello supondría un nuevo juzgamiento (selección e interpretación de normas y valoración de pruebas) y la superposición del criterio interpretativo o valorativo del órgano de control al criterio asumido por el órgano decisorio, convirtiéndose aquél en instancia de grado.

EXPEDIENTE N° : 150-2016.
DEMANDANTE : MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL.
DEMANDADO : NIISA CORPORATION S.A.
MATERIA : ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.

RESOLUCIÓN NÚMERO TRECE.

Lima, nueve de marzo

de dos mil diecisiete.-

VISTOS: con el expediente arbitral de fojas 2429, que en copia certificada se tiene a la vista. Interviniendo como ponente el señor Juez Superior **Rivera Gamboa**.

I. TRÁMITE PROCESAL:

I.1. RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.

Con fecha 09 de mayo de 2016, **MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL** (en adelante **EL MIDIS**), interpone recurso de anulación contra el laudo arbitral contenido en la resolución N°64 de fecha 02 de marzo de 2016, emitido en el proceso arbitral que siguió en su contra **NIISA CORPORATION S.A.**.

PRETENSIÓN PROCESAL.- *EL MIDIS* planteó como pretensión ante este órgano jurisdiccional que se declare la anulación del laudo arbitral contenido en la resolución N° 64 de fecha 02 de marzo de 2016, invocando las causales de anulación comprendidas en los literales b) y d) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje. Los argumentos fueron planteados de la siguiente manera:

Causal de anulación b):

A) Primera deficiente motivación externa: respecto a la primera pretensión principal:

1. Según el criterio sucinto del árbitro, conclusión arribada luego de su análisis contenido en las hojas 52-54, NIISA siempre debe estar presente en las verificaciones que efectúe Qali Warma o el Comité y eso no está en discusión; sin embargo, el árbitro único ha omitido varios factores a considerar en sus interpretaciones y, sobre todo, al parecer ha desvinculado de su lógica jurídica los hechos materia de controversia.
2. Si lo expuesto fuera así y siguiendo su mismo razonamiento, tendríamos que ese modo, manera o procedimiento del derecho de verificación de Qali Warma o el Comité (desde el método literal), se restringe única y exclusivamente a “las instalaciones del proveedor” (todo esto partiendo de las premisas del árbitro para llegar a su “conclusión”) tal y como lo señala el propio tenor del numeral 7.3. de la Cláusula Séptima del Contrato N° 001-2013-CCLIMA5/RAC.
3. Si se siguiera la pauta marcada por el árbitro único, se tendría que dentro de este derecho de verificación de Qali Warma o el Comité, no se encuentran comprendidas las supervisiones que efectuó DIGESA a las cuatro (04) Instituciones Educativas beneficiarias; pues evidentemente las mismas, NO constituyen “las instalaciones del proveedor”. Y si ello fuera así, sobre la inspección del día 25.04.13, el árbitro único no debería objetar algo al respecto; lo que quiere decir que resultaría improcedente de parte del árbitro, desconocer a mérito de su interpretación, los resultados de falta de inocuidad que se hallaron en las Instituciones Educativas (incumplimiento probado que dio lugar a la resolución de contrato discutida en el proceso).

4. NIISA ha reconocido de manera escrita y oral que en la inspección efectuada a la Institución Educativa N° 1258 sí estuvo presente un representante de su empresa; con lo cual se concluye que, en efecto, sí se contó con la presencia de NIISA y, por tanto, su sola presencia reuniría los elementos concluyentes a los que arriba el árbitro único desde su “interpretación sistemática”.
5. Asimismo, el árbitro va más allá de lo pactado por las partes en el numeral 7.3. de la cláusula séptima del contrato materia de controversia, pues refiere la aparición de una “condición” en dicha cláusula, que es, según su criterio amplio, subjetivo y ambiguo, la notificación previa a NIISA, sin la cual indica no se podría efectuar el derecho de verificación de Qali Warma o el Comité de las prestaciones a cargo del contratista, sin que exista ninguna fundamentación, más que su sola aseveración de que así es.
6. La defensa de Qali Warma manifestó en todo momento que quien realizó las inspecciones del 25 y 30 de abril de 2013 fue DIGESA (de oficio) y no Qali Warma o el Comité, quien en su calidad de órgano de supervigilancia en materia de inocuidad de alimentos, realiza visitas inopinadas a los establecimientos del proveedor y las instituciones educativas en las que el contratista distribuía las raciones, razón por la cual el procedimiento para verificar las condiciones en las que el demandante prestó el servicio, no se rige por las normas contractuales pactadas para tal efecto, sino más bien sobre normas generales de competencia, alcances y atribuciones de DIGESA, la cual no requiere notificar previamente las visitas que efectúe ya que son inspecciones inopinadas, lo cual ha sido reconocido por el árbitro en el literal n. de la página 57 y página 58, y cómo podría ser de otra manera, si la propia Ley de Inocuidad de los Alimentos – Decreto Legislativo N° 1062 lo prevé, lo cual se desprende del propio informe de DIGESA, Informe N° 001451-2014/DHAZ/DIGESA del 11.03.14, que obra en el expediente.
7. Por lo tanto, queda evidenciado que el árbitro no solo se contradice entre uno y otro argumento, sino que además si seguimos su secuencia lógica de

razonamiento y conclusión también nos topáramos con el resultado interpretativo correcto que daría como conclusión que el árbitro único carece de argumentos claros para sustentar que la resolución de contrato efectuada por el Comité es inválida.

B) Segunda deficiente motivación externa: sobre la primera pretensión principal:

8. El árbitro pese a que en la anterior premisa de su razonamiento, consignada en el numeral 1 de su numeral 9.1.9, concluye que Qali Warma o el Comité no cumplieron a cabalidad el ejercicio de su derecho de verificación; reconoce (literal n consignado en la página 57 del laudo y página 58) respecto a la competencia de DIGESA, que dicha autoridad estaba facultada para realizar las inspecciones efectuadas el 25 y 30 de abril de 2013 a NIISA CORPORATION SA, no requiriendo en su condición de ente supranacional en materia de vigilancia sanitaria la aparecida “condición de previa notificación” que por una interpretación desmedida ha incluido el árbitro único un laboratorio acreditado por INDECOPI para el ejercicio de sus funciones técnicas. En la misma línea lo señala el árbitro único en el literal f contenido en la página 58 del laudo.

9. Como se podrá apreciar, el árbitro único reconoce que quien realiza la supervisión es DIGESA y no Qali Warma o el Comité, con lo cual nuevamente se aprecian las contradicciones que sustentan el laudo, pues se evidencia que no fue precisamente Qali Warma o el Comité quienes efectuaron el ejercicio de su derecho de verificación contenido en el contrato, sino que fue la DIGESA quien de oficio y de manera inopinada en mérito a sus atribuciones se apersonó no sólo a los establecimientos del proveedor, sino también y sobre todo a las instituciones educativas que recibían las raciones que eran entregadas por el contratista, lo que aparentemente el árbitro único no está considerando a efectos de motivar debidamente el laudo que sustenta su fallo de declaración de invalidez de la resolución de contrato efectuada por el Comité.

C) Tercera deficiente motivación externa (por motivación insuficiente) y motivación sustancialmente incongruente: respecto a las pretensiones accesorias por concepto de indemnización por daños y perjuicios:

C.1) Pretensión accesoria referida al lucro cesante (motivación insuficiente):

10. Al declarar fundada la pretensión de lucro cesante, el árbitro no ha tomado en cuenta lo siguiente: 1.- La comprobación del incumplimiento del contrato genera la resolución del mismo a 99 días de su vencimiento original, no siendo de aplicación ningún cobro a favor de NISSA por dicha medida. Por el contrario, según contrato estaría afecta a penalidades. 2.- Por lo tanto, es absurda la pretensión de solicitar el perjuicio de rentabilidad de S/. 926,675.23 por los fondos que no se generaron durante la etapa del contrato proyectados por el año 2014, puesto que el contrato original antes de su resolución solo tenía una vigencia de 191 días. 3.- No es posible asumir gastos futuros. 4.- En ningún momento se han proporcionados copias de los estados financieros auditados, de manera que los montos indicados no pueden ser comprobados. 5.- La parte demandante no ha acreditado con documentos fehacientes el monto solicitado por el lucro cesante, careciendo de todo valor fáctico y jurídico. 6.- No se puede generar un daño por el solo hecho de decirlo. 7.- De ahí que el contratista debía de mostrar que ha sufrido un daño, dado que no es suficiente su dicho, sino que debe existir prueba indubitable que lo acredite, por cuanto hablar sin existir hechos concretos no hace suponer un daño cuantificable, dado que para cuantificar es importante determinar cuál es el daño generado.

