

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

de que realicen la supervisión y verificación del cumplimiento de lo estipulado en el Contrato, las Bases y demás disposiciones. Asimismo, el pago o cumplimiento de la prestación debe ser acreditado por el deudor de la obligación, conforme lo establece el artículo 1229 del Código Civil.

En el caso en concreto, en el Acta de Supervisión²⁶⁶ de fecha 30 de junio de 2014, el mismo responsable del establecimiento del Contratista manifestó que los "(...) certificados están en el local central de ATE".

Sobre esto último, el Tribunal Arbitral concluye que lo manifestado por el personal del Contratista acredita que, como señala la Entidad, el Contratista no presentó los certificados correspondientes el día de la Supervisión.

Si bien la prestación puede ser sometida a un plazo, como modalidad del negocio jurídico, en caso las partes no hayan pactado la posibilidad de diferir el cumplimiento de la prestación para una oportunidad posterior, el contrato debe cumplirse en la oportunidad correspondiente y no en un tiempo posterior.

Conforme con lo pactado, la verificación de los documentos se realiza con ocasión de la supervisión. Razón por la cual, se advierte que el Contratista no cumplió, acorde el principio de oportunidad de la prestación, con las obligaciones a su cargo durante la supervisión.

La presentación oportuna de dichos certificados resulta relevante dado que, una interpretación de buena fe de lo pactado no permite inferir que la presentación de esos documentos, importantes para la protección sanitaria de los beneficiarios del servicio, puedan ser entregados en un momento posterior. Además, conforme con el Contrato y demás disposiciones aceptadas por las partes, el Contratista debe facilitar la facultad de supervisión de la Entidad, lo cual, no se cumple si es que no cumple con la totalidad de los documentos pactados, de manera oportuna.

395. En virtud de lo mencionado, el Contratista no ha presentado los certificados correspondientes en la oportunidad debida, esto es, el día de la supervisión.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde indicar lo siguiente:

²⁶⁶ Anexo 6.6.6 del escrito "Cumplidos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soría Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

a) Respecto de los requisitos microbiológicos:

Mediante el Certificado N° 310514H/FQ/M, como reconoce la Entidad en el Informe N° 004A-2014-MIDIS-PNAEQW-MC-UTLMC-SPEREA, el Contratista acredita de manera oportuna la realización de los exámenes microbiológicos exigidos en la Ficha Técnica de Alimentos.

b) Respecto de los requisitos organolépticos

Al respecto, mediante el Certificado N° 142874 (presentado de manera tardía) el Contratista acredita que el producto (Harina de haba extruida) de lote 14-146 cumple con los requisitos organolépticos exigidos en la Ficha Técnica de Alimento.

c) Respecto de los requisitos fisicoquímicos del producto

De acuerdo con la Ficha Técnica de Alimentos²⁶⁷ referida a la harina de haba extruida²⁶⁸, se exige como requisito la realización de ensayos fisicoquímicos sobre: humedad, acidez, índice de gelatinización, índice de peróxido y aflatoxinas.

Al respecto, el día de la supervisión, el Contratista únicamente acreditó, mediante el Certificado N° 310514H/FQ/M, la realización de exámenes microbiológicos y los análisis fisicoquímicos de humedad del producto (Harina de haba extruida)²⁶⁹. Sin embargo, respecto de los demás análisis fisicoquímicos (acidez, índice de gelatinización, índice de peróxido y aflatoxinas) no presentó documento alguno.

Sin embargo, mediante el Certificado N°141873 (presentado de manera tardía) acredita que el producto (Harina de haba extruida) de lote 14-146 cumple con los requisitos fisicoquímicos: índice de gelatinización, índice de peróxido y aflatoxinas, pero de la revisión de dicho certificado

²⁶⁷ Anexo 1-B del escrito “Cumplimos mandato y ofrecemos nuevos medios de prueba” presentado el 21 de agosto de 2019.

²⁶⁸ Anexo 4.4.8 del escrito “Cumplimos Requerimiento” con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

²⁶⁹ Esta información puede ser constatada en el Informe N°004A-2014-MIDIS-PNAEQW-MC-UTLMC-SPEREA.



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

este Tribunal concluye que no se cumple con el requisito del análisis de la acidez del producto, tal y como lo exige la Ficha Técnica de Alimento.

396. Conforme con lo analizado, el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones.
397. Por lo expuesto, corresponde declarar que la penalidad 48 ha sido válidamente aplicada por la Entidad, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Acerca de la Penalidad 49

398. Mediante Informe N° 010A/07/MIDIS/PNAEQW/UTLMC/MCC/GSALDARRIAGA²⁷⁰ de fecha 30 de julio de 2014, el personal de la Entidad informa acerca de los hechos ocurridos en el establecimiento del Contratista el día 31 de marzo de 2014. Estos hechos han sido consignados en el Acta de Supervisión²⁷¹ de fecha 31 de marzo de 2014. Según los documentos antes indicados, el Contratista incumplió con la dosificación establecida en las Fichas Técnicas de producción de recetas, puesto que, no agregó en la elaboración la cantidad de leche evaporada requerida.
399. Al respecto, mediante Carta de fecha 02 de abril de 2014²⁷², el Contratista sostiene que el día de la supervisión "(...) se prepararon 34 ollas para el Nivel Primario para realizar la atención de 13514, las cuales se distribuyeron en 33 ollas, por lo que sobraba una olla, por lo que, realizando el cálculo con esta olla sobrante, se cumple con las cantidades de leche por ración." Asimismo, indica que posee los Certificados N° 0744140355²⁷³ y N° 0744140344²⁷⁴.

²⁷⁰ Anexo 6.7.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

²⁷¹ Anexo 6.7.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

²⁷² Anexo 6.7.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

²⁷³ De la revisión de los medios de prueba se tiene que este certificado no ha sido proporcionado como medio de prueba por ninguna de las partes.

²⁷⁴ Este documento ha sido presentado mediante el escrito "Cumplimos con detallar medios probatorios" de fecha 5 de agosto de 2019 presentado por el Contratista.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: **NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA**

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

400. En virtud de lo indicado por las partes, la penalidad materia de análisis está referida a un supuesto de incumplimiento que, según la cláusula décimo quinta del contrato, está sujeto a la aplicación de penalidades. La causal se reproduce a continuación.

“Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad”.

401. Con relación a la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral Considera lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista está obligado a *“Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales”.*

Asimismo, la Ficha Técnica de producción de recetas (bebible de harina de haba con leche y pan con mantequilla) de código RA6B1RA6A1RA²⁷⁵ establece que, para el nivel primaria, cada bebibible debe contener 73 gr de leche evaporada.

Sobre la cantidad de ollas elaboradas

402. Según el Informe N° 010A/07/MIDIS/PNAEQW/UTLMC/MCC/GSALDARRIAGA, el día 31 de marzo de 2014, el Contratista debe elaborar 13 514 raciones para el nivel primaria. Al respecto, consta en el Acta de Supervisión de fecha 31 de marzo de 2014, que el Contratista preparó 36 batch (ollas) cada una con un aproximado de 120 lt, de las cuales 33 estaban destinadas para el nivel primaria y las tres restantes para el nivel inicial. Por su parte, el Contratista, mediante su carta de fecha 02 de abril de 2014, manifiesta que, el día de la supervisión, elaboró 34 ollas para el nivel primaria, pero estas fueron distribuidas en 33 ollas. Al respecto, cabe indicar que no hay medio de prueba alguno que acredite lo manifestado por el Contratista.

²⁷⁵ Esta Ficha Técnica forma parte integral del contrato 006-2014-CC-Lima 6/RAC, precisamente se encuentra en el Anexo N°3

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Por otro lado, cabe resaltar que, en el Acta de Supervisión, el responsable del establecimiento del Contratista reconoció de forma expresa que ese día se elaboraron 36 ollas únicamente. Por lo tanto, se tiene por no acreditado lo manifestado por el Contratista respecto de la olla sobrante de bebida para el nivel primario.

Ahora bien, respecto de la cantidad de leche evaporada utilizada, en la Carta de fecha 02 de abril de 2014, el Contratista reconoce que agregó 73 unidades de leche evaporada de 400 gr. a cada una de las ollas correspondientes al nivel primaria que, como se indicó antes, fueron treinta y tres (33). Al respecto, para las 13, 514 raciones se debían incorporar 986.52 kg²⁷⁶, de manera que cada bebida cumpla con el porcentaje de leche evaporada que exige la Ficha Técnica de Producción.

Sin embargo, realizando el cálculo correspondiente, se tiene que el Contratista no cumplió con agregar la cantidad de leche evaporada exigida en la Ficha Técnica de producción de raciones, toda vez que incorporó únicamente 963.60 kg²⁷⁷ y no 986.52 kg para que cumpla con el porcentaje de leche evaporada que exige la Ficha Técnica de Producción.

403. Por otro lado, el Contratista ha indicado que posee los Certificados N° 0744140355²⁷⁸ y N° 0744140344²⁷⁹, los cuales acreditan que el bebida es conforme con el aporte nutricional exigido. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que el certificado N° 0744140344, único presentado en el presente arbitraje, acredita que el bebida cumple con los requisitos de energía-proteína-hierro, físico sensorial y peso, más no logra acreditar que se haya cumplido con la formulación que también es uno de los requisitos exigidos. En virtud de lo expuesto en los puntos anteriores, se concluye que no se ha acreditado que el día de la supervisión el Contratista haya cumplido con la formulación exigida en las Fichas Técnicas de Producción de Recetas, la cual,

²⁷⁶ Se realiza el cálculo multiplicando el número de raciones (13, 514) por 75gr que debe contener cada ración.

²⁷⁷ El Contratista utilizó 73 unidades de leche evaporada de 400 gr en cada olla, de modo que, en 33 ollas se utilizaron 2, 409 unidades de 400gr. Con ello, se tiene como resultado que se utilizó en total 963.60 kg de leche evaporada en la producción de los bebibles para nivel primaria.

²⁷⁸ De la revisión de los medios de prueba se tiene que este certificado no ha sido proporcionado como medio de prueba por ninguna de las partes.

²⁷⁹ Este documento ha sido presentado mediante el escrito “Cumplimos con detallar medios probatorios” de fecha 5 de agosto de 2019 presentado por el Contratista.



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

según el numeral 8.2 de la cláusula octava del Contrato, debe seguirse y respetarse de manera estricta, pues constituye una de las condiciones contractuales necesarias para el cumplimiento de la prestación.

404. Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones. Por tanto, corresponde declarar que la penalidad 49 ha sido válidamente aplicada por la Entidad, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Acerca de la Penalidad 50

405. Mediante Informe N° 00014-2014-MIDIS-PNAEQW-etalavera²⁸⁰ remitido el 09 de diciembre de 2014 e Informe N° 00018-2014-MIDS-PNAEQW-UTLMC-etalavera²⁸¹ de fecha 19 de diciembre de 2014, el personal de la Entidad informó acerca de los hechos ocurridos en el establecimiento del Contratista durante la supervisión del día 03 de diciembre de 2014. Estos hechos se plasmaron en el Acta de Supervisión²⁸² de fecha 03 de diciembre de 2014. En dicho informe se indicó que se detectó una no conformidad de formulación, ya que, al final del proceso productivo, indica la Entidad, se evidenció un sobrante de 174 raciones del nivel primaria.
406. Al respecto, el Contratista, mediante Carta N°107-12.14²⁸³ de fecha 05 de diciembre de 2014, sostiene que "(...) se utilizó un mayor número de insumos en la producción, debido a que por una distracción del personal." No obstante, manifiesta que dicho acto no debería generar mayor preocupación puesto que, en el acta de supervisión, no se encuentra observación alguna respecto a la calidad (gramaje) de lo producido.

²⁸⁰ Anexo 6.8.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

²⁸¹ Anexo 6.8.6 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

²⁸² Anexo 6.8.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

²⁸³ Anexo 6.8.5 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

407. En virtud de lo manifestado por las partes, la penalidad bajo análisis se funda en el supuesto de incumplimiento referido a la primera causal del segundo cuadro de penalidades contenido en la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

"Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (Formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad."

408. Sobre la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista está obligado a *"Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos que les sea aplicable, aprobados por QALIWARMA."* y *"Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."*

En su Carta N°107-12.14 de fecha 05 de diciembre de 2014, el Contratista reconoce de forma expresa que *"se utilizó un número mayor de insumos en la producción, debido a una distracción del personal"*. Al respecto, este Tribunal concluye que esta manifestación acredita que, efectivamente, no se realizó la producción de raciones conforme lo establecido en las Fichas Técnicas de Producción sobre la formulación de raciones, la cual, según el numeral 8.2 de la cláusula octava del contrato, debe seguirse y respetarse de forma estricta, pues, son las condiciones contractuales en las cuales debe cumplirse la prestación.

409. Adicionalmente, el Contratista ha indicado que para la aplicación de este tipo de penalidades corresponde que la Entidad cuente con análisis y/o exámenes de un tercero imparcial especializado. Al respecto, de acuerdo con el numeral 13.3 de la cláusula décimo tercera del Contrato, es cierto que la Entidad puede contar con la opinión de terceros especializados, no obstante, el Tribunal Arbitral interpreta que esta es una facultad, más no una obligación de parte de la Entidad. Se concluye lo anterior, toda vez, que el numeral indicado establece que *"Qali Warma podrá coordinar con las entidades públicas o privadas competentes en materia de salud y nutrición"*.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

410. Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones. Por tanto, corresponde declarar que la penalidad 50 ha sido válidamente aplicada por la Entidad, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Acerca de la Penalidad 51

411. Mediante Acta de Supervisión de fecha 31 de octubre de 2014²⁸⁴, el personal de la Entidad informa que el día de la supervisión se evidenciaron problemas de higiene en el vestuario de hombres, el cual se encuentra aledaño al área de almacenamiento de la leche entera evaporada. Asimismo, precisa que es en esta área en donde se realiza la apertura de las latas y se vierte la leche en baldes, lo cual genera la probabilidad de la contaminación cruzada al insumo leche entera. Por ello, se recomendó la paralización del proceso productivo, lo cual tuvo como consecuencia la falta de entrega de las raciones en las Instituciones Educativas N° 136 Santa Rosa Milagrosa (nivel inicial), 0136 Santa Rosa Milagrosa (nivel primario) y N° 0135 Toribio Rodríguez de Mendoza.

412. Al respecto, el Contratista, mediante la Carta N° 082-11.14²⁸⁵ remitido el 04 de noviembre de 2014, manifiesta que la decisión del supervisor fue apresurada, toda vez que no había posibilidad que se logre una contaminación cruzada, pues el número de operarios en su totalidad eran mujeres. En ese sentido, el Contratista sostiene que, si no hay personal que utilice el vestuario (de hombres), no es posible hablar de una contaminación cruzada, porque los supuestos inconvenientes de higiene no entran en contacto con el personal.

413. En virtud de lo alegado por las partes, se tiene que el supuesto de incumplimiento que está en discusión está referido a la falta de entrega de raciones el día 31 de octubre de 2014. Al respecto, este supuesto, acorde a la cláusula décimo quinta del contrato, configura una causal de aplicación de penalidades, la cual se reproduce a continuación:

²⁸⁴ Anexo 6.9.1 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista

²⁸⁵ Anexo 6.9.5 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

"Incumplimiento en la entrega diaria de raciones en las Instituciones Educativas (no entrega de raciones)."

414. Sobre la validez de la penalidad materia de análisis, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista está obligado a *"Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos que les sea aplicable, aprobados por QALIWARMA."* y *"Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."*

Conforme con el numeral 72 de la sección VI.4 del Manual de Compras, *"Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengas las condiciones higiénico sanitarias, operativas y de producción que dieron lugar a que fueran contratados (...)."*

De acuerdo al numeral 74 de la sección VI.4 del Manual de Compras, *"Si como resultado de las acciones de supervisión, se detectaran situaciones que resulten susceptibles de poner en riesgo la salud de los usuarios, en atención a los lineamientos técnicos aprobados por la Unidad de Supervisión y Monitoreo, Qali Warma podrá suspender temporalmente la producción de las raciones (desayunos y/o almuerzos) y/o suspender la distribución de los productos o raciones, sin perjuicio de la aplicación de penalidades y/o resolución del contrato de pleno derecho, conforme a lo establecido en el presente manual."*

415. Mediante la Carta N° 082-11.14, el Contratista manifiesta que los supuestos inconvenientes de falta de higiene se presentaron en el vestidor de hombres. Sin embargo, el Contratista indica que ese día se encontraban laborando en el establecimiento solo mujeres. Asimismo, el Contratista indica que el día de la no entrega de raciones no hubo clases en las Instituciones Educativas N° 136 Santa Rosa Milagrosa (nivel inicial), 0136 Santa Rosa Milagrosa (nivel primario) y N° 0135 Toribio Rodríguez de Mendoza.

416. Sobre las clases en las Instituciones Educativas, las Actas de entrega – recepción N° 8412, N° 8413 y N° 8414, dejan constancia que, efectivamente, el día 31 de octubre de 2014 no hubo clases en la I.E N°136 Santa Rosa

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Milagrosa (nivel inicial), I.E N°0136 Santa Rosa Milagrosa (nivel primario) y en la I.E N°0135 Toribio Rodríguez de Mendoza.

Al respecto, debe tenerse en consideración que, de acuerdo con la cláusula primera del contrato, el Contratista debe brindar atención (proveer raciones) desde el 10 de marzo al 17 de diciembre de 2014.

Los días de atención se observan de forma más detallada en el cuadro contenido en la cláusula sexta, en el cual se establece que el día 31 de octubre de 2014, esto es, el día que el Contratista no cumplió con su prestación, se encontraba dentro del periodo de atención en el que el Contratista debía proveer de raciones a las I.E. Bajo esa misma línea, cabe indicar que no hay medio de prueba alguno que acredite que el Contratista no estaba obligado a cumplir con su prestación el día 31 de octubre de 2014.

Asimismo, el Contratista tampoco ha acreditado haber seguido el procedimiento para solicitar la no aplicación de penalidades, dentro de las 48 horas de efectuado el incumplimiento, establecido numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras²⁸⁶, si es que consideraba que existía la imposibilidad de cumplir la prestación, al haber verificado que, el día 31 de octubre de 2014, no hubo clases en las I.E N°136 Santa Rosa Milagrosa (nivel inicial), I.E N°0136 Santa Rosa Milagrosa (nivel primario) y en la I.E N°0135 Toribio Rodríguez de Mendoza. Por lo tanto, no corresponde que el Tribunal Arbitral realice el análisis respecto del cumplimiento del numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras por este supuesto.

417. Sobre los inconvenientes de higiene en el vestidor de hombres, de la revisión de los medios de prueba, se tiene que el Contratista no ha proporcionado medio de prueba alguno que acredite lo indicado en su carta de descargo sobre la realización de protocolos de higiene en el establecimiento el día de la supervisión. Por tanto, se concluye que el Contratista no ha desvirtuado lo manifestado por la Entidad respecto de la existencia de problemas de higiene en el vestuario de hombres, asimismo, tampoco ha acreditado la

²⁸⁶ El numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras se establece que:

“No se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la prestación del servicio en las condiciones pactadas. En este caso, el proveedor podrá solicitar por escrito, dentro de las 48 horas de ocurrido el incumplimiento, la inaplicación de penalidades. Deberá acompañar los elementos probatorios de su solicitud. (...)”.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

realización y cumplimiento de los protocolos de higiene y saneamiento como indica.

418. Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones. Por tanto, corresponde declarar que la penalidad 51 ha sido válidamente aplicada por la Entidad, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Penalidades derivadas del Contrato 007-2014 -CC LIMA 6/RAC

419. Mediante el Contrato indicado de fecha 14 de marzo de 2014, el Comité de Compra Lima 06 contrató al Demandante para la provisión de raciones alimenticias a favor de los beneficiarios de los niveles Inicial y Primaria del ítem San Juan de Lurigancho 2.
420. Sobre las obligaciones del deudor, en la cláusula octava del Contrato bajo análisis se establece lo siguiente:

"CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR

EL PROVEEDOR se sujetará a las siguientes obligaciones:

8.1 Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por **QALI WARMA**.

8.2 Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.

8.3 Brindar todas las facilidades necesarias para que **EL COMITÉ** y/o **QALI WARMA**, puedan ejercer su derecho a verificar el cumplimiento de todas y cada una de las prestaciones a cargo de **EL PROVEEDOR**, incluyendo aquellas obligaciones relativas a la calidad y cantidad de las raciones materia del presente contrato. En consecuencia, **EL COMITÉ** y/o **QALI WARMA** quedan autorizados a apersonarse a las instalaciones de **EL PROVEEDOR**, a través de representantes acreditados o de terceros contratados para dichos efectos,

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: **NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA**

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

con la finalidad de verificar el estricto cumplimiento de lo pactado. El ejercicio de este derecho de verificación podrá ser ejecutado por **EL COMITÉA** y/o **QALI WARMA**, en presencia de un representante de **EL PROVEEDOR**, o ante un notario público o juez de paz, en ausencia del representante de **EL PROVEEDOR**.

8.4 Está prohibido de: (i) ceder su posición contractual, o (ii) subcontratar total o parcialmente la prestación principal, cual es el abastecimiento de raciones o provisión de productos.

8.5 Es el único responsable administrativo, civil y penalmente del cumplimiento o incumplimiento de sus prestaciones.

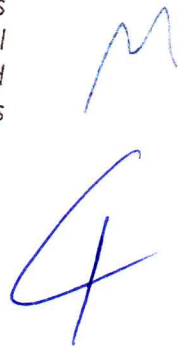
Queda expresamente establecido que en caso **EL PROVEEDOR** no cumpliera con cualquiera de sus obligaciones, estará sujeto a la resolución del presente contrato."

421. Sobre lo anterior, es de resaltar que la lista de obligaciones establecidas en el Contrato es una reproducción de lo establecido en el numeral 64 del punto VI.1 del Manual de Compras²⁸⁷
422. Adicionalmente, el numeral 13.2 de la cláusula décimotercera del contrato bajo análisis y el numeral 72 del punto VI.4 del Manual de Compras²⁸⁸, contienen el siguiente texto:

"Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengan las condiciones higiénico sanitarias, operativas y de producción que dieron lugar a que fueran contratados, así como el cumplimiento de los términos ofrecidos en las propuestas técnicas. Asimismo, Qali Warma verificará el cumplimiento de las especificaciones técnicas de las raciones y productos contenidas en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas, la vigencia de las certificaciones presentadas en el proceso de manipulación de alimentos, y demás declaraciones y compromisos asumidos por los proveedores. En caso de verificarse el incumplimiento de dichas condiciones, y/o la falsedad o inexactitud de documentos, se procederá a emitir los informes técnicos respectivos

²⁸⁷ Esta sección se encuentra en la página 25 del Manual de Compras.

²⁸⁸ Esta sección se encuentra en la página 27 del Manual de Compras.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

con la finalidad de aplicar las penalidades establecidas en el presente Manual de Compras y en el contrato respectivo, y/o resolver el contrato, según corresponda."

423. Ahora bien, una vez detalladas las obligaciones a las que está sujeto el Contratista según el Contrato, se analizará de cada penalidad que se deriva del Contrato bajo análisis.

Acerca de la Penalidad 52

424. Mediante Informe N° 00017-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-ZRMF²⁸⁹ de fecha 01 de septiembre de 2014, el personal de la Entidad informa acerca de los hechos ocurridos durante la supervisión del día 17 de marzo de 2014, los cuales fueron consignados en el Acta de Supervisión de fecha 17 de marzo de 2014²⁹⁰. En dichos documentos se argumenta la existencia de dos hechos relevantes:

- a. Sobre los certificados de los envases, el personal de supervisión informa que el Contratista no entregó la documentación requerida, por lo que, no se pudo realizar la verificación correspondiente.
- b. Sobre las raciones, se manifestó que los sólidos (panes con mantequilla) no estaban conformes con las fichas técnicas de producción, toda vez que, se encontraron unidades con un peso menor al requerido en las fichas técnicas de producción.

425. Al respecto, el Contratista, mediante Carta de fecha 24 de marzo de 2014²⁹¹, manifiesta que, respecto a los envases, estos cumplen con lo establecido en la Ficha Técnica de Alimentos. Sin embargo, precisa que no presentó los documentos requeridos (certificados), puesto que el proveedor de los envases incurrió en un retraso en la emisión de las Fichas Técnicas de los envases. Asimismo, con relación al peso de raciones, sostiene que la

²⁸⁹ Anexo 7.1.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

²⁹⁰ Páginas 53 y 54 del PDF 1 contenido en el CD presentado por la Entidad mediante escrito 'Absolvemos Resolución N°20 e incorporamos nuevos medios de prueba' de fecha 13 de agosto de 2018.

²⁹¹ Anexo 7.1.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Salís Tafur

preparación de las raciones se realiza de acuerdo con la Ficha Técnica de Producción de Alimentos y del recetario para desayunos escolares de la Región Alimentaria N° 06 Costa Central, en donde se establece que el peso del pan es de 30 gr. para el nivel inicial y de 40 gr. para el nivel primaria, no de 45 gr.

426. Sobre lo anterior, corresponde indicar que, de la revisión de los escritos y medios de prueba, este Tribunal Arbitral concluye que, en este proceso, las partes discuten la penalidad 52 únicamente en función del supuesto de que los sólidos no cumplen con lo requerido en las Fichas Técnicas de Producción. Se concluye lo anterior, toda vez, que, las partes han presentado cuadros en donde consignan que la penalidad 52 tiene como supuesto de aplicación de la penalidad que "las raciones no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de producción"²⁹².

Por lo indicado, el Tribunal Arbitral determina que no corresponde emitir pronunciamiento respecto del hecho relativo a la presentación de documentación de los envases a efectos de determinar la validez de la penalidad, sino únicamente sobre los hechos relacionados a la conformidad de las raciones con las Fichas Técnicas de Producción.

427. Ahora bien, respecto a la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

Que, de acuerdo con el numeral 8.1 de la cláusula Octava del contrato, el Contratista se encuentra obligado a "*Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobado por QALIWARMA.*"

Asimismo, la penalidad bajo análisis se basa en las penalidades por incumplimiento contenida en la cláusula Décimo Quinta del Contrato, la cual se reproduce a continuación:

"Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas"

²⁹² Esta información puede corroborarse con la información contenida en el cuadro adjuntado a la Carta Notarial N°001-2015-CC Lima6 (Anexo 01-T del escrito de demanda) y con el "Cuadro de Penalidades NIISA — Comité6 —2014" presentado por el Contratista.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: **NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA**

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

(formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad."

a) Sobre la no conformidad de las raciones, se concluye lo siguiente:

Sobre la no conformidad de las raciones, la Entidad y el Contratista reconocen que la Ficha Técnica de Producción de Recetas aplicable es aquella que tiene el código RA6B1RA6A1RA²⁹³ y pertenece a la región alimentaria RA6 Costa Central- Unidad Territorial Ancash 2.

Al respecto, la Ficha Técnica de Producción de Recetas (bebible de harina de haba con leche – pan con mantequilla) de código RA6B1RA6A1RA, contenida en el Anexo N° 3 del contrato²⁹⁴, establece que el sólido (pan con mantequilla) para el nivel primaria debe cumplir con las siguientes medidas referenciales: pan solo (40 gr) y mantequilla (10 gr). Cabe indicar que, ambas partes, reconocen estas medidas referenciales: la Entidad en el numeral 2 del Informe 197-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-MSOTOMAYOR y el Contratista en el numeral 6 de la Carta Notarial de fecha 24 de marzo de 2014.

