

LAUDO DE DERECHO EN MAYORIA

DEMANDANTE: **DELISUYOS E.I.R.L.**

DEMANDADOS: - **COMITÉ DE COMPRA LORETO 5**
- **PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA**

TIPO DE ARBITRAJE: INSTITUCIONAL Y DE DERECHO

TRIBUNAL ARBITRAL: Dra. Rosario del Pilar Fernández Figueroa (***Presidenta del Tribunal Arbitral***)
Dra. July Anne Escajadillo Lock (***Árbitro***)
Dra. Magali Rojas Delgado (***Árbitro***)

SECRETARIA ARBITRAL: Dra. Susana Santos Revilla

Orden Procesal N° 10

En Lima, a los 10 días del mes de noviembre de 2021, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando sobre las pretensiones planteadas en la demanda, su contestación, en la reconvencción y su contestación, dicta el siguiente Laudo Arbitral en mayoría para poner fin a la controversia planteada.

I. **EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL:**

- 1.1 El convenio arbitral está contenido en la cláusula **Vigésimo Segunda** del “Contrato N° 0003-2019-CC-LORETO 5/PRODUCTOS” de fecha 17 de enero de 2019, suscrito entre el COMITÉ DE COMPRA LORETO 5 (en adelante “**COMITÉ**”) y DELISUYOS E.I.R.L. (en adelante “**DELISUYOS**” o “**DEMANDANTE**”), (en adelante, “**CONTRATO**”) cuyo tenor es el siguiente:

“(…) **CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:**

22.1 Toda y cualquier discrepancia, litigio o controversia resultante del contrato o relativo a éste, se resolverá por un tribunal arbitral conformado por tres (03) integrantes, mediante el arbitraje con aplicación de la legislación nacional vigente, de derecho, organizado y administrado por la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú o por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de conformidad con los reglamentos vigentes de dichas instituciones. El arbitraje tendrá como sede, la ciudad de Lima.

*Cualquier controversia relacionada con la ejecución del contrato podrá ser sometida por **EL CONTRATISTA** a arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la comunicación de la resolución de contrato y/o aplicación de penalidad. Vencido este plazo sin que se*

haya iniciado algún procedimiento, se entenderá que la resolución del contrato y/o aplicación de penalidades ha quedado consentida.

22.2 El laudo arbitral que se emita conforme a los numerales precedentes es definitivo e inapelable, teniendo el valor de cosa juzgada y debe ejecutarse como una sentencia.

*22.3 El presente contrato establece los mecanismos de intervención que resulten necesarios para la defensa de los intereses del **PNAEQW**.”*

II. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 2.1 Con escrito de fecha 30 de enero de 2020 DELISUYOS presentó su solicitud de arbitraje, designando como árbitro al abogado Dr. Carlos Alberto Puerta Chu.
- 2.2 El COMITÉ mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2020 se apersona y designa como árbitro al abogado Dr. Percy Coral Chávez.
- 2.3 Con escrito de fecha 20 de febrero de 2020, el Procurador Público a cargo de los Asuntos Arbitrales del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social se apersona en calidad de parte no signataria en representación del PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA (en adelante “**PNAEQW**”), designando como árbitro al abogado Dr. Percy Coral Chávez.
- 2.4 Mediante correo electrónico de fecha 16 de junio de 2020, el Dr. Percy Coral Chávez declina a la designación efectuada por parte del COMITÉ y el PNAEQW.
- 2.5 El Consejo Superior de Arbitraje en su sesión del 24 de junio de 2020 consideró no confirmar la participación del Dr. Carlos Puerta Chu como árbitro.

- 2.6 El COMITÉ con escrito presentado el 09 de julio de 2020 designa como árbitro a la abogada Dra. Magali Fiorella Rojas Delgado; por su parte el PNAEQW mediante escrito presentado el 24 de julio de 2020 manifiesta su conformidad respecto a la designación efectuada. La Dra. Magali Fiorella Rojas Delgado aceptó la designación mediante comunicación de fecha 03 de setiembre de 2020.
- 2.7 DELISUYOS con escrito de fecha 30 de julio de 2020 designa como árbitro a la abogada Dra. July Ann Escajadillo Lock, quien aceptó el cargo con su comunicación de fecha 10 de setiembre de 2020.
- 2.8 Las Dras. Magali Fiorella Rojas Delgado y July Ann Escajadillo Lock designaron a la abogada Dra. Rosario del Pilar Fernández Figueroa como Presidenta del Tribunal Arbitral, quien aceptó el cargo mediante comunicación de fecha 16 de noviembre de 2020.
- 2.9 El Tribunal Arbitral se encuentra válidamente constituido y las partes no tienen ninguna objeción y/o cuestionamiento al respecto.

III. NORMATIVIDAD APLICABLE

- 3.1 Conforme a lo establecido en el numeral 15 de la Orden Procesal N° 2 de fecha 14 de diciembre de 2020, que contiene las Reglas Definitivas del Arbitraje, la ley aplicable al fondo de la controversia es la ley peruana. En el presente caso, de acuerdo a lo establecido en cláusulas Octava, Novena y Vigésimo Primera del Contrato que vincula a las partes y que es objeto de litis, la controversia se debe resolver con sujeción al Contrato, el Manual de Compras del PNAEWQ, las Bases Integradas, las disposiciones emitidas por el PNAEWQ y el Código Civil.

IV. ACTUACIONES ARBITRALES

A. DEMANDA DE DELISUYOS

- 4.1 Con fecha 15 de enero de 2021, dentro del plazo establecido en la Orden Procesal N° 2 DELISUYOS presentó su escrito de demanda arbitral, formulando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral declare que el hundimiento de la Embarcación Tito II con placa PA07516 corresponde a un evento de caso fortuito que imposibilitó la ejecución de la Octava Entrega del Contrato N° 003-2019-CC-LORETO5/PRODUCTOS ITEM NAPO.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral declare que la empresa Delisuyos E.I.R.L. no es responsable del hundimiento de Embarcación Tito II con placa PA07516.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad, ineficacia y/o invalidez de la Resolución del Contrato N° 003-2019-CC-LORETO5/PRODUCTOS ITEM NAPO, contenida en la Carta Notarial N° 001-2020-CC-LORETO 5 de fecha 14 de enero del 2020.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad, ineficacia y/o invalidez la imposición de las penalidades económicas por un monto de total S/. 208,922.00 (Doscientos ocho mil novecientos veintidós y 00/100) soles impuestas por parte del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Loreto 5 contenidas en el Memorando N° D000021-2020-MIDIS/PNAEQW-UTLRT de fecha 07 de enero del 2020 e INFORME N° D000002-2020-MIDIS/PNAEQW-UGCTR-UTLRT-JQR de fecha 07 de enero del 2020.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral ordene el reintegro y/o devolución por parte del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5 del monto de S/. 208,922.00 (Doscientos ocho mil novecientos veintidós y 00/100) soles, como consecuencia del amparo de la cuarta pretensión principal.

SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5, el pago de intereses legales que, el monto de S/. 208,922.00 (Doscientos ocho mil novecientos veintidós y 00/100) soles, hubiese generado desde la fecha en que se produjo la imposición de las penalidades.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5, la devolución de la Carta Fianza 010603234000 por el importe de S/. 468,141.12 soles, así como la Carta Fianza 010610219000 por el importe de S/. 622.41 soles, que constituyeron el fondo de garantía de fiel cumplimiento del mencionado contrato.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5, el pago de los costos financieros por el mantenimiento de las cartas fianzas que se generen hasta la expedición del laudo arbitral, los mismos que deberán liquidarse en la etapa de ejecución de laudo arbitral.

SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5 el pago de los intereses legales de los costos financieros que el mantenimiento de las cartas fianzas que generen hasta la expedición del laudo arbitral, los mismos que deberán liquidarse en la etapa de ejecución de laudo arbitral.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5, el pago de los gastos arbitrales que genere el presente procedimiento arbitral, tales como honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, gastos administrativos del centro de arbitraje y los honorarios de la defensa legal, sean asumidos por él.

4.2 La demandante da cuenta de los siguientes antecedentes:

4.2.1 El CONTRATO N° 0003-2019-CC-LORETO 5/PRODUCTOS fue suscrito para la Prestación del Servicio Alimentario a favor de los Niveles Inicial, Primaria y Secundaria del Ítem Napo.

4.2.2 Señala que de acuerdo a las obligaciones contractuales, debía realizar la entrega de los productos de acuerdo al siguiente cronograma:

N° Entrega	Plazo máximo de presentación de expedientes para liberación (*)	Plazo máximo de liberación (**)	Plazo de distribución por entrega (***)	Días de Atención por entrega	Periodo de Atención por entrega
1	Hasta el 12 de febrero del 2019	Hasta el 15 de febrero del 2019	Del 18 de febrero al 8 de marzo del 2019	20	Del 11 de marzo al 5 de abril del 2019
2	Hasta el 20 de febrero del 2019	Hasta el 5 de marzo del 2019	Del 6 de marzo al 2 de abril del 2019	20	Del 8 de abril al 8 de mayo del 2019
3	Hasta el 20 de marzo del 2019	Hasta el 2 de abril del 2019	Del 3 de abril al 3 de mayo del 2019	20	Del 9 de mayo al 5 de junio del 2019
4	Hasta el 17 de abril del 2019	Hasta el 3 de mayo del 2019	Del 6 al 31 de mayo del 2019	20	Del 6 de junio al 4 de julio del 2019
5	Hasta el 20 de mayo del 2019	Hasta el 31 de mayo del 2019	Del 3 de junio al 1 de julio del 2019	20	Del 5 de julio al 15 de agosto del 2019
6	Hasta el 28 de junio del 2019	Hasta el 11 de julio del 2019	Del 12 de julio al 12 de agosto del 2019	20	Del 16 de agosto al 13 de septiembre del 2019
7	Hasta el 25 de julio del 2019	Hasta el 9 de agosto del 2019	Del 12 de agosto al 10 de septiembre del 2019	20	Del 16 de septiembre al 14 de octubre del 2019
8	Hasta el 26 de agosto del 2019	Hasta el 10 de septiembre del 2019	Del 11 de septiembre al 9 de octubre del 2019	20	Del 15 de octubre al 12 de noviembre del 2019
9	Hasta el 24 de septiembre del 2019	Hasta el 7 de octubre del 2019	Del 9 de octubre al 7 de noviembre del 2019	21	Del 13 de noviembre al 11 de diciembre del 2019
Total Días Atención				181	

4.2.3 Afirma DELISUYOS que todas las entregas programadas se realizaron con normalidad dentro de los plazos acordados, pero que el día 30 de setiembre de 2019, durante la ejecución de la octava entrega se produjo el hundimiento de la embarcación "Tito II" de Placa N° PA07516, con la cual transportaba los productos detallados en las siguientes Guías de Remisión:

- N° 001-014751.
- N° 001-014752.
- N° 001-014753.
- N° 001-014754.
- N° 001-014755.