11. El árbitro único no argumenta bajo ningún contexto la indemnización exorbitante que otorga; todo lo contrario, su fundamento principal es: “considerando que se ha declarado fundada la primera pretensión, resulta pertinente señalar que se realizó un daño...” Como es sabido por todos, ello no basta para acceder en la concesión de una indemnización de esta naturaleza, razón por la cual nos encontramos ante una tercera deficiente motivación externa.

C.2) Segunda pretensión accesoria referida al daño emergente (deficiente motivación externa, motivación insuficiente y motivación sustancialmente incongruente):

12. Hay **deficiencia de motivación externa**, pues como se puede advertir del punto 9.4.2., el árbitro único parte de la premisa que el daño emergente es la consecuencia directa e inmediata del daño infringido y que comporta una disminución en el patrimonio de la víctima o la pérdida de la oportunidad de percibir un beneficio económico; es decir, parte de una premisa inválida jurídicamente hablando pues el daño emergente a diferencia del lucro cesante es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor mientras que el lucro cesante es el legítimo empobrecimiento que se frustró o, como lo señala el propio laudo materia de anulación en el punto 9.3.2, es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir, resultando evidente que al considerar a la pérdida de la oportunidad de percibir un beneficio económico como daño emergente, se está refiriendo propiamente al lucro cesante que corresponde al segundo punto controvertido; por lo que, esta deficiencia conceptual del daño emergente del que parte el árbitro único acarrea una deficiente justificación externa de su razonamiento.

13. Hay **motivación sustancialmente incongruente** porque como se puede advertir del punto 9.4.7. en el laudo materia de anulación se establece que, a diferencia del lucro cesante, la prueba es más severa cuando se exige una indemnización por daño emergente, porque ella es más directa y más sencilla de evidenciar, sin embargo, luego se contradice en el punto 9.4.17 cuando señala: “Sin embargo, reconocemos que a veces es difícil probar la cuantía de los daños alegados. En estos casos. El artículo 1332 del Código Civil, señala que ‘Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su momento preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa’”; resultando evidente la incongruencia esencial en la que incurre el laudo, pues por un lado considera que debe exigirse mayor rigurosidad para probar el daño emergente que se solicita resarcir, lo cual ratifica en el numeral 9.4.23 cuando se refiere a la exposición de motivos del artículo 1332 del Código Civil señalando la necesidad de una prueba rigurosa a cargo del acreedor también aumenta o disminuye en razón a que se trate de un daño emergente, sin embargo después concluye que es difícil probar el daño emergente, y como la reparación de la chance perdida se encuentra indirectamente influenciada por el lucro cesante dejado de percibir, debe

considerarse como quantum del daño emergente la cifra adjudicada como lucro cesante.

14. Hay **motivación insuficiente** porque al momento de fijar la cuantía de la indemnización, el árbitro único simplemente recurre al criterio de equidad, que es aplicable al daño moral, es decir para aquellas situaciones donde resulta difícil cuantificar el daño y no para aquellos casos donde el daño es directo y es más sencillo su verificación, y se exige mayor severidad en los medios probatorios que lo acrediten como acontece cuando se invoca el daño emergente; y además recurre al monto determinado por indemnización por lucro cesante, sin ningún sustento objetivo, razonable ni proporcional, pues el importe de la cuantía del lucro cesante ordenado resarcir conforme se advierte del laudo, establece claramente que representa la suma dejada de percibir y la rentabilidad dejada de percibir en función de la TEA aplicada si el fondo dejado de percibir hubiese sido colocado en una cuenta bancaria.

15. No existe ninguna justificación objetiva, razonable, equitativa ni proporcional establecida en el laudo arbitral que justifique que a la “posibilidad” que el demandante hubiera ganado en todos los procesos que hubiese participado si es que no hubiese tenido puntaje negativo o la reparación de una pérdida de chance como esta se le tenga que cuantificar en la suma de S/ 926,675.23, cuando esta suma ha sido fijada para el lucro cesante y conforme lo establece el propio laudo esta suma representa la suma dejada de percibir y la rentabilidad dejada de percibir en función de la TEA aplicada si el fondo dejado de percibir en caso este hubiese sido colocado en una cuenta bancaria.

Causal de anulación d):

A) Primera materia no sometida a decisión del tribunal arbitral

16. En lo que respecta al numeral 9.1.12, páginas 58 a la 60 del laudo, la afirmación categórica del árbitro único en relación a que se evidenciaron “deficiencias al momento de la toma de muestra” es inexacta y en todo caso no es completa; pues su ámbito de certidumbre se encuentra restringido y limitado únicamente a lo manifestado por los representantes de SGS (que

tampoco ha sido probado), cuestionamiento que adicionalmente cabe precisar, tampoco ha sido invocado como pretensión por el demandante y por ende, no puede ser objeto de pronunciamiento por el Tribunal Arbitral, pues se refiere de manera directa al procedimiento de toma de muestras que corresponde en todo caso únicamente evaluar en la vía administrativa y contra DIGESA de ser el caso.

17. Asimismo, en relación a la afirmación del Laboratorio de SGS del Perú, que sostiene que “el análisis de la muestra en particular, no es representativa de todo el lote”, es importante acotar que las afirmaciones de los representantes deben ser evaluadas a la luz de las normas sobre el particular siendo para tal efecto una de ellas el numeral 3 del artículo 7 de la Ley de Inocuidad de Alimentos, Decreto Legislativo N° 1062.
18. En consecuencia, se aprecia esta inconsistencia en el razonamiento jurídico del árbitro único por el cual se concluye que “existen deficiencias en las tomas de muestra”, es importante precisar que estas no pueden ni deben ser determinadas en este arbitraje, porque simple y llanamente están excluidas del ámbito de competencia del tribunal arbitral, siendo procedente únicamente de su parte, verificar que efectivamente se haya seguido el procedimiento correcto para la resolución de contrato realizada por el Comité; por lo que, todo argumento o razonamiento referido al procedimiento de toma de muestras y su validez, así como, a su deficiencia o no por los responsables, no debió ser evaluado en este proceso arbitraje y mucho menos, servir de sustento para declarar la validez o no de la resolución de contrato.

B) Segunda materia no sometida a decisión del tribunal arbitral

19. En lo que refiere en el numeral 9.1.13. contenido en la página 60, el árbitro único pese a que reconoce que el INFORME N° 002675-2013/DHAZ/DIGESA es válido y firme, en tanto y en cuanto ninguna autoridad administrativa o jurisdiccional ha declarado su nulidad, indica “sin embargo”, pronunciándose sobre el supuesto que entendemos configuraría la nulidad del citado informe que no es de su competencia en este arbitraje; primero porque no ha sido pretensión del demandante, y segundo porque

Digesa tampoco ha sido parte en este proceso, lo cual ha repetido en innumerables ocasiones.

20. Asimismo, conforme los artículos 15, 18 y 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, la afirmación realizada por el árbitro único carece de sustento.

21. El árbitro único sin ningún sustento claro, íntegro y completo pretende restarle o sustraerle validez al INFORME N° 002675- 2013/DHAZ/DIGESA que sirvió de sustento para que el Comité resolviera oportunamente el contrato materia de controversia; pues el árbitro único solo se puede pronunciar sobre los actos de las partes del contrato y los que puedan derivarse de obligaciones recíprocas pactadas en el contrato, justificando en su motivación el cumplimiento o incumplimiento de alguna, que pueda dar lugar a concluir o no, si la resolución de contrato es válida y/o ineficaz.

I.2. ADMISIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL Y TRASLADO.

Por resolución N°03 de fecha 25 de julio de 2016, se admitió a trámite el recurso de anulación de laudo presentado, por las causales contenidas en los literales b) y d) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, y se ordenó correr traslado del mismo al **NIISA CORPORATION S.A.**

I.3. ABSOLUCIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO.