De acuerdo con lo indicado por la Entidad, en el Acta de supervisión de fecha 17 de marzo de 2014, se dejó constancia que durante la toma de muestras se verificó que el peso de los panes con mantequilla tuvo como peso promedio 54,7g (55 g.).

Cabe indicar que, el Informe 197-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-MSOTOMAYOR²⁹⁵, aunque no coincide con el Acta de Supervisión, no indica que el Contratista haya cumplido su prestación de acuerdo con lo pactado. Este Informe 197-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-MSOTOMAYOR observa también al Contratista indicando que excedió el límite máximo de unidades no conformes (73 unidades de bajo peso, cuando el límite máximo de unidades no conformes es de solamente 14).

²⁹³ Esta información se puede constatar en el Informe de la Entidad N°197-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-MSOTOMAYOR y en el numeral 24 de la Carta Notarial N°31022.2015 del Contratista de fecha 07 de enero de 2015 (Anexo 5.3.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista).

²⁹⁴ Contrato 007-2014-CC-LIMA 6/RAC.

²⁹⁵ Anexo 5.1.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Al respecto, el pago o cumplimiento de la prestación debe ser acreditado por el deudor de la obligación, conforme lo establece el artículo 1229 del Código Civil. Por ende, dado que el Contratista no ha proporcionado medios de prueba que desvirtúen lo manifestado por la Entidad respecto del número de unidades de bajo peso detectados por parte del personal de supervisión de la Entidad, no puede considerarse cumplida la prestación por parte del Contratista. Por ende, la penalidad aplicada por el número de unidades de bajo peso detectados el día de la supervisión del 17 de marzo de 2014, no puede ser declarada inválida o ineficaz.

428. Por otro lado, el Contratista ha sostenido que, para la aplicación de este tipo de penalidades, corresponde que la Entidad cuente con análisis y/o exámenes de un tercero imparcial especializado. Al respecto, de acuerdo con el numeral 13.3 de la cláusula décimo tercera del Contrato, es cierto que la Entidad puede contar con la opinión de terceros especializados, no obstante, este Tribunal Arbitral interpreta que esta es una facultad, más no una obligación de parte de la Entidad. Se concluye lo anterior, toda vez, que el numeral indicado establece que *"Qali Warma podrá coordinar con las entidades públicas o privadas competentes en materia de salud y nutrición"*.
429. En virtud de todo lo expuesto, corresponde concluir que la penalidad 52 bajo análisis ha sido válidamente aplicada, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Acerca de la Penalidad 53

430. Mediante Informe N° 017-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-RATUNGA UTLM²⁹⁶ de fecha 26 de agosto de 2014, el personal de la Entidad informa que durante la supervisión del día 19 de junio de 2014 se consignó en el Acta de Supervisión²⁹⁷ que, en el establecimiento de producción, el Contratista no cumplió con la formulación exigida de los bebibles, toda vez, que, según

²⁹⁶ Anexo 7.2.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

²⁹⁷ Anexo 7.2.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



M
G

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR

– QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

indica la Entidad, las ollas utilizadas por el Contratista tenían una capacidad de 400 raciones cumpliendo con la formulación, y no de 460 raciones.

431. Al respecto, el Contratista, mediante Carta N° 025-06.14²⁹⁸ de fecha 30 de junio de 2014, manifiesta que, "(...) se coordinó con el especialista Alimentario del PNAE Qali Warma, Ing. Américo Vergara, que se realizaría la modificación correspondiente a los gramajes de agua por cada ración, de manera que se pueda obtener los rendimientos adecuados".

432. En virtud de lo indicado por las partes, el supuesto de incumplimiento que viene siendo discutido está referido a la primera causal contenida en el segundo cuadro de penalidades de la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

"Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad."

433. Ahora bien, respecto de la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista está obligado a "Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA" y a "Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."

Respecto del caso concreto, el Contratista ha manifestado en su Carta N° 025-06.14, lo siguiente:

"Debido a lo conversado en las coordinaciones se procedió a reformular la cantidad de agua que se vierte a fin de que el rendimiento sea el adecuado y que cumpla con lo establecido por el programa Qali Warma, por lo que en la actualidad en nuestras UPB, luego de las coordinaciones realizadas con el Ing. Vergara se vienen aplicando."

²⁹⁸ Anexo 7.2.3 del escrito "Cumplidos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Asimismo, el Contratista ha presentado el certificado de calidad N° 2606141210²⁹⁹, mediante el cual acredita, efectivamente, que las raciones elaboradas el día 19 de junio de 2014 cumplen con las características de peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial que exigen las Fichas Técnicas de Producción de Recetas. No obstante, estas fichas también exigen el cumplimiento de la formulación de las raciones.

Sobre esto último, este Tribunal Arbitral concluye que el propio Contratista ha reconocido expresamente que realizó una reformulación a la receta establecida por el PNAEQW. Así pues, el Contratista indica que dicha reformulación se efectuó en virtud de las coordinaciones que se dieron con el especialista alimentario del PNAEQW Ing. Américo Vergara. No obstante, no ha adjuntado algún medio de prueba que logre acreditar las coordinaciones con el especialista alimentario del PNAEQW ni que las partes hayan acordado la modificación de la formulación de la receta.

434. En virtud de lo expuesto en los puntos anteriores, se concluye que no se ha acreditado que el día de la supervisión el Contratista haya cumplido con la formulación exigida originariamente en las Fichas Técnicas de Producción de Recetas, la cual, según el numeral 8.2 de la cláusula octava del Contrato, debe seguirse y respetarse de manera estricta, pues constituye una de las condiciones contractuales necesarias para el cumplimiento de la prestación.

Por consiguiente, se concluye que el Contratista no cumplió con la formulación establecida originariamente en las Fichas Técnicas de Producción de Recetas, lo cual, según el Contrato, genera la aplicación de penalidades.

435. En virtud de todo lo expuesto, corresponde concluir que la penalidad 53 bajo análisis ha sido válidamente aplicada, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Acerca de la Penalidad 54

²⁹⁹ Documento adjunto al escrito “Cumplimos con detallar medios probatorios” de fecha 5 de agosto de 2019.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: **NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR**

– **QALI WARMA**

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

436. Mediante Informe N° 261-2014-MIDIS/PNAEQW -UTLMC-msotomayor³⁰⁰ de fecha 29 de octubre de 2014, el personal de la Entidad informa que, durante la supervisión³⁰¹ realizada el día 27 de junio de 2014, el Contratista proporcionó el certificado N° 040614AM/FQ/M³⁰² correspondiente al insumo almidón de maíz con lote de producto 14-150, fecha de producción 30 de mayo de 2014 y fecha de vencimiento 30 de mayo de 2015. No obstante, indica que, en dicho certificado, no se encuentran completos los ensayos microbiológicos exigidos, los cuales son: N. Mohos, N. Escherichia Coli, N. Bacillus Cereus y Detención de Salmonella. Por el contrario, el certificado presentado solo contiene los ensayos microbiológicos: Coliforme Totales, Bacilus Cereus, Mohos y Salmonella, faltando el ensayo de N. Escherichia Coli. Por otro lado, la Entidad alega que el certificado N°142644³⁰³ proporcionado por el Contratista, fue remitido en fecha posterior a la supervisión del día 27 de junio de 2014.
437. Al respecto, mediante Carta N° 026-07.14³⁰⁴ de fecha 02 de julio de 2014, el Contratista manifiesta que, respecto del certificado N° 040614AM/FQ/M y el certificado N° 142644, se cumplió con realizar todos los análisis de acuerdo a la R.M. N° 591-2008/MINSA "Norma Sanitaria que establece los criterios microbiológicos de calidad sanitaria e inocuidad para los alimentos y bebidas de consumo humano."
438. En virtud de lo indicado por las partes, el supuesto de incumplimiento que genera la aplicación de la penalidad bajo análisis está referido a la primera causal contenida en el segundo cuadro de penalidades de la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

"Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas

³⁰⁰ Anexo 7.3.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁰¹ Anexo 7.3.6 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁰² Anexo 7.3.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁰³ Anexo 7.3.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁰⁴ Anexo 7.3.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Soís Tafur

(formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad.”

439. Respecto a la validez de la penalidad aplicada, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a “Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA” y a “Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.

De acuerdo con las Fichas Técnicas de Alimentos referido al almidón de maíz de maicena³⁰⁵, como requisitos microbiológicos se establecieron 4 agentes microbiológicos: Mohos, Escherichia Coli, Bacillus cereus y Salmonella sp. Asimismo, sobre los requisitos físicos-químicos, la Fichas indican que el producto (almidón de maíz debía cumplir con: Energía: Mínimo 356 kcal, Grasa: Mínimo 0.08%, Fibra: Mínimo 0.6 % y Proteínas: Mínimo 0.41%.³⁰⁶

b) Respecto de los requisitos fisicoquímicos

El Tribunal considera que el certificado N° 142644, de fecha 4 de junio de 2014 presentado por el Contratista, logra acreditar que el producto (almidón de maíz) de Lote 14-150 cumple con los requisitos fisicoquímicos exigidos por la Ficha Técnica de Alimentos, pues contiene valores por encima de los valores exigidos respecto de la energía, grasa, fibra y proteínas.

Dado que no se ha acreditado que este documento fue presentado durante la supervisión, se concluye que el Contratista no ha podido acreditar que haya cumplido de manera oportuna con dicha obligación.

La presentación oportuna de dichos documentos resulta relevante dado que, una interpretación de buena fe de lo pactado permite inferir que la

³⁰⁵ Anexo 6.5.8 del escrito “Cumplimos Requerimiento” con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁰⁶ Anexo 1-B del escrito “Cumplimos mandato y ofrecemos nuevos medios de prueba” presentado el 21 de agosto de 2019.



M
4

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: **NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA**

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

presentación de esos documentos, que son importantes para la protección sanitaria de los beneficiarios del servicio, necesariamente deben ser entregados al momento de la supervisión y no en una oportunidad posterior. Además, conforme con el Contrato y demás disposiciones aceptadas por las partes, el Contratista debe facilitar la facultad de supervisión de la Entidad, lo cual, no se cumple si es que no cumple con la totalidad de los documentos pactados, de manera oportuna.

c) **Respecto de los exámenes microbiológicos**

El Tribunal Arbitral considera que el certificado N° 040614AM/FQ/M proporcionado como medio de prueba no cumple con lo requerido en las Fichas Técnicas de Alimentos, toda vez, que el certificado en cuestión presenta únicamente los ensayos microbiológicos de: Coliformes totales, Bacillus Cereus, Mohos y Salmonella. No incluye el ensayo de N. Escherichia Coli. De modo que, no se cumple con lo exigido en las Fichas Técnicas de Alimentos, lo cual configura un supuesto para la aplicación de penalidades.

440. En virtud de todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones. Por tanto, corresponde declarar que la penalidad 54 ha sido válidamente aplicada por la Entidad, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Acerca de la Penalidad 55

441. Mediante Informe N° 004A-2014-MIDIS-PNAEQW-MC-UTLMC-SPEREA³⁰⁷ remitido el 3 de octubre de 2014 e Informe N°262-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-msotomayor remitido el 30 de octubre de 2014, el personal de la Entidad informó sobre los hechos ocurridos durante la supervisión realizada el día 30 de junio de 2014 en el establecimiento del Contratista. En dicho informe se establece que el día de la supervisión³⁰⁸, al momento de realizar la

³⁰⁷ Página 35 y 36 del PDF 6 del CD presentado por la Entidad mediante escrito 'Absolvemos Resolución N°20 e incorporamos nuevos medios de prueba' de fecha 13 de agosto de 2018.

³⁰⁸ Páginas 37 y 38 del PDF 6 del CD presentado por la Entidad mediante escrito 'Absolvemos Resolución N°20 e incorporamos nuevos medios de prueba' de fecha 13 de agosto de 2018.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

verificación de existencias de materia prima e insumos, se observó que el Certificado N°310514H/FQ/M³⁰⁹ proporcionado por el Contratista, referido a la harina de haba extruida, no cumple con los análisis exigidos por el PNAEQW en las diversas Fichas Técnicas de Alimentos.

442. Al respecto, el Contratista, mediante la Carta N° 027-07.14³¹⁰ remitido el 2 de julio de 2014, alega que los Certificados N°141873³¹¹ y N°142874³¹² contienen todos los análisis fisicoquímicos y organolépticos exigidos. Asimismo, precisa que el resultado de estos es conforme a lo establecido en la R.M. N°451-2006-MINSA "Norma Sanitaria para la fabricación de Alimentos a base de granos y otros, destinados a Programas Sociales de Alimentación". Finalmente, indica que con los certificados proporcionados en dicha carta se evidencia que los análisis fueron practicados con anterioridad al día de la supervisión por un tercero imparcial
443. En virtud de lo manifestado por las partes, el supuesto de incumplimiento que genera la aplicación bajo análisis está referido a la primera causal contenida en el segundo cuadro de penalidades de la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

"Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad."

444. Respecto a la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a "Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA." y a "Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las

³⁰⁹ Este documento no ha sido proporcionado como medio de prueba por ninguna de las partes.

³¹⁰ Página 32 del PDF 6 del CD presentado por la Entidad mediante escrito 'Absolvemos Resolución N°20 e incorporamos nuevos medios de prueba' de fecha 13 de agosto de 2018.

³¹¹ Página 33 del PDF 6 del CD presentado por la Entidad mediante escrito 'Absolvemos Resolución N°20 e incorporamos nuevos medios de prueba' de fecha 13 de agosto de 2018.

³¹² Página 34 del PDF 6 del CD presentado por la Entidad mediante escrito 'Absolvemos Resolución N°20 e incorporamos nuevos medios de prueba' de fecha 13 de agosto de 2018.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: **NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA**

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

rationes o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."

De acuerdo con el numeral 8.3 de la cláusula octava del Contrato, corresponde indicar que el Contratista se encontraba en la obligación de brindar todas las facilidades al personal de la Entidad a efectos de que realicen la supervisión y verificación del cumplimiento de lo estipulado en el Contrato, las Bases y demás disposiciones. Asimismo, el pago o cumplimiento de la prestación debe ser acreditado por el deudor de la obligación, conforme lo establece el artículo 1229 del Código Civil.

En el caso en concreto, en el Acta de Supervisión³¹³ de fecha 30 de junio de 2014, el mismo responsable del establecimiento del Contratista manifestó que los "(...) certificados están en el local central de ATE".

Sobre esto último, el Tribunal Arbitral concluye que lo manifestado por el personal del Contratista acredita que, como señala la Entidad, el Contratista no presentó los certificados correspondientes el día de la Supervisión.

Asimismo, si bien la prestación puede ser sometida a un plazo, como modalidad del negocio jurídico, en caso las partes no hayan pactado la posibilidad de diferir el cumplimiento de la prestación para una oportunidad posterior, el contrato debe cumplirse en la oportunidad correspondiente y no en un tiempo posterior.

Conforme con lo pactado, la verificación de los documentos se realiza con ocasión de la supervisión. Razón por la cual, se advierte que el Contratista no cumplió, acorde el principio de oportunidad de la prestación, con las obligaciones a su cargo durante la supervisión.

La presentación oportuna de dichos certificados resulta relevante dado que, una interpretación de buena fe de lo pactado no permite inferir que la presentación de esos documentos, importantes para la protección sanitaria de los beneficiarios del servicio, puedan ser entregados en un momento posterior. Además, conforme con el Contrato y demás disposiciones aceptadas por las partes, el Contratista debe facilitar la facultad de

³¹³ Páginas 37 y 38 del PDF 6 del CD presentado por la Entidad mediante escrito 'Absolvemos Resolución N°20 e incorporamos nuevos medios de prueba' de fecha 13 de agosto de 2018.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR
– QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

supervisión de la Entidad, lo cual, no se cumple si es que no cumple con la totalidad de los documentos pactados, de manera oportuna.

445. En virtud de lo analizado, se concluye que el Contratista no ha presentado los certificados correspondientes en la oportunidad debida, esto es, el día de la supervisión.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde indicar lo siguiente:

- a) Respecto de los requisitos microbiológicos:

Mediante el Certificado N° 310514H/FQ/M, el Contratista, como reconoce la Entidad en el informe N°004A-2014-MIDIS-PNAEQW-MC-UTLMC-SPEREA, acredita de manera oportuna la realización de los exámenes microbiológicos exigidos en la Ficha Técnica de Alimentos.

- b) Respecto de los requisitos organolépticos

Al respecto, mediante el Certificado N°142874 (presentado de manera tardía) el Contratista acredita que el producto (Harina de haba extruida) de lote 14-146 cumple con los requisitos organolépticos exigidos en la Ficha Técnica de Alimento.

- c) Respecto de los requisitos fisicoquímicos del producto

De acuerdo con la Ficha Técnica de Alimentos³¹⁴ referida a la harina de haba extruida³¹⁵, se exige como requisito la realización de ensayos fisicoquímicos sobre: humedad, acidez, índice de gelatinización, índice de peróxido y aflatoxinas.

Al respecto, el día de la supervisión el Contratista únicamente acreditó, mediante el Certificado N°310514H/FQ/M, la realización de exámenes microbiológicos y los análisis fisicoquímicos de humedad del producto

³¹⁴ Anexo 1-B del escrito "Cumplimos mandato y ofrecemos nuevos medios de prueba" presentado el 21 de agosto de 2019.

³¹⁵ Anexo 4.4.8 del escrito "Cumplidos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

(Harina de haba extruida)³¹⁶. Sin embargo, respecto de los demás análisis fisicoquímicos (acidez, índice de gelatinización, índice de peróxido y aflatoxinas) no presentó documento alguno.

Sin embargo, mediante el Certificado N°141873 (presentado de manera tardía) acredita que el producto (Harina de haba extruida) de lote 14-146 cumple con los requisitos fisicoquímicos: índice de gelatinización, índice de peróxido y aflatoxinas, pero de la revisión de dicho certificado este Tribunal concluye que no se cumple con el requisito del análisis de la acidez del producto, tal y como lo exige la Ficha Técnica de Alimento.

446. Conforme con lo analizado, el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones.
447. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia de la penalidad 55.

Acerca de la Penalidad 56

448. Mediante Informe N° 010A/07/MIDIS/PNAEQW/UTLMC/MCC/GSALDARRIAGA³¹⁷ de fecha 30 de julio de 2014, el personal de la Entidad informa acerca de los hechos ocurridos en el establecimiento del Contratista el día 31 de marzo de 2014. Estos hechos han sido consignados en el Acta de Supervisión³¹⁸ de fecha 31 de marzo de 2014.

Según los documentos antes indicados, el Contratista incumplió con la dosificación establecida en las Fichas Técnicas de producción de recetas, puesto que no agregó a la elaboración la cantidad de leche evaporada requerida.

³¹⁶ Esta información puede ser constatada en el Informe N°004A-2014-MIDIS-PNAEQW-MC-UTLMC-SPEREA.

³¹⁷ Anexo 7.4.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³¹⁸ Anexo 7.4.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



M
J

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

449. Por su parte, el Contratista, mediante su Carta de fecha 02 de abril de 2014³¹⁹, alega que el día de la supervisión "(...) se prepararon 34 ollas para el Nivel Primario para realizar la atención de 13514, las cuales se distribuyeron en 33 ollas, por lo que sobraba una olla, por lo que, realizando el cálculo con esta olla sobrante, se cumple con las cantidades de leche por ración." Asimismo, indica que posee los Certificados N° 0744140355³²⁰ y N° 0744140344³²¹.
450. En virtud de lo indicado por las partes, la penalidad materia de análisis está referida a un supuesto de incumplimiento que, según la cláusula décimo quinta del contrato, está sujeto a la aplicación de penalidades. La causal se reproduce a continuación.

"Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad".

451. Con relación a la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista está obligado a *"Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales"*.

Es relevante también considerar que la Ficha Técnica de producción de recetas (bebible de harina de haba con leche y pan con mantequilla) de código RA6B1RA6A1RA³²² establece que para el nivel primaria cada bebiblé debe contener 73 gr de leche evaporada.

Sobre la cantidad de ollas elaboradas:

³¹⁹ Anexo 7.4.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³²⁰ De la revisión de los medios de prueba se tiene que este certificado no ha sido proporcionado como medio de prueba por ninguna de las partes.

³²¹ Este documento ha sido presentado mediante el escrito "Cumplimos con detallar medios probatorios" de fecha 5 de agosto de 2019 presentado por el Contratista.

³²² Esta Ficha Técnica forma parte integral del contrato 007-2014-CC-Lima 6/RAC, precisamente se encuentra en el Anexo N°3.



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR

– QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

452. Para el caso en concreto, según el Informe N° 010A/07/MIDIS/PNAEQW/UTLMC/MCC/GSALDARRIAGA, el día 31 de marzo de 2014 el Contratista debió cumplir con elaborar 13 514 raciones para el nivel primaria.

Al respecto, consta en el Acta de Supervisión de fecha 31 de marzo de 2014, que el Contratista preparó 36 batch (ollas) cada una con un aproximado de 120 lt, de las cuales 33 estaban destinadas para el nivel primaria y las tres restantes para el nivel inicial.

El Contratista, mediante carta de fecha 02 de abril de 2014, manifiesta que el día de la supervisión, elaboró 34 ollas para el nivel primaria, pero estas fueron distribuidas en 33 ollas. Sobre esto, cabe indicar que no hay medio de prueba alguno que acredite lo manifestado por el Contratista. Por otro lado, cabe resaltar que, en el Acta de Supervisión, el responsable del establecimiento del Contratista reconoció de forma expresa que ese día se elaboraron 36 ollas únicamente (33 ollas para primaria y 3 ollas para el nivel inicial). Por lo tanto, se tiene por no acreditado lo manifestado por el Contratista respecto de la olla sobrante de bebible para el nivel primario.

453. Ahora bien, respecto de la cantidad de leche evaporada utilizada, en la Carta de fecha 02 de abril de 2014, el Contratista reconoce que agregó 73 unidades de leche evaporada de 400 gr. a cada una de las ollas correspondientes al nivel primaria que, como se indicó antes, fueron treinta y tres (33). Al respecto, para las 13, 514 raciones se debían incorporar 986.52 kg³²³, de manera que cada bebible cumpla con el porcentaje de leche evaporada que exige la Ficha Técnica de Producción.

Sin embargo, realizando el cálculo correspondiente, se verifica que el Contratista no cumplió con agregar la cantidad de leche evaporada exigida en la Ficha Técnica de producción de raciones, toda vez que incorporó únicamente 963.60 kg³²⁴ y no 986.52 kg que es lo pactado.

³²³ Se realiza el cálculo multiplicando el número de raciones (13, 514) por 75gr que debe contener cada ración.

³²⁴ El Contratista utilizó 73 unidades de leche evaporada de 400 gr en cada olla, de modo que, en 33 ollas se utilizaron 2, 409 unidades de 400gr. Con ello, se tiene como resultado que se utilizó en total 963.60 kg de leche evaporada en la producción de los bebibles para nivel primaria.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

454. Por otro lado, el Contratista, ha indicado que posee los Certificados N° 07441 40355³²⁵ y N° 07441 40344³²⁶, los cuales, según sostiene, acreditan que el bebible es conforme con el aporte nutricional exigido.

Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que el certificado N° 07441 40344, único presentado correspondiente a esta penalidad, acredita que el bebible cumple con los requisitos de energía-proteína-hierro, físico sensorial y peso, más no logra acreditar que se haya cumplido con la formulación que también es uno de los requisitos.

En virtud de lo expuesto en los puntos anteriores, se concluye que no se ha acreditado que el día de la supervisión el Contratista haya cumplido con la formulación exigida en las Fichas Técnicas de Producción de Recetas, la cual, según el numeral 8.2 de la cláusula octava del Contrato, debe seguirse y respetarse de manera estricta, pues constituye una de las condiciones contractuales necesarias para el cumplimiento de la prestación.

455. Por todo lo expuesto, el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones. Por consiguiente, a criterio de este Tribunal Arbitral, corresponde declarar que la penalidad 56 bajo análisis ha sido válidamente aplicada por parte de la Entidad, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Acerca de la Penalidad 57

456. Mediante Informe N° 00014-2014-MIDIS-PNAEQW-etlavera³²⁷ remitido el 09 de diciembre de 2014 e Informe N° 00018-2014-MIDS-PNAEQW-UTLMC-etlavera³²⁸ de fecha 19 de diciembre de 2014, el personal de la Entidad informó acerca de los hechos sobrevenidos en el establecimiento del Contratista durante la supervisión del día 03 de diciembre de 2014. Estos

³²⁵ De la revisión de los medios de prueba se tiene que este certificado no ha sido proporcionado como medio de prueba por ninguna de las partes.

³²⁶ Este documento ha sido presentado mediante el escrito “Cumplimos con detallar medios probatorios” de fecha 5 de agosto de 2019 presentado por el Contratista.

³²⁷ Página 195 del PDF 6 contenido en el CD presentado por la Entidad mediante escrito ‘Absolvemos Resolución N°20 e incorporamos nuevos medios de prueba’ de fecha 13 de agosto de 2018.

³²⁸ Anexo 7.5.5 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

hechos se plasmaron en el Acta de Supervisión³²⁹ de fecha 03 de diciembre de 2014. En dicho informe se indicó que se detectó una no conformidad de formulación, ya que, al final del proceso productivo, indica la Entidad, se evidenció un sobrante de 174 raciones del nivel primaria.

457. Por su parte, el Contratista, mediante su carta N°107-12.14³³⁰ de fecha 05 de diciembre de 2014, alega que "(...) se utilizó un mayor número de insumos en la producción, debido a que por una distracción del personal". No obstante, manifiesta que dicho acto no debería generar mayor preocupación, puesto que en el acta de supervisión no se encuentra observación alguna respecto a la calidad (gramaje) de lo producido.
458. En virtud de lo manifestado por las partes, se tiene que la penalidad bajo análisis se funda en el supuesto de incumplimiento referido a la primera causal del segundo cuadro de penalidades contenido en la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

"Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (Formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad."

459. Sobre la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a "Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos que les sea aplicable, aprobados por QALIWARMA." y "Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."

³²⁹ Anexo 7.5.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³³⁰ Anexo 7.5.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

El Contratista reconoce de forma expresa en su Carta N° 107-12.14 de fecha 05 de diciembre de 2014, que *"se utilizó un número mayor de insumos en la producción, debido a una distracción del personal"*³³¹.

Al respecto, este Tribunal concluye que esta manifestación acredita que, efectivamente, no se realizó la producción de raciones conforme lo establecido en las Fichas Técnicas de Producción sobre la formulación de raciones, la cual, según el numeral 8.2 de la cláusula octava del contrato, debe seguirse y respetarse de forma estricta, pues, son las condiciones contractuales en las cuales debe cumplirse la prestación.

460. Por otro lado, el Contratista ha indicado que para la aplicación de este tipo de penalidades corresponde que la Entidad cuente con análisis y/o exámenes de un tercero imparcial especializado.

Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que, de acuerdo con el numeral 13.3 de la cláusula décimo tercera del Contrato, es cierto que la Entidad puede contar con la opinión de terceros especializados, no obstante, este Tribunal entiende que esta es una facultad, más no una obligación de parte de la Entidad. Se concluye lo anterior, toda vez, que el numeral indicado establece que *"Qali Warma podrá coordinar con las entidades públicas o privadas competentes en materia de salud y nutrición"*.