4.2.4 Refiere DELISUYOS que los productos detallados en las mencionadas Guías de Remisión debían ser entregados en 194 Centros Educativos de nivel inicial, primaria y secundaria ubicados en los diferentes centros poblados del Río Napo.

4.2.5 La demandante indica que mediante Carta N° 656-DELISUYOS EIRL-2019 de fecha 10 de octubre de 2019 informó al COMITÉ del hundimiento de la embarcación "Tito II" de Placa N° PA07516 y solicitó la inaplicación de penalidades, afirmando que el evento sucedido cumple con las características de un evento fortuito e imprevisible.

4.2.6 Señala DELISUYOS que luego de diversos informes favorables de la Entidad sobre el pedido de inaplicación de penalidades, mediante Expediente N° 1550-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencias de Recursos declaró improcedente el pedido, sin mayor fundamentación y/o sustento legal.

4.2.7 Indica la demandante que el pronunciamiento desfavorable, determinó la aplicación de penalidades por un monto total de S/ 208,922.00 (Doscientos Ocho Mil Novecientos Veintidós y 00/100 Soles).

4.2.8 Posteriormente, la demandante señala que con su Carta Notarial N° 001-2020-CC-LORETO/5 de fecha 14 de enero de 2020 el COMITÉ le notificó la resolución del CONTRATO, indicando que

DELISUYOS no cumplió con realizar la entrega de raciones o productos requeridos dentro del plazo establecido.

4.3 Respecto a los FUNDAMENTOS DE HECHO de la Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Pretensiones Principales, así como de la Primera y Segunda Pretensiones Accesorias de la Cuarta Pretensión Principal, DELISUYOS manifiesta lo siguiente:

4.3.1 Que el objeto del CONTRATO era prestar el servicio alimentario en la modalidad de productos a favor de los usuarios del PNAEQW de los niveles inicial, primaria y secundaria del Ítem Napo, siendo importante también establecer los parámetros de cómo lograr tal objetivo, es decir los medios empleados por el proveedor, entendiéndose transporte terrestre que debió emplear para cumplir con el indicado objeto.

4.3.2 Lo antes señalado se verifica, según refiere DELISUYOS, del Anexo N° 10 - Datos del vehículo para la distribución, en donde incluye el medio de transporte empleado, las condiciones del transporte y su costo; ratificando que es importante considerar el medio por el cual el proveedor hará entrega de los productos.

4.3.3 Respecto al hundimiento de la embarcación "Tito II" indica el demandante que ese hecho imprevisto repercutió no solo en el objeto del contrato sino que limitó el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

4.3.4 DELISUYOS cita la Cláusula Vigésima del CONTRATO:

CLÁUSULA VIGÉSIMA: CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

Es aquella causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisto e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El Caso Fortuito es aquél provocado por la naturaleza, o aquél hecho imprevisto, mientras que la Fuerza Mayor es el acto del hombre o el acto irresistible. No obstante, los efectos jurídicos son idénticos.

Cuando por caso fortuito o fuerza mayor el PROVEEDOR se encuentre imposibilitado de cumplir con las condiciones establecidas en el contrato, puede solicitar la inaplicación de penalidades mediante la presentación al COMITÉ de un escrito, adjuntando los elementos probatorios correspondientes, en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles de suscitado el evento, caso contrario no será admitido. El COMITÉ debe trasladar el pedido a la Unidad Territorial y el PNAEQW evalúa la solicitud y emite su pronunciamiento de acuerdo al instructivo aprobado.

Los elementos probatorios pueden ser: fotografías y videos visibles (con fecha y hora), resoluciones o constancias emitida por la autoridad competente u otros, reportes periodísticos, denuncia policial o acta de constatación policial, reporte del registro del SIGO Proveedores, documentos que acreditan la compra de productos (órdenes de compra de productos que acredite la recepción del distribuidor, facturas, guías de remisión, vócher o cheques de depósito), entre otros elementos que acrediten los hechos suscitados.

- 4.3.5 En base a ello, indica la demandante que el CONTRATO sigue la línea de lo dispuesto en el artículo 1315° del Código Civil al señalar expresamente que no es imputable al proveedor cualquier incumplimiento parcial, tardío o defectuoso que pudiera ocurrir como consecuencia de un evento fortuito o fuerza mayor.
- 4.3.6 DELISUYOS señala que el hundimiento de la barcaza se debió al impacto de un tronco durante el traslado de los productos río arriba, citando la Constatación Policial de fecha 06 de octubre de 2019 que da cuenta de ese hecho.
- 4.3.7 La demandante afirma que el hundimiento se debió a hechos que no pudo prever al ser imposible evitar el acaecimiento del caso fortuito, ya que el golpe sufrido por el tronco se trata de un evento extraordinario que escapa de la esfera de responsabilidad de DELISUYOS y que de ninguna manera una mejor diligencia de su parte hubiese previsto el accidente.
- 4.3.8 La demandante agrega que se trata de un evento fuera de lo ordinario, del orden natural o común de las cosas y que superó cualquier posibilidad de evitarlo; por lo que concluye afirmando DELISUYOS que se trata de un hecho imprevisible, irresistible y extraordinario que no le puede ser atribuido, pues el hundimiento de la barcaza no se trata de un supuesto de falta de diligencia.
- 4.3.9 DELISUYOS refiere que se cumplen los elementos de caso fortuito o fuerza mayor, según lo siguiente:

ELEMENTO CARACTERISTICO DE CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR	¿CUMPLE CON EL REQUISITO?
EVENTO IMPREVISIBLE (IMPREVISIBILIDAD)	Cumple. Puesto que resultaba imposible para el proveedor prever que acontecimiento de este accidente, más aun teniendo en cuenta que el transportista ha venido prestando el servicio de transporte en innumerables ocasiones sin presentar inconvenientes.
EVENTO IRRESISTIBLE (IRRESISTIBILIDAD)	Cumple. Puesto que en el presente caso no existía posibilidad alguna de que el Proveedor o el Transportista pudieran evitar lo acontecido en el accidente.

- 4.3.10 Teniendo en cuenta lo anterior, DELISUYOS cita el artículo 1316° del Código Civil y señala que la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad a las partes, específicamente a la que se ve imposibilitada de cumplir sus prestaciones.
- 4.3.11 Agrega que la cláusula Décimo Sexta del CONTRATO prescribe que: *“(...) 16.2 No se consideran incumplimiento de obligaciones y en consecuencia no se aplicará penalidades, por supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, que imposibiliten al proveedor el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Contrato.”*; señalando la parte demandante -en base a la disposición contractual citada- que el caso fortuito exime de imputabilidad por el incumplimiento (tardío, parcial y/o defectuoso), y que como consecuencia de ello no cabría la aplicación de penalidades por retraso o incumplimiento de obligaciones contractuales.
- 4.3.12 Señala DELISUYOS que, conforme a las Cláusulas Vigésima y Décimo Sexta del CONTRATO, dentro del plazo previsto (07 días hábiles), solicitó la inaplicación de penalidad mediante Carta N° 656-DELISUYOS EIRL-2019 de fecha 10 de octubre de 2019, sustentando los hechos con los medios probatorios requeridos, en el marco de lo dispuesto en el instructivo para la evaluación de solicitudes de inaplicación de penalidades aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 396-2018-MIDIS/PNAEQW.
- 4.3.13 Refiere la demandante que, según el instructivo, es imperativo que el Comité de Compras cuente con: **(i)** El Informe Técnico de la Supervisora o Supervisor de Compras de la Unidad Territorial; **(ii)** El Informe Legal de la Abogada o Abogado de la Unidad Territorial; y **(iii)** El Informe de Validación de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos.

4.3.14 Destaca la demandante que mediante Informe Técnico de Solicitud de Inaplicación de Penalidad del Expediente N° 01550-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP de fecha 26 de diciembre de 2019 se concluyó:

CONCLUSIONES

De acuerdo a la evaluación realizada al expediente que contiene la solicitud de inaplicación de penalidad por caso de fuerza mayor, presentado por el Proveedor DELISUYOS EIRL, correspondiente a la Octava Entrega (del 15/10/2019 al 12/11/2019) del Contrato N° 0003-2019-CC LORETO 5/PRODUCTOS - Ítem NAPO, por encontrarse imposibilitado de cumplir con Entregar los productos cumpliendo las especificaciones técnicas de los alimentos, de acuerdo al cronograma de Entrega establecido en el contrato, dentro de las Instituciones Educativas, en cantidades completas, respetando estrictamente las condiciones contractuales para todos los días laborales escolares, en los días dispuestos por la Autoridad Educativa; se emite opinión favorable para su procedencia, por haber sustentado fehacientemente ser un hecho no atribuible al proveedor.

4.3.15 Asimismo, indica DELISUYOS que mediante Informe Legal de Solicitud de Inaplicación de Penalidad del Expediente N° 01550-2019-MIDIS/PNAEQW del 26 de diciembre de 2019, se concluyó:

3.23. Por lo tanto, la situación descrita y sustentada con los documentos materia de evaluación configura un hecho de fuerza mayor, no atribuible al proveedor, ya que el no pudo determinar ni prevenir el hundimiento de la embarcación encargada de transportar los alimentos correspondientes a la Octava Entrega (la Prestación del Servicio Alimentarios del 15 de octubre al 12 de noviembre de 2019).

3.24. Últimamente, la doctrina del «acto de Dios» puede funcionar como un supuesto de **exención tanto de la responsabilidad subjetiva (negligencia) como objetiva.** «las defensas que invocan el acto de Dios se basan en el doble pilar de la falta de previsibilidad y falta de control. Ante la ausencia de cualquiera de ellos, **la defensa fracasa**». La situación descrita y sustentada con los documentos materia de evaluación configura un hecho fortuito y de fuerza mayor, ya que no pudo determinar ni prevenir los huaycos en la ruta utilizada para el traslado de sus productos; situación que nos pone ante un evento NO ATRIBUIBLE AL PROVEEDOR.