Por escrito presentado el 13 de setiembre de 2016, **NIISA CORPORATION S.A.** (en adelante *NIISA*) contestó el recurso de anulación de laudo, señalando que la causal de anulación establecida en el literal b), deberá ser declarada infundada por no haber cumplido la parte recurrente con señalar taxativamente cuál es la infracción o inobservancia cometida en el desarrollo del proceso arbitral en contra de su derecho a la defensa o al debido proceso, pretendiendo desnaturalizar la esencia del proceso de anulación y se revoque el fondo de la decisión, situación que se encuentra prohibida por ley; asimismo, con relación a la causal de anulación d), manifiesta que el demandante pretende cuestionar la prueba y desnaturalizar el objetivo del recurso de anulación de laudo arbitral, y que en ningún extremo del

laudo el árbitro único ha emitido decisión sobre la validez o invalidez del INFORME N°002675-2013/DHAZ/DIGESA, por lo que debe ser declarada infundada.

I.4. SEÑALAMIENTO DE FECHA PARA LA VISTA DE LA CAUSA

Por resolución N°07 de fecha 17 de octubre de 2016, se señaló fecha para la Vista de la Causa para el día 19 de enero de 2017, la misma que se llevó a cabo conforme lo programado.

II. BREVE RESUMEN DE LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL.

II.1. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El 12 de diciembre de 2013, se instaló el tribunal arbitral conformado por el árbitro único ***Richard James Martin Tirado***.

La instalación fue llevada a cabo con la presencia del señor Moisés Alfaro Barrero, Gerente General de la parte demandante NIISA CORPORATION S.A., el señor Julio Moisés Núñez Cuba, en representación del Comité de Compra Lima 05 del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y, los abogados Luis Enrique Ames Peralta y Mercedes Milagros Barrueto Joaquín, en representación de la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

En dicho acto se acordó como lugar del arbitraje la ciudad de Lima, se estableció como idioma el castellano y como legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia la legislación peruana. Asimismo, se estableció como tipo de arbitraje el ad hoc, nacional y de derecho.

Se designó como secretario arbitral al abogado ***Erick Gregory Cuba Meneses***.

II.2. LAUDO ARBITRAL

Realizados los actos procesales pertinentes, se expidió el laudo arbitral contenido en la resolución N°64 de fecha 02 de marzo de 2016, que resuelve lo siguiente:

“PRIMERO.- DÉCLARESE FUNDADA la primera Pretensión Principal de la demanda, la misma que ha sido analizada en el primer punto controvertido y, en consecuencia, corresponde DECLARAR LA INVALIDEZ DE LA RESOLUCIÓN

CONTRACTUAL del Contrato N° 001-2013-CC LIMA 5/RAC, de fecha 01 de marzo de 2013, realizada por el COMITÉ DE COMPRA LIMA 5 DEL PROGRAMA QALI WARMA.

SEGUNDO.- DECLÁRESE FUNDADA la Primera Pretensión Accesoría de la Pretensión Principal de la demanda, en consecuencia, **ORDENAR** páguese por concepto de lucro cesante a NIISA CORPORATION S.A. la suma de S/. 926,675.23 (NOVECIENTOS VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO NUEVOS SOLES CON VEINTITRÉS CÉNTIMOS).

TERCERO.- DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE la Segunda Pretensión Principal de la demanda, y, en consecuencia, páguese por concepto de daño emergente, la suma de S/. 926,675.23 (NOVECIENTOS VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO NUEVOS SOLES CON VEINTITRÉS CÉNTIMOS).

CUARTO.- DECLÁRESE IMPROCEDENTE la Tercera Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, corresponde denegar la indemnización económica por daño moral a la demandada; señalando que NIISA puede realizar lo expedito a su derecho a través de la vía correspondiente.

(...)"

III. CONSIDERACIONES DEL COLEGIADO.

PRIMERO: El proceso arbitral se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje, que establece los parámetros a seguir en un proceso judicial de anulación de laudo arbitral, el cual sólo puede ser invocado si se ha incurrido en alguna de las causales contenidas en el artículo 63 de dicho cuerpo normativo.

Sobre el recurso de anulación, el artículo 62 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

“Artículo 62.- Recurso de Anulación

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.”

SEGUNDO: *EL MIDIS* invoca las causales de anulación establecidas en los literales b) y d) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, que disponen:

“Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

(...)

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

(...)”

TERCERO: Los incisos 2 y 7 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje señalan lo siguiente:

“2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.”

“7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada, mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.”

CUARTO: Conforme fluye de los dispositivos indicados, las causales de anulación de laudo arbitral contenidas en los literales a), b), c), y d), serán improcedentes si no fueron objeto de reclamo expreso en su “momento” ante el tribunal arbitral, esto es, de forma oportuna. Asimismo, tampoco serán procedentes si pudiendo ser subsanadas a través de alguno de los recursos establecidos contra el laudo, la parte afectada no los interpone. En suma, en uno y otro caso, se verá irremediamente perjudicada la posibilidad de cuestionar posteriormente el laudo o el proceso arbitral en base a los vicios no reclamados oportunamente a través de los mecanismos idóneos que la Ley de Arbitraje establece. Por tales razones, este Colegiado al abordar los argumentos que son sustento de cada una de las causales de anulación invocadas, verificará si fueron objeto de reclamo ante el tribunal arbitral o si, de ser el caso, si se presentaron las solicitudes post laudo sustentadas en los mismos argumentos.

Causal de anulación b)

QUINTO: La causal de anulación b) tutela a la parte que se ha visto impedida o imposibilitada de hacer valer sus derechos en el curso del arbitraje. Esta se enmarca dentro de la protección de un derecho constitucional, específicamente el derecho al debido proceso, el cual a su vez se compone por la suma de una serie de derechos como lo es el derecho a la motivación de las resoluciones, claro está,

sin que ello importe en modo alguno la revisión del fondo de la controversia ni el razonamiento seguido por el árbitro ad hoc, pues el recurso de anulación de laudo no es una instancia, sino un proceso autónomo en el que de modo puntual se verifica el cumplimiento de determinados supuestos de validez del laudo arbitral.

SEXTO: Sobre el particular, resulta necesario precisar que el Tribunal Constitucional se pronunció en la sentencia de fecha 21 de setiembre de 2011, recaída en el expediente 00142-2011-PA/TC (precedente vinculante) indicando lo siguiente: *“...de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, “la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con observancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que imponen el derecho al debido proceso”.* (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).

SÉPTIMO: Ello es así por cuanto la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quiénes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la justicia arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona.

OCTAVO: *EL MIDIS* invoca la causal de anulación b) argumentando que el laudo arbitral contiene una serie de defectos en cuanto a la motivación, entre ellos alega **deficiencia en la motivación externa, motivación insuficiente y motivación sustancialmente incongruente**; por lo que, teniendo en cuenta que los vicios o defectos de motivación alegados son observados a partir de la emisión del laudo y al no estar previsto en la ley de arbitraje un mecanismo adecuado a través del cual las partes puedan reclamar ante el tribunal arbitral por situaciones como las alegadas,

dado que ninguno de los recursos post laudo previstos en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje permiten enmendar vicios de motivación, no corresponde exigir el cumplimiento de reclamo previo establecido en el inciso 2 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, criterio que ha sido establecido por esta Sala especializada.

NOVENO: Teniendo en cuenta ello, es pertinente efectuar las siguientes precisiones en cuanto a la labor de revisión sobre aspectos relativos a la motivación de un laudo arbitral:

9.1. Si bien el derecho a la motivación integra el debido proceso, su garantía debe conciliarse con el principio de irrevisabilidad del laudo que se desprende de la norma prohibitiva del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje, que constituye un límite esencial a la función de control judicial del arbitraje, y punto arcóntico del diseño legal del arbitraje como jurisdicción independiente con base en el artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

9.2. Por tanto, el control de la debida motivación se limita a la verificación de la aceptabilidad de la justificación de la decisión adoptada, esto es, de su aceptación bajo condiciones de racionalidad, pero no a la verificación de su corrección, es decir, si las razones expuestas son acertadas o erradas, pues ello supondría un nuevo juzgamiento (selección e interpretación de normas y valoración de pruebas) y la superposición del criterio interpretativo o valorativo del órgano de control al criterio asumido por el órgano decisorio, convirtiéndose aquél en instancia de grado.