461. Por tanto, se concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones. En ese sentido, este Tribunal Arbitral concluye que la penalidad 57 ha sido aplicada válidamente, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Penalidades derivadas del Contrato 008-2014 -CC LIMA 6/RAC

462. Mediante el Contrato 008-2014 -CC LIMA 6/RAC suscrito el 30 de abril de 2014, el Comité de Compra Lima 06 contrató al Demandante para la provisión de

³³¹ Anexo 4.6.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

rationes alimenticias a favor de los beneficiarios de los niveles Inicial y Primaria del Ítem San Juan de Lurigancho 4.

463. Sobre las obligaciones del deudor, en la cláusula octava del Contrato bajo análisis se establece lo siguiente:

"CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR

EL PROVEEDOR se sujetará a las siguientes obligaciones:

8.1 Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por **QALI WARMA**.

8.2 Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.

8.3 Brindar todas las facilidades necesarias para que **EL COMITÉ** y/o **QALI WARMA**, puedan ejercer su derecho a verificar el cumplimiento de todas y cada una de las prestaciones a cargo de **EL PROVEEDOR**, incluyendo aquellas obligaciones relativas a la calidad y cantidad de las raciones materia del presente contrato. En consecuencia, **EL COMITÉ** y/o **QALI WARMA** quedan autorizados a apersonarse a las instalaciones de **EL PROVEEDOR**, a través de representantes acreditados o de terceros contratados para dichos efectos, con la finalidad de verificar el estricto cumplimiento de lo pactado. El ejercicio de este derecho de verificación podrá ser ejecutado por **EL COMITÉ** y/o **QALI WARMA**, en presencia de un representante de **EL PROVEEDOR**, o ante un notario público o juez de paz, en ausencia del representante de **EL PROVEEDOR**.

8.4 Está prohibido de: (i) ceder su posición contractual, o (ii) subcontratar total o parcialmente la prestación principal, cual es el abastecimiento de raciones o provisión de productos.

8.5 Es el único responsable administrativo, civil y penalmente del cumplimiento o incumplimiento de sus prestaciones.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Queda expresamente establecido que en caso **EL PROVEEDOR** no cumpliera con cualquiera de sus obligaciones, estará sujeto a la resolución del presente contrato."

464. Al respecto, es de resaltar que la lista de obligaciones establecidas en el Contrato es una reproducción de lo establecido en el numeral 64 del punto VI.1 del Manual de Compras³³²
465. Adicionalmente, el numeral 13.2 de la cláusula décimo tercera del contrato bajo análisis y el numeral 72 del punto VI.4 del Manual de Compras³³³, contienen el siguiente texto:

"Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengan las condiciones higiénico sanitarias, operativas y de producción que dieron lugar a que fueran contratados, así como el cumplimiento de los términos ofrecidos en las propuestas técnicas. Asimismo, Qali Warma verificará el cumplimiento de las especificaciones técnicas de las raciones y productos contenidas en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas, la vigencia de las certificaciones presentadas en el proceso de manipulación de alimentos, y demás declaraciones y compromisos asumidos por los proveedores. En caso de verificarse el incumplimiento de dichas condiciones, y/o la falsedad o inexactitud de documentos, se procederá a emitir los informes técnicos respectivos con la finalidad de aplicar las penalidades establecidas en el presente Manual de Compras y en el contrato respectivo, y/o resolver el contrato, según corresponda."

466. Una vez detalladas las obligaciones a las que estaba sujeto el Contratista según el Contrato, se pasará a realizar el análisis correspondiente de cada penalidad que se deriva del Contrato bajo análisis.

Acerca de la Penalidad 62

³³² Esta sección se encuentra en la página 25 del Manual de Compras.

³³³ Esta sección se encuentra en la página 27 del Manual de Compras.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Soñs Tafur

467. Mediante Acta de Supervisión de fecha 31 de octubre de 2014³³⁴, el personal de la Entidad informa que el día de la supervisión se evidenciaron problemas de higiene en el vestuario de hombres, el cual se encuentra aledaño al área de almacenamiento de la leche entera evaporada. Asimismo, precisa que es en esta área en donde se realiza la apertura de las latas y se vierte la leche en baldes, lo cual genera la probabilidad de la contaminación cruzada al insumo leche entera. Por ello, se recomendó la paralización del proceso productivo, lo cual tuvo como consecuencia la falta de entrega de las raciones en las Instituciones Educativas: N°154 Carlos Noriega Jiménez, N°150 Héroes de la Breña, N°156 El Porvenir y N°126 Javier Pérez de Cuellar.
468. Al respecto, el Contratista, mediante la Carta N° 082-11.14³³⁵ remitido el 04 de noviembre de 2014, manifiesta que la decisión del supervisor fue apresurada, toda vez, que no había posibilidad de que se logre una contaminación cruzada, pues el número de operarios en su totalidad eran mujeres únicamente. En ese sentido, indica el Contratista, si no hay personal que utilice el vestuario (de hombres), no es posible hablar de una contaminación cruzada, porque los supuestos inconvenientes de higiene no entran en contacto con el personal.
469. En virtud de lo alegado por las partes, se tiene que el supuesto de incumplimiento que está en discusión está referido a la falta de entrega de raciones el día 31 de octubre, de 2014. Al respecto, este supuesto, acorde a la cláusula décimo quinta del contrato, configura una causal de aplicación de penalidades, la cual se reproduce a continuación:

"Incumplimiento en la entrega diaria de raciones en las Instituciones Educativas (no entrega de raciones)."

470. Respecto de la validez de la penalidad materia de análisis, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente

Que, de acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a *"Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos que les sea aplicable, aprobados por*

³³⁴ Anexo 8.1.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³³⁵ Anexo 8.1.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: **NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA**

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

QALIWARMA." y "Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."

Que, de acuerdo al numeral 72 de la sección VI.4 del Manual de Compras, "Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengas las condiciones higiénico sanitarias, operativas y de producción que dieron lugar a que fueran contratados (...)."

De acuerdo con el numeral 74 de la sección VI.4 del Manual de Compras, "Si como resultado de las acciones de supervisión, se detectaran situaciones que resulten susceptibles de poner en riesgo la salud de los usuarios, en atención a los lineamientos técnicos aprobados por la Unidad de Supervisión y Monitoreo, Qali Warma podrá suspender temporalmente la producción de las raciones (desayunos y/o almuerzos) y/o suspender la distribución de los productos o raciones, sin perjuicio de la aplicación de penalidades y/o resolución del contrato de pleno derecho, conforme a lo establecido en el presente manual."

Mediante la Carta N° 082-11.14, el Contratista manifiesta que los supuestos inconvenientes de falta de higiene se presentaron en el vestidor de hombres, sin embargo, ese día se encontraban laborando en el establecimiento solo mujeres, hecho que imposibilita la contaminación cruzada. Por otro lado, el Contratista indica que el día de la no entrega de raciones no hubo clases en las I.E que no recibieron las raciones.

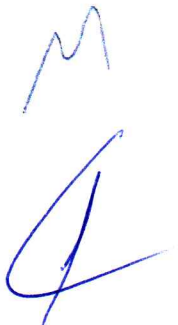
471. Sobre las clases en las I.E., se tienen las Actas de entrega – recepción N° 8262³³⁶, N° 8418³³⁷, N° 8419³³⁸ y N° 8417³³⁹, en las cuales se deja constancia de que, efectivamente, el día 31 de octubre de 2014 no hubo clases en la I.E N°154 Carlos Noriega Jiménez, I.E N°150 Héroes de la Breña, I.E N°156 El Porvenir e I.E N°126 Javier Pérez de Cuellar.

³³⁶ Anexo 8.1.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³³⁷ Anexo 8.1.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³³⁸ Anexo 8.1.5 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³³⁹ Anexo 8.1.6 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Al respecto, debe tenerse en consideración que, de acuerdo a la cláusula primera del contrato, el Contratista debía brindar atención (proveer raciones) desde el 10 de marzo al 17 de diciembre de 2014. Los días de atención se observan de forma más detallada en el cuadro contenido en la cláusula sexta, en el cual se establece que el día 31 de octubre de 2014, esto es, el día del incidente, se encontraba dentro del periodo de atención en el que el Contratista debía proveer de raciones a las I.E.

Bajo esa misma línea, cabe indicar que no hay medio de prueba alguno que acredite que el Contratista no estaba obligado a cumplir con su prestación el día 31 de octubre de 2014.

Asimismo, el Contratista tampoco ha acreditado haber seguido el procedimiento para solicitar la no aplicación de penalidades, dentro de las 48 horas de efectuado el incumplimiento, establecido numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras³⁴⁰, si es que consideraba que existía la imposibilidad de cumplir la prestación, al haber verificado que, el día 31 de octubre de 2014, no hubo clases en las I.E N°154 Carlos Noriega Jiménez, I.E N°150 Héroes de la Breña, I.E N°156 El Porvenir e I.E N°126 Javier Pérez de Cuellar. Por lo tanto, no corresponde que el Tribunal Arbitral realice el análisis respecto del cumplimiento del numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras por este supuesto.

472. Sobre los inconvenientes de higiene en el vestidor de hombres, de la revisión de los medios de prueba, se tiene que el Contratista no ha proporcionado medio de prueba alguno que acredite lo indicado en su carta de descargo sobre la realización de protocolos de higiene en el establecimiento el día de la supervisión. Por tanto, se concluye que el Contratista no ha desvirtuado lo manifestado por la Entidad respecto de la existencia de problemas de higiene en el vestuario de hombres, asimismo, tampoco ha acreditado la realización y cumplimiento de los protocolos de higiene y saneamiento como indica.

³⁴⁰ El numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras se establece que:

“No se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la prestación del servicio en las condiciones pactadas. En este caso, el proveedor podrá solicitar por escrito, dentro de las 48 horas de ocurrido el incumplimiento, la inaplicación de penalidades. Deberá acompañar los elementos probatorios de su solicitud. (...)”.



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: **NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA**

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

473. En virtud de todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones. Por tanto, corresponde declarar que la penalidad 62 ha sido válidamente aplicada por la Entidad, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Acerca de la Penalidad 63

474. Mediante Informe N° 008-2014-MIDIS-PNAEQW/US&M-MP-Iarrunategui³⁴¹ de fecha 21 de agosto de 2014 e Informe N°208-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-MSL³⁴² remitido el 09 de septiembre de 2014, el personal de la Entidad informa sobre los hechos ocurridos durante la supervisión³⁴³ que se realizó entre los días 20 y 21 de agosto de 2014. En dicho informe se consigna que el Contratista no cumplió con el horario establecido para la elaboración de las recetas. Precisamente, se indica que el proceso de producción de raciones inició a la 01:00 am cuando, de acuerdo con el Contrato, debe iniciar a las 02:00 am.

475. Por su parte, el Contratista, mediante Carta N° 045-08.14³⁴⁴ remitido el 25 de agosto de 2014, sostiene que el día de la supervisión se tomó la decisión de iniciar el proceso de producción a la 1:00 am a fin de prevenir algún perjuicio a los beneficiarios del programa que pueda devenir del cierre de las vías de acceso al distrito de San Juan de Lurigancho. El contratista indica que lo sucedido con las vías del distrito de San Juan de Lurigancho configura "(...) algo fortuito y que ni el programa ni los proveedores han podido prever". Asimismo, solicita que este hecho se tenga en consideración a efectos de permitir el inicio de la producción con una hora de anticipación.

476. En virtud de lo expuesto por las partes, se tiene que la penalidad se basa en un supuesto de incumplimiento que, de acuerdo a la cláusula décimo quinta del contrato, configura una causal para la aplicación de penalidades. Este

³⁴¹ Anexo 6.1.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁴² Anexo 8.2.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁴³ Anexo 8.2.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁴⁴ Anexo 8.2.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

supuesto está referido al *"Incumplimiento en el horario establecido para la preparación de recetas."*

477. Sobre la validez de la penalidad, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente:

Conforme al numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a *"Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos que les sea aplicable, aprobados por QALIWARMA."* y *"Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."*

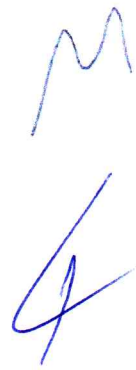
De acuerdo con el literal d) del numeral 59 de la sección V.7 del Manual de Compras³⁴⁵, se tiene que el cronograma de preparación de raciones a ser presentada por el Contratista a la firma del Contrato, debe indicar que la producción de raciones *"no debería iniciar antes de las 02:00 a.m. para las raciones a entregar en el turno mañana y antes de las 10:00 a.m. para las raciones a entregar en el turno de la tarde."*

El Contratista ha reconocido en su Carta N° 045-08.14 que el proceso de producción inició una hora antes del horario establecido para ello cuando manifiesta que: *"(...) se tomó la acción preventiva de iniciar con anticipación la producción (...)".*

A fin de justificar la hora de inicio del proceso de producción, el Contratista sostiene que tomó esa decisión a fin de evitar algún perjuicio a los beneficiarios del servicio, pues, las vías del distrito de San Juan de Lurigancho se encontraban cerradas. Este hecho, a su parecer, configura *"algo fortuito"* que ni el programa ni los proveedores han podido prever.

Sobre el cambio de horario de producción, este Tribunal Arbitral concluye que el Contratista no ha acreditado que esta modificación (acción preventiva) haya sido coordinada con el personal de la Entidad. Una de las partes no puede modificar unilateralmente lo pactado. Por tanto, el Tribunal

³⁴⁵ Página 24 del Manual de Compras que fue adjuntado mediante el escrito presentado el 9 de febrero de 2018 por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Arbitral concluye que el Contratista inició el proceso de producción una hora antes del horario pactado, sin previa autorización por parte de la Entidad.

478. Por otro lado, respecto a la naturaleza fortuita del hecho que alega el Contratista, se concluye lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras, no corresponde la aplicación de penalidades cuando el incumplimiento se genere por un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. Para tal efecto, el Contratista deberá solicitar por escrito la inaplicación de penalidades dentro de las 48 horas de ocurrido el incumplimiento.

En el caso bajo análisis, se tiene que el Contratista ha presentado el Plan de desvío Vehicular³⁴⁶ como medio de prueba, el cual, a criterio del Tribunal, acredita la existencia del hecho manifestado por el Contratista con relación al cierre de las vías de acceso.

Al respecto, este Tribunal Arbitral considera que, el caso fortuito o fuerza mayor, como eximente de responsabilidad, debe ser debidamente sustentado.

No basta acreditar la existencia del hecho fáctico, en este caso, el cierre de las vías de acceso al distrito de San Juan de Lurigancho, sino que debe acreditarse y sustentarse que el cierre de las vías de acceso al distrito de San Juan de Lurigancho, es un acontecimiento imprevisible, extraordinario e irresistible, tal y como lo exige el artículo 1315º del Código Civil³⁴⁷, y que dicho hecho fáctico hizo que *"el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la prestación del servicio en las condiciones pactadas"* como lo establece el citado numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras. Si bien el Plan de desvío Vehicular acredita el cierre de las vías de acceso al distrito de San Juan de Lurigancho, ese hecho por sí mismo, no acredita que sea imprevisible, extraordinario e irresistible. El Contratista, como deudor de la obligación, es a quien le corresponde acreditar que el hecho es imprevisible, extraordinario e irresistible, dado que, verificado un incumplimiento, se

³⁴⁶ Anexo 6.1.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁴⁷ Artículo 1315 del Código Civil.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

presume que el mismo corresponde a culpa leve del deudor, como lo expresa el artículo 1329° del Código Civil.

Adicionalmente, el Contratista tampoco acreditó cómo el cierre de las vías de acceso al distrito de San Juan de Lurigancho implicó que se encuentre imposibilitado de cumplir con la prestación del servicio en las condiciones pactadas.

479. A criterio de este Tribunal Arbitral, el Contratista no ha acreditado que se encuentre dentro del supuesto contenido en el numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras.
480. Conforme con el análisis efectuado por el Tribunal Arbitral, se concluye que la penalidad N° 63 ha sido válidamente aplicada. Por tanto, no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia de esta penalidad.

Acerca de la Penalidad 64

481. Mediante Informe N° 012-2014-MIDIS/PNAEQW-MC-UTLMC-RCASTRO³⁴⁸ remitido el 25 de agosto de 2014, el personal de la Entidad informa acerca de los hechos ocurridos en el establecimiento del Contratista. Ciertamente, dicho informe detalla que, durante la supervisión³⁴⁹ del 20 de agosto de 2014, el supervisor se apersonó a la planta del Contratista, en donde no pudo verificar la producción de la elaboración del pan y proceso de cocción del huevo, toda vez que se había comenzado a producir antes del horario establecido para ello.
482. Al respecto, el Contratista, mediante Carta N° 044-08.14³⁵⁰ remitido el 25 de agosto de 2014, sostiene que la hora anticipada del inicio del proceso, específicamente de la cocción del huevo, se debió a una directiva mal entendida por el personal de la planta. Argumenta también que, debido a las obras que se estaban realizando en el distrito de San Juan de Lurigancho, se generó el cierre parcial y/o total de la entrada al distrito. Razón por la cual,

³⁴⁸ Anexo 8.3.2 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁴⁹ Anexo 8.3.1 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁵⁰ Anexo 8.3.3 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)
José Antonio Cárdenas Reynaga
Eduardo Solís Tafur

informó al personal que el inicio del proceso de producción debía ser una hora antes del horario, sin embargo, el personal entendió que se debía iniciar el proceso de producción una hora antes de su ingreso a labores.

483. En virtud de lo expuesto por las partes, cabe precisar que el supuesto de incumplimiento, conforme la cláusula décima del contrato bajo análisis está referido a una de las causales de aplicación de penalidades, la cual se reproduce a continuación: *"Incumplimiento en el horario establecido para la preparación de recetas."*

484. Con relación a la validez de la penalidad, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a *"Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos que les sea aplicable, aprobados por QALIWARMA."* y *"Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."*

De acuerdo con el literal d) del numeral 59 de la sección V.7 del Manual de Compras³⁵¹, el cronograma de preparación de raciones a ser presentada por el Contratista a la firma del Contrato, debe indicar que la producción de raciones *"no debería iniciar antes de las 02:00 a.m. para las raciones a entregar en el turno mañana y antes de las 10:00 a.m. para las raciones a entregar en el turno de la tarde."*

El Contratista reconoce de forma expresa en su Carta N° 044-08.14 que *"(...) se tomó como acción preventiva el iniciar el proceso de producción una hora antes, sin embargo el personal de planta lo tomo como iniciar el proceso de producción una hora antes de su entrada a labores."*

A fin de justificar la hora de inicio del proceso de producción, el Contratista sostiene que tomó esa decisión debido al cierre de las vías del distrito de San Juan de Lurigancho. Este hecho, a su parecer, configura un "suceso fortuito" y/o "fuerza mayor", que ni el programa ni los proveedores han podido prever.

³⁵¹ Página 24 del Manual de Compras que fue adjuntado mediante el escrito presentado el 9 de febrero de 2018 por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Soís Tafur

Sobre el cambio de horario de producción, este Tribunal Arbitral concluye que el Contratista no ha acreditado que esta modificación (acción preventiva) haya sido coordinada con el personal de la Entidad. Una de las partes no puede modificar unilateralmente lo pactado. Por tanto, el Tribunal Arbitral concluye que el Contratista inició el proceso de producción una hora antes del horario pactado, sin previa autorización por parte de la Entidad.

485. Por otro lado, respecto a la naturaleza fortuita del hecho que alega el Contratista, se concluye lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras, no corresponde la aplicación de penalidades cuando el incumplimiento se genere por un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. Para tal efecto, el Contratista deberá solicitar por escrito la inaplicación de penalidades dentro de las 48 horas de ocurrido el incumplimiento.

En el caso bajo análisis, se tiene que el Contratista ha presentado el Plan de desvío Vehicular³⁵² como medio de prueba, el cual, a criterio del Tribunal, acredita la existencia del hecho manifestado por el Contratista en relación al cierre de las vías de acceso. No obstante, el Tribunal Arbitral considera que, el caso fortuito o fuerza mayor, como eximente de responsabilidad, debe ser debidamente sustentado.

No basta acreditar la existencia del hecho fáctico, sino que debe acreditarse y sustentarse que dicho hecho fáctico, es un acontecimiento imprevisible, extraordinario e irresistible, tal y como lo exige el artículo 1315° del Código Civil³⁵³, y que hizo que "el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la prestación del servicio en las condiciones pactadas" como lo establece el citado numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras.

El Contratista, como deudor de la obligación, es a quien le corresponde acreditar que el hecho es imprevisible, extraordinario e irresistible, dado que, verificado un incumplimiento, se presume que el mismo corresponde a culpa leve del deudor, como lo expresa el artículo 1329° del Código Civil.

³⁵² Anexo 8.3.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el contratista.

³⁵³ Artículo 1315 del Código Civil.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Adicionalmente, el Contratista tampoco acreditó cómo el cierre de las vías de acceso al distrito de San Juan de Lurigancho implicó que se encuentre imposibilitado de cumplir con la prestación del servicio en las condiciones pactadas.

486. A criterio de este Tribunal Arbitral, el Contratista no ha acreditado que se encuentre dentro del supuesto contenido en el numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras.
487. Conforme con el análisis efectuado por el Tribunal Arbitral, se concluye que la penalidad N° 64 ha sido válidamente aplicada. Por tanto, no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia de esta penalidad.

Acerca de la Penalidad 65

488. Mediante Informe N° 017-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-RATUNGA UTLM³⁵⁴ de fecha 26 de agosto de 2014, el personal de la Entidad informa que, durante la supervisión del día 19 de junio de 2014 se consignó en el Acta de Supervisión³⁵⁵ que, en el establecimiento del Contratista, no se cumplió con la formulación exigida de los bebibles, toda vez, que, según indica la Entidad, las ollas utilizadas por el Contratista tenían una capacidad de 400 raciones cumpliendo con la formulación y no de 460 raciones.
489. Por su parte, el Contratista, mediante la Carta Notarial N° 025-06.14³⁵⁶ remitida el 01 de julio de 2014, manifiesta que, "(...) se coordinó con el especialista Alimentario del PNAE Qali Warma, Ing. Américo Vergara, que se realizaría la modificación correspondiente a los gramajes de agua por cada ración, de manera que se pueda obtener los rendimientos adecuados".
490. En virtud de lo indicado por las partes, el supuesto de incumplimiento que viene siendo discutido está referido a la primera causal contenida en el

³⁵⁴ Anexo 8.4.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁵⁵ Anexo 8.4.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁵⁶ Anexo 8.4.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Salís Tafur

segundo cuadro de penalidades de la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

“Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad.”

491. Respecto de la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a *“Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA”* y a *“Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.”*

Que, respecto del caso en concreto, el Contratista ha manifestado en su Carta N° 025-06.14 lo siguiente:

“Debido a lo conversado en las coordinaciones se procedió a reformular la cantidad de agua que se vierte a fin que el rendimiento sea el adecuado y que cumpla con lo establecido por el programa Qali Warma, por lo que en la actualidad en nuestras UPB, luego de las coordinaciones realizadas con el Ing. Vergara se vienen aplicando.”

Asimismo, el Contratista ha presentado el certificado de calidad N° 2606141210³⁵⁷, mediante el cual se acredita, efectivamente, que las raciones elaboradas el día 19 de junio de 2014 cumplen con las características de peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial que exigen las Fichas Técnicas de Producción de Recetas. No obstante, estas fichas también exigen el cumplimiento de la formulación de las raciones.

Sobre esto último, el Tribunal Arbitral concluye que el propio Contratista ha reconocido expresamente que realizó una reformulación a la receta establecida por el PNAEQW. Así pues, el Contratista indica que dicha

³⁵⁷ Documento adjunto al escrito “Cumplimos con detallar medios probatorios” de fecha 5 de agosto de 2019.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Sorio Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

reformulación se efectuó en virtud de las coordinaciones que se dieron con el especialista alimentario del PNAEQW Ing. Américo Vergara. No obstante, no ha adjuntado algún medio de prueba que logre acreditar las coordinaciones con el especialista alimentario del PNAEQW, ni que exista un acuerdo de las partes para la modificación de la formulación de la receta. Por ende, se concluye que el Contratista no cumplió con la formulación establecida originariamente en las Fichas Técnicas de Producción de Recetas, lo cual, según el Contrato genera la aplicación de penalidades.

492. Cabe indicar que, el Contratista ha sostenido que, para la aplicación de este tipo de penalidades corresponde que la Entidad cuente con análisis y/o exámenes de un tercero imparcial especializado. Al respecto, de acuerdo al numeral 13.3 de la cláusula décimo tercera del Contrato, es cierto que la Entidad puede contar con la opinión de terceros especializados, no obstante, el Tribunal Arbitral interpreta que esta es una facultad, más no una obligación de parte de la Entidad. Se concluye lo anterior, toda vez, que el numeral indicado establece que *"Qali Warma podrá coordinar con las entidades públicas o privadas competentes en materia de salud y nutrición"*.

493. Conforme con el análisis efectuado por el Tribunal Arbitral, se concluye que la penalidad N° 65 ha sido válidamente aplicada. Por tanto, no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia de esta penalidad.

Acerca de la Penalidad 66

494. Mediante Informe N° 016-2014-MIDIS-PNAEQW/US&M-MP-larrunategui³⁵⁸ de fecha 19 de septiembre de 2014, el personal de la Entidad comunica que durante la supervisión³⁵⁹ del día 27 de agosto de 2014, se constató que el Contratista no entregó todos los certificados del personal, puesto que, faltaron 2 certificados. Esto, según la Entidad, configura un incumplimiento, toda vez que el Contratista no cumple con demostrar los controles médicos del personal manipulador de alimentos.

³⁵⁸ Anexo 8.5.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁵⁹ Anexo 8.5.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)
José Antonio Cárdenas Reynaga
Eduardo Solís Tafur

495. Al respecto, el Contratista, mediante la Carta N° 053-08.14³⁶⁰ remitido el día 29 de agosto de 2014, adjunta los certificados faltantes, con los cuales, indica, se acredita que los operarios han cumplido con la realización de exámenes médicos correspondientes. Además de ello, precisa que la demora en la entrega de los certificados se debe a que el personal es nuevo.

496. En virtud de lo alegado por las partes, la penalidad se funda en un supuesto de incumplimiento que está referido a una causal que genera la aplicación de penalidades, la cual se reproduce a continuación:

"No contar con los documentos que acrediten la realización de controles médicos semestrales del personal manipulador de alimentos."

497. Sobre la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 de la cláusula octava del contrato, el Contratista está obligado a *"Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA"*.

Mediante la Carta N° 053-08.14, el Contratista reconoce de forma expresa que, durante la supervisión del día 27 de agosto de 2014, no se contaban con todos los certificados médicos que acrediten los controles médicos correspondientes del personal manipulador de alimentos. Razón por la cual, adjuntan las Constancias de Atención de los operarios faltantes.

Es necesario indicar, que la finalidad de la obligación de presentar los certificados de análisis está referida a permitir que el personal de supervisión conozca y verifique el estado de salud del personal que manipula los alimentos, con esto se busca evitar cualquier transmisión de enfermedades a los beneficiarios del servicio. Es por ello, que, no cabe entender que los documentos (certificados médicos) puedan tramitarse y entregarse de forma posterior a la fecha de supervisión, pues, se genera una situación de incertidumbre y existe la posibilidad de que los resultados arrojen un resultado

³⁶⁰ Anexo 8.5.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

positivo sobre algún padecimiento y se coloque en una situación de peligro a los beneficiarios, los niños.