CONCLUSIONES

De acuerdo a la evaluación realizada al expediente que contiene la solicitud de inaplicación de penalidad por caso de fuerza mayor, presentado por el Proveedor DELISUYOS EIRL, correspondiente a la Octava Entrega (del 15/10/2019 al 12/11/2019) del Contrato N° 0003-2019-CC LORETO 5/PRODUCTOS - Ítem NAPO, por encontrarse imposibilitado de cumplir con Entregar los productos cumpliendo las especificaciones técnicas de los alimentos, de acuerdo al cronograma de Entrega establecido en el contrato, dentro de las Instituciones Educativas, en cantidades completas, respetando estrictamente las condiciones contractuales para todos los días laborales escolares, en los días dispuestos por la Autoridad Educativa se emite opinión favorable para su procedencia, por haber sustentado fehacientemente ser un hecho no atribuible al proveedor, respetando además para la evaluación nuestras BASES INTEGRADAS y la formulación y suscripción del CONTRATO VIGENTE.

4.3.16 Adicionalmente a las opiniones favorables, refiere DELISUYOS que con Informe de Validación de Solicitud de Inaplicación de Penalidades de Expediente N° 01550-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP de fecha 26 de diciembre de 2019 se ratificó lo siguiente:

EXPEDIENTE N° 001550-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP	
VALIDACIÓN DE SOLICITUD DE INAPLICACION DE PENALIDAD	
A	: LUIS HERNAN CONTRERAS BONILLA Jefe de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos
Asunto	: Remisión de Informe Legal y Técnico Inaplicación de Penalidad por Caso Fortuito o Fuerza mayor, Proveedor DELISUYOS EIRL - Contrato N° 0003-2019-CC-LORETO 5/PRODUCTOS - Ítem Napo - Entrega 08.
Referencia	: a) Carta N° 656-DELISUYOS EIRL b) Informe técnico de Solicitud de inaplicación de penalidad c) Informe Legal de Solicitud de Inaplicación de Penalidad
Lugar y Fecha	: Iquitos, 26 de diciembre del 2019

Es grato dirigirme a usted para saludarlo cordialmente, y a su vez manifestarle que en atención a lo dispuesto en el numeral 147 y 148 del "Manual del Proceso de Compras del Modelo de Gestión para la Prestación del Servicio Alimentario 2019 del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma", remito los documentos b) y c) de la referencia, cuyo contenido hago mío en todos sus extremos, respecto a la solicitud de inaplicación detallada en el asunto.

En ese sentido, es mi opinión que la solicitud de inaplicación de penalidad sea declarada **PROCEDENTE**, por haber sustentado fehacientemente que se trata de un incumplimiento por causas no atribuibles al proveedor; a razón de lo expuesto en los documentos de la referencia.

Por lo tanto, solicito a su despacho emitir pronunciamiento respecto a la solicitud de inaplicación de penalidad.

Atentamente,

4.3.17 Señala la demandante que los pronunciamientos mencionados disponen que se declare procedente la solicitud de inaplicación de penalidad; pero que pese a ello el Jefe de la Unidad Territorial de Loreto mediante pronunciamiento de fecha 27 de diciembre de 2019, declaró improcedente la misma, citando las siguientes partes pertinentes de la decisión:

- *"Se evidencia que existe contradicción en el contenido de las denuncias policiales mencionadas; con lo cual dichos documentos sustentados por el proveedor carecerían de suficientes para acreditar el evento que le impidió cumplir con su obligación contractual"*
- *"Al respecto es necesario precisar respecto a las fotografías presentadas por el proveedor DELISUYOS E.I.R.L., como evidencia para acreditar el evento ocurrido no cumple con lo establecido en el 10.4.2 del "Protocolo de Uso de Herramientas Informáticas para la Verificación de la Entrega de Raciones y Productos del PNAEQW", dado que dichas fotos no se han registrado en el aplicativo QW Proveedores"*
- *"No obstante ello, el proveedor DELISUYOS E.I.R.L., presenta videos y/o fotografías de la embarcación fluvial TITO II con placa PA-07516, con lo cual se evidencia que no existe congruencia entre lo declarado en el Anexo N° 10 y lo adjuntando en sus documentos que acrediten el evento que impidió cumplir con su obligación contractual"*

4.3.18 DELISUYOS respecto de los fundamentos de la decisión emitida precisa lo siguiente:

- i. Sobre las denuncias policiales, indica que la denuncia de fecha 06 de octubre de 2019 realizada en la Comisaría de Mazan tiene un error tipográfico en la fecha que sucedió el incidente, señalando “03 de setiembre” cuando debía decir “03 de octubre”; lo cual no le es atribuible, solicitando la rectificación correspondiente ante la misma Comisaría, registrándose con fecha 07 de octubre de 2019 de manera correcta. Agrega que dicha Comisaría no cuenta con los medios informáticos para la emisión de una copia certificada, por lo que la misma fue proporcionada por la Comisaría de Moronacocho.

En base a ello, DELISUYOS señala que las supuestas contradicciones de las denuncias policiales no enervan los hechos ocurridos, considerando que se verificó un error tipográfico que fue subsanado por la Policía Nacional.

- ii. En cuanto a las fotografías a ser ingresadas a través del aplicativo, la demandante refiere que conforme a los documentos integrantes del CONTRATO no es un requisito exigible, resaltando que acreditó el hecho con medios visuales y audiovisuales, habiendo sido diligente con justificar los eventos y requerir la inaplicación de penalidades conforme el instructivo.
- iii. Respecto al contenido del Anexo N° 10, DELISUYOS reconoce que el mismo requiere que se detalle el transporte que sale del establecimiento del proveedor para la entrega de los productos, sin embargo precisa la demandante, el Anexo N° 10 no señala ningún requerimiento para precisar detalles sobre el transporte fluvial o marítimo, por lo que afirma no encontrarse obligada a informar ello. Adicionalmente señala la demandante, que de acuerdo a las

obligaciones contractuales, no se encontraba obligada a precisar el cambio de embarcaciones fluviales y mucho menos que ello sea óbice para declarar la procedencia de la solicitud de inaplicación de penalidades, puesto que la finalidad de dicho pedido es cumplir con acreditar los hechos sucedidos para que la Entidad constate ello y no para solicitar de manera burocrática que se cumplan obligaciones no precisadas por las partes en los documentos contractuales.

4.3.19 La demandante en base a las consideraciones antes referidas, manifiesta que lo señalado por la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos no es correcto y deviene en inválido, resaltando el hecho que la propia Entidad emitió pronunciamientos favorables a través de diferentes direcciones, lo que ha sido desconocido y resulta irregular.

4.3.20 En este extremo, DELISUYOS invoca la teoría de los actos propios, y precisa que la Administración Pública no puede apartarse de los criterios o decisiones adoptadas en cuestiones previas pues ello implicaría una clara vulneración al Principio de Predictibilidad. Señala la demandante que sería incoherente por parte del PNAEQW desconocer que diversas direcciones de la propia demandada emitieron pronunciamiento favorable sobre la solicitud de inaplicación de penalidades; por lo que, la aplicación de penalidades dispuesta a consecuencia del pronunciamiento de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos es improcedente, al haberse demostrado que el incumplimiento de la octava entrega se debió a un evento imprevisible (caso fortuito), lo que fue refrendado a través de diversos informes emitidos.

4.3.21 De otro lado, la demandante señala que mediante Carta N° D000601-2019-MIDIS/PNAEQW-UTLRT de fecha 07 de octubre de 2019, el Jefe de la Unidad Territorial de Loreto comunica que

a fin de no afectar el servicio alimentario a consecuencia del hundimiento, brindaría asistencia técnica. Al respecto señala DELISUYOS que no era posible reponer los productos al no contarse con el stock necesario para suplir las pérdidas en la ciudad de Iquitos de manera inmediata, pues sus proveedores no disponían de los productos solicitados respecto de la octava entrega, además del hecho que estaban atendiendo el pedido de la novena entrega, todo lo que se generó con motivo de la ocurrencia del evento de caso fortuito.

4.3.22 Refiere DELISUYOS que, pese a estar plenamente demostrado que correspondía la inaplicación de penalidades, la parte demandada mediante Carta Notarial N° 001-2020-CC-LORETO5 de fecha 14 de enero de 2020 le comunicó la resolución del CONTRATO.

4.3.23 Sobre ello, afirma la demandante que no se ha cumplido con fundamentar válida y legalmente que los hechos no pueden ser calificados como caso fortuito, por lo que la resolución contractual carece de validez y deviene en nula por falta de motivación.

4.3.24 En atención a estos fundamentos, DELISUYOS solicita al Tribunal Arbitral que ampare sus pretensiones y ordene dejar sin efecto la penalidad aplicada y como consecuencia de ello, se proceda a la devolución de la suma de S/ 208,922.00 (Doscientos Ocho Mil Novecientos Veintidós y 00/100 Soles) deducido por penalidades y el pago de intereses legales que se devenga hasta la devolución efectiva del monto deducido. Asimismo, se solicita la declaración de invalidez y/o nulidad de la resolución del CONTRATO, comunicada mediante Carta Notarial N° 001-2020-CC-LORETO 5 de fecha 14 de enero de 2020.

4.4 Respecto a los FUNDAMENTOS DE HECHO de la Quinta Pretensión Principal, la Primera y Segunda Pretensiones Accesorias de la Quinta Pretensión Principal, DELISUYOS manifiesta lo siguiente:

4.4.1 De acuerdo a las Actas de Entrega y Recepción de Productos la demandante señala acreditar haber cumplido con el objeto del CONTRATO, habiendo realizado la entrega de los productos hasta antes de la ejecución de la octava entrega.

4.4.2 Afirma DELISUYOS que no existen obligaciones contractuales pendientes cuyo cumplimiento requiera el respaldo de las Cartas Fianzas, por lo que solicita al Tribunal Arbitral ordene la devolución de: **(i)** Carta Fianza N° 01060323400 por el importe de S/ 468,141.12; y **(ii)** Carta Fianza N° 010610219000 por el importe de S/ 622.41.

4.4.3 Señala la demandante que como consecuencia de la retención irregular de dichas cartas fianza, se ha visto obligada a renovar las mismas pese a que no existen obligaciones pendientes de respaldo y que los productos entregados no han sido materia de objeción por parte del demandado; situación que le ha generado un gran desbalance en su patrimonio al tener que renovar las garantías que están en posesión de la parte demandada y que son pasibles de ejecución.