9.3. Como bien reconoce la doctrina nacional, *“eventualmente, ello podría llevar a que se cometan a ciertas injusticias al momento de resolver causas arbitrales y que las mismas sean protegidas por la regulación que impide revisar el fondo. No queda más que asumir tal posibilidad, es el costo de la justicia arbitral. Y, en verdad, ningún modelo de proceso está libre de injusticias porque el error puede estar siempre presente, aún en la última instancia.”*¹.

¹ Avendaño VALDEZ, Juan Luis y VELASQUEZ MELENDEZ, Raffo. Sentido de la Anulación de Laudo y de su Sistema Probatorio. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Tribunal Constitucional. N°4. Nueva Época. 2011.

9.4. De este modo, la función de control asignada por la Ley de Arbitraje no comprende la posibilidad jurídica de revisar y corregir el error *in iudicando* en que hubiera incurrido el laudo, aún cuando éste fuera patente a ojos de este Colegiado, pues contraría el principio básico de irrevisabilidad del laudo que cimienta el diseño de la jurisdicción especial arbitral (así reconocida o calificada por el Tribunal Constitucional) y su relación con la jurisdicción estatal a cargo del Poder Judicial, sobre la base, por un lado, del artículo 139 inciso 2) de la Constitución, y de otro lado, del principio de autonomía privada que sustenta la dimensión contractual del arbitraje, en función de la cual, las partes se encuentran obligados a respetar el criterio con el que se hubiera resuelto su contienda arbitral, no pudiendo incoar la revisión del mismo valiéndose eufemísticamente de las causales tasadas por la ley, convirtiendo al órgano de control judicial en una instancia de apelación.

DÉCIMO: Ahora bien, pasando a analizar los argumentos presentados por la recurrente, enmarcados dentro del rótulo de “*primera deficiente motivación externa*”, puntualizados en los numerales del 1 al 7, este Colegiado observa que *EL MIDIS* discrepa y critica ampliamente el criterio adoptado por el árbitro y el razonamiento del mismo para resolver el extremo referido al primer punto controvertido², pretendiendo hacer notar que este no habría sido el correcto en la forma de apreciar los hechos y en su interpretación del numeral 7.3. de la cláusula séptima del contrato; sin embargo, como mencionamos, este Colegiado, a propósito de su labor de revisión de la motivación, no puede ingresar a verificar el razonamiento e interpretación efectuadas por el árbitro único con el objeto de determinar si los mismos son correctos o no, sino por el contrario, que el examen consiste en verificar que lo decidido se encuentre justificado tanto fáctica y jurídicamente, y que los hechos establecidos tengan correspondencia con las pruebas que se indican, mas no hacer un estudio de la forma en cómo estos han sido interpretados o apreciados producto de la valoración probatoria ejercida por el árbitro, ocurriendo lo mismo respecto de la interpretación de disposiciones jurídicas para aplicarlas al caso en concreto. La adecuada motivación y valoración probatoria constituyen requisitos para que una decisión sea válida para el derecho, independientemente que esta

² **Primer punto controvertido vinculado a la primera pretensión principal:** “Determinar si corresponde en calidad de pretensión principal, que se declare la invalidez o ineficacia de la Resolución del Contrato N° 001-2013-CC LIMA 5/RAC, de fecha 01 de marzo de 2013, realizada por EL COMITÉ del Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA”.

sea acertada o no, pues tanto una decisión acertada o una que no lo es puede encontrarse debidamente motivada y con una valoración probatoria idónea, ya que una adecuada motivación no está relacionada con el sentido de la decisión final adoptada, sino con la proscripción a la arbitrariedad, con el respeto a tener una justificación del porqué se decidió de una u otra forma.

DÉCIMO PRIMERO: Sin perjuicio de lo mencionado, en atención a los argumentos presentados, de la lectura del laudo se aprecia lo siguiente:

11.1. En principio, el árbitro, al abordar el primer punto controvertido, ha hecho un recuento de los hechos suscitados en torno a este punto controvertido (numerales 9.1.1 al 9.1.8.) y atendiendo a ello, es que en el numeral 9.1.9. ha indicado la necesidad de pronunciarse sobre cuatro materias a fin de emitir un pronunciamiento adecuado.

11.2. La primera de dichas materias consistió en determinar lo siguiente:

“Sobre si es obligatoria la participación de un representante de NIISA CORPORATION o de un Notario Público a efectos de que EL COMITÉ o el PROGRAMA NACIONAL QALI WARMA puedan ejercer el derecho de verificar la calidad y cantidad de las raciones objeto del contrato suscrito.”

11.3. En la relación a la determinación de este hecho, se advierte que ello resultó necesario toda vez que las partes tenían discrepancias sobre si era necesario o no que en la verificación a la que se encontraba facultado a realizar el Comité o el Programa Nacional Qali Warma, participara un representante de NIISA, y en ese sentido si era necesario o no que esta sea previamente notificada.

11.4. Al respecto, el árbitro único ha partido interpretando el numeral 7.3. de la Cláusula Séptima del Contrato N° 001-2013-CC LIMA 5/ RAC, destacando que el ejercicio de este derecho de verificación podía ser ejercido por el Comité y/o Qali Warma, en presencia de un representante del proveedor o ante la presencia de un notario, en ausencia del representante del proveedor; siendo que ante el argumento expresado por la Procuraduría Pública referido a que en dicha cláusula contractual se hace referencia a un “podrá” y no a un

“deberá”, dando entender que la participación sería facultativa y no obligatoria, el tribunal arbitral manifestó lo siguiente:

*“d. De una interpretación efectuada a través del método literal, mediante la cual la actitud al momento de la interpretación es la de atenerse a las palabras del texto escrito en el dispositivo legal, se advierte que el término **PODRÁ** se refiere a la participación en la verificación ya sea del PROGRAMA NACIONAL QALI WARMA o de EL COMITÉ.*

e. La referencia antes señalada no está referida a la participación de NIISA o del NOTARIO, sino a que indistintamente dicha verificación podrá realizarla ya sea por EL COMITÉ o el PROGRAMA NACIONAL QALI WARMA.

(...)

i. No se desprende de la norma que el término PODRÁ se refiera a la participación de NIISA en las supervisiones que realice EL COMITÉ y/o el PROGRAMA NACIONAL QALI WARMA.

*j. En relación de la participación de un Notario Público en la ausencia de un representante de NIISA, se advierte que dicha participación está condicionada a que el ejercicio de verificación ejercido por el QALI WARMA o por EL COMITÉ, **sea previamente notificado a NIISA.***

k. En caso, el PROGRAMA NACIONAL QALI WARMA y EL COMITÉ si optarán por ejercer el derecho de verificación, estos tendrán que comunicar a NIISA.”

DÉCIMO SEGUNDO: Como podemos ver, el juicio realizado por el árbitro es coherente, toda vez que de la interpretación a la mencionada cláusula contractual (la cual no puede ser revisada por este Colegiado más allá de la verificación de que lo señalado se enmarque dentro de ella, lo cual es corroborado) ha establecido que en la verificación que podía efectuar el Programa Nacional Qali Warma y/o el Comité, debía estar presente un representante del proveedor o, en su defecto, un notario, entendiéndose que para que ello suceda, por lógica, debía notificarse previamente al proveedor y en caso de su negativa a asistir, correspondía la participación de un notario; por lo que, el extremo alegado en el numeral 5. de que el árbitro determinó sin fundamentación alguna la existencia de una condición (la notificación previa a NIISA) para que el Programa Nacional Qali Warma y/o el Comité realice la verificación establecida contractualmente, debe ser desestimado.

DÉCIMO TERCERO: En relación a lo alegado en los numerales 1., 2., y 3., el MIDIS, plantea supuestos escenarios que se tendrían a partir del razonamiento errado del árbitro, lo cual no coadyuva al presente análisis toda vez que no son hechos

concretos sino se basa en supuestos establecidos por el recurrente a partir del razonamiento del laudo; por lo que, tampoco es posible estimar dichas alegaciones.