En ese sentido, se concluye que el Contratista no presentó de manera oportuna los documentos que acrediten la realización de análisis clínico del personal durante la supervisión. Por tanto, esta situación constituye un hecho que se subsume en la causal de incumplimiento prevista en el Contrato.

498. En virtud de lo indicado, el Tribunal Arbitral considera que el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones. Por tanto, no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia de la penalidad N° 66.

Acerca de la Penalidad 67

499. Mediante Informe N° 261-2014-MIDIS/PNAEQW -UTLMC-msotomayor³⁶¹ de fecha 29 de octubre de 2014, el personal de la Entidad informa que, durante la supervisión³⁶² realizada el día 27 de junio de 2014, el Contratista proporcionó el certificado N° 040614AM/FQ/M³⁶³ correspondiente al insumo almidón de maíz con lote de producto 14-150, fecha de producción 30 de mayo de 2014 y fecha de vencimiento 30 de mayo de 2015. No obstante, indica que, en dicho certificado, no se encuentran completos los ensayos microbiológicos exigidos, los cuales son: N. Mohos, N. Escherichia Coli, N. Bacillus cereus y Detención de Salmonella. Por el contrario, el certificado presentado solo contiene los ensayos microbiológicos: Coliforme Totales, Bacillus Cereus, Mohos y Salmonella, faltando el ensayo de N. Escherichia Coli. Por otro lado, la Entidad sostiene que el certificado N° 1426440³⁶⁴ proporcionado por el Contratista, fue remitido en fecha posterior a la supervisión del día 27 de junio de 2014.

³⁶¹ Anexo 8.6.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁶² Anexo 8.6.6 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁶³ Anexo 8.6.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁶⁴ Anexo 8.6.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

500. Por su parte, mediante Carta N° 026-07.14³⁶⁵ de fecha 02 de julio de 2014, el Contratista manifiesta que, respecto del certificado N° 040614AM/FQ/M y el certificado N° 142644, se cumplió con realizar todos los análisis de acuerdo con la R.M. N°591-2008/MINSA "Norma Sanitaria que establece los criterios microbiológicos de calidad sanitaria e inocuidad para los alimentos y bebidas de consumo humano."

501. En virtud de lo indicado por las partes, el supuesto de incumplimiento que genera la aplicación de la penalidad bajo análisis está referido a la primera causal contenida en el segundo cuadro de penalidades de la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

"Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad."

502. Respecto a la validez de la penalidad aplicada, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a "Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA" y a "Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."

De acuerdo con las Fichas Técnicas de Alimentos referido al almidón de maíz de maicena³⁶⁶, como requisitos microbiológicos se establecieron 4 agentes microbiológicos: Mohos, Escherichia Coli, Bacillus cereus y Salmonella sp. Asimismo, sobre los requisitos físicos-químicos, la Fichas indican que el producto (almidón de maíz debía cumplir con: Energía : Mínimo 356 kcal, Grasa : Mínimo 0.08%, Fibra : Mínimo 0.6 % y Proteínas : Mínimo 0.41%.³⁶⁷

³⁶⁵ Anexo 8.6.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁶⁶ Anexo 6.5.8 del escrito "Cumplimos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁶⁷ Anexo 1-B del escrito "Cumplimos mandato y ofrecemos nuevos medios de prueba" presentado el 21 de agosto de 2019.



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: **NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA**

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

a) Respetto de los requisitos fisicoquímicos

El Tribunal Arbitral considera que el certificado N°142644 de fecha 4 de junio de 2014 presentado por el Contratista, logra acreditar que el producto (almidón de maíz) de Lote 14-150 cumple con los requisitos fisicoquímicos exigidos por la Ficha Técnica de Alimentos, pues contiene valores por encima de los valores exigidos respecto de la energía, grasa, fibra y proteínas.

Dado que no se ha acreditado que este documento fue presentado durante la supervisión, se concluye que el Contratista no ha podido acreditar que haya cumplido de manera oportuna con dicha obligación.

La presentación oportuna de dichos documentos resulta relevante dado que, una interpretación de buena fe de lo pactado permite inferir que la presentación de esos documentos, que son importantes para la protección sanitaria de los beneficiarios del servicio, necesariamente deben ser entregados al momento de la supervisión y no en una oportunidad posterior. Además, conforme con el Contrato y demás disposiciones aceptadas por las partes, el Contratista debe facilitar la facultad de supervisión de la Entidad, lo cual, no se cumple si es que no cumple con la totalidad de los documentos pactados, de manera oportuna.

b) Respetto de los exámenes microbiológicos

El Tribunal Arbitral considera que el certificado N° 040614AM/FQ/M proporcionado como medio de prueba no cumple con lo requerido en las Fichas Técnicas de Alimentos, toda vez, que el certificado en cuestión presenta únicamente los ensayos microbiológicos de: Coliformes totales, Bacillus cereus, Mohos y Salmonella. No incluye el ensayo de N. Escherichia Coli. De modo que, no se cumple con lo exigido en las Fichas Técnicas de Alimentos, lo cual configura la aplicación de penalidades.

503. En virtud de todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones. Por tanto, corresponde declarar que la penalidad 67 ha sido válidamente aplicada por la Entidad, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Acerca de la Penalidad 68



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

504. Mediante Informe N° 004A-2014-MIDIS-PNAEQW-MC-UTLMC-SPEREA³⁶⁸ remitido el 3 de octubre de 2014 e Informe N° 262-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-msotomayor remitido el 30 de octubre de 2014, el personal de la Entidad informó sobre los hechos ocurridos durante la supervisión realizada el día 30 de junio de 2014 en el establecimiento del Contratista. En dicho informe se establece que el día de la supervisión³⁶⁹, al momento de realizar la verificación de existencias de materia prima e insumos, se observó que el Certificado N° 310514H/FQ/M³⁷⁰ proporcionado por el Contratista, referido a la harina de haba extruida, no cumple con los análisis exigidos por el PNAEQW en las diversas Fichas Técnicas de Alimentos.
505. Al respecto, el Contratista, mediante la Carta N° 027-07.14³⁷¹ remitido el 2 de julio de 2014, alega que los Certificados N° 141873³⁷² y N°142874³⁷³ contienen todos los análisis fisicoquímicos y organolépticos exigidos. Asimismo, precisa que el resultado de estos es conforme a lo establecido en la R.M. N° 451-2006-MINSA "Norma Sanitaria para la fabricación de Alimentos a base de granos y otros, destinados a Programas Sociales de Alimentación". Finalmente, indica que con los certificados proporcionados en dicha carta se evidencia que los análisis fueron practicados con anterioridad al día de la supervisión por un tercero imparcial.
506. En virtud de lo manifestado por las partes, el supuesto de incumplimiento que genera la aplicación bajo análisis está referido a la primera causal contenida en el segundo cuadro de penalidades de la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

³⁶⁸ Anexo 8.7.5 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁶⁹ Anexo 8.7.6 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁷⁰ Este documento no ha sido proporcionado como medio de prueba por ninguna de las partes.

³⁷¹ Anexo 8.7.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁷² Anexo 8.7.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁷³ Anexo 8.7.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguiar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Soñis Tafur

“Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad.”

507. Respecto a la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 de la cláusula octava del contrato, el Contratista está obligado a *“Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA.”* y a *“Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.”*

De acuerdo con el numeral 8.3 de la cláusula octava del Contrato, corresponde indicar que el Contratista se encuentra en la obligación de brindar todas las facilidades al personal de la Entidad a efectos de que realicen la supervisión y verificación del cumplimiento de lo estipulado en el Contrato, las Bases y demás disposiciones.

En el caso en concreto, en el Acta de Supervisión³⁷⁴ de fecha 30 de junio de 2014, el mismo responsable del establecimiento del Contratista manifestó que los *“(…) certificados están en el local central de ATE”*.

Sobre esto último, el Tribunal Arbitral concluye que lo manifestado por el personal del Contratista acredita que, como señala la Entidad, el Contratista no presentó los certificados correspondientes el día de la Supervisión.

Si bien la prestación puede ser sometida a un plazo, como modalidad del negocio jurídico, en caso las partes no hayan pactado la posibilidad de diferir el cumplimiento de la prestación para una oportunidad posterior, el contrato debe cumplirse en la oportunidad correspondiente y no en un tiempo posterior.

Conforme con lo pactado, la verificación de los documentos se realiza con ocasión de la supervisión. Razón por la cual, se advierte que el Contratista no

³⁷⁴ Anexo 8.7.6 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

cumplió, acorde el principio de oportunidad de la prestación, con las obligaciones a su cargo durante la supervisión.

La presentación oportuna de dichos certificados resulta relevante dado que, una interpretación de buena fe de lo pactado, no permite inferir que la presentación de esos documentos, importantes para la protección sanitaria de los beneficiarios del servicio, puedan ser entregados en un momento posterior. Además, conforme con el Contrato y demás disposiciones aceptadas por las partes, el Contratista debe facilitar la facultad de supervisión de la Entidad, lo cual, no se cumple si es que no se presenta la totalidad de los documentos pactados, de manera oportuna.

508. En virtud de lo mencionado hasta aquí, se concluye que el Contratista no ha presentado los certificados correspondientes en la oportunidad debida, esto es, el día de la supervisión.

509. Además, cabe precisar lo siguiente:

a) Respecto de los requisitos microbiológicos:

Mediante el Certificado N° 310514H/FQ/M, el Contratista, como reconoce la Entidad en el informe N° 004A-2014-MIDIS-PNAEQW-MC-UTLMC-SPEREA, acredita de manera oportuna la realización de los exámenes microbiológicos exigidos en la Ficha Técnica de Alimentos.

b) Respecto de los requisitos organolépticos

Al respecto, mediante el Certificado N° 142874 (presentado de manera tardía) el Contratista acredita que el producto (Harina de haba extruida) de lote 14-146 cumple con los requisitos organolépticos exigidos en la Ficha Técnica de Alimento.

c) Respecto de los requisitos fisicoquímicos del producto



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: **NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA**

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

De acuerdo con la Ficha Técnica de Alimentos³⁷⁵ referida a la harina de haba extruida³⁷⁶, se exige como requisito la realización de ensayos fisicoquímicos sobre: humedad, acidez, índice de gelatinización, índice de peróxido y aflatoxinas.

Al respecto, el día de la supervisión el Contratista únicamente acreditó, mediante el Certificado N° 310514H/FQ/M, la realización de exámenes microbiológicos y los análisis fisicoquímicos de humedad del producto (Harina de haba extruida)³⁷⁷. Sin embargo, respecto de los demás análisis fisicoquímicos (acidez, índice de gelatinización, índice de peróxido y aflatoxinas) no presentó documento alguno.

Sin embargo, mediante el Certificado N° 141873 (presentado de manera tardía) acredita que el producto (Harina de haba extruida) de lote 14-146 cumple con los requisitos fisicoquímicos: índice de gelatinización, índice de peróxido y aflatoxinas, pero de la revisión de dicho certificado este Tribunal concluye que no se cumple con el requisito del análisis de la acidez del producto, tal y como lo exige la Ficha Técnica de Alimento.

510. Conforme con lo analizado, el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones.
511. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia de la penalidad 68.

Acerca de la Penalidad 69

512. Mediante Informe N° 010A/07/MIDIS/PNAEQW/UTLMC/MCC/GSALDARRIAGA³⁷⁸ de fecha 30 de julio de 2014, el personal de la Entidad informa acerca de los hechos ocurridos

³⁷⁵ Anexo 1-B del escrito "Cumplimos mandato y ofrecemos nuevos medios de prueba" presentado el 21 de agosto de 2019.

³⁷⁶ Anexo 4.4.8 del escrito "Cumplidos Requerimiento" con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁷⁷ Esta información puede ser constatada en el Informe N° 004A-2014-MIDIS-PNAEQW-MC-UTLMC-SPEREA.

³⁷⁸ Anexo 8.8.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

en el establecimiento del Contratista el día 31 de marzo de 2014. Estos hechos han sido consignados en el Acta de Supervisión³⁷⁹ de fecha 31 de marzo de 2014. Según los documentos antes indicados, el Contratista incumplió con la dosificación establecida en las Fichas Técnicas de producción de recetas, puesto que no agregó a la elaboración la cantidad de leche evaporada requerida.

513. Por su parte, el Contratista, mediante su Carta de fecha 02 de abril de 2014³⁸⁰, sostiene que el día de la supervisión "(...) se prepararon 34 ollas para el Nivel Primario para realizar la atención de 13514, las cuales se distribuyeron en 33 ollas, por lo que sobraba una olla, por lo que, realizando el cálculo con esta olla sobrante, se cumple con las cantidades de leche por ración." Asimismo, indica que posee los Certificados N° 0744140355³⁸¹ y N° 0744140344³⁸².
514. En virtud de lo manifestado por las partes, la penalidad bajo análisis se fundamenta en un supuesto de incumplimiento que, acorde con la cláusula décimo quinta del contrato, es una causal que genera la aplicación penalidades.

"Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad."

515. En relación con la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a "Entregar a las Instituciones Educativas

³⁷⁹ Anexo 8.8.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁸⁰ Anexo 8.8.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁸¹ De la revisión de los medios de prueba se tiene que este certificado no ha sido proporcionado como medio de prueba por ninguna de las partes.

³⁸² Este documento ha sido presentado mediante el escrito "Cumplimos con detallar medios probatorios" de fecha 5 de agosto de 2019 presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)
José Antonio Cárdenas Reynaga
Eduardo Solís Tafur

Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales".

La Ficha Técnica de producción de recetas (bebible de harina de haba con leche y pan con mantequilla) de código RA6B1RA6A1RA establece que para el nivel primaria cada bebibible debe contener 73 gr de leche evaporada.

Sobre la cantidad de ollas elaboradas:

516. Para el caso en concreto, según el informe N° 010A/07/MIDIS/PNAEQW/UTLMC/MCC/GSALDARRIAGA, el día 31 de marzo de 2014 se debe cumplir con elaborar 13 514 raciones para el nivel primaria. Al respecto, consta en el Acta de Supervisión de fecha 31 de marzo de 2014, que el Contratista preparó 36 batch (ollas) cada una con un aproximado de 120 lt, de las cuales 33 estaban destinadas para el nivel primaria y las tres restantes para el nivel inicial.

Al respecto, el Contratista, mediante carta de fecha 02 de abril de 2014, manifiesta que el día de la supervisión elaboró 34 ollas para el nivel primaria, pero estas fueron distribuidas en 33 ollas. Sobre esto, cabe indicar que no hay medio de prueba alguno que acredite lo manifestado por el Contratista. Por otro lado, cabe resaltar que en el Acta de Supervisión el responsable del establecimiento del Contratista reconoció de forma expresa que ese día se elaboraron 36 ollas únicamente, esto implica que existen 33 ollas destinadas para el nivel primaria y las tres restantes para el nivel inicial. Por lo tanto, se tiene por no acreditado lo manifestado por el Contratista respecto de la olla sobrante de bebibible para el nivel primario.

517. Ahora bien, respecto de la cantidad de leche evaporada utilizada, en la Carta de fecha 02 de abril de 2014, el Contratista reconoce que agregó 73 unidades de leche evaporada de 400 gr. a cada una de las ollas correspondientes al nivel primaria que, como se indicó anteriormente, fueron treinta y tres (33). Al respecto, para las 13, 514 raciones se debe incorporar 986.52 kg³⁸³, para que cada bebibible cumpla con el porcentaje de leche evaporada que exige la Ficha Técnica de Producción.

³⁸³ Se realiza el cálculo multiplicando el número de raciones (13, 514) por 75gr que debe contener cada ración.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Sin embargo, realizando el cálculo correspondiente, se tiene que el Contratista no cumplió con agregar la cantidad de leche evaporada exigida en la Ficha Técnica de producción de raciones, toda vez que incorporó únicamente 963.60 kg³⁸⁴ y no 986.52 kg.

518. Por otro lado, el Contratista, ha indicado que posee los Certificados N° 0744140355³⁸⁵ y N° 0744140344³⁸⁶, los cuales, según indica, acreditan que el bebible es conforme con el aporte nutricional exigido. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que el certificado N° 0744140344, el único presentado, acredita que el bebible cumple con los requisitos de energía-proteína-hierro, físico sensorial y peso, pero no logra acreditar que se haya cumplido con la formulación que también es uno de los requisitos.
519. Así pues, en virtud de lo expuesto en los puntos anteriores, se concluye que no se ha acreditado que el día de la supervisión el Contratista haya cumplido con la formulación exigida en las Fichas Técnicas de Producción de Recetas, la cual, según el numeral 8.2 de la cláusula octava del Contrato, debe seguirse y respetarse de manera estricta, pues constituye una de las condiciones contractuales necesarias para el cumplimiento de la prestación.
520. Conforme con lo analizado, el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones, lo cual genera la aplicación de penalidades.
521. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia de la penalidad 69.

Acerca de la Penalidad 70

³⁸⁴ El Contratista utilizó 73 unidades de leche evaporada de 400 gr en cada olla, de modo que, en 33 ollas se utilizaron 2, 409 unidades de 400gr. Con ello, se tiene como resultado que se utilizó en total 963.60 kg de leche evaporada en la producción de los bebibles para nivel primaria.

³⁸⁵ De la revisión de los medios de prueba se tiene que este certificado no ha sido proporcionado como medio de prueba por ninguna de las partes.

³⁸⁶ Este documento ha sido presentado mediante el escrito “Cumplimos con detallar medios probatorios” de fecha 5 de agosto de 2019 presentado por el Contratista.



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

522. Mediante Informe N° 00014-2014-MIDIS-PNAEQW-etalavera³⁸⁷ remitido el 09 de diciembre de 2014 e Informe N° 00018-2014-MIDS-PNAEQW-UTLMC-etalavera³⁸⁸ de fecha 19 de diciembre de 2014, el personal de la Entidad informó acerca de los hechos sobrevenidos en el establecimiento del Contratista durante la supervisión del día 03 de diciembre de 2014. Estos hechos se plasmaron en el Acta de Supervisión³⁸⁹ de fecha 03 de diciembre de 2014. En los mencionados informes se indicó que el día de la supervisión se detectó una no conformidad de formulación, ya que, al final del proceso productivo, indica la Entidad, se evidenció un sobrante de 174 raciones del nivel primaria.
523. Al respecto, el Contratista, mediante Carta N° 107-12.14³⁹⁰ de fecha 05 de diciembre de 2014, sostiene que "(...) se utilizó un mayor número de insumos en la producción, debido a que por una distracción del personal." No obstante, manifiesta que dicho acto no debería generar mayor preocupación, puesto que en el acta de supervisión no se encuentra observación alguna respecto a la calidad (gramaje) de lo producido.
524. En virtud de lo manifestado por las partes, se tiene que la penalidad bajo análisis se funda en el supuesto de incumplimiento referido a la primera causal del segundo cuadro de penalidades contenido en la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

"Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (Formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad."

Sobre la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente:

³⁸⁷ Página 195 del PDF 6 contenido en el CD presentado por la Entidad mediante escrito 'Absolvemos Resolución. N°20 e incorporamos nuevos medios de prueba' de fecha 13 de agosto de 2018.

³⁸⁸ Anexo 8.9.5 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁸⁹ Anexo 8.9.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁹⁰ Anexo 8.9.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soría Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tatur

Conforme con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista está obligado a *"Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos que les sea aplicable, aprobados por QALIWARMA."* y *"Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."*

Que, el Contratista reconoce de forma expresa en su Carta N°107-12.14 de fecha 05 de diciembre de 2014, que *"se utilizó un número mayor de insumos en la producción, debido a una distracción del personal"*. Al respecto, este Tribunal Arbitral concluye que esta manifestación acredita que, efectivamente, no se realizó la producción de raciones conforme lo establecido en las Fichas Técnicas de Producción sobre la formulación de raciones, la cual, según el numeral 8.2 de la cláusula octava del contrato, debe seguirse y respetarse de forma estricta, pues, son las condiciones contractuales en las cuales debe cumplirse la prestación.

Adicionalmente, el Contratista ha indicado que para la aplicación de este tipo de penalidades corresponde que la Entidad cuente con análisis y/o exámenes de un tercero imparcial especializado. Al respecto, de acuerdo al numeral 13.3 de la cláusula décimo tercera del Contrato, es cierto que la Entidad puede contar con la opinión de terceros especializados, no obstante, este Tribunal entiende que esta es una facultad, más no una obligación de parte de la Entidad. Se concluye lo anterior, toda vez, que el numeral indicado establece que *"Qali Warma podrá coordinar con las entidades públicas o privadas competentes en materia de salud y nutrición"*.

525. Por tanto, se concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones. En ese sentido, este Tribunal Arbitral concluye que la penalidad 70 ha sido aplicada válidamente, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Acerca de la penalidad 71



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

526. Según el cuadro presentado por la Entidad³⁹¹ que contiene la absolución a medios probatorios proporcionados por el Contratista, sobre la penalidad 71 se precisa que el proveedor no cumplió con entregar las raciones de acuerdo con lo pactado en el contrato, toda vez que durante la supervisión realizada el día 19 de noviembre de 2014, el personal de la Entidad determinó la paralización de la producción de raciones, ello como consecuencia de una deficiencia de hermeticidad tanto en la ventana de la fachada y en la puerta de despacho. Esta paralización generó la no entrega de raciones.
527. Al respecto, el Contratista, mediante la Carta N° 097-11.14³⁹² remitida el 21 de noviembre de 2014, sostiene que la falta de hermeticidad argumentada es una zona en donde no se pone en peligro la inocuidad de los alimentos, toda vez, que dicha fachada conecta con una zona de tránsito del producto que se encuentra envasado. Asimismo, indica que la deficiencia en hermeticidad se encontraba en el segundo piso, el cual no forma parte de la zona de producción, por tal razón, no constituye ningún peligro y/o riesgo para la inocuidad de los alimentos. Por lo indicado, el Contratista concluye que la decisión de paralizar la producción de raciones no tiene sustento.
528. En virtud de lo manifestado por las partes, la penalidad 71 se fundamenta en un supuesto de incumplimiento que, de acuerdo a la cláusula décimo quinta del contrato, configura una causal para la aplicación de penalidades.

"Incumplimiento en la entrega diaria de raciones en las Instituciones Educativas (no entrega de raciones)."

529. Sobre la validez de la penalidad, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a *"Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos que les sea aplicable, aprobados por QALIWARMA."* y *"Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones*

³⁹¹Cuadro de absolución a medios probatorios del contratista respecto a penalidades en controversia. Dicho cuadro ha sido presentado por la Entidad mediante el escrito "Absolvemos Resolución N°20 e incorporamos nuevos medios de prueba" de fecha 13 de agosto de 2018 (Tomo 5)

³⁹² Anexo 8.10.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."

De acuerdo con el numeral 72 de la sección VI.4 del Manual de Compras, "Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengas las condiciones higiénico sanitarias, operativas y de producción que dieron lugar a que fueran contratados (...)."

De acuerdo con el numeral 74 de la sección VI.4 del Manual de Compras, "Si como resultado de las acciones de supervisión, se detectaran situaciones que resulten susceptibles de poner en riesgo la salud de los usuarios, en atención a los lineamientos técnicos aprobados por la Unidad de Supervisión y Monitoreo, Qali Warma podrá suspender temporalmente la producción de las raciones (desayunos y/o almuerzos) y/o suspender la distribución de los productos o raciones, sin perjuicio de la aplicación de penalidades y/o resolución del contrato de pleno derecho, conforme con lo establecido en el presente manual."

530. Que, mediante Carta N° 097-11.14, el Contratista indica que la falta de hermeticidad corresponde a una zona donde no era posible poner en riesgo los alimentos. Precisamente, manifiesta que la falta de hermeticidad se encontraba en la ventana de una fachada del segundo piso y en puerta de despacho.

Al respecto, de la revisión de los medios de prueba aportados por las partes, no hay medio de prueba que acredite lo manifestado por el Contratista en su carta de descargo, esto es, la inexistencia de peligro y/o riesgo de la inocuidad de los alimentos debido a las deficiencias en la hermeticidad que, como se sabe, han quedado acreditadas, según lo reconocido por el Contratista, en su Carta Notarial sobre la falta de hermeticidad.

Las partes no han negado el incumplimiento, por lo que opera la presunción de culpa leve del deudor establecida por el artículo 1329 del Código Civil.

Por consiguiente, se concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones. Asimismo, no ha logrado desvirtuar lo manifestado por la Entidad. En ese sentido, corresponde concluir que el día de los hechos se generó una falta de entrega de raciones por causa imputable al Contratista.



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: **NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA**

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

531. En virtud de lo anterior, este Tribunal Arbitral estima que la penalidad 71 ha sido válidamente aplicada, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Penalidades derivadas del Contrato 009-2014 -CC LIMA 6/RAC

532. Mediante el Contrato 009-2014 -CC LIMA 6/RAC de fecha 14 de marzo de 2014, el Comité de Compra Lima 06 contrató al Demandante para la provisión de raciones alimenticias a favor de los beneficiarios de los niveles Inicial y primaria del Ítem San Juan de Lurigancho 5.
533. Sobre las obligaciones del deudor, en la cláusula octava del Contrato bajo análisis se establece lo siguiente:

"CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR

EL PROVEEDOR se sujetará a las siguientes obligaciones:

8.1 *Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por **QALI WARMA**.*

8.2 *Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.*

8.3 *Brindar todas las facilidades necesarias para que **EL COMITÉ** y/o **QALI WARMA**, puedan ejercer su derecho a verificar el cumplimiento de todas y cada una de las prestaciones a cargo de **EL PROVEEDOR**, incluyendo aquellas obligaciones relativas a la calidad y cantidad de las raciones materia del presente contrato. En consecuencia, **EL COMITÉ** y/o **QALI WARMA** quedan autorizados a apersonarse a las instalaciones de **EL PROVEEDOR**, a través de representantes acreditados o de terceros contratados para dichos efectos, con la finalidad de verificar el estricto cumplimiento de lo pactado. El ejercicio de este derecho de verificación podrá ser ejecutado por **EL COMITÉ** y/o **QALI WARMA**, en presencia de un representante de **EL***

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)
José Antonio Cárdenas Reynaga
Eduardo Solís Tafur

PROVEEDOR, o ante un notario público o juez de paz, en ausencia del representante de **EL PROVEEDOR**.

8.4 Está prohibido de: (i) ceder su posición contractual, o (ii) subcontratar total o parcialmente la prestación principal, cual es el abastecimiento de raciones o provisión de productos.

8.5 Es el único responsable administrativo, civil y penalmente del cumplimiento o incumplimiento de sus prestaciones.

Queda expresamente establecido que en caso **EL PROVEEDOR** no cumpliera con cualquiera de sus obligaciones, estará sujeto a la resolución del presente contrato."

534. Sobre el particular, es de resaltar que la lista de obligaciones establecidas en el Contrato es una reproducción de lo establecido en el numeral 64 del punto VI.1 del Manual de Compras³⁹³

535. Adicionalmente, el numeral 13.2 de la cláusula décimo tercera del contrato bajo análisis y el numeral 72 del punto VI.4 del Manual de Compras³⁹⁴, contienen el siguiente texto:

"Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengan las condiciones higiénico sanitarias, operativas y de producción que dieron lugar a que fueran contratados, así como el cumplimiento de los términos ofrecidos en las propuestas técnicas. Asimismo, Qali Warma verificará el cumplimiento de las especificaciones técnicas de las raciones y productos contenidas en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas, la vigencia de las certificaciones presentadas en el proceso de manipulación de alimentos, y demás declaraciones y compromisos asumidos por los proveedores. En caso de verificarse el incumplimiento de dichas condiciones, y/o la falsedad o inexactitud de documentos, se procederá a emitir los informes técnicos respectivos con la finalidad de aplicar las penalidades establecidas en el presente Manual de Compras y en el contrato respectivo, y/o resolver el contrato, según corresponda."