4.4.4 En tal sentido, DELISUYOS solicita se ordene la devolución de las cartas fianza, el costo incurrido por las renovaciones y el pago de intereses legales hasta la emisión del laudo arbitral.

B. CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN DEL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – QALI WARMA

4.5 Mediante escrito presentado el 12 de febrero de 2021, el PNAEQW contesta la demanda y formula reconvencción.

4.6 Respecto a la **contestación de la demanda**, el PNAEQW desarrolla los siguientes fundamentos:

4.6.1 Como consideración previa, indica el marco normativo que considera aplicable al caso de autos, citando las cláusulas Octava, Novena y Vigésimo Primera precisando que la controversia se debe resolver teniendo en cuenta: **(i)** El CONTRATO; **(ii)** El Manual de Compras del PNAEWQ; **(iii)** Las Bases Integradas; **(iv)** Las disposiciones emitidas por el PNAEWQ; y **(v)** El Código Civil. Asimismo, deja expresa constancia que bajo ninguna circunstancia son aplicables las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y la Ley del Procedimiento Administrativo General.

4.6.2 Afirma el PNAEWQ que dentro de los documentos obligatorios que el contratista presentó en el proceso de compras para luego ser declarado ganador, fue la Declaración Jurada (Formato N° 11) que establecía su compromiso al cumplimiento de los documentos normativos del Programa contenidos en sus protocolos y procedimientos de ejecución obligándose a su cumplimiento. Agrega la demandada que ello era de conocimiento de DELISUYOS desde la convocatoria y difusión de bases.

4.6.3 Asimismo, el PNAEWQ refiere que de acuerdo al literal i) del numeral 2.2.5.1 de las Bases Integradas, al momento de la firma del CONTRATO, presentó entre otros documentos, el Anexo N° 10 en el cual declaró la relación de vehículos a utilizar por ítem para la distribución de productos, detallando las características

de éstos y su capacidad de carga. Precisa la demandada que dicha exigencia está también establecida en el numeral 9.22 de la Cláusula Novena del CONTRATO que obliga al contratista a garantizar que los vehículos para la distribución de productos cumplan con lo establecido en los artículos 75, 76 y 77 del Decreto Supremo N° 007-98-SA “Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas”. Se cita el formato del indicado anexo:

69

**BASES INTEGRADAS DEL PROCESO DE COMPRAS
DE PRODUCTOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ALIMENTARIO 2019**

N°	Ruta (s)	Datos del Vehículo (*)		Dirección del Establecimiento de Partida	ÍTEM	N° de Instituciones Educativas
		Tipo (**)	Placa			
1						
2						
3						
(...)						

(*) Considerar vehículos que salen del establecimiento (planta y/o almacén)
 (**) Furgón, camión, camioneta, otros

La información de este cuadro debe presentarse con los documentos solicitados para la firma del contrato.

Ratifico la veracidad de la información contenida en el presente documento y me someto a las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar si se comprueba su falsedad.

En señal de conformidad firmo el presente documento en la ciudad de _____, a los _____ días del mes de _____ del año dos mil _____.

Atentamente,

 Firma
 Nombres y Apellidos del Postor o Representante Legal o Apoderado Legal o Representante Común, según corresponda
 DNI N° _____

4.6.4 En cuanto a la Primera, Segunda y Cuarta Pretensiones Principales de la Demanda, y la Primera y Segunda Accesorias a la Cuarta Pretensión Principal de la demanda, el PNAEQW señala que es necesario precisar los fundamentos por los cuales el pedido de inaplicación de penalidades fue declarado improcedente. En tal sentido, señala que conforme al numeral 146 del Manual del Proceso de Compras, concordante con el numeral 3.7.1 de las Bases Integradas del Proceso de Compras N° 001-2019-LORETO5/PRODUCTOS, y el numeral 16.1 de la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO, las penalidades son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial cuando concurren, conjuntamente: **(i)** Una causal de incumplimiento

prevista en el contrato; y (ii) Que responda a circunstancias imputables al proveedor.

4.6.5 Asimismo, la parte demandada señala que los numerales 147 y 148 del Manual del Proceso de Compras y los numerales 16.2 y 16.3 del CONTRATO regulan la inaplicación de penalidades, por lo que refiere que el proveedor puede recurrir a este mecanismo por caso fortuito o fuerza mayor siempre y cuando haya presentado su solicitud de “inaplicación de penalidad” adjuntando los documentos que sustenten la referida inaplicación dentro del plazo previsto y que corresponde a la Entidad determinar si ello configura como causal de incumplimiento previsto en el contrato y si resulta imputable al proveedor.

4.6.6 El PNAEQW afirma que el numeral 3.7.9 de las Bases Integradas y el numeral 16.9 de la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO señala como causal de penalidad N° 7, la siguiente:

N°	Causales de incumplimiento	Penalidad
7	No entregar los productos en una o más IIEE del ítem, de acuerdo con el Cronograma de Entrega establecido en el contrato.	5% del monto total de la entrega establecida en el contrato, por cada día de incumplimiento.

4.6.7 La demandada indica que DELISUYOS con su Carta N° 656-2019/DELISUYOS E.I.R.L.-2019, recepcionada el 10 de octubre de 2019 solicitó la inaplicación de penalidad respecto a la obligación del CONTRATO correspondiente a la octava entrega establecida en el numeral 9.7 de la Cláusula Novena del CONTRATO. Se cita el Cronograma de Entregas previsto en el numeral 5.1 de la Cláusula Quinta del CONTRATO:

8	Hasta el 26 de agosto del 2019	Hasta el 10 de septiembre del 2019	Del 11 de septiembre al 9 de octubre del 2019	20	Del 15 de octubre al 12 de noviembre del 2019
---	--------------------------------	------------------------------------	---	----	---

4.6.8 De otro lado, el PNAEQW señala que mediante RDE N° 396-2018-MIDIS/PNAEQW del 07 de noviembre de 2018 se aprobó

el instructivo para la evaluación de solicitudes de Inaplicación de Penalidades, señalando la parte demandada que el pronunciamiento de la UGCTR es vinculante y de obligatorio cumplimiento por el Jefe de la Unidad Territorial; por lo que prevalece el pronunciamiento de UGCTR sobre los informes emitidos por la Unidad Territorial.

«La Jefa o el Jefe de la UGCTR valida el expediente de solicitud de inaplicación de penalidad, emite el pronunciamiento señalando si procede o no la solicitud de inaplicación de penalidad y deriva a la o el JUT, en el plazo máximo de un día hábil.»
(énfasis nuestro)

4.6.9 En relación a la evaluación realizada por la Unidad Territorial, la demandada señala los informes favorables emitidos: **(i)** Informe Técnico de Solicitud de Inaplicación de Penalidades, de fecha 26 de diciembre de 2019 emitido por la Supervisora de Compras del Comité de Compras Loreto 5; **(ii)** Informe Legal de Solicitud de Inaplicación de Penalidad, emitido por la abogada de la Unidad Territorial Loreto; y **(iii)** La Validación de Solicitud de Inaplicación de Penalidad de fecha 26 de diciembre de 2019, emitida por el Jefe de la Unidad Territorial Loreto.

4.6.10 El PNAEQW respecto al pronunciamiento de la UGCTR y la evaluación de medios de prueba de fecha 27 de diciembre de 2019, indica que se realizó de conformidad con las facultades otorgadas por el Instructivo para la evaluación de solicitudes de Inaplicación de Penalidades - RDE N° 396-2018-MIDIS/PNAEQW y se realizó la evaluación de los medios de prueba aportados por DELISUYOS. Precisa la demandada que la solicitud se sustentó en el accidente que generó el hundimiento parcial de la Embarcación TITO II de Placa PA07516 y a su turno ocasionó la pérdida de los productos que se transportaban, originando el incumplimiento cuya penalidad es materia de solicitud de inaplicación.

4.6.11 Señala la demandada que en la evaluación la UGCTR advirtió lo siguiente:

- Sobre las **fotos y videos**, el PNAEQW cita el numeral 10.4.12 del “Protocolo de Uso de Herramientas Informáticas para la Verificación de la Entrega de Raciones y Productos del PNAEQW” que dispone: *“En caso de no realizar la entrega de raciones y productos a las IIEE, por situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, el proveedor debe registrar de manera obligatoria los motivos de la no entrega en el aplicativo, capturando la toma fotográfica de los eventos que puedan justificar dicha situación. Estos registros serán parte de la evidencia, para la evaluación de la solicitud de inaplicación de penalidad que presente el proveedor.”*

Agrega la parte demandada que el Órgano de Control Institucional mediante Informe de Orientación de Oficio N° 30-2019-OCI/5987-SOO de fecha 20 de diciembre de 2019, señaló lo siguiente:

Por tratarse de una embarcación, mediante el oficio n.° D000401-2019-MIDIS/PNAEQW-OCI de 18 de diciembre de 2019, el Jefe del Órgano de Control Institucional del PNAEQW, solicitó al Capitán de Fragata Marco Tineo Zaneill, Capitán de Puerto de Iquitos, de la Marina de Guerra del Perú (Autoridad competente), el reporte de algún siniestro ocurrido el 30 de setiembre de 2019, a la embarcación TITO II con placa: PA07516 y, confirmar si dicha embarcación contaba con permiso de zarpe y con reporte de movimientos de la embarcación en la última semana de setiembre de 2019, de ser el caso.

En atención a lo solicitado, mediante el oficio n.° 2434/56 de 16 de diciembre de 2019, de asunto: Respuesta de siniestro Acuático y Zarpe de la M/F. “TITO II” con matrícula PA-07516-MF, el Capitán de Puerto de Iquitos, informó lo siguiente:

“... con relación a su solicitud de información se ha verificado en los registros de esta Capitanía de Puerto y no se tiene consignado ningún protesto informativo sobre el siniestro ocurrido el 30 de setiembre del 2019, a la embarcación “TITO II, con matrícula PA-07516-MF.”

Asimismo, se ha verificado la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE), donde esta Autoridad Fluvial como componente de dicho sistema da Opinión Favorable o Desfavorable a las embarcaciones que zarpan o arriban a esta Ciudad, no registrando el Zarpe de la embarcación materia del presente documento.