DÉCIMO CUARTO: Con relación a lo alegado en el numeral 6., se advierte que el *MIDIS* cuestiona la aplicación del Contrato N° 001-2013-C C LIMA 5/ RAC a la DIGESA. Al respecto, de la lectura del laudo arbitral se advierte que el análisis del árbitro único abarcó lo referente a la competencia de DIGESA para efectuar actividades de vigilancia y supervisión sanitaria, y, en efecto, concluyó en el literal “n” del numeral 9.1.11. que la DIGESA contaba con competencia para verificar las condiciones de salubridad de los alimentos; sin embargo, ni en este, ni en otro extremo del laudo, se aprecia que se haya efectuado examen alguno de la participación de la DIGESA a luz de las disposiciones contractuales, menos de que se haya establecido que en virtud del contrato, previo a su fiscalización, debía notificar al proveedor; por el contrario, lo que se observa en el laudo es un análisis respecto a si el informe evacuado por la DIGESA debía ser notificado a NIISA, ello, atendiendo a la calidad de autoridad administrativa de la DIGESA y al hecho de que los actos administrativos solo producen efectos una vez notificados a las partes; es decir, por una situación totalmente distinta a la descrita por el recurrente; por lo que, es evidente que carece de sustento fáctico lo alegado por el *MIDIS* y debe ser desestimado.

DÉCIMO QUINTO: En lo que refiere a lo argumentado y descrito en el numeral 7., como ha quedado sentando, no se advierte la existencia de contradicción entre los argumentos expuestos en el laudo arbitral, así como tampoco la falta de sustento y argumentos claros, por lo que, este punto también debe ser desestimado.

DÉCIMO SEXTO: El *MIDIS* presenta bajo el título de “*segunda deficiente motivación externa*”, los argumentos reseñados en los numerales 8. y 9. Al respecto, no es cierto que el tribunal arbitral en el numeral 1 del numeral 9.1.9. haya concluido que Qali Warma o el Comité no cumplieron a cabalidad el ejercicio de su derecho de verificación, pues como se indicó líneas arriba (numeral 12.1. del considerando décimo segundo), en este punto el árbitro estableció la necesidad de pronunciarse previamente sobre cuatro materias, siendo la primera: “*Sobre si es obligatoria la participación de un representante de NIISA CORPORATION o de un Notario Público a efectos de que EL COMITÉ o el PROGRAMA NACIONAL QALI WARMA puedan ejercer el*

derecho de verificar la calidad y cantidad de las raciones objeto del contrato suscrito.”. Asimismo, pretende cuestionar el laudo alegando una supuesta contradicción argumentativa en el laudo, basándose nuevamente en el hecho de haberse reconocido la competencia de la DIGESA y que como órgano de supranacional de vigilancia sanitaria no requería de la condición previa de notificación; por lo que, nos remitimos a lo expresado en el considerando décimo cuarto, en el cual establecimos que en ningún extremo del laudo se ha determinado que la DIGESA, previamente a efectuar su labor de fiscalización, debía notificar al proveedor, observándose además que, en todo momento el árbitro único ha tenido claro que quien realizó la supervisión fue DIGESA; es decir, este hecho ha sido tomado en cuenta desde un principio; por lo que, los argumentos contenidos en los numerales 8. y 9. deben ser desestimados.

DÉCIMO SETIMO: *EL MIDIS* también señala la existencia de un grupo de defectos de motivación denominado “*tercera deficiente motivación externa* (por motivación insuficiente) y motivación sustancialmente incongruente”, en la cual se cuestiona lo resuelto en cuanto a la pretensión accesoria referida al lucro cesante, por una supuesta motivación insuficiente, y lo resuelto en relación a la segunda pretensión accesoria referida al daño emergente, por una supuesta deficiente motivación externa, motivación insuficiente y motivación sustancialmente incongruente. **En relación a los argumentos dirigidos a cuestionar lo resuelto en cuanto al lucro cesante, muestran una total discrepancia con el razonamiento que ha expresado el árbitro único para estimar la pretensión de lucro cesante, pues señalan una serie de cuestiones que a consideración del recurrente debieron ser tomados en cuenta al momento de resolver; por lo que, llevan la intención nítida de que este Colegiado ingrese al fondo de la controversia a fin de determinar si estos, en efecto, no fueron tomados en cuenta por el árbitro y, de acuerdo a ello, a establecer si eran necesarios para resolver la controversia, actividad contraria a los fines del recurso de anulación de laudo que, en cuanto al tema de motivación, no busca la corrección o justicia de la decisión, sino se limita a verificar que esta encuentre justificada fáctica y jurídicamente y que sea coherente con lo expuesto, en otras palabras, que la decisión sea producto de un silogismo correcto, lo cual no implica que lo resuelto sea acertado o justo.**

DÉCIMO OCTAVO: Sin perjuicio de ello, respecto al lucro cesante, del laudo arbitral se aprecia lo siguiente:

18.1. En primer lugar, debemos indicar que, al margen del orden de los conceptos tratados en el análisis que ha efectuado el árbitro único, es claro para este Colegiado que en el numeral 9.3.17. del laudo, el árbitro establece y justifica la existencia del daño en razón a que declaró fundada la primera pretensión principal, es decir, porque no se acreditó el incumplimiento de NIISA y en ese sentido la resolución contractual fue inválida. En otras palabras, que el daño es verificable a partir de la indebida resolución contractual realizada por el Comité. En el referido numeral se señala:

“9.3.17. En tal sentido, habiendo sido declarado fundado la primera pretensión, es pertinente señalar que efectivamente se ocasionó un daño un daño a la empresa NIISA, por lo tanto, corresponde declarar fundada la pretensión referida al lucro cesante; y en tal sentido corresponde analizar el documento presentado por estos respecto al aumento de la cuantía por lucro cesante.”

18.2. El punto controvertido referido al lucro cesante fue materia de análisis en el numeral 9.3.. En dicho análisis se inició señalando el pedido concreto de NIISA, así como los documentos que lo sustentaban. Así podemos observar:

“9.3.1. NIISA CORPORATION sustenta que ha dejado de percibir por concepto de utilidades y un monto total de S/. 926,675.23 (Novecientos veintiséis mil seiscientos setenta y cinco nuevos soles con veintitrés céntimos), lo cual se enmarca dentro del lucro cesante, que es el resultante de la resta del importe de venta total, menos el costo de venta. Cabe señalar que este monto fue actualizado conforme a dos informes presentados, mediante los cuales se determinó una actualización de los daños.”

18.3. Seguidamente, el árbitro, se ha ocupado en establecer un marco teórico, recurriendo para ello a doctrina especializada, explicando en qué consiste el lucro cesante y qué conceptos comprende, así como el marco normativo que establece que el resarcimiento incluye el lucro cesante (artículo 1321 y 1985 del Código Civil), y aquel que distribuye la carga de la prueba a favor del perjudicado (artículo 1321 del Código Civil). (Ver numerales 9.3.2. al 9.3.8.).

18.4. Luego ha explicado cómo NIISA ha cuantificado el monto del lucro cesante:

“9.3.9. Cabe señalar que para el cálculo del monto señalado por NIISA como lucro cesante, este cuantificó la utilidad dejada de percibir debido a la resolución del Contrato. Señala a su vez que dichos montos de dinero debieron producirse en tres momentos diferentes, por lo que se utilizó la tasa activa en moneda nacional TAMN, publicada por el BCRP, para actualizar los flujos y hacer la cuantificación.”
(Resaltado y subrayado de origen).”

18.2. Después de ello, el árbitro ha considerado necesario traer a colación lo establecido en el artículo 1332 del Código Civil, explicando que este regula la valorización equitativa en caso de que el daño no pudiera ser probado en monto preciso, confiriéndole al juzgador la facultad de hacerlo. Así se observar:

“9.3.10. Al respecto, el artículo 1332 del Código Civil señala que “si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”, es decir, regula la valorización equitativa del resarcimiento en caso el daño no pudiera ser probado en su monto preciso, confiriéndole al juzgador la facultad para hacerlo.”