³⁹³ Esta sección se encuentra en la página 25 del Manual de Compras.

³⁹⁴ Esta sección se encuentra en la página 27 del Manual de Compras.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

536. Ahora bien, una vez detalladas las obligaciones a las que estaba sujeto el Contratista según el Contrato, se pasará a realizar el análisis correspondiente de cada penalidad que se deriva del Contrato bajo análisis.

Acerca de la Penalidad 72

537. Mediante Carta N° 0145-2014-MIDS/PNAEQW/ULTM/CA³⁹⁵ de fecha 23 de diciembre de 2014, la Entidad le comunica al Contratista sobre la aplicación de penalidades por la no entrega de raciones correspondientes a la I.E. PRONOEI Niño Jesús I. La penalidad abarca la no entrega de raciones durante 29 días, desde el 17 de marzo al 28 de abril de 2014.

538. Al respecto, el Contratista, mediante la Carta Notarial N° 31022-2015³⁹⁶ remitida el 27 de febrero de 2015, manifiesta en su numeral 4 que "NO ES CIERTO QUE NO EXISTA JUSTIFICACIÓN RAZONABLE para explicar lo sucedido con la I.E PRONOEI Niño Jesús I". Por tal motivo indica que "(...) no se puede hablar de manera categórica que hubo CLARIDAD al momento de indicar las cantidades que se debía entregar y menos aún la ubicación de las Instituciones Educativas." Sobre esto último, el Contratista sostiene que remitió Cartas³⁹⁷ a la Entidad informando acerca de los inconvenientes con la dirección y cantidad de raciones a entregar.

Por otro lado, indica en el numeral 10 de la Carta que su personal "(...) al momento de repartir las raciones, al igual que la Licenciada Ana Esther Tapia Flores, cometió un error por confusión de la similitud de los nombres de las Instituciones Educativas". Así pues, entregó las raciones correspondientes a la I.E PRONOEI Niño Jesús I a la I.E PRONOEI Niño Jesús II, este hecho, según el Contratista, no fue observado en ningún momento por el personal de la I.E que se encontraba recibiendo las raciones que le correspondían a otra I.E. Finalmente, sostiene que el monto por concepto de la penalidad no es proporcional, puesto que en la Carta N° 0145-2014-MIDS/PNAEQW/ULTM/CA se consigna que el pago por los días no atendidos es de S/1,167.54 (mil ciento

³⁹⁵ Anexo 9.1.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁹⁶ Anexo 9.1.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

³⁹⁷ Carta con Registro N°001067-2014 de fecha 24 de marzo y Carta con Registro N°00001883-2014 de fecha 09 de mayo, las cuales no han sido proporcionadas como medio de prueba.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

sesenta y siete con 100/54 soles) mientras que la penalidad asciende a S/533,173.47.

539. En virtud de lo indicado por las partes, la penalidad bajo análisis se sustenta en un supuesto de incumplimiento que, de acuerdo con la cláusula décimo quinta del contrato, configura una causal para la aplicación de penalidades.

"Incumplimiento en la entrega diaria de raciones en las Instituciones Educativas (no entrega de raciones)."

540. Sobre la validez de la penalidad, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a "Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA" y a "Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."

Respecto de la no claridad de las indicaciones sobre la dirección de las Instituciones Educativas y la cantidad de raciones a entregar:

Mediante la Carta Notarial N° 31022-2015, el Contratista ha reconocido en el numeral 11 la no entrega de raciones durante 29 días a la I.E. PRONOEI Niño Jesús I, desde el 17 de marzo al 28 de abril de 2014, pues, comienza a brindar el servicio en dicha I.E a partir del 29 de abril de 2014. Sobre ello, indica que las direcciones brindadas por el PNAEQW no eran correctas, así como tampoco se habían precisado con claridad las cantidades de raciones a entregar. El Contratista ha indicado que le remitió Cartas a la Entidad informándole sobre los inconvenientes en las direcciones y cantidades.

Al respecto, el Tribunal Arbitral concluye que el Contratista no ha proporcionado medio de prueba alguno que acredite la inexactitud de las direcciones y la no claridad respecto de la cantidad de las raciones a entregar, como sostiene en su Carta Notarial de descargo. Asimismo, de la revisión de los medios de prueba, el Contratista no ha presentado las cartas, mediante las cuales, según indica, comunicó de manera oportuna a la Entidad los supuestos errores sobre la dirección y la cantidad de raciones.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soría Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Cabe resaltar, que, de la revisión del Contrato, se concluye que las direcciones de las Instituciones Educativas se encuentran debidamente especificadas, así como también el número de raciones a entregar en cada caso. En ese sentido, se advierte que la dirección de la I.E PRONOEI Niño Jesús I es distinta a la dirección de la I.E PRONOEI Niño Jesús II, razón por la cual, la equivocación a la que hace referencia el contratista no tiene fundamento en este punto.

Por tanto, se tiene por no acreditado lo indicado por el Contratista sobre la no claridad de las indicaciones de la dirección y la cantidad de raciones a entregar.

Por otro lado, el Contratista ha indicado, en la Carta Notarial N° 31022-2015, que ha cumplido con la preparación de las raciones para todas las I.E. No obstante, reconoce³⁹⁸ que por un error de su personal entregó las raciones correspondientes a la I.E PRONOEI Niño Jesús I a la I.E. PRONOEI Niño Jesús II, pensando que ambas constituían una sola Institución Educativa.

Al respecto, cabe indicar que el cumplimiento de la prestación debe realizarse en el lugar pactado y no en otro lugar. En este caso en particular, se sabe que el Contrato contiene en el anexo N° 1 la relación de las I.E adjudicadas en un cuadro, el cual contiene las direcciones de las I.E y el número de alumnos beneficiarios del servicio alimentario. Por tanto, si las raciones correspondientes a la I.E PRONOEI Niño Jesús I no fueron entregadas en la dirección establecida previamente, corresponde tener por no brindado el servicio en dicha Institución Educativa, lo cual genera la aplicación de penalidad.

Además de lo anterior, debe tenerse en consideración que el Contratista reconoce de forma expresa, mediante su Carta Notarial de

³⁹⁸ Carta Notarial N°31022-2015 “(...) nuestro personal, al momento de repartir las raciones, al igual que la Licenciada Ana Esther Tapia Flores, cometió un error por confusión de la similitud de los nombres de las instituciones Educativas y en la creencia que eran la misma institución Educativa, DEJARON O ENTREGARON LA TOTALIDAD DE RACIONES CORRESPONDIENTES A LAS DOS INSTITUCIONES EDUCATIVAS NIÑO JESUS II Y NIÑO JESUS I, EN EL PRONOEI NIÑO JESUS II (...). Anexo 9.1.2 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR
– QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

descargo, que su personal incurrió en error en la entrega de raciones a las Instituciones Educativas indicadas. Sobre esto, el Tribunal Arbitral interpreta que es un hecho de entera responsabilidad del Contratista, pues, se entiende que el Contratista debe mantener a su personal debidamente capacitado, según lo dispuesto en el Contrato y demás disposiciones, ello con el fin de evitar equivocaciones de tal magnitud.

Sobre la falta de proporcionalidad sostenida por el Contratista, el Tribunal Arbitral realizará el análisis correspondiente al momento de resolver la primera pretensión alternativa de la demanda. No obstante, a efectos de precisar, corresponde indicar que, de acuerdo a la cláusula décimo quinta del contrato, la no entrega de raciones está sujeta a la aplicación de una penalidad diaria equivalente al 1% del monto total del Contrato. En ese sentido, la penalidad impuesta por la no entrega de raciones durante 29 días viene a ser el monto consignado en la Carta N° 0145-2014-MIDIS/PNAEQW/UTLM/CA, esto es, S/.533,173.47 (quinientos treinta y tres mil ciento setenta y tres con 100/47 soles).

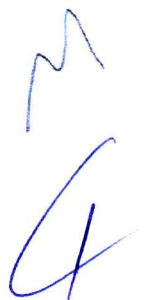
541. En virtud de lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones. En ese sentido, este Tribunal Arbitral concluye que la penalidad 72 ha sido aplicada válidamente, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Acerca de la Penalidad 73

542. Mediante Informe N° 017-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-RATUNGA UTLM³⁹⁹ de fecha 26 de agosto de 2014, el personal de la Entidad informa que, durante la supervisión del día 19 de junio de 2014 se consignó en el Acta de Supervisión⁴⁰⁰ que en el establecimiento del Contratista no se cumplió con la formulación exigida de los bebibles, toda vez, que, según indica la Entidad, las ollas utilizadas por el Contratista tenían una capacidad de 400 raciones cumpliendo con la formulación y no de 460 raciones.

³⁹⁹ Anexo 9.2.1 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁰⁰ Anexo 9.2.2 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

543. Por su parte, el Contratista, mediante la Carta Notarial N° 025-06.14⁴⁰¹ remitida el 01 de julio de 2014, manifiesta que, "(...) se coordinó con el especialista Alimentario del PNAE Qali Warma, Ing. Américo Vergara, que se realizaría la modificación correspondiente a los gramajes de agua por cada ración, de manera que se pueda obtener los rendimientos adecuados".

544. En virtud de lo indicado por las partes, se tiene que el supuesto de incumplimiento que viene siendo discutido está referido a la primera causal contenida en el segundo cuadro de penalidades de la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

"Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad."

545. Ahora bien, respecto de la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a "Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA" y a "Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."

Que, respecto del caso en concreto, el Contratista ha manifestado en su Carta N° 025-06.14 lo siguiente:

"Debido a lo conversado en las coordinaciones se procedió a reformular la cantidad de agua que se vierte a fin que el rendimiento sea el adecuado y que cumpla con lo establecido por el programa Qali Warma, por lo que en la actualidad en nuestras UPB, luego de las coordinaciones realizadas con el Ing. Vergara se vienen aplicando."

⁴⁰¹ Anexo 9.2.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Asimismo, el Contratista ha presentado el certificado de calidad N° 2606141210⁴⁰², mediante el cual se acredita, efectivamente, que las raciones elaboradas el día 19 de junio de 2014 cumplen con las características de peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial que exigen las Fichas Técnicas de Producción de Recetas. No obstante, estas fichas también exigen el cumplimiento de la formulación de las raciones.

Sobre esto último, el Tribunal Arbitral concluye que el propio Contratista ha reconocido expresamente que realizó una reformulación a la receta establecida por el PNAEQW. Así pues, el Contratista indica que dicha reformulación se efectuó en virtud de las coordinaciones que se dieron con el especialista alimentario del PNAEQW Ing. Américo Vergara. No obstante, no ha adjuntado algún medio de prueba que logre acreditar las coordinaciones con el especialista alimentario del PNAEQW ni la existe de un acuerdo modificadorio suscrito por las partes al respecto. Por consiguiente, corresponde tener por no acreditada que la reformulación se realizó, bajo acuerdo y autorización del personal de la Entidad. Por ende, se concluye que el Contratista no cumplió con la formulación establecida originariamente en las Fichas Técnicas de Producción de Recetas, lo cual, según el Contrato genera la aplicación de penalidades.

546. A efectos de precisar, corresponde indicar que, el Contratista ha indicado que, para la aplicación de este tipo de penalidades corresponde que la Entidad cuente con análisis y/o exámenes de un tercero imparcial especializado. Al respecto, de acuerdo con el numeral 13.3 de la cláusula décimo tercera del Contrato, es cierto que la Entidad puede contar con la opinión de terceros especializados, no obstante, este Tribunal Arbitral interpreta que esta es una facultad, más no una obligación de parte de la Entidad. Se concluye lo anterior, toda vez, que el numeral indicado establece que *"Qali Warma podrá coordinar con las entidades públicas o privadas competentes en materia de salud y nutrición"*.
547. En virtud de lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones. En ese sentido, este Tribunal Arbitral concluye que la penalidad 73 ha sido aplicada válidamente, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

⁴⁰² Documento adjunto al escrito "Cumplimos con detallar medios probatorios" de fecha 5 de agosto de 2019.

N

M
A

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)
José Antonio Cárdenas Reynaga
Eduardo Solís Tafur

Acerca de la Penalidad 74

548. Mediante Informe N° 004A-2014-MIDIS-PNAEQW-MC-UTLMC-SPEREA⁴⁰³ remitido el 3 de octubre de 2014 e Informe N° 262-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-msotomayor remitido el 30 de octubre de 2014, el personal de la Entidad informó sobre los hechos ocurridos durante la supervisión realizada el día 30 de junio de 2014 en el establecimiento del Contratista. En dicho informe se establece que el día de la supervisión⁴⁰⁴, al momento de realizar la verificación de existencias de materia prima e insumos, se observó que el Certificado N° 310514H/FQ/M⁴⁰⁵ proporcionado por el Contratista, referido a la harina de haba extruida, no cumple con los análisis exigidos por el PNAEQW en las diversas Fichas Técnicas de Alimentos.
549. Por su parte, el Contratista, mediante Carta N° 027-07.14⁴⁰⁶ remitido el 2 de julio de 2014, sostiene que los Certificados N°141873⁴⁰⁷ y N°142874⁴⁰⁸ contienen todos los análisis fisicoquímicos y organolépticos exigidos. Asimismo, precisa que el resultado de estos es conforme con lo establecido en la R.M. N° 451-2006-MINSA “Norma Sanitaria para la fabricación de Alimentos a base de granos y otros, destinados a Programas Sociales de Alimentación”. Finalmente, indica que, con los certificados proporcionados en dicha carta, se evidencia que los análisis fueron practicados con anterioridad al día de la supervisión por un tercero imparcial
550. En virtud de lo manifestado por las partes, el supuesto de incumplimiento que genera la aplicación bajo análisis está referido a la primera causal contenida en el segundo cuadro de penalidades de la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

⁴⁰³ Anexo 9.3.5 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁰⁴ Anexo 9.3.6 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁰⁵ Este documento no ha sido proporcionado como medio de prueba por ninguna de las partes.

⁴⁰⁶ Anexo 9.3.2 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁰⁷ Anexo 9.3.3 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁰⁸ Anexo 9.3.4 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

“Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad.”

551. Respecto a la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a “Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA.” y a “Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.”

De acuerdo con el numeral 8.3 de la cláusula octava del Contrato, corresponde indicar que el Contratista se encuentra en la obligación de brindar todas las facilidades al personal de la Entidad a efectos de que realicen la supervisión y verificación del cumplimiento de lo estipulado en el Contrato, las Bases y demás disposiciones.

El pago o cumplimiento de la prestación debe ser acreditado por el deudor de la obligación, conforme lo establece el artículo 1229 del Código Civil.

En el caso en concreto, en el Acta de Supervisión⁴⁰⁹ de fecha 30 de junio de 2014, el mismo responsable del establecimiento del Contratista manifestó que los “(...) certificados están en el local central de ATE”.

Sobre esto último, el Tribunal Arbitral concluye que lo manifestado por el personal del Contratista acredita que, como señala la Entidad, el Contratista no presentó los certificados correspondientes el día de la Supervisión.

Si bien la prestación puede ser sometida a un plazo, como modalidad del negocio jurídico, en caso las partes no hayan pactado la posibilidad de diferir el cumplimiento de la prestación para una oportunidad posterior, el contrato

⁴⁰⁹ Anexo 9.3.6 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



M
4

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

debe cumplirse en la oportunidad correspondiente y no en un tiempo posterior.

Conforme con lo pactado, la verificación de los documentos se realiza con ocasión de la supervisión. Razón por la cual, se advierte que el Contratista no cumplió, acorde el principio de oportunidad de la prestación, con las obligaciones a su cargo durante la supervisión.

La presentación oportuna de dichos certificados resulta relevante dado que, una interpretación de buena fe de lo pactado, no permite inferir que la presentación de esos documentos, importantes para la protección sanitaria de los beneficiarios del servicio, puedan ser entregados en un momento posterior. Además, conforme con el Contrato y demás disposiciones aceptadas por las partes, el Contratista debe facilitar la facultad de supervisión de la Entidad, lo cual, no se cumple si es que no cumple con la totalidad de los documentos pactados, de manera oportuna.

552. En virtud de lo mencionado, se concluye que el Contratista no ha presentado los certificados correspondientes en la oportunidad debida, esto es, el día de la supervisión.

553. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde indicar lo siguiente:

a) Respecto de los requisitos microbiológicos:

Mediante el Certificado N° 310514H/FQ/M, el Contratista, como reconoce la Entidad en el Informe N° 004A-2014-MIDIS-PNAEQW-MC-UTLMC-SPEREA, acredita de manera oportuna la realización de los exámenes microbiológicos exigidos en la Ficha Técnica de Alimentos.

b) Respecto de los requisitos organolépticos

Al respecto, mediante el Certificado N° 142874 (presentado de manera tardía) el Contratista acredita que el producto (Harina de haba extruida) de lote 14-146 cumple con los requisitos organolépticos exigidos en la Ficha Técnica de Alimento.

c) Respecto de los requisitos fisicoquímicos del producto

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: **NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA**

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

De acuerdo con la Ficha Técnica de Alimentos⁴¹⁰ referida a la harina de haba extruida⁴¹¹, se exige como requisito la realización de ensayos fisicoquímicos sobre: humedad, acidez, índice de gelatinización, índice de peróxido y aflatoxinas.

Al respecto, el día de la supervisión el Contratista únicamente acreditó, mediante el Certificado N°310514H/FQ/M, la realización de exámenes microbiológicos y los análisis fisicoquímicos de humedad del producto (Harina de haba extruida)⁴¹². Sin embargo, respecto de los demás análisis fisicoquímicos (acidez, índice de gelatinización, índice de peróxido y aflatoxinas) no presentó documento alguno.

Sin embargo, mediante el Certificado N°141873 (presentado de manera tardía) acredita que el producto (Harina de haba extruida) de lote 14-146 cumple con los requisitos fisicoquímicos: índice de gelatinización, índice de peróxido y aflatoxinas, pero de la revisión de dicho certificado este Tribunal Arbitral concluye que no se cumple con el requisito del análisis de la acidez del producto, tal y como lo exige la Ficha Técnica de Alimento.

554. Conforme con lo analizado, el Contratista no ha acreditado que haya cumplido íntegra y oportunamente su prestación y no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones.
555. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia de la penalidad 74.

Acerca de la Penalidad 75

⁴¹⁰ Anexo 1-B del escrito “Cumplimos mandato y ofrecemos nuevos medios de prueba” presentado el 21 de agosto de 2019.

⁴¹¹ Anexo 4.4.8 del escrito “Cumplidos Requerimiento” con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴¹² Esta información puede ser constatada en el Informe N°004A-2014-MIDIS-PNAEQW-MC-UTLMC-SPEREA.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

556. Mediante Informe N°016-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLM-mpariona⁴¹³ de fecha 24 de noviembre de 2014, el personal de la Entidad informa que, el día miércoles 19 de noviembre, el Contratista no hizo entrega de los sólidos en una cantidad de 381 unidades a la I.E N°0164 El Amauta. Sobre ello, indica que los representantes del CAE elaboraron un Acta⁴¹⁴ en donde se consignó lo ocurrido.
557. El Contratista, mediante Carta N° 097-11.14⁴¹⁵ de fecha 21 de noviembre de 2014, sostiene que la falta de entrega de los sólidos se generó debido a que, durante la supervisión realizada por el Ing. Alexander Meléndez, se paralizó e inmovilizó la producción de raciones (sólidos). Al respecto, indica que la paralización se efectuó por inconvenientes con la hermeticidad en el establecimiento. Sobre ello, indica que la deficiencia en hermeticidad se encontraba en el segundo piso, el cual no forma parte de la zona de producción, por tal razón, no constituye ningún peligro y/o riesgo para la inocuidad de los alimentos. Por lo indicado, el Contratista concluye que la decisión de paralizar la producción de raciones no tiene sustento.
558. En virtud de lo manifestado por las partes, el supuesto de incumplimiento que genera la aplicación bajo análisis está referido a la primera causal contenida en el segundo cuadro de penalidades de la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:
- “Entrega incompleta de raciones en las instituciones educativas:*
- a) *Entrega una cantidad menor de raciones a la establecida en el contrato.*
 - b) *Entrega parcial: Sólido sin bebible o bebible sin sólido.*
 - c) *Entrega de sólido sin acompañamiento o relleno.*
- En los supuestos b) y c), se considerará como no ejecutada la prestación.”*
559. Sobre la validez de la penalidad, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

⁴¹³ Anexo 9.4.1 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴¹⁴ Este documento no se ha adjuntado como medio de prueba.

⁴¹⁵ Anexo 9.4.2 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a *"Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos que les sea aplicable, aprobados por QALIWARMA."* y *"Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."*

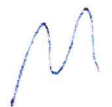
De acuerdo al numeral 72 de la sección VI.4 del Manual de Compras, *"Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengas las condiciones higiénico-sanitarias, operativas y de producción que dieron lugar a que fueran contratados (...)."*

De acuerdo con el numeral 74 de la sección VI.4 del Manual de Compras, *"Si como resultado de las acciones de supervisión, se detectaran situaciones que resulten susceptibles de poner en riesgo la salud de los usuarios, en atención a los lineamientos técnicos aprobados por la Unidad de Supervisión y Monitoreo, Qali Warma podrá suspender temporalmente la producción de las raciones (desayunos y/o almuerzos) y/o suspender la distribución de los productos o raciones, sin perjuicio de la aplicación de penalidades y/o resolución del contrato de pleno derecho, conforme a lo establecido en el presente manual."*

560. Mediante Acta de fecha 19 de noviembre⁴¹⁶, los integrantes del Comité de Alimentación Escolar de la I.E N°0164 El Amauta dejan constancia de que el día 19 de noviembre de 2014 el Contratista no entregó los sólidos en una cantidad de 381 unidades.
561. Mediante Carta N° 097-11.14, el Contratista indica que la falta de hermeticidad se encontraba en una zona donde no era posible poner en riesgo los alimentos. Precisamente, manifiesta que la falta de hermeticidad se encontraba en la ventana de una fachada del segundo piso y en puerta de despacho.

Al respecto, de la revisión de los medios de prueba aportados por las partes, el Contratista no ha presentado medio probatorio alguno que acredite lo manifestado en su carta de descargo, esto es, la inexistencia de peligro y/o riesgo de la inocuidad de los alimentos debido a las deficiencias en la

⁴¹⁶ Página 74 del PDF 8 del CD presentado por la Entidad mediante escrito 'Absolvemos Resolución N°20 e incorporamos nuevos medios de prueba' de fecha 13 de agosto de 2018.



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

hermeticidad que, han quedado acreditadas según lo reconocido por el Contratista en su Carta Notarial sobre la falta de hermeticidad. Por consiguiente, se concluye que el Contratista no ha demostrado que el incumplimiento no le es imputable, toda vez, que no ha logrado desvirtuar lo manifestado por la Entidad. Al no existir prueba en contrario, conforme con el artículo 1329 del Código Civil, se presume que el incumplimiento corresponde a culpa leve del deudor. En ese sentido, corresponde concluir que el día de los hechos se generó una falta de entrega de los sólidos en la I.E N°01 64 El Amauta debido a un supuesto imputable al Contratista.

562. Conforme con lo analizado, el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones.
563. En virtud de lo analizado, este Tribunal Arbitral estima que la penalidad 75 ha sido válidamente aplicada, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Acerca de la Penalidad 76

564. Mediante Informe N° 020-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLM-mpariona⁴¹⁷ de fecha 28 de noviembre de 2014, el personal de la Entidad informa que, el día 26 de noviembre de 2014, el Monitor Jorge Asanza Maticorena, en su visita programada a la I.E 115-27 Mi pequeño mundo, fue informado de que el Contratista, quien normalmente llega entre las 7:30 a 8:00 am, llegó a las 8:47 am, siendo este horario muy tarde.
565. El Contratista, por su parte, manifiesta que tiene el Acta N° 0008861⁴¹⁸ de fecha 26 de noviembre de 2014 que está perfectamente sellada y firmada, en la cual no se consignan observaciones.
566. De acuerdo con la cláusula décimo quinta del contrato, el supuesto de incumplimiento que se discute configura una causal para la aplicación de penalidades, la cual se reproduce a continuación:

⁴¹⁷ Anexo 9.5.1 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴¹⁸ Esta información se encuentra en el numeral 60 (página 62) de los argumentos adjuntados como anexo 01-V del escrito ‘Cumplimiento requerimiento’ remitido por el Contratista el 19 de diciembre de 2017.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

“Retraso en la entrega de raciones en una o mas instituciones educativas, que excedan el tiempo de tolerancia de 20 minutos en relación al horario establecido en el contrato.”

567. Ahora bien, respecto a la validez de la penalidad, el Tribunal arbitral estima lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a “Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos que les sea aplicable, aprobados por QALIWARMA.” y “Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.”

De acuerdo con el numeral 79 de la sección VI.5 del Manual de Compras, las actas de entrega-recepción acreditan la conformidad de la entrega de raciones distribuidas a las I.E. Además de ello, el numeral 77 del Manual de Compras establece que, a efectos de que Comité de Alimentación Escolar emita la conformidad, se deberá verificar la prestación, la calidad, cantidad, plazo y horario de entrega. De existir alguna observación referida a la entrega de raciones, esta se deberá consignar en el acta de entrega-recepción, lo cual dejará constancia de la no conformidad de la prestación.

568. Mediante el Informe N° 020-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLM-mpariona se advierte que el día 26 de noviembre de 2014 el Contratista hizo entrega tardía a la Institución Educativa N°115-27 Mi pequeño mundo.

569. En este caso, el Contratista, a fin de acreditar su cumplimiento conforme con el Contrato, las Bases Integradas y el Manual de Compras, ha proporcionado como medio de prueba el acta de entrega - recepción N° 0008861⁴¹⁹. Sobre esto último, luego de la revisión del medio de prueba aportado, se advierte que el acta de entrega – recepción deja constancia de la entrega, sin observaciones.

Por tanto, la información registrada en el acta de entrega recepción no es concordante con el informe del personal de supervisión de la Entidad.

⁴¹⁹ Anexo 9.5.2 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista. Presentado legible mediante escrito de fecha 9 de octubre de 2020 por el Contratista (requerida por Resolución 60) con conocimiento de COMITÉ y QALI WARMA (Resolución 61).



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Sobre esto último, la Entidad sostiene que: *“En caso que existan Actas de Entrega que contengan información diferente a la verificada durante las acciones de supervisión y monitoreo realizadas por el PNAEQW procederá a realizar la valorización de acuerdo al Informe remitido por la Unidad Territorial”*⁴²⁰. Así, la Entidad entiende que, ante una discrepancia entre un acta de entrega – recepción y un informe, deberá tomarse en consideración únicamente el informe. Según la Entidad, esta disposición está regulada en el Contrato, la Directiva N° 001-2013-MIDIS y las Bases del Proceso de Compra, sin embargo, no precisa ni sustenta específicamente este aspecto.

Al respecto, corresponde indicar que se ha efectuado la revisión de los medios de prueba proporcionados en este proceso, no obstante, se advierte que no se ha encontrado la disposición a la que hace referencia, en los documentos que indica la Entidad. Por tanto, el Tribunal Arbitral debe aplicar el numeral 79 del Manual de Compras que establece que el acta de entrega-recepción acredita la conformidad del servicio.