Cabe resaltar, que conforme al Reglamento para la Autorización de Zarpe y Arribo de naves en los Puertos de la República del Perú (REDENAVES), la autorización de zarpes y declaración de arribo para las naves que realizan navegación de cabotaje corresponde ser otorgada por la Autoridad Portuaria Nacional (APN), de manera exclusiva a través de la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE), por lo cual para mayor información sobre la embarcación “Tito II” con matrícula PA-07516-MF, debe ser solicitada a la Autoridad Portuaria Nacional Sede Iquitos, (...)

En ese sentido, mediante el oficio n.° D000408-2019-MIDIS/PNAEQW-OCI de 18 de diciembre de 2019, se solicitó al señor Javier Vásquez Oliveira, jefe de la Oficina Desconcentrada de Iquitos de Autoridad Portuaria Nacional el reporte de algún siniestro ocurrido el 30 de setiembre de 2019, a la embarcación TITO II con placa: PA07516 y, confirmar si dicha embarcación contaba con permiso de zarpe y con reporte de movimientos de la embarcación en la última semana de setiembre de 2019, de ser el caso.

En respuesta, mediante el oficio n.° 0263-2019-APN-OD-IQUITOS de 19 de diciembre de 2019, “De acuerdo a la búsqueda realizada en nuestro sistema de Recepción y Despecho de Naves - REDENAVES, no se encontró información de la nave en mención en el periodo mencionado en la referencia, por lo que no cuenta con autorización de arribo y zarpe emitida por esta autoridad. Al respecto se emite por anexo (1) la información correspondiente”.

De la verificación al Anexo adjunto al referido oficio se tiene el siguiente resultado de búsqueda entre el 01/09/2019 al 30/09/2019: “edenaves.apn.gob.pe dice No se encontraron registros según criterio de búsqueda ingresado”.

***DUE: PE-IQUITOS**
N° de Matrícula: PA-07516
Nombre de Nave: TITO II
Rango de ETA: 01/09/2019 al 30/09/2019
Rango de ETD: 01/09/2019 al 30/09/2019*

En base a ello, la parte demandada refiere que no existía por parte de las autoridades pertinentes de la Capitanía de Puerto, registro alguno sobre el siniestro supuestamente ocurrido el 30 de setiembre de 2019. Asimismo, indica el PNAEQW que la Autoridad Portuaria señaló que con referencia a la embarcación no existe información, por lo que no cuenta con autorización de arribo o zarpe.

- Respecto a lo **declarado en el Anexo 10 al momento de suscribir el CONTRATO**, el PNAEQW afirma que DELISUYOS presentó dicho anexo que incluye los vehículos con los que realizaría la distribución de los productos:

3	I-A	CAMION	ATH-830	CALLE CHICLA VO N° 418 CON CALLE TRUJILLO N° 218 - PUNCIANA - MAYNAS - LOBITO	SAR AMARONAS	104
	I-B	EMBARCACION FLUVIAL DORNER 1	IQ-1181-MP			
4	I-A	CAMION	ATH-830	CALLE CHICLA VO N° 418 CON CALLE TRUJILLO N° 218 - PUNCIANA - MAYNAS - LOBITO	NAPO	104
	I-B	EMBARCACION FLUVIAL MANOLO	IQ-19489-MP			
5	I-A	CAMION	ATH-830	CALLE CHICLA VO N° 418 CON CALLE TRUJILLO N° 218 - PUNCIANA - MAYNAS - LOBITO	TOURER CAJANA	40
	I-B	EMBARCACION FLUVIAL MANOLO	IQ-19489-MP			

Señala el PNAEQW que DELISUYOS declaró que para la distribución de los productos para las IIEE que conforman el Ítem: Napo, utilizaría la embarcación fluvial “MANOLO” con Placa N° IQ-19489-MP; sin embargo, de las fotografías presentadas el proveedor utilizó otra embarcación (TITO con Placa N° PA-07516), con lo que se evidencia la falta de congruencia entre lo declarado en el Anexo N° 10 y lo adjuntado en la solicitud de inaplicación de penalidad.

- En relación a **las denuncias policiales**, el PNAEQW refiere que se aprecian las siguientes incongruencias:

- **Denuncia Policial ante la Comisaría de Belén**, de fecha 6 de octubre de 2019, en la cual se señaló lo siguiente.

«(...) EL INTERVINIENTE....., DA CUENTA 01, SIENDO LAS 10:50 HORAS APROXIMADAMENTE DEL DIA **03SET2019** EL SUSCRITO, EN COMPAÑÍA DE DOS (02) SOPNP DE LA COMISARIA PNP MAZAN (...)»
(Énfasis nuestro)

- **Denuncia Policial ante la Comisaría de Moronacocha**, de fecha 7 de octubre de 2019, en la cual se señaló lo siguiente.

«(...) EL INTERVINIENTE....., DA CUENTA 01, SIENDO LAS 10:50 HORAS APROXIMADAMENTE DEL DIA **03OCT2019** EL SUSCRITO, EN COMPAÑÍA DE DOS (02) SOPNP DE LA COMISARIA PNP MAZAN (...)»
(Énfasis nuestro)

4.6.12 El PNAEQW afirma que es en base a los hechos antes detallados, que DELISUYOS no acreditó fehacientemente que se haya producido un evento que le impidió cumplir con su obligación contractual, por lo que su pedido fue declarado IMPROCEDENTE.

4.6.13 En cuanto a la aplicación de penalidades, la parte demandada refiere que, a tenor de lo señalado por la UGCTR sobre la improcedencia de la solicitud de inaplicación de penalidades, la Unidad Territorial de Loreto emitió el Memorando N° D0000212-2020-MIDIS/PNAEQW-UTLRT del Jefe de la Unidad Territorial, con el cual dispuso la aplicación de la penalidad por la suma de S/ 208,922.00 por incumplimiento contractual. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el inciso g) del numeral 17.2.1 de la Cláusula Décimo Séptima del CONTRATO, ello origina la ejecución de las Cartas Fianza por garantía de fiel cumplimiento.

4.6.14 En relación a la calificación de caso fortuito efectuada por DELISUYOS, el PNAEQW afirma que en el presente caso se debe tener en cuenta que, para la distribución de productos de la octava entrega del Ítem Napo, la demandante utilizó una embarcación que no fue declarada en el Anexo N° 10 y que no contaba con una autorización de arribo o zarpe. Agrega que las irregularidades muestran que DELISUYOS no informó

previamente el cambio de embarcación y peor aún, navegó sin autorización y sin cumplir con los requisitos establecidos que garantizaban la adecuada navegación y la experiencia del capitán de la embarcación, demostrando con ello según el PNAEQW una conducta renuente a cumplir con las reglas de la navegación comercial; en base a lo cual concluye la parte demandada que no estamos frente a un hecho fortuito.

4.6.15 Sostiene el PNAEQW que no se configuran los elementos para calificar el hecho como fortuito, toda vez que: **(i)** No es extraordinario, ya que DELISUYOS debió conocer que al navegar por el río bordeado de vegetación, la embarcación puede toparse con troncos que son propios de la zona; **(ii)** No es imprevisible, pues DELISUYOS pudo prever que si utilizaba una embarcación que no estaba en perfecto funcionamiento y operatividad, ante el mínimo impacto podría dañarse y/o hundirse; afirmando el PNAEQW que ello se pudo evitar con una actuación diligente de DELISUYOS; y **(iii)** No es irresistible, pues DELISUYOS debió ser diligente y utilizar una embarcación que contara con autorización de zarpe y con las características adecuadas para navegar el río Napo.

4.6.16 En base a los argumentos reseñados, el PNAEQW concluye:

- Ha quedado demostrado que DELISUYOS utilizó una embarcación que no correspondía según lo declarado en el Anexo N° 10 y que la embarcación utilizada, no contaba con autorización de zarpe y no se comunicó el cambio; lo que, a decir de la demandada, demostraría que existirían irregularidades en relación a la nueva embarcación, que se pretendieron ocultar.
- Se aplicó la penalidad debido al incumplimiento contractual conforme a los términos del CONTRATO.

- No existe fundamento para declarar la nulidad, ineficacia y/o invalidez de la penalidad aplicada.

4.6.17 Sobre la Tercera Pretensión Principal de la demanda, relativa al pedido de DELISUYOS de declarar la nulidad, ineficacia y/o invalidez de la resolución del CONTRATO, el PNAEQW refiere que el literal g) del numeral 17.2.1 de la Cláusula Décimo Séptima del CONTRATO establece como causal de resolución:

“(...) Cuando el proveedor no realice la entrega de productos en una o más instituciones Educativas para tres (03) días de atención continuos o por un periodo de diez (10) días de atención acumulados durante la ejecución contractual, siempre que se trate de hechos imputables al proveedor.”

4.6.18 Agrega la parte demandada que en este caso ha quedado demostrado que DELISUYOS no realizó la entrega de los productos correspondientes a la Entrega N° 8 del CONTRATO, lo que configuró la causal de resolución citada.

4.6.19 El PNAEQW señala que DELISUYOS en la demanda refiere que no se cumplió con fundamentar válida y legalmente que los hechos no pueden ser calificados como caso fortuito. Sobre dicha afirmación, la parte demandada refiere que no corresponde analizar si los hechos acontecidos pueden o no ser calificados como caso fortuito, pues ha quedado demostrado que la embarcación utilizada no correspondía a lo declarado por el proveedor y que, además, existen incongruencias sobre el supuesto hundimiento, lo que no permite determinar la veracidad de tal hecho.

4.6.20 Adicionalmente a ello, el PNAEQW afirma que, para declarar la resolución del CONTRATO, procedió de conformidad con lo establecido en la cláusula 17.2.4 del CONTRATO, con el

numeral 3.9.4 de las Bases Integradas y el numeral 159) del Manual de Compras 2019, emitiendo todos los informes técnicos y legales correspondientes; por lo que, al haberse efectuado la resolución contractual de acuerdo a la normativa aplicable, se debe desestimar la pretensión de DESLISUYOS.

4.6.21 En cuanto a la Quinta Pretensión Principal de la demanda y sus accesorias, relativa a la devolución de la Carta Fianza que corresponde a la garantía de fiel cumplimiento, el PNAEQW cita la Cláusula Duodécima del CONTRATO:

«El PNAEQW está facultado para disponer definitivamente del fondo de garantía, cuando: La resolución del contrato por causa imputable al PROVEEDOR haya quedado consentida de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del numeral 163 del manual del Proceso de Compras vigente o, cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponde íntegramente al PNAEQW, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.»