18.3. A partir de la mención del dispositivo precedente, señaló, que muchas veces resulta difícil acreditar el daño en su monto preciso, y que si bien el daño debe ser real y efectivo, y el artículo 1331 del Código Civil dispone que la prueba de ello corresponde al perjudicado, en ocasiones es difícil probar la cuantía de los daños alegados y que en estos casos es aplicable el artículo 1332 Código Civil, por lo cual, cita además, la exposición de motivos correspondiente a dicho dispositivo (Ver numerales 9.3.11. al 9.3.16.), para luego pasar a analizar el documento en el que se sustenta el quantum solicitado. Al respecto se señala:

“9.3.18. NIISA señala en su documento que la utilidad dejada de percibir se debe medir en diferentes momentos, dado que esta hubiese generado una utilidad para la empresa en diferentes momentos, esto en función a la TAMN que en dichos momentos se hubiese efectuado, durante el año de ejecución del contrato, es decir, durante el 2013.

9.3.19. El cálculo realizado por NIISA considera la utilidad no solo en las semanas en que el contrato no se ejecutó sino emite una valoración respecto al monto dejado de percibir en base a la TAMN (TEA) hasta diciembre del año 2013, sin embargo, en base a dicho monto establece un monto dejado de percibir hasta noviembre del 2014. Dicho cálculo no emite el costo de oportunidad, es decir si el monto pudo ser invertido en otros negocios, sino que tan solo establece el monto de rentabilidad de los fondos dejados de percibir de acuerdo a la TAMN, si estos se hubiesen

quedado en una cuenta de banco desde diciembre del 2013 a noviembre del 2014.

9.3.20. *En tal sentido, de acuerdo al costo unitario de las raciones, a la cantidad de raciones diarias, y al tiempo en que no se pudo ejecutar el contrato, se obtiene un resultado, estableciendo que el monto percibido varía de conformidad con las fechas en que se recibiría el pago de cada una de dichas prestaciones. Por lo tanto, es válida la afirmación establecida por NIISA que el monto a percibir se efectuaría en diferentes momentos, y que el monto perdido no solo corresponde a la utilidad de haber sido impedidos de atender a las instituciones educativas, sino que también es factible la utilidad dejada de percibir si dichos montos hubiesen sido puestos en una cuenta bancaria basada en la TEA del 18.14%, la cual genera una tasa efectiva semanal de 0.32%, de acuerdo a lo afirmado en su informe de daños el cual fue corroborado después por un segundo informe realizado por la Universidad ESAN.*

9.3.21. **POR LO TANTO, SE DECLARA FUNDADA LA PRETENSIÓN, Y ORDÉNESE AL PAGO DEL MONTO DE S/. 926,675.23 (NOVECIENTOS VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO NUEVOS SOLES CON VEINTITRÉS CÉNTIMOS), MONTO RESULTANTE DE LA SUMA DEJADA DE PERCIBIR Y LA RENTABILIDAD DEJADA DE PERCIBIR EN FUNCIÓN DE LA TEA APLICADA SI EL FONDO DEJADO DE PERCIBIR EN CASO ESTE HUBIESE SIDO COLOCADO EN UNA CUENTA BANCARIA.”**
(Resaltado de origen).

DECIMO NOVENO: Como podemos advertir, la decisión del tribunal arbitral, al margen de que sea compartida o no por este Colegiado, se encuentra justificada en los fundamentos mencionados; por lo que, este hecho también imposibilita atender los argumentos postulados por *EL MIDIS* circunscritos en una supuesta motivación insuficiente, toda vez que la revisión de la motivación efectuada a propósito del recurso de anulación, no tiene por objeto establecer un estándar de motivación, es decir, no es posible efectuar un examen de suficiencia de la motivación cuando en el laudo, aunque sea en forma sucinta (que consideramos que no es el caso) se encuentran expuestas las razones que justifican la decisión y esta es acorde al análisis expuesto. Asimismo, no podemos dejar de indicar que, al ceñirse el cuestionamiento del recurrente en un supuesto de insuficiencia de motivación, es claro que está considerando que sí existe motivación y que esta guarda relación con lo decidido, pero que a su criterio la misma no es suficiente; por lo que, este extremo (constituido por los argumentos 10. y 11.) debe ser desestimado.

VIGÉSIMO: A decir de los argumentos planteados en torno al daño emergente, en todos ellos el *MIDIS* alega distintos defectos en la motivación, como son: deficiencia en la motivación externa, motivación sustancialmente incongruente y motivación

insuficiente; resultando claro para este Colegiado que no se trata de un supuesto de falta de motivación por inexistencia de motivación o motivación aparente, sino, se pretende evidenciar supuestas deficiencias en el razonamiento y el criterio adoptado por el árbitro al resolver la controversia, lo cual, como tantas veces se ha mencionado, no es posible de ser controlado a través de este mecanismo de impugnación, que tiene por objeto un control de la validez formal del laudo y del proceso arbitral en el cual fue expedido; consecuentemente, debe quedar libre de toda discusión que, **si bien, conforme el desarrollo de esta institución de revisión ex post (recurso de anulación de laudo), se admite la posibilidad del control de la motivación de un laudo, esta labor debe efectuarse siempre respetando los límites establecidos por el artículo 62 de la Ley de Arbitraje; por lo que, resulta evidente, que no todos las clases o tipos de vicios o defectos de motivación serán plausibles de control por este órgano jurisdiccional, pues el examen de muchos de ellos involucra necesariamente ingresar al fondo de la controversia, como ocurre, con los vicios o defectos de motivación invocados.**

VIGÉSIMO PRIMERO: No obstante lo mencionado, absolviendo el argumento contenido en el numeral 12., se tiene que, el *MIDIS* cuestiona el laudo alegando una deficiencia conceptual, pues considera que el árbitro único al expresar en qué consiste el daño emergente, se ha referido a un supuesto del lucro cesante al comprender dentro de ella a la pérdida de oportunidad de percibir un beneficio económico. Al respecto, de la lectura del laudo, no se advierte que en el laudo exista una deficiencia en la conceptualización de daño emergente, pues el árbitro ha explicado ampliamente cómo es que la pérdida de oportunidad de percibir un beneficio económico forma parte del daño emergente, marcando la frontera con el lucro cesante. Así, podemos afirmar:

21.1. El árbitro, en todo momento, ha sido claro al indicar que el daño emergente comprende la pérdida de la oportunidad (o pérdida de chance), como a continuación podemos ver:

“9.4.2. El damno emergens, es la consecuencia directa e inmediata del daño infringido y que comporta un disminución en el patrimonio de la víctima, un deterioro en sus valores existentes y actuales, no sólo por el costo de su reposición, si se trata de daños materiales, o la pérdida de la oportunidad in actu de percibir un beneficio económico, sino también por el costo de su recuperación si el daño ha sido físico o psíquico y, aun, para sus deudos en de su sepelio, si es el caso.

(...)

9.4.15. Cabe señalar que el argumento para la solicitud de daño emergente o la pérdida de oportunidad se basa en la posibilidad de que hubiese sido ganador en todos los procesos en que participará, lo cual no es factible de probar, a diferencia de los documentos en los que consta sus gastos y afectaciones.

(...)

9.4.19. Es importante señalar que es posible adoptar como criterio general que la reparación de una pérdida de chance, en este caso daño emergente, deberá ser cuantificada de acuerdo al valor de la oportunidad que ha sido frustrada, no pudiendo ser igualada a la ventaja que habría procurado la chance perdida si esta se hubiese verificado.”

21.2. Y la diferencia entre indemnizar por un daño generado por una pérdida de oportunidad (considerada como daño emergente) e indemnizar por lucro cesante es mejor comprendida a partir de la siguiente afirmación:

“9.4.26. Cabe señalar que mediante la aplicación de dicho artículo no se pretende indemnizar la probabilidad de obtener todas las ganancias alegadas y posibles por NIISA, es decir las supuestas ganancias e interés generados de haber obtenido el contrato en todos los concursos en que se hubiera presentado o en los que se presentó; por el contrario, lo que se busca reparar es la **pérdida de oportunidad que tuvo el agente dañado de mantenerse en una situación que seguramente le hubiese otorgado la posibilidad de obtener beneficios**. En ese sentido, será preciso evaluar el valor económico que hubiese tenido dicha oportunidad a efectos de asignarle un valor discrecional.

9.4.27. La indemnización, deberá estar conforme a la pérdida efectiva de la oportunidad de intervenir en ella, es decir, en la pérdida efectiva de no haber participado en los diversos procesos, y en la participación de aquellos en los que contaba con un puntaje negativo, participación que deberá ser apreciada y juzgadas por el órgano jurisdiccional correspondiente, de acuerdo con las calidades del sujeto frustrado, es decir de acuerdo a las calidades que ostentaba NIISA.” (Resaltado y subrayado de origen).