570. En virtud de lo indicado, corresponde concluir que el Contratista ha logrado acreditar el cumplimiento de la prestación a su cargo respecto de la entrega correspondiente a la I.E 115-27 Mi pequeño mundo. Por consiguiente, a criterio del Tribunal Arbitral, la penalidad N° 76 ha sido indebidamente aplicada, por lo que, corresponde declarar la ineficacia de dicha penalidad.

Acerca de la Penalidad 77

571. Mediante Informe N° 00014-2014-MIDIS-PNAEQW-etlavera⁴²¹ remitido el 09 de diciembre de 2014 e Informe N°00018-2014-MIDS-PNAEQW-UTLMC-etlavera⁴²² de fecha 19 de diciembre de 2014, el personal de la Entidad informó acerca de los hechos sobrevenidos en el establecimiento del Contratista durante la supervisión del día 03 de diciembre de 2014. Estos

⁴²⁰ Cuadro en Excel que contiene el descargo de las penalidades presentado mediante el escrito “Absolvemos resolución N°20 e incorporamos nuevos medios de prueba” de fecha 13 de agosto de 2018 por parte de la Entidad.

⁴²¹ Anexo 9.6.1 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴²² Anexo 9.6.5 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

hechos se plasmaron en el Acta de Supervisión⁴²³ de fecha 03 de diciembre de 2014. En los mencionados informes se indicó que el día de la supervisión se detectó una no conformidad de formulación, ya que, al final del proceso productivo, indica la Entidad, se evidenció un sobrante de 174 raciones del nivel primaria.

572. Al respecto, el Contratista, mediante Carta N°107-12.14⁴²⁴ de fecha 05 de diciembre de 2014, sostiene que "(...) se utilizó un mayor número de insumos en la producción, debido a que por una distracción del personal." No obstante, manifiesta que dicho acto no debería generar mayor preocupación, puesto que en el acta de supervisión no se encuentra observación alguna respecto a la calidad (gramaje) de lo producido.

573. En virtud de lo manifestado por las partes, se tiene que la penalidad bajo análisis se funda en el supuesto de incumplimiento referido a la primera causal del segundo cuadro de penalidades contenido en la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

"Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (Formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad."

574. Sobre la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente:

De acuerdo al numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a "Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos que les sea aplicable, aprobados por QALIWARMA." y "Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."

575. Que, el Contratista reconoce de forma expresa en su Carta N°107-12.14 de fecha 05 de diciembre de 2014, que "se utilizó un número mayor de insumos

⁴²³ Anexo 9.6.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴²⁴ Anexo 9.6.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

en la producción, debido a una distracción del personal". Al respecto, el Tribunal Arbitral concluye que esta manifestación acredita que, efectivamente, no se realizó la producción de raciones conforme lo establecido en las Fichas Técnicas de Producción sobre la formulación de raciones, la cual, según el numeral 8.2 de la cláusula octava del contrato, debe seguirse y respetarse de forma estricta, pues, son las condiciones contractuales en las cuales debe cumplirse la prestación.

576. Por otro lado, el Contratista ha indicado que para la aplicación de este tipo de penalidades corresponde que la Entidad cuente con análisis y/o exámenes de un tercero imparcial especializado. Al respecto, de acuerdo con el numeral 13.3 de la cláusula décimo tercera del Contrato, es cierto que la Entidad puede contar con la opinión de terceros especializados, no obstante, este Tribunal entiende que esta es una facultad, más no una obligación de parte de la Entidad. Se concluye lo anterior, toda vez, que el numeral indicado establece que "*Qali Warma podrá coordinar con las entidades públicas o privadas competentes en materia de salud y nutrición*".
577. Por tanto, se concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que cumplió con la producción del bebible según la formulación exigida por las Fichas Técnicas de Producción. En ese sentido, este Tribunal Arbitral concluye que la penalidad 77 ha sido aplicada válidamente, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Acerca de la Penalidad 78

578. Mediante Informe N° 261-2014-MIDIS/PNAEQW -UTLMC-msotomayor⁴²⁵ de fecha 29 de octubre de 2014, el personal de la Entidad informa que, durante la supervisión⁴²⁶ realizada el día 27 de junio de 2014, el Contratista proporcionó el certificado N° 040614AM/FQ/M⁴²⁷ correspondiente al insumo almidón de maíz con lote de producto 14-150, fecha de producción 30 de mayo de 2014 y fecha de vencimiento 30 de mayo de 2015. No obstante, indica que en dicho certificado no se encuentran completos los ensayos

⁴²⁵ Anexo 9.7.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴²⁶ Anexo 9.7.6 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴²⁷ Anexo 9.7.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

microbiológicos exigidos. El certificado presentado solo contiene los ensayos microbiológicos: Coliforme Totales, Bacillus Cereus, Mohos y Salmonella, pero le falta el ensayo de N. Escherichia Coli. Por otro lado, la Entidad alega que el certificado N° 142644⁴²⁸ proporcionado por el Contratista, fue remitido en fecha posterior a la supervisión del día 27 de junio de 2014.

579. Por su parte, mediante Carta N° 026-07.14⁴²⁹ de fecha 02 de julio de 2014, el Contratista manifiesta que, respecto del certificado N° 040614AM/FQ/M y el certificado N° 142644, se cumplió con realizar todos los análisis de acuerdo a la R.M. N° 591-2008/MINSA "Norma Sanitaria que establece los criterios microbiológicos de calidad sanitaria e inocuidad para los alimentos y bebidas de consumo humano."

580. De lo indicado por las partes, se tiene que, el supuesto de incumplimiento que genera la aplicación de la penalidad bajo análisis, está referido a la primera causal contenida en el segundo cuadro de penalidades de la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

"Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad."

581. Respecto a la validez de la penalidad aplicada, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a "Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA" y a "Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."

a) *Respecto de los requisitos fisicoquímicos*

⁴²⁸ Anexo 9.7.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴²⁹ Anexo 9.7.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

El Tribunal Arbitral considera que el certificado N° 142644 de fecha 4 de junio de 2014 presentado por el Contratista logra acreditar que el producto (almidón de maíz) de Lote 14-150 cumple con los requisitos fisicoquímicos exigidos por la Ficha Técnica de Alimentos, pues contiene valores por encima de los valores exigidos respecto de la energía, grasa, fibra y proteínas. No obstante, este documento no ha sido presentado durante la supervisión y, por tanto, se concluye que el Contratista no ha cumplido de manera oportuna con dicha obligación. Sumado a esto, acorde al Contrato y demás disposiciones, se tiene que el Contratista debe permitir y/o facilitar la facultad de supervisión de la Entidad, lo cual, no se cumple en este caso, pues, el Contratista no ha proporcionado los documentos correspondientes de manera oportuna, esto es, durante la supervisión.

b) *Respecto de los exámenes microbiológicos*

El Tribunal Arbitral considera que el certificado N° 040614AM/FQ/M proporcionado como medio de prueba no cumple con lo requerido en las Fichas Técnicas de Alimentos, toda vez, que el certificado en cuestión presenta únicamente los ensayos microbiológicos de: Coliformes totales, Bacillus cereus, Mohos y Salmonella, pero le falta el ensayo de N. Escherichia Coli. De modo que, no se cumple con lo exigido en las Fichas Técnicas de Alimentos, lo cual configura la aplicación de penalidades.

582. En virtud de todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones, por lo que, no corresponde declarar la ineficacia y/o invalidez de la penalidad 78.

Acerca de la Penalidad 79

583. Mediante Acta de Supervisión de fecha 31 de octubre de 2014⁴³⁰, el personal de la Entidad informa que el día de la supervisión se evidenciaron problemas de higiene en el vestuario de hombres, el cual se encuentra aledaño al área de almacenamiento de la leche entera evaporada. Asimismo, precisa que

⁴³⁰ Anexo 9.8.1 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

es en esta área en donde se realiza la apertura de las latas y se vierte la leche en baldes, lo cual genera la probabilidad de la contaminación cruzada al insumo leche entera. Por ello, se recomendó la paralización del proceso productivo, lo cual tuvo como consecuencia la falta de entrega de las raciones en las Instituciones Educativas N°139 Gran Amauta Mariátegui, Niño Jesús, I.E N°164 El Amauta, I.E N°115 31 Gotitas de Amor e I.E Santa María.

584. Al respecto, el Contratista, mediante la Carta N° 082-11.14⁴³¹ remitido el 04 de noviembre de 2014, manifiesta que la decisión del supervisor fue apresurada, toda vez que no había posibilidad de que se logre una contaminación cruzada, pues el número de operarios en su totalidad eran mujeres nada más. En ese sentido, indica el Contratista, si no hay personal que utilice el vestuario (de hombres), no es posible hablar de una contaminación cruzada, porque los supuestos inconvenientes de higiene no entran en contacto con el personal.

585. En virtud de lo alegado por las partes, se tiene que el supuesto de incumplimiento que está en discusión está referido a la falta de entrega de raciones el día 31 de octubre de 2014. Al respecto, este supuesto, acorde a la cláusula décimo quinta del contrato, configura una causal de aplicación de penalidades, la cual se reproduce a continuación:

"Incumplimiento en la entrega diaria de raciones en las Instituciones Educativas (no entrega de raciones)."

586. Ahora bien, sobre la validez de la penalidad materia de análisis, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a "Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos que les sea aplicable, aprobados por QALIWARMA." y "Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."

De acuerdo con el numeral 72 de la sección VI.4 del Manual de Compras, "Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores

⁴³¹ Anexo 9.8.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

mantengas las condiciones higiénico sanitarias, operativas y de producción que dieron lugar a que fueran contratados (...)."

De acuerdo con el numeral 74 de la sección VI.4 del Manual de Compras, "Si como resultado de las acciones de supervisión, se detectaran situaciones que resulten susceptibles de poner en riesgo la salud de los usuarios, en atención a los lineamientos técnicos aprobados por la Unidad de Supervisión y Monitoreo, Qali Warma podrá suspender temporalmente la producción de las raciones (desayunos y/o almuerzos) y/o suspender la distribución de los productos o raciones, sin perjuicio de la aplicación de penalidades y/o resolución del contrato de pleno derecho, conforme a lo establecido en el presente manual."

Mediante la Carta N° 082-11.14, el Contratista manifiesta que los supuestos inconvenientes de falta de higiene se presentaron en el vestidor de hombres y, sin embargo, indica, ese día se encontraban laborando en el establecimiento solo mujeres. Por otro lado, el Contratista indica que el día de la no entrega de raciones no hubo clases en las I.E.

Sobre las clases en las I.E., se tienen las Actas de entrega – recepción N° 8261⁴³², N° 8420⁴³³, N° 8421⁴³⁴, N° 8423⁴³⁵ y N° 9241⁴³⁶, en las cuales se deja constancia de que, efectivamente, el día 31 de octubre de 2014 no hubo clases en la I.E N°139 Gran Amauta Mariátegui, I.E Niño Jesús, I.E N°164 El Amauta, I.E N°115 31 Gotitas de Amor e I.E Santa María.

Al respecto, debe tenerse en consideración que, de acuerdo a la cláusula primera del contrato, el Contratista debía brindar atención (proveer raciones) desde el 10 de marzo al 17 de diciembre de 2014. Los días de atención se observan de forma más detallada en el cuadro contenido en la cláusula

⁴³² Anexo 9.8.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴³³ Anexo 9.8.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴³⁴ Anexo 9.8.5 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴³⁵ Anexo 9.8.6 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴³⁶ Anexo 9.8.7 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

sexta, en el cual se establece que el día 31 de octubre de 2014, esto es, el día del incidente, se encontraba dentro del periodo de atención en el que el Contratista debía proveer de raciones a las I.E. Bajo esa misma línea, cabe indicar que no hay medio de prueba alguno que acredite que el Contratista no estaba obligado a cumplir con su prestación el día 31 de octubre de 2014.

Asimismo, el Contratista tampoco ha acreditado haber seguido el procedimiento para solicitar la no aplicación de penalidades, dentro de las 48 horas de efectuado el incumplimiento, establecido numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras⁴³⁷, si es que consideraba que existía la imposibilidad de cumplir la prestación, al haber verificado que, el día 31 de octubre de 2014, no hubo clases en las I.E N°139 Gran Amauta Mariátegui, I.E Niño Jesús, I.E N°164 El Amauta, I.E N°115 31 Gotitas de Amor e I.E Santa María. Por lo tanto, no corresponde que el Tribunal Arbitral realice el análisis respecto del cumplimiento del numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras por este supuesto.

587. Sobre los inconvenientes de higiene en el vestidor de hombres, de la revisión de los medios de prueba, se tiene que el Contratista no ha proporcionado medio de prueba alguno que acredite lo indicado en su carta de descargo sobre la realización de protocolos de higiene en el establecimiento el día de la supervisión. Por tanto, se concluye que el Contratista no ha desvirtuado lo manifestado por la Entidad respecto de la existencia de problemas de higiene en el vestuario de hombres, asimismo, tampoco ha acreditado la realización y cumplimiento de los protocolos de higiene y saneamiento como indica.
588. En atención a todo lo expuesto, el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones. Por lo que este Tribunal Arbitral concluye que no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia de la penalidad 79.

⁴³⁷ El numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras se establece que:

“No se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la prestación del servicio en las condiciones pactadas. En este caso, el proveedor podrá solicitar por escrito, dentro de las 48 horas de ocurrido el incumplimiento, la inaplicación de penalidades. Deberá acompañar los elementos probatorios de su solicitud. (...)”.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Penalidades derivadas del Contrato 011-2014-CC-LIMA 6/RAC

589. Mediante el Contrato 011-2014-CC-LIMA 6/RAC de fecha 14 de marzo de 2014, el Comité de Compra Lima 06 contrató al Demandante para la provisión de raciones alimenticias a favor de los beneficiarios de los niveles Inicial y primaria del Ítem San Juan de Lurigancho 7.
590. Sobre las obligaciones del deudor, en la cláusula octava del Contrato bajo análisis se establece lo siguiente:

"CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR

EL PROVEEDOR se sujetará a las siguientes obligaciones:

8.1 Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por **QALI WARMA**.

8.2 Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.

8.3 Brindar todas las facilidades necesarias para que **EL COMITÉ** y/o **QALI WARMA**, puedan ejercer su derecho a verificar el cumplimiento de todas y cada una de las prestaciones a cargo de **EL PROVEEDOR**, incluyendo aquellas obligaciones relativas a la calidad y cantidad de las raciones materia del presente contrato. En consecuencia, **EL COMITÉ** y/o **QALI WARMA** quedan autorizados a apersonarse a las instalaciones de **EL PROVEEDOR**, a través de representantes acreditados o de terceros contratados para dichos efectos, con la finalidad de verificar el estricto cumplimiento de lo pactado. El ejercicio de este derecho de verificación podrá ser ejecutado por **EL COMITÉ** y/o **QALI WARMA**, en presencia de un representante de **EL PROVEEDOR**, o ante un notario público o juez de paz, en ausencia del representante de **EL PROVEEDOR**.

8.4 Está prohibido de: (i) ceder su posición contractual, o (ii) subcontratar total o parcialmente la prestación principal, cual es el abastecimiento de raciones o provisión de productos.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: **NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA**

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

8.5 Es el único responsable administrativo, civil y penalmente del cumplimiento o incumplimiento de sus prestaciones.

Queda expresamente establecido que en caso **EL PROVEEDOR** no cumpliera con cualquiera de sus obligaciones, estará sujeto a la resolución del presente contrato."

591. Sobre lo anterior, es de resaltar que la lista de obligaciones establecidas en el Contrato es una reproducción de lo establecido en el numeral 64 del punto VI.1 del Manual de Compras⁴³⁸

592. Adicionalmente, el numeral 13.2 de la cláusula décimo tercera del contrato bajo análisis y el numeral 72 del punto VI.4 del Manual de Compras⁴³⁹, contienen el siguiente texto:

"Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengan las condiciones higiénico sanitarias, operativas y de producción que dieron lugar a que fueran contratados, así como el cumplimiento de los términos ofrecidos en las propuestas técnicas. Asimismo, Qali Warma verificará el cumplimiento de las especificaciones técnicas de las raciones y productos contenidas en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas, la vigencia de las certificaciones presentadas en el proceso de manipulación de alimentos, y demás declaraciones y compromisos asumidos por los proveedores. En caso de verificarse el incumplimiento de dichas condiciones, y/o la falsedad o inexactitud de documentos, se procederá a emitir los informes técnicos respectivos con la finalidad de aplicar las penalidades establecidas en el presente Manual de Compras y en el contrato respectivo, y/o resolver el contrato, según corresponda."

593. Una vez detalladas las obligaciones a las que estaba sujeto el Contratista según el Contrato, se pasará a realizar el análisis correspondiente de cada penalidad que se deriva del Contrato bajo análisis.

Acerca de la Penalidad 80

⁴³⁸ Esta sección se encuentra en la página 25 del Manual de Compras.

⁴³⁹ Esta sección se encuentra en la página 27 del Manual de Compras.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: **NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA**

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

594. La penalidad bajo análisis se basa en la no entrega de raciones a la I.E "10 de Marzo", el día 31 de octubre de 2014⁴⁴⁰.
595. Mediante Acta de Supervisión de fecha 31 de octubre de 2014⁴⁴¹, el personal de la Entidad informa que, el día de la supervisión, se evidenciaron problemas de higiene en el vestuario de hombres, el cual se encuentra aledaño al área de almacenamiento de la leche entera evaporada. Asimismo, precisa que en esta área es donde se realiza la apertura de las latas y se vierte la leche en baldes, lo cual genera la probabilidad de contaminación cruzada al insumo leche entera. Por ello, se recomendó la paralización del proceso productivo, lo cual tuvo como consecuencia la falta de entrega de las raciones en la Institución Educativa "10 de Marzo" (niveles inicial y primaria).
596. Al respecto, el Contratista, mediante la Carta N° 082-11.14⁴⁴² remitido el 04 de noviembre de 2014, manifiesta que la decisión del supervisor fue apresurada, toda vez, que no había posibilidad de que se logre una contaminación cruzada, pues el número de operarios en su totalidad eran mujeres únicamente. En ese sentido, indica el Contratista, si no hay personal que utilice el vestuario (de hombres), no es posible hablar de una contaminación cruzada, porque los supuestos inconvenientes de higiene no entran en contacto con el personal.
597. En virtud de lo alegado por las partes, el supuesto de incumplimiento que está en discusión está referido a la falta de entrega de raciones, el día 31 de octubre de 2014. Al respecto, este supuesto, acorde con la cláusula décimo quinta del contrato, configura una causal de aplicación de penalidades, la cual se reproduce a continuación:

"Incumplimiento en la entrega diaria de raciones en las Instituciones Educativas (no entrega de raciones)."

⁴⁴⁰ Esta información puede ser verificada en el numeral 64 de los argumentos adjuntados como anexo 01-V del escrito 'Cumplimiento requerimiento' remitido por el Contratista el 19 de diciembre de 2017.

⁴⁴¹ Anexo 9.8.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁴² Este documento se encuentra dentro del anexo 10.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

598. Respecto de la validez de la penalidad materia de análisis, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente:

Que, de acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista está obligado a *"Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos que les sea aplicable, aprobados por QALIWARMA."* y *"Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."*

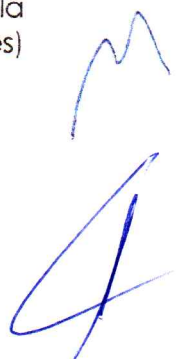
Que, de acuerdo al numeral 72 de la sección VI.4 del Manual de Compras, *"Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengas las condiciones higiénico sanitarias, operativas y de producción que dieron lugar a que fueran contratados (...)."*

599. Que, de acuerdo al numeral 74 de la sección VI.4 del Manual de Compras, *"Si como resultado de las acciones de supervisión, se detectaran situaciones que resulten susceptibles de poner en riesgo la salud de los usuarios, en atención a los lineamientos técnicos aprobados por la Unidad de Supervisión y Monitoreo, Qali Warma podrá suspender temporalmente la producción de las raciones (desayunos y/o almuerzos) y/o suspender la distribución de los productos o raciones, sin perjuicio de la aplicación de penalidades y/o resolución del contrato de pleno derecho, conforme a lo establecido en el presente manual."*

600. El pago o cumplimiento de la prestación debe ser acreditado por el deudor de la obligación, conforme lo establece el artículo 1229 del Código Civil.

601. Que, mediante la Carta N° 082-11.14, el Contratista manifiesta que los supuestos inconvenientes de falta de higiene se presentaron en el vestidor de hombres, sin embargo, ese día se encontraban laborando en el establecimiento solo mujeres. Por otro lado, el Contratista indica que el día de la no entrega de raciones no hubo clases en las Instituciones Educativas.

602. Al respecto, debe tenerse en consideración que, de acuerdo con la cláusula primera del contrato, el Contratista debe brindar atención (proveer raciones) desde el 10 de marzo al 17 de diciembre de 2014.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Sorio Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Los días de atención se observan de forma más detallada en el cuadro contenido en la cláusula sexta, en el cual se establece que el día 31 de octubre de 2014, esto es, el día del incidente, se encontraba dentro del periodo de atención en el que el Contratista debe proveer de raciones a las I.E. Cabe precisar que no hay medio de prueba alguno que acredite que el Contratista no estaba obligado a cumplir con su prestación el día 31 de octubre de 2014.

Asimismo, el Contratista tampoco ha acreditado haber seguido el procedimiento para solicitar la no aplicación de penalidades, dentro de las 48 horas de efectuado el incumplimiento, establecido en el numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras⁴⁴³, si es que consideraba que existía la imposibilidad de cumplir la prestación. Por lo tanto, no corresponde que el Tribunal Arbitral realice el análisis respecto del cumplimiento del numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras por este supuesto.

603. Sobre los inconvenientes de higiene en el vestidor de hombres, de la revisión de los medios de prueba, se tiene que el Contratista no ha proporcionado medio de prueba alguno que acredite lo indicado en su carta de descargo sobre la realización de protocolos de higiene en el establecimiento el día de la supervisión. Por tanto, se concluye que el Contratista no ha desvirtuado lo manifestado por la Entidad respecto de la existencia de problemas de higiene en el vestuario de hombres. Asimismo, el Contratista tampoco ha acreditado la realización y cumplimiento de los protocolos de higiene y saneamiento como indica.
604. Conforme con lo analizado, se concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que cumplió con sus prestaciones conforme con lo pactado.
605. En atención a todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral concluye que no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia de la penalidad 80.

⁴⁴³ El numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras se establece que:

“No se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la prestación del servicio en las condiciones pactadas. En este caso, el proveedor podrá solicitar por escrito, dentro de las 48 horas de ocurrido el incumplimiento, la inaplicación de penalidades. Deberá acompañar los elementos probatorios de su solicitud. (...)”

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Acerca de las Penalidades 81 y 82

606. Al respecto, de los medios de prueba presentados, el Contratista ha cuestionado las penalidades 81 y 82 en conjunto. Cabe indicar, que las tres penalidades se basan en los mismos hechos, razón por la cual, serán analizadas de forma conjunta en los siguientes puntos.

607. Mediante Acta de supervisión⁴⁴⁴, el personal de la Entidad deja constancia de que el día 26 de marzo de 2014, al inicio de la inspección se encontraron moscas en la oficina y en la sala de producción, razón por la cual, se efectuó la paralización de la producción y, consecuentemente, la no entrega de raciones.

Penalidad 81 referida a la falta de entrega de las raciones a las I.E 10 de marzo (nivel inicial y primaria) y Fe y Alegría 32.⁴⁴⁵

Penalidad 82 referida a la falta de entrega de las raciones a las I.E 10 de marzo (nivel inicial y primaria) y Fe y Alegría 32.⁴⁴⁶

608. Al respecto, el Contratista, mediante carta remitida el 31 de marzo de 2014⁴⁴⁷, manifiesta que no pudo realizar la entrega de las raciones, debido a que el día de la supervisión el establecimiento contaba con casi la totalidad de ventanas con sus respectivas mallas mosquiteras, excepto una de ellas. Precisa que durante la madrugada una fuerte corriente de aire abrió la ventana, lo cual permitió la entrada de moscas. Al respecto, indica que no existía posibilidad para una contaminación cruzada, toda vez que dentro del área de producción solo se encontraba agua dentro de las ollas para ebullición. Según el Contratista, estas ollas se encontraban debidamente cerradas.

⁴⁴⁴ Este documento se encuentra dentro del anexo 10.1 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁴⁵ Esta información puede ser verificada en el numeral 65 de los argumentos adjuntados como anexo 01-V del escrito ‘Cumplimiento requerimiento’ remitido por el Contratista el 19 de diciembre de 2017.

⁴⁴⁶ Esta información puede ser verificada en el numeral 66 de los argumentos adjuntados como anexo 01-V del escrito ‘Cumplimiento requerimiento’ remitido por el Contratista el 19 de diciembre de 2017.

⁴⁴⁷ Este documento se encuentra dentro del anexo 10.1 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: **NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA**

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

609. El supuesto de incumplimiento discutido por las partes, de acuerdo a la cláusula décimo quinta del contrato, configura una causal para la aplicación de penalidades, la cual se reproduce a continuación:

“Incumplimiento en la entrega de raciones en una o más instituciones educativas (no entrega de raciones).”

610. Sobre la validez de la penalidad, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a “Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos que les sea aplicable, aprobados por QALIWARMA.” y “Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.”

De acuerdo con el numeral 72 de la sección VI.4 del Manual de Compras, “Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengas las condiciones higiénico sanitarias, operativas y de producción que dieron lugar a que fueran contratados (...).”

De acuerdo al numeral 74 de la sección VI.4 del Manual de Compras, “Si como resultado de las acciones de supervisión, se detectaran situaciones que resulten susceptibles de poner en riesgo la salud de los usuarios, en atención a los lineamientos técnicos aprobados por la Unidad de Supervisión y Monitoreo, Qali Warma podrá suspender temporalmente la producción de las raciones (desayunos y/o almuerzos) y/o suspender la distribución de los productos o raciones, sin perjuicio de la aplicación de penalidades y/o resolución del contrato de pleno derecho, conforme a lo establecido en el presente manual.”

611. Que, este Tribunal Arbitral concluye que el Contratista reconoce de forma expresa en su Carta remitida el 31 de marzo de 2014, que el día de la supervisión se hallaron moscas dentro del establecimiento, toda vez, que indica que:

“(…) una fuerte corriente de aire abrió la ventana que no contaba con mallas, la cual permanecía hasta ese momento, permitiendo así el

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

ingreso de 2 moscas y que son las que constan en el acta (01 en oficina y 01 en área de producción).”

612. De la revisión de los medios de prueba, se concluye que el Contratista no ha proporcionado medio de prueba alguno que acredite los argumentos contenidos en su carta de descargo sobre la falta de riesgo de contaminación cruzada a los alimentos. Asimismo, el Tribunal considera que los hechos relatados por el Contratista evidencian que el establecimiento no cumplía con las condiciones higiénico sanitarias exigidas por el Contrato y las Bases.
613. En virtud de lo expuesto, se concluye que el Contratista no entregó las raciones correspondientes a las I.E's debido a la paralización del proceso de producción, cuya justificación el Contratista no ha podido desvirtuar con prueba fehaciente. Por tanto, a criterio de este Tribunal Arbitral, las penalidades 81 y 82 han sido válidamente aplicadas, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Penalidades derivadas del Contrato 012-2014 -CC LIMA 6/RAC

614. Mediante el Contrato indicado de fecha 14 de marzo de 2014, el Comité de Compra Lima 06 contrató, al Demandante para la provisión de raciones alimenticias a favor de los beneficiarios de los niveles Inicial y primaria del Ítem El Agustino 2.
615. Sobre las obligaciones del deudor, en la cláusula octava del Contrato bajo análisis se establece lo siguiente:

“CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR

EL PROVEEDOR se sujetará a las siguientes obligaciones:

8.1 Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por **QALI WARMA**.