4.6.22 En base a ello, el PNAEQW señala que estando en curso un arbitraje en el que se discute la resolución del CONTRATO, corresponde la retención de la garantía de fiel cumplimiento conforme está previsto en el CONTRATO.

4.6.23 Finalmente, respecto a la Sexta Pretensión Principal de la demanda, sobre el pago de gastos arbitrales, el PNAEQW solicita que los asuma íntegramente la parte demandante.

4.6.24 El PNAEQW formula **reconvención** en los siguientes términos:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el tribunal Arbitral ejecute y ordene al contratista el pago de la penalidad ascendente a la suma de S/. 208,922.00 por el incumplimiento contenido en el numeral 7 de la Cláusula 16.9 del Contrato por la «no entrega de productos en uno o más IIEE del ítem de acuerdo al cronograma establecido en el contrato» conforme se acredita y fluye de los informes emitidos por el Programa.

- 4.7 Respecto a los fundamentos de hecho y de derecho de la reconvención, el PNAEQW se remite a los expuestos y desarrollados en la contestación de la demanda.

C. CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN

- 4.8 Mediante escrito presentado el 12 de marzo de 2021, DELISUYOS contesta la reconvención, señalando que la pretensión interpuesta por la Entidad carece de sentido, pues la penalidad aplicada no ha sido debidamente sustentada puesto que el caso fortuito en la Octava Entrega, está debidamente demostrado.
- 4.9 DELISUYOS reitera y se ratifica en los argumentos y caudal probatorio aportado con la demanda, señalando que, al tratarse de un evento de caso fortuito, correspondía se atiende su pedido de inaplicación de penalidad.
- 4.10 Con la Orden Procesal N° 04 de fecha 22 de abril de 2021 se tuvo por presentados los escritos de demanda de DELISUYOS, contestación de demanda y reconvención formulada por el PNAEQW, y escrito de contestación de reconvención de DELISUYOS; dejándose expresa constancia que el Comité de Compra Loreto 5 no presentó su escrito de contestación demanda arbitral.

D. FIJACIÓN DE LAS MATERIAS CONTROVERTIDAS

- 4.11 Mediante Orden Procesal N° 04 de fecha 22 de abril de 2021, el Tribunal Arbitral fijó los Puntos Controvertidos derivados de la demanda arbitral y reconvención, según lo siguiente:

PUNTOS CONTROVERTIDOS DERIVADOS DE LA DEMANDA ARBITRAL Y RECONVENCIÓN

Primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o que el Tribunal Arbitral declare que el hundimiento de la Embarcación Tito II con placa PA07516 corresponde a un evento de caso fortuito que imposibilitó la ejecución de la Octava Entrega del Contrato N° 003-2019-CC-LORETO5/PRODUCTOS ITEM NAPO.

Segundo punto controvertido derivado de la segunda pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la demandante no es responsable del hundimiento de la Embarcación Tito II con placa PA07516.

Tercer punto controvertido derivado de la tercera pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, ineficacia y/o invalidez de la Resolución del Contrato N° 003-2019-CC-LORETO5/PRODUCTOS ITEM NAPO, contenida en la Carta Notarial N° 001-2020-CC-LORETO 5 de fecha 14 de enero de 2020.

Cuarto punto controvertido derivado de la cuarta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, ineficacia y/o invalidez de la imposición de las penalidades económicas por un monto total de S/.208,922.00 soles impuestas por parte del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Loreto 5 contenidas en el Memorando N° D000021-2020-MIDIS/PNAEQW-UTLRT de fecha 7 de enero de 2020 e INFORME N° D000002-2020-MIDIS/PNAEQ de fecha 7 de enero de 2020.

Quinto punto controvertido derivado de la primera pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene el reintegro y/o devolución por parte del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5 del monto de S/.208,922.00 soles, como consecuencia del amparo de la cuarta pretensión principal.

Sexto punto controvertido derivado de la segunda pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5, el pago de intereses legales que, el monto de S/.208,922.00 soles, hubiese generado desde la fecha en que se produjo la imposición de las penalidades.

Sétimo punto controvertido derivado de la quinta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5, la devolución de la Carta Fianza 010603234000 por el importe de S/.468,141.12 soles, así como la Carta Fianza 010610219000 por el importe de S/. 622.41 soles, que constituyeron el fondo de garantía de fiel cumplimiento del mencionado contrato.

Octavo punto controvertido derivado de la primera pretensión accesoria a la quinta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5 el pago de los costos financieros por el mantenimiento de las cartas fianzas que se generen hasta la expedición del laudo arbitral, los mismos que deberán liquidarse en la etapa de ejecución de laudo arbitral.

Noveno punto controvertido derivado de la segunda pretensión accesoria a la quinta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5 el pago de los intereses legales de los costos financieros que el mantenimiento de las cartas fianzas que generen hasta la expedición del laudo arbitral, los mismos que deberán liquidarse en la etapa de ejecución de laudo arbitral.

Décimo punto controvertido derivado de la sexta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5, el pago de los gastos arbitrales que genere el presente procedimiento arbitral, tales como honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, gastos administrativos del centro de arbitraje y honorarios de la defensa legal.

Décimo primer punto controvertido derivado de la primera y única pretensión principal de la reconvención

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ejecute y ordene el pago de la penalidad ascendente a la suma de S/.208,922.00 por el incumplimiento contenido en el numeral 7 de la cláusula 16.9 del Contrato por la "no entrega de productos en uno o más IIEE del ítem de acuerdo al cronograma establecido en el contrato" conforme se acredita y fluye de los informes remitidos por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

E. DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

4.12 De conformidad con lo establecido en el numeral 7) del artículo 24° del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, las pruebas se consideran admitidas al proceso arbitral desde su presentación sin necesidad de ninguna declaración del Tribunal Arbitral.

4.13 Cabe precisar que, luego de presentados los escritos postulatorios, con fecha 16 de abril de 2021, DELISUYOS presentó un escrito ofreciendo los siguientes medios probatorios:

A-1. Copia certificada de la Constatación Policial de fecha 06 y 07 de octubre de 2019.

A-2. Copia del Descargo y sus Anexos presentados en el Caso N° 319-2020.

A-3. Copia de la Disposición N°07 que dispone el archivo del proceso.

A-4. Copia de Comunicación SUNAT de fecha 13 de octubre de 2019

4.14 Mediante escrito presentado el 23 de abril de 2021, el PNAEQW: **(i)** Formuló tacha contra el medio probatorio identificado como Anexo A-1; **(ii)** Se pronunció sobre el medio probatorio identificado como Anexo A-2; y **(iii)** Formuló oposición contra los medios probatorios identificados como Anexos A-3 y A-4.

4.15 Con fecha 07 de mayo de 2021 DELISUYOS presentó un escrito absolviendo la tacha y oposición formulada por el PNAEQW.

4.16 El Tribunal Arbitral mediante Orden Procesal N° 05 de fecha 11 de mayo de 2021 resolvió lo siguiente:

- Tener por formulada por el PNAEQW la TACHA contra el medio probatorio Anexo A-1.
- Tener presente lo manifestado por el PNAEQW respecto del medio probatorio Anexo A-2.
- Tener por formulada por el PNAEQW la OPOSICIÓN contra los medios probatorios Anexos A-3 y A-4.
- Declarar extemporáneo el escrito presentado por DELISUYOS el 07 de mayo de 2021, absolviendo las cuestiones probatorias formuladas.
- Declarar IMPROCEDENTE la TACHA contra al medio probatorio Anexo A-1.
- Disponer que el Tribunal Arbitral se pronunciará sobre la pertinencia de los medios probatorios A-3 y A-4 mediante decisión posterior, incluyendo al emitirse el laudo respectivo.

F. AUDIENCIA ÚNICA

4.17 Con fecha 11 de mayo de 2021, se llevó a cabo la Audiencia Única, a la cual asistieron DELISUYOS y el PNAEQW, ambas partes debidamente representadas y acompañadas de sus abogados, exponiendo sobre los hechos del caso y los fundamentos jurídicos invocados por cada una, respondiendo las preguntas efectuadas por el Tribunal Arbitral.

G. ESCRITOS POSTERIORES A LA AUDIENCIA ÚNICA

4.18 Con fecha 18 de mayo de 2021 el PNAEQW presentó sus conclusiones para mejor resolver y adjuntó medios probatorios, según lo siguiente:

4.18.1 DELISUYOS presentó el “Anexo N° 10 - Datos del Vehículo” para la suscripción del CONTRATO, declarando bajo juramento la relación de vehículos (terrestre y fluvial) que usaría para la distribución de los productos a las IIEE.

4.18.2 Señala el PNAEQW que de acuerdo a lo informado por el Jefe de la Unidad Territorial de Loreto vía correo electrónico del 14 de mayo de 2021, informó que la embarcación “MANOLO” fue utilizada para la primera entrega; por lo que DELISUYOS en dicha entrega cumplió con lo declarado en el Anexo N° 10.

4.18.3 Agrega la parte demandada que respecto de la séptima y novena entrega no se cuenta con información, pero no cabe duda en base a la afirmación de la actora, que en la octava entrega se utilizó una embarcación distinta a la declarada.

4.18.4 Precisa el PNAEQW que la relación de vehículos en el Anexo N° 10 es importante para que la Entidad se asegure de que los vehículos cumplen con las condiciones necesarias para transportar los productos, de modo tal que se prevenga su no contaminación o alteración.

4.18.5 La parte demandada recalca que DELISUYOS se obligó a utilizar la embarcación declarada (“MANOLO” con Placa N° IQ-19489-MF), al punto que el 03 de enero de 2019 presentó el Contrato Privado de Alquiler celebrado el 04 de diciembre de 2018 con la empresa Transportes Ventas y Multiservicios Movi S.C.R.L. para el alquiler de dicha embarcación.

4.18.6 Destaca el PNAEQW que, pese a la obligación contraída, DELISUYOS utilizó una embarcación distinta (“TITO II” de

Placa N° PA-07516-MF) que pertenece a la empresa Transporte Fluvial y Venta de Madera Zaragoza, con la cual contrató el 15 de febrero de 2019.