21.3. Por último, se reconoce la distinción entre la pérdida de oportunidad como daño emergente y el lucro cesante; sin embargo, se reconoce que este último sirve para la determinación de su valor; es decir, siempre manteniendo y dejando claro la diferencia entre ambas instituciones. Así se advierte:

“9.4.29. En base a lo señalado, se puede afirmar que la reparación de la chance perdida **se encuentra indirectamente influenciada por el lucro cesante dejado de percibir**. De este modo, **si bien el lucro cesante no interviene para configurar la naturaleza jurídica de la chance –**

que es un daño emergente–, sí se hace presente al momento de la determinación de su valor indemnizatorio como uno de los criterios que el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta al momento de fijar el monto indemnizatorio correspondiente.

(Resaltado y subrayado de origen).

21.4 Por tales motivos, no es posible amparar lo argumentado en el numeral 12.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Con relación al argumento reseñado en el numeral 13., a través del cual denuncia una motivación sustancialmente incongruente en el laudo, según expresa, porque por un lado se afirma que la prueba es más severa cuando se exige una indemnización por daño emergente, porque ella es más directa y más sencilla de evidenciar, y por otro se dice, sin embargo, que a veces es difícil probar la cuantía de los daños alegados, este Colegiado no advierte la contradicción o incongruencia alegada, toda vez que se aprecia una explicación meridiana, que si bien establece que la prueba al ser directa es más sencilla de evidenciar, también se reconoce que, en ciertas ocasiones, la determinación del quantum indemnizatorio resulta difícil, considerando, el árbitro, la aplicación el artículo 1332 del Código Civil, en forma similar, como lo hizo al momento de evaluar el lucro cesante, lo cual resulta acorde con las razones que justifican tal aplicación y el uso de la facultad establecida en dicho dispositivo. Ello ha sido explicado por el árbitro de la siguiente forma:

“9.4.23. Así, probado el daño, pero no su cuantía, el juzgador debe hacer una valoración equitativa (apreciación subjetiva) y asigna, naturalmente dentro del petitorio, el quantum indemnizatorio. En efecto, la Exposición de Motivos del artículo 1332° del Código Civil señala que “la evaluación del daño depende de una serie de factores complejos, muchas veces difíciles de acreditar en su monto preciso, tales como precios, valorizaciones, créditos, demandas comerciales, etc. Por otra parte, la necesidad de una prueba rigurosa a cargo del acreedor también aumenta o disminuye en razón de que se trate de un daño emergente.

9.4.31. La indemnización debe basarse en elementos tales como pérdida de oportunidad, la cual deberá ser evaluada, y en aras de que dichos momentos son de difícil cuantificación.”

VIGÉSIMO TERCERO: En cuanto a lo señalado en el numeral 14, aduce la existencia de motivación insuficiente al momento de fijar la cuantía de la indemnización por concepto de daño emergente; sin embargo, como se ha indicado, esta fue producto de la aplicación del artículo 1332 del Código Civil, por lo que, este Colegiado considera que el criterio de equidad aplicado por el Tribunal, implica una decisión según su sana crítica y la valoración de la circunstancias de la cual disponía, para lo cual expuso las razones fundamentales que motivaron su aplicación, y de ese modo justificó su decisión, la cual ha sido basada en su análisis e interpretación de la normatividad aplicable, revelando un pronunciamiento que guarda coherencia entre la parte considerativa y resolutive, y que constituye un parámetro que no puede ser revisado o cuestionado por este Colegiado, por encontrarse impedido de aprobar o desaprobar los criterios adoptados por el fuero arbitral, independientemente de que los comparta o no.

VIGÉSIMO CUARTO: Por las consideraciones expresadas, encontrándose desestimados todos los argumentos presentados como sustento de la causal de anulación comprendida en el literal b del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, corresponde también su desestimación.

Causal de anulación d):

VIGÉSIMO QUINTO: Sobre la causal de anulación d), debemos señalar que el objeto de la controversia arbitral tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, pues son estas a través del convenio arbitral o con la presentación de las pretensiones en el arbitraje, quienes delimitan la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre determinadas materias; por lo que, cuando los árbitros vayan más allá de lo peticionado por las partes y se pronuncien o decidan sobre cuestiones o materias que no fueron puestas a su consideración por las partes, traerá como consecuencia irremediable la nulidad del laudo arbitral. En otras palabras, cuando se alega este tipo de causal se busca la invalidez de un laudo arbitral cuando en él, el árbitro o los árbitros han rebasado los límites objetivos impuestos por las propias partes para el conocimiento de una causa, es decir, cuando se pronunciaron sobre un asunto que las partes no sometieron expresa o tácitamente a su decisión.

VIGÉSIMO SEXTO: Conforme anotamos inicialmente, la procedencia de esta causal también está sujeta a la existencia de un reclamo previo o, de ser el caso, a la presentación del recurso post laudo a través del cual se hubiese podido subsanar el vicio anotado, por lo que, corresponde verificar si esto ha sido previamente cumplido por la recurrente.

VIGÉSIMO SETIMO: Al respecto, de la lectura de los argumentos (copiados en los numerales del 16 al 21) que sustentan la causal materia de tratamiento, el *MIDIS* denuncia que el árbitro único se habría pronunciado sobre dos materias no sometidas a su decisión, la primera, sobre el procedimiento de toma de muestras y, la segunda, sobre la validez del informe N° 002675-2013/DHAZ/DIGESA; en ese sentido, advierte este Colegiado que para este tipo de vicios (materias no sometidas a arbitraje) sí existe un mecanismo idóneo para su corrección, el cual se encuentra regulado en el literal d) del inciso 1 del artículo 58 de la Ley de Arbitraje, que a letra dice: “*d. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.*”.

En ese contexto, del estudio del expediente arbitral se verifica que, notificado con el laudo arbitral, el *MIDIS* sí cumplió con solicitar la exclusión de laudo sustentándose en los mismos argumentos que hoy presenta como fundamentos de la causal invocada; por lo que, este Colegiado se encuentra habilitado para absolverlos y pronunciarse sobre la causal invocada.

VIGÉSIMO OCTAVO: Pues bien, a fin de determinar si los árbitros se encontraron facultados a pronunciarse sobre un asunto específico abordado en el laudo, son necesarias dos cosas. La primera, establecer si las partes sometieron o no dicho asunto a la decisión de los árbitros, de forma expresa o implícita: **expresa**, cuando existiera una autorización directa y específica para pronunciarse sobre él, e **implícita**, cuando a pesar de no existir una autorización directa y concreta, las partes hubieran mantenido conductas dentro del proceso de arbitraje, de las cuales pudiera desprenderse su aquiescencia al respecto; como por ejemplo, no cuestionar la determinación de un punto controvertido que no se ciña exactamente al contenido del convenio arbitral o a lo solicitado por las partes en el proceso arbitral.

La segunda tarea radica en dilucidar si el asunto aparentemente resuelto por los árbitros en exceso, en realidad cuenta con sustantividad propia respecto al tema debatido y no se encuentra inseparablemente unido a la cuestión principal. Y sobre esto último es necesario mantener un cuidadoso análisis, pues la práctica judicial ha permitido a los miembros de este Colegiado apreciar que en la mayoría de los casos, las alegaciones de las partes de aparentes excesos en la solución de controversias arbitrales, en verdad están referidas a temas que, aun cuando no fueron expresamente sometidos al conocimiento de los árbitros, sí debían ser resueltos por éstos por ser absolutamente necesarios para dar una respuesta adecuada a la controversia de fondo. Por ello, la necesidad de prestar atención a estos detalles.