8.2 Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

8.3 Brindar todas las facilidades necesarias para que **EL COMITÉ** y/o **QALI WARMA**, puedan ejercer su derecho a verificar el cumplimiento de todas y cada una de las prestaciones a cargo de **EL PROVEEDOR**, incluyendo aquellas obligaciones relativas a la calidad y cantidad de las raciones materia del presente contrato. En consecuencia, **EL COMITÉ** y/o **QALI WARMA** quedan autorizados a apersonarse a las instalaciones de **EL PROVEEDOR**, a través de representantes acreditados o de terceros contratados para dichos efectos, con la finalidad de verificar el estricto cumplimiento de lo pactado. El ejercicio de este derecho de verificación podrá ser ejecutado por **EL COMITÉ** y/o **QALI WARMA**, en presencia de un representante de **EL PROVEEDOR**, o ante un notario público o juez de paz, en ausencia del representante de **EL PROVEEDOR**.

8.4 Está prohibido de: (i) ceder su posición contractual, o (ii) subcontratar total o parcialmente la prestación principal, cual es el abastecimiento de raciones o provisión de productos.

8.5 Es el único responsable administrativo, civil y penalmente del cumplimiento o incumplimiento de sus prestaciones.

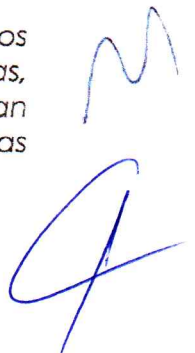
Queda expresamente establecido que en caso **EL PROVEEDOR** no cumpliera con cualquiera de sus obligaciones, estará sujeto a la resolución del presente contrato."

616. Sobre lo anterior, es de resaltar que la lista de obligaciones establecidas en el Contrato es una reproducción de lo establecido en el numeral 64 del punto VI.1 del Manual de Compras⁴⁴⁸
617. Adicionalmente, el numeral 13.2 de la cláusula décimo tercera del contrato bajo análisis y el numeral 72 del punto VI.4 del Manual de Compras⁴⁴⁹, contienen el siguiente texto:

"Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengan las condiciones higiénico sanitarias, operativas y de producción que dieron lugar a que fueran contratados, así como el cumplimiento de los términos ofrecidos en las

⁴⁴⁸ Esta sección se encuentra en la página 25 del Manual de Compras.

⁴⁴⁹ Esta sección se encuentra en la página 27 del Manual de Compras.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

propuestas técnicas. Asimismo, Qali Warma verificará el cumplimiento de las especificaciones técnicas de las raciones y productos contenidas en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas, la vigencia de las certificaciones presentadas en el proceso de manipulación de alimentos, y demás declaraciones y compromisos asumidos por los proveedores. En caso de verificarse el incumplimiento de dichas condiciones, y/o la falsedad o inexactitud de documentos, se procederá a emitir los informes técnicos respectivos con la finalidad de aplicar las penalidades establecidas en el presente Manual de Compras y en el contrato respectivo, y/o resolver el contrato, según corresponda."

618. Ahora bien, una vez detalladas las obligaciones a las que estaba sujeto el Contratista según el Contrato, se pasará a realizar el análisis correspondiente de cada penalidad que se deriva del Contrato bajo análisis.

Acerca de la Penalidad 83

619. Esta penalidad fue analizada en conjunto con la penalidad 24, toda vez, que, comparten los mismos hechos y fundamentos.

Acerca de la Penalidad 84

620. Al respecto, mediante Informe N° 017-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-RATUNGA UTLM⁴⁵⁰ de fecha 26 de agosto de 2014, el personal de la Entidad informa que, durante la supervisión del día 19 de junio de 2014 se consignó en el Acta de Supervisión⁴⁵¹ que, en el establecimiento del Contratista, no se cumplió con la formulación exigida de los bebibles, toda vez, que, según indica la Entidad, las ollas utilizadas por el Contratista tenían una capacidad de 400 raciones cumpliendo con la formulación y no de 460 raciones..

621. Al respecto, el Contratista, mediante Carta Notarial N° 025-06.14⁴⁵² remitida el 01 de julio de 2014, manifiesta que, "(...) se coordinó con el especialista

⁴⁵⁰ Anexo 10.3.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁵¹ Anexo 10.3.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁵² Anexo 10.3.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Sorio Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Alimentario del PNAE Qali Warma, Ing. Américo Vergara, que se realizaría la modificación correspondiente a los gramajes de agua por cada ración, de manera que se pueda obtener los rendimientos adecuados".

622. En virtud de lo indicado por las partes, se tiene que el supuesto de incumplimiento que viene siendo discutido está referido a la primera causal contenida en el segundo cuadro de penalidades de la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

"Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad."

623. Ahora bien, respecto de la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

De acuerdo al numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a "Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA" y a "Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."

Que, respecto del caso en concreto, el Contratista ha manifestado en su Carta N° 025-06.14 lo siguiente:

"Debido a lo conversado en las coordinaciones se procedió a reformular la cantidad de agua que se vierte a fin que el rendimiento sea el adecuado y que cumpla con lo establecido por el programa Qali Warma, por lo que en la actualidad en nuestras UPB, luego de las coordinaciones realizadas con el Ing. Vergara se vienen aplicando."

Asimismo, el Contratista ha presentado el certificado de calidad N° 2606141210⁴⁵³, mediante el cual se acredita, efectivamente, que las raciones elaboradas el día 19 de junio de 2014 cumplen con las características de peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial que exigen las Fichas

⁴⁵³ Documento adjunto al escrito "Cumplimos con detallar medios probatorios" de fecha 5 de agosto de 2019.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Técnicas de Producción de Recetas. No obstante, estas fichas también exigen el cumplimiento de la formulación de las raciones.

Sobre esto último, este Tribunal Arbitral concluye que el propio Contratista ha reconocido expresamente que realizó una reformulación a la receta establecida por el PNAEQW. Así pues, el Contratista indica que dicha reformulación se efectuó en virtud de las coordinaciones que se dieron con el especialista alimentario del PNAEQW Ing. Américo Vergara. No obstante, no ha adjuntado algún medio de prueba que logre acreditar las coordinaciones con el especialista alimentario del PNAEQW ni que existe un acuerdo modificadorio aprobado por las partes. Por consiguiente, corresponde tener por no acreditada que la reformulación se realizó, efectivamente, bajo acuerdo y autorización del personal de la Entidad. Por ende, se concluye que el Contratista no cumplió con la formulación establecida originariamente en las Fichas Técnicas de Producción de Recetas, lo cual, según el Contrato genera la aplicación de penalidades.

624. Cabe indicar que, el Contratista ha sostenido que, para la aplicación de este tipo de penalidades corresponde que la Entidad cuente con análisis y/o exámenes de un tercero imparcial especializado. Al respecto, de acuerdo al numeral 13.3 de la cláusula décimo tercera del Contrato, es cierto que la Entidad puede contar con la opinión de terceros especializados, no obstante, este Tribunal entiende que esta es una facultad, más no una obligación de parte de la Entidad. Se concluye lo anterior, toda vez, que el numeral indicado establece que *"Qali Warma podrá coordinar con las entidades públicas o privadas competentes en materia de salud y nutrición"*.
625. En virtud de lo expuesto, se concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones. Por tanto, a criterio de este Tribunal Arbitral, la penalidad 84 ha sido válidamente aplicada, por lo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

Acerca de la Penalidad 85

626. Mediante Informe N°261-2014-MIDIS/PNAEQW -UTLMC-msotomayor⁴⁵⁴ de fecha 29 de octubre de 2014, el personal de la Entidad informa que, durante

⁴⁵⁴ Anexo 10.4.1 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

la supervisión⁴⁵⁵ realizada el día 27 de junio de 2014, el Contratista proporcionó el certificado N°040614AM/FQ/M⁴⁵⁶ correspondiente al insumo almidón de maíz con lote de producto 14-150, fecha de producción 30 de mayo de 2014 y fecha de vencimiento 30 de mayo de 2015. No obstante, indica que en dicho certificado no se encuentran completos los ensayos microbiológicos exigidos. El certificado presentado solo contiene los ensayos microbiológicos: Coliforme Totales, Bacillus Cereus, Mohos y Salmonella, faltando el ensayo de N. Escherichia Coli. Por otro lado, la Entidad sostiene que el certificado N° 142644⁴⁵⁷ proporcionado por el Contratista, fue remitido en fecha posterior a la supervisión del día 27 de junio de 2014.

627. Por su parte, mediante Carta N° 026-07.14⁴⁵⁸ de fecha 02 de julio de 2014, el Contratista manifiesta que, respecto del certificado N° 040614AM/FQ/M y el certificado N°142644, se cumplió con realizar todos los análisis de acuerdo a la R.M. N° 591-2008/MINSA "Norma Sanitaria que establece los criterios microbiológicos de calidad sanitaria e inocuidad para los alimentos y bebidas de consumo humano."

628. De lo indicado por las partes, se tiene que el supuesto de incumplimiento que genera la aplicación de la penalidad bajo análisis, está referido a la primera causal contenida en el segundo cuadro de penalidades de la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

"Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad."

629. Respecto a la validez de la penalidad aplicada, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

⁴⁵⁵ Anexo 10.4.6 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁵⁶ Anexo 10.4.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁵⁷ Anexo 10.4.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁵⁸ Anexo 10.4.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Soís Tafur

De acuerdo al numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a "Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA" y a "Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales."

De acuerdo con las Fichas Técnicas de Alimentos referido al almidón de maíz de maicena⁴⁵⁹, como requisitos microbiológicos se establecieron 4 agentes microbiológicos: Mohos, Escherichia Coli, Bacillus cereus y Salmonella sp. Asimismo, sobre los requisitos físicos-químicos, la Fichas indican que el producto (almidón de maíz debía cumplir con: Energía : Mínimo 356 kcal, Grasa : Mínimo 0.08%, Fibra : Mínimo 0.6 % y Proteínas : Mínimo 0.41%.⁴⁶⁰

a) Respecto de los requisitos fisicoquímicos

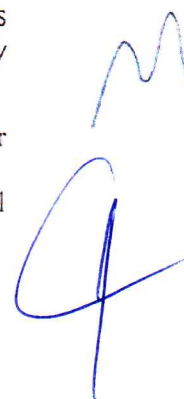
El Tribunal considera que el certificado N°142644 de fecha 4 de junio de 2014 presentado por el Contratista logra acreditar que el producto (almidón de maíz) de Lote 14-150 cumple con los requisitos físicoquímicos exigidos por la Ficha Técnica de Alimentos, pues contiene valores por encima de los valores exigidos respecto de la energía, grasa, fibra y proteínas. No obstante, este documento no ha sido presentado durante la supervisión y, por tanto, se concluye que el Contratista no ha cumplido de manera oportuna con dicha obligación. Sumado a esto, acorde al Contrato y demás disposiciones, se tiene que el Contratista debe permitir y/o facilitar la facultad de supervisión de la Entidad, lo cual, no se cumple en este caso, pues, el Contratista no ha proporcionado los documentos correspondientes de manera oportuna, esto es, durante la supervisión.

b) Respecto de los exámenes microbiológicos

El Tribunal considera que el certificado N° 040614AM/FQ/M proporcionado como medio de prueba no cumple con lo requerido en las Fichas Técnicas de Alimentos, toda vez, que el certificado en cuestión presenta únicamente los ensayos microbiológicos de: Coliformes totales, Bacillus cereus, Mohos y

⁴⁵⁹ Anexo 10.4.8 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁶⁰ Anexo 1-B del escrito "Cumplimos mandato y ofrecemos nuevos medios de prueba" presentado el 21 de agosto de 2019.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Salmonella. No incluye el ensayo de N. Escherichia Coli De modo que, no se cumple con lo exigido en las Fichas Técnicas de Alimentos, lo cual configura la aplicación de penalidades.

630. En virtud de todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral concluye que el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones, por lo que, no corresponde declarar la ineficacia y/o invalidez de la penalidad 85.

Acerca de la Penalidad 86

631. Mediante Informe N°004A-2014-MIDIS-PNAEQW-MC-UTLMC-SPEREA⁴⁶¹ remitido el 3 de octubre de 2014 e Informe N°262-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-msotomayor remitido el 30 de octubre de 2014, el personal de la Entidad informó sobre los hechos ocurridos durante la supervisión realizada el día 30 de junio de 2014 en el establecimiento del Contratista. En dicho informe se establece que el día de la supervisión⁴⁶², al momento de realizar la verificación de existencias de materia prima e insumos, se observó que el Certificado N° 310514H/FQ/M⁴⁶³ proporcionado por el Contratista, referido a la harina de haba extruida, no cumple con los análisis exigidos por el PNAEQW en las diversas Fichas Técnicas de Alimentos.
632. Por su parte, el Contratista, mediante la Carta N° 027-07.14⁴⁶⁴ remitido el 2 de julio de 2014, alega que los Certificados N° 141873⁴⁶⁵ y N° 142874⁴⁶⁶ contienen todos los análisis fisicoquímicos y organolépticos exigidos. Asimismo, precisa que el resultado de estos es conforme a lo establecido en la R.M. N°451-2006-MINSA "Norma Sanitaria para la fabricación de Alimentos a base de granos y otros, destinados a Programas Sociales de Alimentación". Finalmente, indica

⁴⁶¹ Anexo 10.5.5 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁶² Anexo 10.5.6 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁶³ Este documento no ha sido proporcionado como medio de prueba por ninguna de las partes.

⁴⁶⁴ Anexo 10.5.2 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁶⁵ Anexo 10.5.3 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁶⁶ Anexo 10.5.4 del escrito "Cumplimos Requerimiento" de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

que con los certificados proporcionados en dicha carta se evidencia que los análisis fueron practicados con anterioridad al día de la supervisión por un tercero imparcial

633. En virtud de lo manifestado por las partes, el supuesto de incumplimiento que genera la aplicación bajo análisis está referido a la primera causal contenida en el segundo cuadro de penalidades de la cláusula décimo quinta del contrato, la cual se reproduce a continuación:

“Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad.”

634. Respecto a la validez de la penalidad bajo análisis, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 8.1 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a “Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA.” y a “Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.”

De acuerdo al numeral 8.3 de la cláusula octava del Contrato, corresponde indicar que el Contratista se encontraba en la obligación de brindar todas las facilidades al personal de la Entidad a efectos de que realicen la supervisión y verificación del cumplimiento de lo estipulado en el Contrato, las Bases y demás disposiciones. Asimismo, el pago o cumplimiento de la prestación debe ser acreditado por el deudor de la obligación, conforme lo establece el artículo 1229 del Código Civil.

En el caso en concreto, en el Acta de Supervisión⁴⁶⁷ de fecha 30 de junio de 2014, el mismo responsable del establecimiento del Contratista manifestó que los “(...) certificados están en el local central de ATE”.

⁴⁶⁷ Anexo 10.5.6 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)
José Antonio Cárdenas Reynaga
Eduardo Solís Tafur

Sobre esto último, el Tribunal Arbitral concluye que lo manifestado por el personal del Contratista acredita que, como señala la Entidad, el Contratista no presentó los certificados correspondientes el día de la Supervisión.

Si bien la prestación puede ser sometida a un plazo, como modalidad del negocio jurídico, en caso las partes no hayan pactado la posibilidad de diferir el cumplimiento de la prestación para una oportunidad posterior, el contrato debe cumplirse en la oportunidad correspondiente y no en un tiempo posterior.

Conforme con lo pactado, la verificación de los documentos se realiza con ocasión de la supervisión. Razón por la cual, se advierte que el Contratista no cumplió, acorde el principio de oportunidad de la prestación, con las obligaciones a su cargo durante la supervisión.

La presentación oportuna de dichos certificados resulta relevante dado que, una interpretación de buena fe de lo pactado, no permite inferir que la presentación de esos documentos, importantes para la protección sanitaria de los beneficiarios del servicio, puedan ser entregados en un momento posterior. Además, conforme con el Contrato y demás disposiciones aceptadas por las partes, el Contratista debe facilitar la facultad de supervisión de la Entidad, lo cual, no se cumple si es que no cumple con la totalidad de los documentos pactados, de manera oportuna.

635. En virtud de lo mencionado, se concluye que el Contratista no ha presentado los certificados correspondientes en la oportunidad debida, esto es, el día de la supervisión.

636. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde indicar lo siguiente:

a) Respecto de los requisitos microbiológicos:

Mediante el Certificado N° 310514H/FQ/M, el Contratista, como reconoce la Entidad en el Informe N°004A-2014-MIDIS-PNAEQW-MC-UTLMC-SPEREA, acredita de manera oportuna la realización de los exámenes microbiológicos exigidos en la Ficha Técnica de Alimentos.

b) Respecto de los requisitos organolépticos

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Al respecto, mediante el Certificado N°142874 (presentado de manera tardía) el Contratista acredita que el producto (Harina de haba extruida) de lote 14-146 cumple con los requisitos organolépticos exigidos en la Ficha Técnica de Alimento.

c) Respecto de los requisitos fisicoquímicos del producto

De acuerdo con la Ficha Técnica de Alimentos⁴⁶⁸ referida a la harina de haba extruida⁴⁶⁹, se exige como requisito la realización de ensayos fisicoquímicos sobre: humedad, acidez, índice de gelatinización, índice de peróxido y aflatoxinas.

Al respecto, el día de la supervisión el Contratista únicamente acreditó, mediante el Certificado N°310514H/FQ/M, la realización de exámenes microbiológicos y los análisis fisicoquímicos de humedad del producto (Harina de haba extruida)⁴⁷⁰. Sin embargo, respecto de los demás análisis fisicoquímicos (acidez, índice de gelatinización, índice de peróxido y aflatoxinas) no presentó documento alguno.

Sin embargo, mediante el Certificado N°141873 (presentado de manera tardía) acredita que el producto (Harina de haba extruida) de lote 14-146 cumple con los requisitos fisicoquímicos: índice de gelatinización, índice de peróxido y aflatoxinas, pero de la revisión de dicho certificado este Tribunal concluye que no se cumple con el requisito del análisis de la acidez del producto, tal y como lo exige la Ficha Técnica de Alimento.

637. Conforme con lo analizado, el Contratista no ha acreditado que haya cumplido íntegra y oportunamente su prestación, lo cual implica que no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones

638. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que no corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia de la penalidad 86.

⁴⁶⁸ Anexo 1-B del escrito “Cumplimos mandato y ofrecemos nuevos medios de prueba” presentado el 21 de agosto de 2019.

⁴⁶⁹ Anexo 4.4.8 del escrito “Cumplidos Requerimiento” con fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista.

⁴⁷⁰ Esta información puede ser constatada en el Informe N°004A-2014-MIDIS-PNAEQW-MC-UTLMC-SPEREA.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)
José Antonio Cárdenas Reynaga
Eduardo Solís Tafur

Acerca de la Penalidad 87

639. Mediante Acta de Supervisión de fecha 31 de octubre de 2014⁴⁷¹, el personal de la Entidad informa que el día de la supervisión se evidenciaron problemas de higiene en el vestuario de hombres, el cual se encuentra aledaño al área de almacenamiento de la leche entera evaporada. Asimismo, precisa que es en esta área en donde se realiza la apertura de las latas y se vierte la leche en baldes, lo cual genera la probabilidad de la contaminación cruzada al insumo leche entera. Por ello, se recomendó la paralización del proceso productivo, lo cual tuvo como consecuencia la falta de entrega de las raciones en la I.E 116 Abraham Valdelomar (niveles inicial y primaria).
640. Al respecto, el Contratista, mediante la Carta N° 082-11.14⁴⁷² remitido el 04 de noviembre de 2014, manifiesta que la decisión del supervisor fue apresurada, toda vez que no había posibilidad de que se logre una contaminación cruzada, pues el número de operarios en su totalidad eran mujeres nada más. En ese sentido, indica el Contratista, si no hay personal que utilice el vestuario (de hombres), no es posible hablar de una contaminación cruzada, porque los supuestos inconvenientes de higiene no entran en contacto con el personal.
641. En virtud de lo alegado por las partes, se tiene que el supuesto de incumplimiento que está en discusión está referido a la falta de entrega de raciones el día 31 de octubre de 2014. Al respecto, este supuesto, acorde a la cláusula décimo quinta del contrato, configura una causal de aplicación de penalidades, la cual se reproduce a continuación:

“Incumplimiento en la entrega diaria de raciones en las Instituciones Educativas (no entrega de raciones).”

642. Ahora bien, sobre la validez de la penalidad materia de análisis, el Tribunal Arbitral estima lo siguiente

⁴⁷¹ Anexo 10.6.1 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista

⁴⁷² Anexo 10.6.2 del escrito “Cumplimos Requerimiento” de fecha 17 de mayo de 2018 presentado por el Contratista



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

De acuerdo con el numeral 8.1 y 8.2 de la cláusula octava del contrato, el Contratista estaba obligado a *“Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos que les sea aplicable, aprobados por QALIWARMA.”* y *“Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.”*

De acuerdo con el numeral 72 de la sección VI.4 del Manual de Compras, *“Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengas las condiciones higiénico sanitarias, operativas y de producción que dieron lugar a que fueran contratados (...).”*

De acuerdo con el numeral 74 de la sección VI.4 del Manual de Compras, *“Si como resultado de las acciones de supervisión, se detectaran situaciones que resulten susceptibles de poner en riesgo la salud de los usuarios, en atención a los lineamientos técnicos aprobados por la Unidad de Supervisión y Monitoreo, Qali Warma podrá suspender temporalmente la producción de las raciones (desayunos y/o almuerzos) y/o suspender la distribución de los productos o raciones, sin perjuicio de la aplicación de penalidades y/o resolución del contrato de pleno derecho, conforme a lo establecido en el presente manual.”*

Mediante Carta N° 082-11.14, el Contratista manifiesta que los supuestos inconvenientes de falta de higiene se presentaron en el vestidor de hombres y, sin embargo, indica, ese día se encontraban laborando en el establecimiento solo mujeres. Por otro lado, el Contratista indica que el día de la no entrega de raciones no hubo clases en las Instituciones Educativas indicadas.

Sobre las clases en las I.E., se tienen las Actas de entrega – recepción N° 8260 y N° 8264, en las cuales se deja constancia de que, efectivamente, el día 31 de octubre de 2014 no hubo clases en la I.E N°116 Abraham Valdelomar (nivel primario) y en la I.E N°116 Abraham Valdelomar (nivel inicial).

Al respecto, debe tenerse en consideración que, de acuerdo a la cláusula primera del contrato, el Contratista debía brindar atención (proveer raciones) desde el 10 de marzo al 17 de diciembre de 2014. Los días de atención se observan de forma más detallada en el cuadro contenido en la cláusula sexta, en el cual se establece que el día 31 de octubre de 2014, esto es, el día del incidente, se encontraba dentro del periodo de atención en el que el

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Contratista debía proveer de raciones a las I.E. Bajo esa misma línea, cabe indicar que no hay medio de prueba alguno que acredite que el Contratista no estaba obligado a cumplir con su prestación el día 31 de octubre de 2014.

Asimismo, el Contratista tampoco ha acreditado haber seguido el procedimiento para solicitar la no aplicación de penalidades, dentro de las 48 horas de efectuado el incumplimiento, establecido numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras⁴⁷³, si es que consideraba que existía la imposibilidad de cumplir la prestación, al haber verificado que, el día 31 de octubre de 2014, no hubo clases en las I.E N°116 Abraham Valdelomar (nivel primario) y en la I.E N°116 Abraham Valdelomar (nivel inicial). Por lo tanto, no corresponde que el Tribunal Arbitral realice el análisis respecto del cumplimiento del numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras por este supuesto.

643. Sobre los inconvenientes de higiene en el vestidor de hombres, de la revisión de los medios de prueba, el Contratista no ha proporcionado medio de prueba alguno que acredite lo indicado en su carta de descargo sobre la realización de protocolos de higiene en el establecimiento el día de la supervisión. Por tanto, se concluye que el Contratista no ha desvirtuado lo manifestado por la Entidad respecto de la existencia de problemas de higiene en el vestuario de hombres, asimismo, tampoco ha acreditado la realización y cumplimiento de los protocolos de higiene y saneamiento como indica. En consecuencia, el Contratista no ha logrado acreditar que ha cumplido con las obligaciones a su cargo acorde con el Contrato, las Bases y demás disposiciones.

644. En atención a todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral concluye que la penalidad 87 ha sido válidamente aplicada, de modo que, no corresponde declarar su invalidez y/o ineficacia.

En virtud de todo lo desarrollado respecto del primer punto controvertido y, teniendo en consideración que las penalidades N° 7, 8, 13, 28 y 76 han sido aplicadas

⁴⁷³ El numeral 81 de la sección VI.6 del Manual de Compras se establece que:

“No se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la prestación del servicio en las condiciones pactadas. En este caso, el proveedor podrá solicitar por escrito, dentro de las 48 horas de ocurrido el incumplimiento, la inaplicación de penalidades. Deberá acompañar los elementos probatorios de su solicitud. (...)”.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

indebidamente, corresponde declarar FUNDADA EN PARTE la primera pretensión. En consecuencia, CORRESPONDE dejar sin efecto las penalidades N° 7, 8, 13, 28 y 76.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO referido a la segunda pretensión principal de la demanda

✓ *Determinar si corresponde o no ordenar la entrega del monto indebidamente retenido por concepto de penalidades y que corresponden al pago de facturas del Consorcio, hasta el monto de S/ 1'128,153.11 (UN MILLON CIENTO VEINTIOCHO MIL CINCUENTA Y TRES CON 11/100 soles), por la entrega de los productos del contrato más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva del pago.*

645. Mediante la segunda pretensión, el Contratista solicita que este Tribunal Arbitral ordene la entrega de un monto equivalente a S/ 1'128,153.11 (un millón ciento veintiocho mil ciento cincuenta y tres con 11/100 soles), el cual fue retenido por concepto de penalidades. Al respecto, el Contratista indica que este monto corresponde al pago de facturas por la entrega de los productos del contrato.

646. Puesto que la pretensión bajo análisis está referida a la retención de penalidades, corresponde observar lo que disponen los contratos, las Bases y el Manual de Compras al respecto.

Sobre la regulación de la figura en el Contrato, Manual de Compras y Bases integradas.

647. Como se indicó en el desarrollo de la primera pretensión, los contratos en controversia, al igual que el manual, contienen cuadros en donde se establecen los supuestos de incumplimientos que dan lugar a la aplicación de penalidades. Estos cuadros se encuentran dentro de la cláusula décimo quinta de cada contrato.

648. Por su parte, la sección VI.6 del Manual de Compras contiene las reglas que rigen todo lo referido a la aplicación de penalidades. Sobre ello, el numeral 80 de la sección VI.6 establece lo siguiente:

"Las penalidades son aplicables automáticamente por la Unidad Territorial de Qali Warma cuando se configure una situación de



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

incumplimiento prevista en el presente manual y en el contrato respectivo, y aquella responda a circunstancias imputables al proveedor. Las penalidades se aplican sin perjuicio de la potestad resolutoria del Comité de Compra y de las acciones legales que correspondan."