4.18.7 Afirma la parte demandada que DELISUYOS se encontró predispuesta a incumplir con su obligación de utilizar la embarcación declarada en el Anexo N° 10 pues contrató con otra empresa la prestación del servicio de transporte, y además adicionó al servicio dos botes que no forman parte del referido anexo, que no cumplen con las condiciones para transportar productos, situación que contribuye a la contaminación de los mismos.

4.18.8 El PNAEQW afirma que DELISUYOS no informó el cambio de embarcación para la evaluación correspondiente por parte de la Unidad Territorial de Loreto, conforme lo dispone el numeral 170 del Manual de Proceso de Compras:

170. El proveedor que tenga la necesidad de incorporar nuevo(s) vehículo(s) o realizar cambios de los datos del vehículo para la distribución, por el incremento de usuarios o para optimizar la prestación del servicio alimentario, puede solicitarlo al CC, debiendo cumplir como mínimo con los mismos requisitos con los cuales adjudicó, según lo establecido en las Bases Integradas del Proceso de Compras. La Unidad Territorial evalúa y autoriza dicha incorporación, la cual debe ser comunicada por el CC al proveedor.

4.18.9 Precisa el PNAEQW que dicha omisión está sustentada en el Informe de Solicitud de Inaplicación de Penalidad - UGCTR (Expediente N° 01550-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP) en el que se deja constancia que DELISUYOS no realizó ninguna modificación respecto a la embarcación declarada en el Anexo N° 10.

4.18.10 La parte demandada indica que DELISUYOS ha afirmado que el no informar el cambio de embarcación no determina incumplimiento contractual. Al respecto, el PNAEQW refiere que de acuerdo a la Cláusula Octava del CONTRATO, éste se encuentra conformado por las disposiciones del Manual de Proceso de Compras y otros, por lo que estando a lo dispuesto

en el numeral 170 del indicado Manual, sí existe la obligación de comunicar el cambio de embarcación.

4.18.11 Agrega el PNAEQW que DELISUYOS pretende desconocer su obligación de comunicar el cambio de vehículos declarados en el Anexo N° 10, pero que con fecha 29 de marzo de 2019 con su Carta N° 195-DELISUYOS EIRL-2019 solicitó la inclusión de vehículos terrestres para el Ítem Napo, lo que se aprobó con el Informe N° D000029-MIDIS/PNAEQW-UTLRT-JTP; por lo que el PNAEQW afirma que DELISUYOS conocía el procedimiento de cambio e incorporación de vehículos.

4.18.12 De otro lado, la parte demandada sostiene que la nueva embarcación no contaba con autorización de zarpe y arribo. Indica que ello ha sido confirmado por DELISUYOS en la Audiencia Única, y en los siguientes documentos: Oficio N° 2434/56 de fecha 16 de diciembre de 2019 emitido por el Capitán de Puerto de Iquitos, y Oficio N° 0263-2019-APN-OD-IQUITOS de fecha 16 de diciembre de 2019 emitido por la Oficina Desconcentrada de Iquitos y con su correo del 18 de mayo de 2021.

4.18.13 El PNAEQW afirma que de acuerdo al artículo 44° del Reglamento de Recepción y Despacho de Naves en los Puertos de la República (REDENAVES), aprobado por Decreto Supremo N° 014-2005-MTC, la Autoridad Portuaria competente autoriza el zarpe de un buque del puerto. En base a ello, precisa el PNAEQW que no es necesario que se incluya una obligación relativa a que la embarcación cuente con autorización de zarpe, sino que ello deriva de una exigencia legal considerada en el marco legal aplicable, en la medida que se trata de una actividad regulada.

4.18.14 Sobre la referida autorización de zarpe, el PNAEQW destaca su importancia al señalar que la misma da certeza de que la embarcación cumple con las condiciones exigidas por la Autoridad Portuaria Nacional y que es propicia su navegación considerando las condiciones climatológicas.

4.18.15 En relación a este extremo, el PNAEQW concluye que la embarcación “TITO II” al no contar con autorización de zarpe y arribo, convierte el transporte en irregular al no tener un control por parte de la autoridad sobre el contenido del cargamento de la nave, tomando DELISUYOS el riesgo de usar una nave que no cumplía con las condiciones exigidas y en un río que posiblemente a ese momento no era adecuado navegar por el mal tiempo que podía ocasionar algún accidente.

4.18.16 Respecto a las constataciones policiales aportadas por DELISUYOS, el PNAEQW destaca las siguientes diferencias:

Primera copia	Segunda copia
Comisaría: Belén	Comisaría: Moronacocha
Fecha y hora de registro: 6 de octubre de 2019 a las 9:44:09	Fecha y hora de registro: 7 de octubre de 2019 a las 17:29:36
Contenido: «(...) EL INTERVINIENTE....., DA CUENTA 01, SIENDO LAS 10:50 HORAS APROXIMADAMENTE DEL DIA <u>03SET2019</u> EL SUSCRITO, EN COMPAÑÍA DE DOS (02) SOPNP DE LA COMISARIA PNP MAZAN (...)»	Contenido: «(...) EL INTERVINIENTE....., DA CUENTA 01, SIENDO LAS 10:50 HORAS APROXIMADAMENTE DEL DIA <u>03OCT2019</u> EL SUSCRITO, EN COMPAÑÍA DE DOS (02) SOPNP DE LA COMISARIA PNP MAZAN (...)»

4.18.17 En base a ello, el PNAEQW afirma que existen irregularidades en relación al evento que DELISUYOS refiere ocurrió el 30 de setiembre de 2019 y que recién fue constatado el 03 de octubre de 2019, varios días posteriores al evento. A ello, agrega la parte demandada que no se advierte ningún documento que aclare la contradicción en torno a la fecha de la constatación.

4.18.18 Asimismo, el PNAEQW refiere que la Autoridad Portuaria Nacional - Oficina Desconcentrada de Iquitos en su correo de fecha 18 de mayo de 2021 afirma que no existe registro alguno

de un accidente ocurrido el 30 de setiembre de 2019 en el Río Napo. Este punto es destacado por el PNAEQW, al indicar que ninguna autoridad constató el accidente y las condiciones exactas en las que se produjo, siendo que el día de la constatación policial, afirma el PNAEQW, la embarcación y la nave ya habían sido manipuladas, al transportarse la nave hasta las orillas del Río Napo y se desembarcaron algunos productos, por lo que las autoridades constataron hechos ocurridos tres días después, no existiendo certeza sobre lo realmente sucedido el 30 de setiembre de 2019.

- 4.18.19 Respecto a las fotografías y videos, el PNAEQW señala que de acuerdo al numeral 9.11 del CONTRATO y al Formato N° 19, DELISUYOS estaba obligada a contar con los dispositivos móviles con las características técnicas mínimas requeridas para instalar el aplicativo informático proporcionado por el PNAEQW y así realizar el envío de información desde dicho dispositivo hacia la base de datos. Precisa el PNAEQW que ese proceso se conoce como sincronización o también llamado georeferenciación (sistema SIGO) y es de vital importancia para conocer no solo los datos en tiempo real, sino para conocer la localización geográfica desde donde el usuario realiza el proceso, la fecha y la hora.
- 4.18.20 Sostiene el PNAEQW que el proceso antes indicado no es ajeno a los eventos de caso fortuito o fuerza mayor, porque el numeral 10.4.12 del “Protocolo de Uso de Herramientas Informáticas para la Verificación de la Entrega de Raciones y Productos del PNAEQW” dispone que el proveedor debe registrar de manera obligatoria en el aplicativo los motivos de la no entrega y capturando tomas fotográficas.
- 4.18.21 En base a ello, la parte demandada afirma que si bien DELISUYOS contrató el servicio de transporte de productos, tenía la obligación de custodiar los productos y ante un caso

fortuito o fuerza mayor, debía registrar el hecho en el aplicativo; pero el PNAEQW advierte que durante el transporte no estuvo presente ningún representante de DELISUYOS que recabaran las tomas fotográficas a través del aplicativo; es decir, no se contaba con el dispositivo móvil para georeferenciar lo sucedido.

4.18.22 El PNAEQW se refiere a la transacción extrajudicial presentada por DELISUYOS y celebrada por ésta con la empresa TRANSPORTE FLUVIAL Y VENTA DE MADERA ZARAGOZA, propietaria de la embarcación "TITO II", de fecha 11 de octubre de 2019, obligándose ésta última a pagar a favor de DELISUYOS la suma de S/ 518,130.74 por la pérdida de productos a causa del hundimiento de la embarcación. Al respecto, la parte demandada afirma que la transacción demuestra que el hundimiento de la embarcación no es un evento de caso fortuito. Dicha transacción fue presentada por DELISUYOS con su escrito de fecha 16 de abril del 2,021 bajo sumilla "OFREZCO MEDIOS PROBATORIOS"; asimismo, hace referencia a la transacción en su escrito de fecha 28 de agosto de 2,021 bajo sumilla "ABSUELVE TRASLADO CONFERIDO MEDIANTE EL ARTICULO CAURTO DE LA ORDEN PROCESAL 08 Y OTRO

4.18.23 En esa misma línea, el PNAEQW refiere que para DELISUYOS frente a la Administración el hundimiento de la embarcación constituye un caso fortuito, pero que convenientemente frente a la empresa con la que contrató, no lo es, al reclamar la pérdida de los productos.

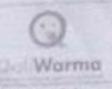
- 4.18.24 Precisa la parte demandada que los numerales 136, 137 y 138 del Manual de Compras permite la subcontratación del transporte de alimentos, pero el proveedor mantiene la responsabilidad por la ejecución total del CONTRATO.
- 4.18.25 Respecto a las penalidades, afirma el PNAEQW que aún no se ha impuesto a DELISUYOS penalidad por no entregar los productos en una o más IIEE del Ítem Napo por la suma de S/ 208,922.00, pues ello se cobrará en la Liquidación del Contrato, por lo que las pretensiones referidas a la imposición de penalidad son un imposible jurídico y deben ser desestimadas, pues no existe aún la penalidad que se cuestiona.
- 4.18.26 En cuanto a la resolución contractual, señala el PNAEQW que al quedar demostrado el incumplimiento imputable a DELISUYOS respecto a la Octava Entrega, se resolvió válidamente el CONTRATO.
- 4.19 DELISUYOS por su parte, con fecha 25 de mayo de 2021 presentó un escrito bajo sumilla "PARA MEJOR RESOLVER", adjuntando también documentos y en el cual manifestó lo siguiente:
- 4.19.1 La embarcación "TITO II" cumple con las reglamentaciones vigentes, por lo que DELISUYOS refiere que sí garantizaban el transporte de la Octava Entrega - Ítem Napo.
- 4.19.2 La demandante refiere que dicha embarcación contaba con el Certificado Nacional de Seguridad para Naves Fluviales DICAPI, expedido el 18 de setiembre de 2019.