VIGESIMO NOVENO: Del estudio del expediente arbitral, se aprecia lo siguiente:

29.1. En la demanda arbitral, presentada con fecha 08 de enero de 2014, se plantearon las siguientes pretensiones:

*“Como pretensión principal solicitamos Declarar la INVALIDEZ O INEFICACIA de la **RESOLUCIÓN** del Contrato N°001-2013-CC LIMA 5/RAC, de fecha 01 de marzo del 2013, realizada por el **COMITÉ DE COMPRA LIMA 5 DEL PROGRAMA QALI WARMA** (...).*

*Como pretensión accesoría una vez declarada la INVALIDEZ O INEFICACIA de la **RESOLUCIÓN** del Contrato, Ordenar que el **COMITÉ DE COMPRA LIMA 5 DEL PROGRAMA QALI WARMA**, cumpla con el pago de la suma dejada de percibir como consecuencia de la **RESOLUCIÓN** del Contrato, ascendente a S/.309,187.44 (Trescientos nueve mil ochenta y siete con 44/100 Nuevos Soles), por concepto de LUCRO CESANTE.*

*Ordenar que el **COMITÉ DE COMPRA LIMA 5 DEL PROGRAMA QALI WARMA** cumpla con el pago de la suma ascendente a S/. 180,265.33 (Ciento ochenta mil doscientos sesenta y cinco con 33/100 Nuevos Soles), por concepto de DAÑO EMERGENTE (...).*

*Ordenar que el **COMITÉ DE COMPRA LIMA 5 DEL PROGRAMA QALI WARMA**, cumpla con el pago de la suma ascendente a S/. 100,000.00 (Ciento mil y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de DAÑO MORAL (...)*

*Se ordena al **COMITÉ DE COMPRA LIMA 5 DEL PROGRAMA QALI WARMA**, el pago de las costas y costos del presente procedimiento arbitral.”*

29.2. En la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, llevada a cabo el día 13 de marzo de 2014, se fijaron lo siguientes puntos controvertidos:

“DE LA DEMANDA Y LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. *Determinar si corresponde en calidad de pretensión principal, que se declare la invalidez o ineficacia de la Resolución del Contrato N°001-2013-CC LIMA 5/RAC, de fecha 1 de marzo de 2013, realizada por el Comité de Compra Lima 05 del Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA.*
2. *Determinar si corresponde en calidad de pretensión accesoria, ordenar que el Comité de Compra Lima 05 del Programa Nacional de alimentación Escolar QALI WARMA, cumpla con el pago de la suma dejada de percibir como consecuencia de la resolución del Contrato, ascendente a S/. 309,187.44 (Trescientos nueve mil ciento ochenta y siete con 44/100 Nuevos Soles), por concepto de lucro cesante.*
3. *Determinar si corresponde en calidad de pretensión accesoria, que el Comité de Compra Lima 05 del Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA cumpla con el pago de la suma ascendente a S/. 180,265.33 (Ciento ochenta mil doscientos sesenta y cinco con 33/100 Nuevos Soles), por concepto de daño emergente.*
4. *Determinar si corresponde en calidad de pretensión accesoria, que el Comité de Compra Lima 05 del Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA cumpla con el pago de la suma ascendente a S/. 100,000.00 (Cien mil y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de daño moral.*

COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO

5. *Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.”*

29.3. En el laudo arbitral materia de anulación, se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO.- DÉCLARESE FUNDADA la primera Pretensión Principal de la demanda, la misma que ha sido analizada en el primer punto controvertido y, en consecuencia, corresponde DECLARAR LA INVALIDEZ DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL del Contrato N° 001-2013-CC LIMA 5/RAC, de fecha 01 de marzo de 2013, realizada por el COMITÉ DE COMPRA LIMA 5 DEL PROGRAMA QALI WARMA.

SEGUNDO.- DECLÁRESE FUNDADA la Primera Pretensión Accesorio de la Pretensión Principal de la demanda, en consecuencia, ORDENAR páguese por concepto de lucro cesante a NIISA CORPORATION S.A. la suma de S/. 926,675.23 (NOVECIENTOS VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO NUEVOS SOLES CON VEINTITRÉS CÉNTIMOS).

TERCERO.- DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE la Segunda Pretensión Principal de la demanda, y, en consecuencia, páguese por concepto de daño

emergente, la suma de S/. 926,675.23 (NOVECIENTOS VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO NUEVOS SOLES CON VEINTITRÉS CÉNTIMOS).

CUARTO.- DECLÁRESE IMPROCEDENTE la Tercera Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, corresponde denegar la indemnización económica por daño moral a la demandada; señalando que NISA puede realizar lo expedito a su derecho a través de la vía correspondiente.

QUINTO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Pretensión referida a los Costos y Costas del Proceso y, en consecuencia, corresponde a las partes asumir el 50% de los costos y costas del presente arbitraje.

(...)"

TRIGÉSIMO: De la revisión estrictamente formal de las pretensiones presentadas en la demanda, los puntos controvertidos y lo resuelto en el laudo, podemos observar que no es cierto que el árbitro haya decidido sobre materias que no fueron sometidas a su competencia, pues lo resuelto en el laudo es congruente con los puntos controvertidos fijados, los que a su vez tienen plena relación con las pretensiones planteadas en la demanda; por lo que, la referida causal no resulta amparable.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Es conveniente agregar que los argumentos presentados por el MIDIS no se ajustan propiamente a la causal invocada, toda vez que, como se indicó, su protesta se centra en que el tribunal se pronunció sobre aspectos que no habrían sido postulados por las partes referidos a: 1. el procedimiento de toma de muestras y, 2. sobre la validez del informe N° 002675-2013/DHAZ/DIGESA; no obstante, estas situaciones han sido materia de análisis en la parte considerativa del laudo (numeral 9.1.12 y 9.1.13), mas no forman parte de lo resuelto en el laudo arbitral; con ello, no se adecúa al supuesto normativo de la causal de anulación invocada que sanciona con nulidad un laudo cuando el árbitro se ha pronunciado sobre materias no sometidas a su decisión, y en esa línea, dentro del proceso arbitral, el pedido de exclusión tiene por objeto retirar el extremo que fue materia de pronunciamiento en la parte decisoria del laudo, claro está, con sustento en la parte considerativa.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Sin perjuicio de lo mencionado, y a fin de no generar indefensión al recurrente, de la lectura del numeral 9.1.9. del laudo arbitral (del cual hicimos referencia en el numeral 12.1 del considerando décimo segundo), y

conforme también lo señala el árbitro, se advierte que el examen de estos extremos (el procedimiento de toma de muestras y la validez del informe N° 002675-2013/DHAZ/DIGESA) fueron necesarios para resolver el primer punto controvertido referido a determinar la invalidez o ineficacia de la resolución del Contrato N° 001-2013-CC LIMA 5/RAC, pues justamente la resolución, conforme fluye del expediente arbitral, se sustentó en el contenido de dicho informe, siendo lógico y ajustado a derecho, que el árbitro no haya soslayado dichos aspectos y los haya tomado en cuenta, pues forman parte del examen de validez de la resolución contractual, sin que ello importe o signifique un pronunciamiento al respecto o la declaración de nulidad del informe emitido por la DIGESA. De acuerdo a lo mencionado, carece de sentido afirmar que el laudo materia de anulación se pronuncia sobre aspectos que no eran de su competencia, cuando los fundamentos fácticos y jurídicos esgrimidos en el laudo, se encuentran intrínsecamente conexos; en consecuencia, los argumentos planteados no pueden ser amparados, y con ello, la causal invocada debe ser desestimada.

TRIGÉSIMO TERCERO: Por las consideraciones expuestas, y dejando de lado las cuestiones de fondo del recurso de anulación, se aprecia que el tribunal arbitral ha realizado una actividad interpretativa de los hechos y del derecho, emitiéndose válidamente el laudo que pretende cuestionarse, con un pronunciamiento respecto de todas y cada una de las pretensiones formuladas por las partes; y, en esa dirección, los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan al laudo arbitral son inatacables e irrevisables, no pudiendo ser objeto de análisis bajo las alegaciones realizadas por la recurrente; por lo que, el recurso presentado debe ser declarado infundado.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, este Superior Colegiado, **RESUELVE:**

1. **DECLARAR INFUNDADO** el recurso de anulación de laudo arbitral sustentando en las causales de anulación establecidas en los literales b) y d) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje; en consecuencia;

2. VALIDO el laudo contenido en la resolución N° 64 de fecha 02 de marzo de 2016.

En los seguidos por **MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL** contra **NIISA CORPORATION S.A.**, sobre **ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.**

ROSSELL MERCADO

ARRIOLA ESPINO

RIVERA GAMBOA