649. Asimismo, el numeral 82 de la misma sección establece que:

"Cada penalidad se calculará de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas por la Unidad Territorial de Qali Warma de los pagos parciales o del pago final, conforme a lo señalado en el numeral 80) del presente manual."

650. Acorde con las disposiciones citadas, las penalidades se aplican de manera automática por la Unidad Territorial de Qali Warma cuando se configura el supuesto de incumplimiento. Es decir, una vez producido el incumplimiento, se genera inmediatamente el derecho de la Entidad a aplicar la penalidad, salvo que el deudor acredite oportunamente que el incumplimiento no le es imputable, conforme con lo previsto en el contrato. Además de lo indicado, también se establece que las penalidades se calculan de forma independiente y son deducidas por la Unidad Territorial de Qali Warma de los pagos parciales o del pago final. Sobre esto último, el cobro de las penalidades se realiza mediante una retención sobre los pagos parciales o el pago final, dependiendo el caso en concreto.

651. En el caso de las Bases Integradas⁴⁷⁴, corresponde indicar que este dispositivo contiene reglas que rigen la aplicación de penalidades, las cuales son las mismas que están contenidas en la sección VI.6 del Manual de Compras y en el Contrato.

Sobre la validez de la retención

652. Ahora bien, el Contratista manifiesta que la Entidad ha efectuado una retención indebida de un monto equivalente a S/ 1'128,153.11 (un millón ciento veintiocho mil ciento cincuenta y tres con 11/100 soles) por concepto de penalidades.

⁴⁷⁴ Documento remitido en fecha 25 de octubre de 2019 mediante escrito "Cumplimos con requerimiento" por parte de la Entidad. (Tomo 5)

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

653. Sobre la retención, la Entidad, mediante la Carta N° 62-2015/MIDIS/PNAEQW/UTLM⁴⁷⁵ de fecha 24 de febrero de 2015, comunica al Contratista sobre el estado de los pagos realizados. Al respecto, adjunta un cuadro detallado en el cual se advierte que la retención por penalidades asciende al monto de S/ 1'245,412.73 (Un millón doscientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos doce con 73/100 soles). En relación a este monto, cabe precisar que, mediante la pretensión bajo análisis el Contratista solicita la devolución del monto equivalente a S/ 1'128,153.11 (un millón ciento veintiocho mil ciento cincuenta y tres con 11/100 soles), el cual viene a ser el monto total de las penalidades discutidas en el presente arbitraje.
654. A efectos de determinar si la retención efectuada por la Entidad ha sido indebida o no, corresponde tener en consideración el análisis contenido en el desarrollo del primer punto controvertido referido a la primera pretensión.
655. Sobre ello, durante el desarrollo de la primera pretensión, este Tribunal Arbitral determinó que son setenta y dos (72) las penalidades que son materia controvertida del presente proceso arbitral. Asimismo, luego de la revisión de los escritos y medios de prueba aportados por las partes, se determinó que, de todas las penalidades impuestas, cinco (5) de ellas han sido aplicadas indebidamente. En ese sentido, las penalidades válidamente aplicadas son las sesenta y siete (67) restantes.

Cabe mencionar, que las cinco (5) penalidades aplicadas indebidamente son las penalidades N° 7, N° 8 (Contrato N° 001-2014-CC-LIMA 6/RAC) N° 13 (Contrato N° 002-2014-CC-LIMA 6/RAC) N° 28 (Contrato N° 004-2014-CC-LIMA 6/RAC) y N° 76 (Contrato N° 009-2014-CC-LIMA 6/RAC). Con relación a los montos de las penalidades, la Carta Notarial N°38633⁴⁷⁶ remitida el 02 de julio de 2015 por parte de la Entidad, contiene un cuadro detallado del cálculo de penalidades. En dicho cuadro, se observa lo siguiente:

Penalidad N° 7 sobre el retraso en la entrega de raciones, el monto de la penalidad asciende a S/381.62.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ Anexo 01-R de la demanda presentada por el Contratista.

⁴⁷⁶ Anexo 01-T de la demanda presentada por el Contratista.

⁴⁷⁷ El monto de la penalidad no ha sido discutido por el Contratista, pues, ha consignado dicho monto en el cuadro de penalidades que ha presentado en el presente proceso.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

Penalidad N° 8 sobre el retraso en la entrega de raciones, el monto de la penalidad asciende a S/381.62.⁴⁷⁸

Penalidad N° 13 sobre la entrega incompleta de raciones, el monto de la penalidad asciende a S/ 6,636.19.⁴⁷⁹

Penalidad N° 28 sobre el retraso en la entrega de raciones, el monto de la penalidad asciende a S/ 1,376.15.⁴⁸⁰

Penalidad N° 76 sobre el retraso en la entrega de raciones, el monto de la penalidad asciende a S/ 2,169.96.⁴⁸¹

656. Por consiguiente, este Tribunal Arbitral concluye que corresponde ordenar la entrega del monto retenido únicamente en los casos de las penalidades 7, 8, 13, 28 y 76, toda vez, que en el análisis de la primera pretensión se determinó que las mismas fueron aplicadas de manera indebida por la Entidad. En ese sentido, le corresponde a la Entidad reintegrar a favor del Contratista un monto equivalente a S/10,945.54 (diez mil novecientos cuarenta y cinco con 54/100 soles) por concepto de la aplicación indebida de las penalidades 7, 8, 13, 28 y 76.
657. Respecto de los intereses legales que solicita, el Contratista no invocó la base legal que sustenta su pedido de intereses legales, tampoco ha especificado desde cuándo debe computarse los intereses que solicita, además, no especificó la prueba que acredita la oportunidad en la que inicia el cómputo de dichos intereses. El Tribunal Arbitral no puede suplir lo que le corresponde alegar exclusivamente a las partes. Por ende, el Tribunal Arbitral no puede otorgar los intereses legales que solicita la parte demandante porque no ha especificado desde cuando deben computarse los intereses ni ha sustentado jurídicamente su pedido.

⁴⁷⁸ El monto de la penalidad no ha sido discutido por el Contratista, pues, ha consignado dicho monto en el cuadro de penalidades que ha presentado en el presente proceso.

⁴⁷⁹ El monto de la penalidad no ha sido discutido por el Contratista, pues, ha consignado dicho monto en el cuadro de penalidades que ha presentado en el presente proceso.

⁴⁸⁰ El monto de la penalidad no ha sido discutido por el Contratista, pues, ha consignado dicho monto en el cuadro de penalidades que ha presentado en el presente proceso.

⁴⁸¹ El monto de la penalidad no ha sido discutido por el Contratista, pues, ha consignado dicho monto en el cuadro de penalidades que ha presentado en el presente proceso.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)
José Antonio Cárdenas Reynaga
Eduardo Solís Tafur

En consecuencia, el Tribunal Arbitral concluye que no corresponde ordenar el pago de intereses legales generados con anterioridad a la emisión del laudo.

658. En virtud de todo lo expuesto, corresponde declarar FUNDADA EN PARTE la segunda pretensión principal. Por tanto, CORRESPONDE ordenar a la Entidad reintegrar a favor del Contratista el monto ascendente a S/10,945.54 (diez mil novecientos cuarenta y cinco con 54/100 soles) por concepto de aplicación indebida de las penalidades N° 7, 8, 13, 28 y 76.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO referido a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda.

✓ *Determinar si corresponde o no, ordenar la entrega del monto indebidamente retenido que corresponden a descuentos sin sustento, hasta el monto de S/ 10,238.32 (DIEZ MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO CON 32/100 soles), más los intereses legales que se generen a la fecha efectiva del pago.*

659. Al respecto, mediante la tercera pretensión, el Contratista solicita al Tribunal Arbitral que ordene la entrega de un monto retenido por la Entidad, monto que corresponde a descuentos y que es equivalente a S/ 10,238.32 (diez mil doscientos treinta y ocho con 32/100 soles).

660. Cabe indicar, que cada contrato sometido a este arbitraje establece en su cláusula tercera el monto contractual, el cual incluye el precio unitario de las raciones y demás conceptos. Asimismo, en dicha cláusula también se establece la cantidad de raciones a entregar en cada caso. Por otro lado, en el Anexo N° 1 de cada contrato se establece el documento que contiene la relación de Instituciones Educativas Adjudicadas.

661. Bajo esa línea, la cláusula sexta de cada contrato establece que el Comité de Compra realizará el pago correspondiente a la contraprestación por la entrega efectiva de las raciones objeto de los contratos suscritos entre la Entidad y el Contratista.

En ese sentido, si el Contratista incumple con la prestación, no corresponde que el Comité de Compra efectúe el pago correspondiente a la entrega de



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)
José Antonio Cárdenas Reynaga
Eduardo Solís Tafur

raciones que se encuentre en incumplimiento, de modo que, se tendría que realizar un descuento sobre los pagos que le corresponden al Contratista.

662. Luego de la revisión de escritos y medios de prueba, se verifica que, mediante la Carta N° 62-2015/MIDIS/PNAEQW/UTLM⁴⁸² de fecha 24 de febrero de 2015, la Entidad informa sobre el estado de los pagos realizados al Contratista. En dicha carta se adjunta un cuadro en donde se observa que los descuentos efectuados ascienden a la suma de S/ 10,238.32 (diez mil doscientos treinta y ocho con 32/100 soles).

De acuerdo con la información contenida en el cuadro de la Carta N° 62-2015/MIDIS/PNAEQW/UTLM, el Tribunal Arbitral concluye que los descuentos corresponden a los contratos N° 002-2014-CC-LIMA 6/RAC, 004-2014-CC-LIMA 6/RAC y 009-2014-CC-LIMA 6/RAC, sin embargo, no se hace mayor detalle al respecto.

Sobre esto último, cabe mencionar que el Contratista no ha señalado de forma detallada cuales son los descuentos que está cuestionado mediante la presente pretensión. Asimismo, de la revisión de los escritos y medios de prueba, se tiene que el Contratista no ha precisado cuándo se aplicaron los descuentos ni a que prestación corresponden.

Finalmente, el Contratista no ha señalado cuáles son los motivos por los cuales este Tribunal Arbitral debe ordenar el reintegro de la suma retenida por concepto de descuentos.

663. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral no cuenta con elementos fácticos o jurídicos para poder determinar si la retención del monto por concepto de descuentos, cuestionada por la parte demandante, ha sido indebida o no.
664. En virtud de lo expuesto, este Tribunal Arbitral resuelve INFUNDADA la tercera pretensión principal. Por tanto, NO CORRESPONDE ordenar a la Entidad entregar el monto equivalente a S/ 10,238.32 (diez mil doscientos treinta y ocho con 32/100 soles) por concepto de descuentos. Asimismo, dado que no

⁴⁸² Anexo 01-R de la demanda presentada por el Contratista.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)
José Antonio Cárdenas Reynaga
Eduardo Solís Tafur

se ha ordenado el pago de la suma reclamada, no corresponde el pago de intereses legales por este concepto.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO referido a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda

- ✓ Determinar si corresponde o no, ordenar la entrega del monto indebidamente retenido que no corresponde ni penalidades ni a descuentos y que es lo que aun adeuda la Entidad y que corresponde al saldo pendiente de pago del monto total facturado por el año 2014, hasta por la suma de S/ 262,563.13 (DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y TRES CON 13/100 soles), más los intereses legales que se generen hasta la fecha efectiva de pago.
665. Mediante la cuarta pretensión, el Contratista solicita al Tribunal Arbitral la entrega del monto que, según indica, no corresponde ni a penalidades ni a descuentos y que es lo que aún le adeuda la Entidad. El monto es equivalente a S/ 262,563.13 (doscientos sesenta y dos mil quinientos sesenta y tres con 13/100 soles).
666. Al respecto, este Tribunal Arbitral considera que la suma que solicita el Contratista está referida al pago correspondiente de las prestaciones objeto de los contratos. En ese sentido, se pasará a analizar si, como sostiene el Contratista, la Entidad le adeuda la suma de S/ 262,563.13 (doscientos sesenta y dos mil quinientos sesenta y tres con 13/100 soles), monto que no corresponde a penalidades ni a descuentos, según indica.
667. Sobre el pago correspondiente a las prestaciones, la cláusula sexta de los contratos establece lo siguiente:

"El Comité realizará el pago correspondiente a la contraprestación por la entrega efectiva de las raciones objeto del presente contrato, en un plazo de diez (10) días hábiles posteriores a la conformidad por parte de Qali Warma (...)

(...)

El pago se hará efectivo mediante abono de la cuenta bancaria de EL COMITÉ a la cuenta bancaria de EL PROVEEDOR. Se cumplirá dicho plazo siempre y cuando EL PROVEEDOR cumpla con presentar su expediente para pago, de acuerdo al cronograma establecido en la Cláusula Cuarta del presente contrato.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)
José Antonio Cárdenas Reynaga
Eduardo Salís Tafur

El expediente para pago, debe contener los siguientes documentos:

- ✓ *Solicitud de pago.*
 - ✓ *Actas de Entrega – Recepción.*
 - ✓ *Guías de Remisión.*
 - ✓ *Comprobante de Pago.*
- (...)"

668. Conforme al fragmento citado, a efectos de recibir el pago correspondiente, el Contratista tiene que presentar previamente un expediente de pago, el cual, según la cláusula sexta, debe contener documentos necesarios para acreditar el cumplimiento efectivo de las prestaciones a cargo del Contratista. Por consiguiente, a efectos de solicitar el pago, el Contratista debe cumplir con el procedimiento establecido en la cláusula sexta de cada contrato.
669. En este caso, de la revisión de los escritos y medios de prueba proporcionados por el Contratista, se concluye que éste último no ha presentado los documentos necesarios para la procedencia del pago de la suma que solicita en este proceso arbitral. En consecuencia, se concluye que el Contratista no ha acreditado que la Entidad aun le adeuda la suma de S/ 262,563.13 (doscientos sesenta y dos mil quinientos sesenta y tres con 13/100 soles).
670. En virtud de todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral resuelve INFUNDADA la cuarta pretensión principal. Por tanto, NO CORRESPONDE ordenar a la Entidad efectuar la entrega de la suma de S/ 262,563.13 (doscientos sesenta y dos mil quinientos sesenta y tres con 13/100 soles) a favor del Contratista. Asimismo, dado que no se ha ordenado el pago de la suma reclamada, no corresponde el pago de intereses legales por este concepto.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO referido a la Primera Pretensión Alternativa de la Demanda

- ✓ Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare la reducción equitativa de las penalidades que corresponda, como resultado del análisis concreto de cada caso.
671. Mediante la presente pretensión, el Contratista solicita a este Tribunal Arbitral que declare la reducción equitativa de las penalidades que correspondan.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

672. El presente contrato se rige por lo pactado en el mismo, las Bases integradas, el Manual de Compras y por el Código Civil. La Ley del Procedimiento Administrativo General y normas disciplinarias no resultan aplicables al presente contrato por su naturaleza distinta y porque las partes no las han previstas como reglas aplicables al presente contrato.

673. Puesto que la pretensión bajo análisis versa sobre reducción de penalidades, corresponde observar lo que los contratos, las Bases integradas y el Manual de Compras establecen al respecto. Sobre ello, los contratos no contienen disposición alguna referida a la reducción de penalidades. De igual manera sucede con el Manual de Compras y las Bases integradas.

674. De acuerdo con el artículo 1346 del Código Civil:

“El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.”

675. Acorde con la disposición citada, a solicitud del deudor, el juez (léase árbitro⁴⁸³ conforme con la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje) puede reducir equitativamente la penalidad cuando se configure alguno de los dos supuestos que precisa la norma: (i) cuando la penalidad sea manifiestamente excesiva o (ii) cuando la obligación principal hubiese sido cumplida en parte o de forma irregular.

676. Conforme con la norma citada, no es una reducción arbitraria a criterio de los integrantes del Tribunal Arbitral sino que debe sustentarse y acreditarse que la penalidad, en cada caso concreto, sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido cumplida en parte o de forma irregular.

⁴⁸³ Según la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071): *“A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes”.*



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

677. Cabe indicar, que, de la lectura de la pretensión bajo análisis, se concluye que el Contratista solicita que el Tribunal Arbitral analice si corresponde la reducción en cada caso concreto, es decir, en cada penalidad. Sin embargo, el Contratista no sustenta, ni analiza, cada una penalidades impuestas, ni justifica los motivos que, según su posición, ameritan que se reduzca las penalidades N° 2, 3, 4, 9, 10, 12, 14, 17, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86 y 87, por lo que el Tribunal Arbitral concluye que debe declararse infundada la primera pretensión alternativa de la demanda respecto de las penalidades N° 2, 3, 4, 9, 10, 12, 14, 17, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86 y 87 al no haber presentado la parte demandante sustento que pueda ser analizado por el Tribunal Arbitral para que respalde su pretensión.
678. Para el caso de la penalidad N° 72, el Contratista sustenta la reducción de penalidades, la cual versa sobre el incumplimiento en la entrega de raciones durante 29 días a la I.E PRONOEI Niño Jesús I. Por tanto, el Tribunal Arbitral realizará el análisis correspondiente sobre la base de lo manifestado por el Contratista a efectos de determinar si corresponde la reducción de la penalidad N°72.
679. Sobre la reducción de la penalidad, comentando precisamente el artículo 1346 del Código Civil, Felipe Osterling y Mario Castillo sostienen que:
*"(...) cuando se estipula una indemnización convencional, y el deudor pretende que sea reducida, toca a él acreditar que la pena es excesiva o injustificada, demostrando que el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los previstos en la cláusula penal, o que no sufrió perjuicio alguno"*⁴⁸⁴.
680. En similar sentido, comentando también el artículo 1346 del Código Civil, Cecilia O'Neill ha sostenido que:

⁴⁸⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra. Lima. 2008. P. 963.

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

“Parece claro que no debería primar un criterio subjetivo, sino que, luego de desplegar una actividad probatoria suficiente, el deudor debería acreditar que los perjuicios ocasionados fueron menores a los previstos”⁴⁸⁵.

681. Conforme con lo enunciado, le corresponde al Contratista sustentar que la pena es excesiva o injustificada considerando los perjuicios del acreedor.
682. En el numeral 32 (página 16) de su escrito de demanda, el Contratista sostiene que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la aplicación de penalidades, toda vez, que mediante la Carta N° 0145-2014-MIDIS/PNAEQW/UTLM/CA se consigna que el pago total por los días no atendidos es de S/1,167.54 (mil ciento sesenta y siete con 54/100 soles), mientras que, el monto total de la penalidad discutida (N°72) asciende a la suma de S/533,173.47 (quinientos treinta y tres mil ciento setenta y tres con 47/100 soles)⁴⁸⁶.

Al respecto, el Tribunal Arbitral verifica que el Contratista sustenta su pedido de reducción de la penalidad, basándose en el pago total por los días no atendidos y no en el perjuicio ocasionado al acreedor.

El Contratista no respalda jurídicamente su posición con norma, doctrina u otra fuente, que pueda ilustrar al Tribunal Arbitral respecto a que deba considerarse el pago total por los días no atendidos, como un criterio para reducir la penalidad que ha sido pactada por las partes y que es vinculante para las mismas.

Luego de la revisión de los escritos y medios de prueba presentados por el Contratista, este Tribunal concluye que el Contratista no ha demostrado los hechos fácticos que justifiquen la reducción de penalidades. No ha sustentado adecuadamente, ni acreditado, ni determinado bajo que parámetro sostiene que la penalidad es excesiva, pues, no cabe realizar comparación alguna del monto de la penalidad, con el pago total por los días no atendidos. La comparación que realiza el Contratista no constituye

⁴⁸⁵ O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. La cláusula penal. ¿Debe servir para proteger al deudor de sus propias decisiones? En: AA.VV. Derecho de Obligaciones. Modalidades, efectos e inejecución. Editorial UPC. Lima. 2016. P. 388.

⁴⁸⁶ Página 16 del escrito de demanda presentado por el Contratista.



Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

un argumento suficiente como para determinar la aplicación del artículo 1346 del Código Civil en el presente caso.

Por tanto, no corresponde que este Tribunal Arbitral conceda la reducción solicitada por el Contratista respecto de la penalidad 72.

683. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde indicar lo siguiente:

- a) La cláusula penal, como bien se indicó, es un pacto mediante el cual las partes, voluntariamente, se someten a la obligación de pagar una prestación (penalidad) cuando medie un incumplimiento de su parte. La penalidad forma parte del contrato aceptado por el Contratista.
- b) Asimismo, corresponde indicar que, una de las funciones de la penalidad, es que cumplen una función indemnizatoria anticipada, que corresponde pagar en caso se genere un incumplimiento.

Bajo esa línea, a criterio del Tribunal Arbitral, también debe tenerse en consideración, que la no entrega de raciones a las I.E correspondientes supone que los beneficiarios del servicio no han recibido los alimentos destinados para los mismos, durante 29 días. No es un incumplimiento mínimo, a consideración del Tribunal Arbitral.

De acuerdo con la cláusula segunda del contrato, el objeto contractual está referido específicamente a la entrega de raciones a favor de los usuarios (niños) de los niveles inicial y primaria del ítem San Juan de Lurigancho 5. El interés del acreedor al suscribir el contrato se sustenta, precisamente, en que los niños beneficiarios del servicio reciban la alimentación de manera oportuna y en las condiciones estrictamente pactadas. En este caso, debido al incumplimiento del Contratista, los niños de la I.E PRONOEI Niño Jesús I no recibieron las raciones correspondientes, durante 29 días.

Sobre esto último, el Tribunal Arbitral concluye que se está frente a un tema tan importante y delicado como lo es la alimentación de niños en la etapa de crecimiento, hecho que aumenta aún más la gravedad de la situación y que fundamenta debidamente la aplicación de la penalidad por la no entrega de las raciones por un periodo largo. ese sentido, se concluye que la penalidad no es excesiva; al contrario, el efecto punitivo, preventivo y compulsivo que tiene esta consecuencia

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

contractual busca incentivar el cumplimiento y evitar que se genere un mayor perjuicio a quienes son los que finalmente se benefician del servicio, los niños de bajos recursos económicos.

684. En virtud de lo expuesto, el Tribunal Arbitral resuelve declarar INFUNDADA la cuarta pretensión. Por ende, NO CORRESPONDE ordenar la reducción de penalidades.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO referido a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda

✓ Determinar si corresponde o no, ordenar a EL COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 DEL PROGRAMA QALI WARMA cumpla con asumir la totalidad del pago de los costos y costas relativas al proceso arbitral (Pago de árbitros, secretario arbitral, honorarios de los profesionales contratados para la presente defensa y otros).

685. En lo referido a determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje, el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

Respecto de los costos del arbitraje, el artículo 70° de la Ley de Arbitraje establece que el Tribunal Arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje.

Asimismo, se debe tener en cuenta que el numeral 1 del artículo 73° de la Ley de Arbitraje, dispone que:

"El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso."

686. De la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las mismas no han establecido pacto respecto a los costos del arbitraje, por lo que, corresponde que la distribución sea determinada por el Tribunal Arbitral, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

687. Este Tribunal Arbitral estima que ambas partes han tenido motivos atendibles para litigar, habiéndose presentado una diferencia interpretativa con

Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR
– QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

contenido y posiciones diversas. Por lo que, corresponde que el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje sean asumidos por cada una de las partes.

688. En ese sentido, mediante la Resolución N° 9 del 22 de enero de 2018, se fijó como honorarios netos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral las sumas de S/ 45,436.56 (Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Treinta y Seis con 56/100 Soles) y S/ 10,600.00 (Diez mil seiscientos con 00/100 Soles) respectivamente, las mismas que deberán ser asumidas por ambas partes en proporciones iguales. Siendo esto así, a cada parte le corresponde asumir el monto de s/ 28,018.28 (Veintiocho Mil Dieciocho con 28/100 soles) netos por gastos arbitrales.
689. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral ordena a las partes asumir de forma equivalente el pago de los costos y costas del presente arbitraje.

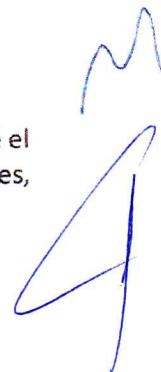
LAUDO

Por las consideraciones antes establecidas, luego de haber evaluado los argumentos y las pruebas actuadas en este proceso, este Tribunal Arbitral **LAUDA POR MAYORÍA**⁴⁸⁷ la Primera y Segunda Pretensión Principal de la demanda; y **POR UNANIMIDAD** la Tercera y Cuarta Pretensión Principal de la demanda así como respecto de la Primera Pretensión Alternativa de la demanda y costos y costas:

Primero: Declarar **POR MAYORÍA FUNDADA EN PARTE** la Primera Pretensión Principal de la demanda. En consecuencia, **CORRESPONDE** dejar sin efecto las penalidades N° 7, 8, 13, 28 y 76 aplicadas por la Entidad al Contratista, toda vez que han sido aplicadas de forma indebida.

Segundo: Declarar **POR MAYORÍA FUNDADA EN PARTE** la Segunda Pretensión Principal de la demanda. En consecuencia, **CORRESPONDE** ordenar a la Entidad entregar a favor del Contratista el monto ascendente a S/10,945.54 (diez mil novecientos cuarenta y cinco con 54/100 soles) por concepto de la aplicación

⁴⁸⁷ El árbitro Eduardo Solís Tafur tiene una posición distinta respecto de las penalidades en las que el Contratista sostiene la existencia de caso fortuito y fuerza mayor y respecto del pago de intereses, por lo que emitirá un voto particular al respecto.



Arbitraje Ad Hoc

Expediente N° 089-2017/MARCPERÚ

Caso Arbitral: NIISA CORPORATION S.A. vs. COMITÉ DE COMPRA LIMA 6 – PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

Tribunal Arbitral

Alfredo Fernando Soria Aguilar (Presidente)

José Antonio Cárdenas Reynaga

Eduardo Solís Tafur

indebida de las penalidades 7, 8, 13, 28 y 76. Asimismo, declarar POR MAYORÍA que NO CORRESPONDE el pago de intereses legales anteriores a la emisión del laudo.

Tercero: Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la demanda. Por tanto, **NO CORRESPONDE** ordenar a la Entidad entregar el monto equivalente a S/ 10,238.32 (diez mil doscientos treinta y ocho con 32/100 soles) por concepto de descuentos, ni corresponde ordenar a la Entidad el pago de intereses legales por dicho concepto.

Cuarto: Declarar **INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la demanda. Por tanto, **NO CORRESPONDE** ordenar a la Entidad efectuar la entrega de la suma de S/ 262,563.13 (doscientos sesenta y dos mil quinientos sesenta y tres con 13/100 soles) a favor del Contratista, ni corresponde ordenar a la Entidad el pago de intereses legales por dicho concepto.

Quinto: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Alternativa de la demanda. Consecuentemente, **NO CORRESPONDE** ordenar la reducción de penalidades.

Sexto: Respecto de los costos y costas, **CORRESPONDE** que cada parte asuma los costos y costas que, hasta la fecha del presente laudo, hayan asumido o les corresponda.

Notifíquese a las partes. -

Alfredo Fernando Soria Aguilar
Presidente de Tribunal Arbitral

Eduardo Solís Tafur
Árbitro

José Antonio Cárdenas Reynaga
Árbitro