4.19.3 Agrega DELISUYOS que luego de reparada, la embarcación ha cumplido con el “Refrendo Anual” dando cumplimiento a la normativa vigente con fecha 20 de febrero de 2020 y la segunda refrenda el 04 de mayo de 2021.

4.19.4 DELISUYOS da cuenta de la trazabilidad documentaria de los productos destinados para atender la Octava Entrega del Ítem Napo y que fueron transportados en la embarcación “TITO II”, destacando lo siguiente:

- El 28 de setiembre de 2019, luego de liberados los productos, se procede a la carga y estiba de los mismos, cumpliendo con las condiciones higiénicas y óptimas del vehículo.
- El 28 de setiembre de 2019 a las 9:15 se culminó la carga y estiba de los productos liberados en las unidades de transporte declarados, donde se considera solo el vehículo camión.

 Versión N° 01	ACTA DE SUPERVISIÓN Y LIBERACIÓN ESTABLECIMIENTO DE PROVEEDOR	PRT-039-PNAEQW- USME-FOR-009 Página 2 de 4
E. OBSERVACIONES		
<p>Siendo el 3° día sábado 28 de Septiembre 2019, a las 09:00 h se continuo con el proceso de Supervisión y liberación en el establecimiento del proveedor DELISUYOS E.I.R.L., acompañadas por el Control de Calidad Ing. Agroindustrial Francy Hiddler Ramos Louyza, con DNI N° 40550351 y CIP N° 207014, se continuó con el proceso de liberación, se realizó la verificación de carga y estiba de los productos liberados. Así como las condiciones higiénicas sanitaria del vehículo, donde se transportaran los productos liberados. Encontrándose el vehículo en ÓPTIMAS condiciones para iniciar la carga y estiba.</p> <p>Detalles del vehículo y datos del transportista se detallan a continuación:</p> <ul style="list-style-type: none">• VEHICULO: CAMIÓN• PLACA DE RODAJE: 489-781• CONDUCTOR: JORGE FLORES RIVERA• DNI: 05228959• LICENCIA DE CONDUCIR: Y05228959 <p>Finalizada la carga y estiba de los productos en el vehículo declarado por el proveedor a las 09:15 horas. Se CULMINÓ con la carga y estiba de los productos liberados en las unidades de transporte declarados a las 13:00 horas.</p>		

- El 30 de setiembre de 2019, la embarcación “TITO II” inició su recorrido destino a la ruta del Ítem Napo con los productos que constan en las Guías N° 0001-014751, N° 0001-014752, N° 0001-014753 (Anexo A-8 de la demanda),

4.19.5 La parte demandante destaca que todos los productos de la embarcación “TITO II” fueron liberados y estaban consignados en el Consolidado de Alimentos Evaluados - Ítem Napo Octava Entrega (Anexo A-8 de la demanda).

4.19.6 Afirma DELISUYOS que el 30 de setiembre de 2019 a las 22:00 horas la embarcación “TITO II” sufrió un accidente mientras se trasladaba aguas arriba del Río Napo a la altura de la Comunidad 01 de enero, al impactarse un tronco en la parte baja de la embarcación (altura de la sala de máquinas), lo que generó el rápido hundimiento, procediendo a trasladarse a la orilla más cercana.

4.19.7 El 01 de octubre de 2019, durante todo el día, se buscó ayuda en la Comunidad 01 de enero para salvaguardar las vidas de quienes estaban a bordo de la embarcación.

- 4.19.8 Con fecha 02 de octubre de 2019 se contratan a moradores para remolcar la embarcación a la orilla y mantenerlo fijo para que no se hunda por completo.
- 4.19.9 El día 03 de octubre de 2019 se realiza la constatación policial, a cargo de dos policías de la Comisaría de Mazan, quienes evidenciaron que se continuaban sacando productos a la orilla, verificándose con ello a decir de DELISUYOS, la existencia de los productos y el hundimiento de la embarcación.
- 4.19.10 DELISUYOS afirma que, a pesar de la gran pérdida económica sufrida, buscaron gestionar la compra para cumplir con la atención de la Octava Entrega, sin embargo, era imposible cumplir con los plazos de distribución, y no alcanzaban para dicha entrega. Destaca la demandante que tuvo la intención de cumplir, lo que se evidencia de las cartas remitidas a los proveedores y a la UT Loreto.
- 4.19.11 La demandante señala que los documentos normativos del PNAEQW no establecen ninguna obligatoriedad y no corresponde la incorporación y/o cambio de transporte fluvial, pues el Anexo N° 10 únicamente corresponde a datos del vehículo que sale del establecimiento (planta y/o almacén).
- 4.19.12 DELISUYOS se remite a lo establecido en el numeral 11.11.3 (Ficha de Verificación de Vehículo de Transporte, Carga y Estiba de Alimentos) Protocolo para la Supervisión y Liberación en los Establecimientos de Alimentos, aprobado por la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 438-2018-MIDIS-PNAEQW.

11.11.3 Ficha de Verificación de Vehículo de Transporte, Carga y Estiba de Alimentos (Anexo N° 12)

La frecuencia de aplicación de la ficha es:

- ✓ Para el caso de la modalidad raciones: Diario, por turno de atención y establecimiento, según cronograma de entrega de las raciones, establecido en el contrato y de ser el caso en las respectivas adendas.
- ✓ Para el caso de la modalidad productos: Al culminar el proceso de liberación de los productos considerando los plazos establecidos para cumplir con el cronograma de entrega.

Se debe registrar la siguiente información:

- ✓ Datos del vehículo y ruta, de acuerdo a lo declarado por el proveedor.
- ✓ Condiciones higiénicas sanitarias de cada vehículo de transporte, destinado para la carga y estiba de las raciones/productos.
- ✓ Resultado de: la supervisión del establecimiento, la evaluación de los alimentos, la verificación del componente sólido (solo para raciones), la liberación y de la verificación del vehículo de

4.19.13 Agrega DELISUYOS que en el Anexo N° 12 del Protocolo para la Supervisión y Liberación en los Establecimientos de Alimentos, únicamente figura datos de “vehículos”, afirmando la demandante que ello no corresponde ni aplica a embarcaciones fluviales.

PROTOCOLO PARA LA SUPERVISIÓN Y LIBERACIÓN
EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE ALIMENTOS PRT-039-PNAEQW-USME

ANEXO N° 12

		FICHA DE VERIFICACIÓN DEL VEHÍCULO DE TRANSPORTE, CARGA Y ESTIBA DE ALIMENTOS		PRT - 039 - PNAEQW - USME - FOR-008	
Versión N°: 01				Página 1 de 1	
CÓDIGO DEL ESTABLECIMIENTO		RUC DEL PROVEEDOR		RAZÓN SOCIAL DEL PROVEEDOR	
I. DATOS DE LA SUPERVISIÓN					
1. FECHA Y HORA - INICIO		2. MODALIDAD		3. TURNO DE ATENCIÓN (solo para raciones)	
Día	MES	HORA	PRODUCTOS	RACIONES	MAÑANA
			1	2	2
				TARDE	
				1	
4. N° DE VEHÍCULOS A VERIFICAR					
5. SUPERVISOR DE PLANTAS Y ALMACENES - PNAEQW					
NOMBRES Y APELLIDOS					
DNI					
II. VERIFICACIÓN DEL VEHÍCULO DE TRANSPORTE, CARGA Y ESTIBA (Registra por vehículo)					
N°:					
A. DATOS DEL VEHÍCULO Y VERIFICACIÓN DE LA RUTA					
VEHÍCULO		3. PLACA DEL VEHÍCULO (CÓDIGO)		2. TIPO DE VEHÍCULO	
				3. RUTA N°	
4. ÍTEM				5. VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL PLAN DE RUTAS	
				CONFORME 1 NO CONFORME 2	
CONDUCTOR		6. NOMBRES Y APELLIDOS		7. DNI	
				8. N° DE LICENCIA DE CONDUCTOR	

4.19.14 DELISUYOS reitera que de acuerdo a la normativa del PNAEQW únicamente corresponde, requiere, verifica, supervisa y constata a los vehículos terrestres según lo declarado en el Anexo N° 10 y no aplica a embarcaciones fluviales. Agrega DELISUYOS que en el Anexo N° 10 únicamente consta de vehículos terrestres.

4.19.15 La demandante refiere que según las Bases Integradas (páginas 68-69), el Anexo N° 10 - Datos del Vehículo para la distribución, se requieren los datos de vehículos e inclusive se señalan los tipos: furgón, camión, camioneta (transporte terrestre). Manifiesta DELISUYOS que en ninguna parte señala que se debe declarar o presentar el transporte fluvial y/o marítimo, por lo que concluye la demandante que no se

encontraba obligada a informar la incorporación o cambio de los datos del transporte fluvial.

4.19.16 Agrega DELISUYOS que en el numeral 3.19 del Informe Técnico de Solicitud de Inaplicación de Penalidad del Expediente N° 01550-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP, se precisa que los datos del Anexo N° 10 corresponde a la información del vehículo que salen del establecimiento (planta y/o almacén), y que el Manual de Compras y las Bases Integradas no establecen la declaración del Transporte Fluvial.

4.19.17 De acuerdo a ello, la demandante afirma no encontrarse obligada a informar la incorporación y/o cambio de embarcaciones fluviales.

4.19.18 En cuanto a la información presentada en el Anexo N° 10 para la suscripción del CONTRATO, precisa DELISUYOS, que ello se consideró a manera de evidencia de que contaban con embarcaciones fluviales sin ser ello una obligación, pues no está contemplada la exigencia de la declaración, incorporación, cambio de embarcaciones fluviales, y mucho menos los documentos que deben contar las embarcaciones fluviales, pues ello solo aplica para los vehículos.

4.19.19 Sobre el registro y sincronización del aplicativo, DELISUYOS manifiesta que de acuerdo al numeral 9.12 del CONTRATO, la única obligación del proveedor es registrar y sincronizar la entrega de los productos; no se señala que el caso fortuito deba ser registrado y sincronizado en el aplicativo informático.

4.19.20 En cuanto a la autorización de zarpe, DELISUYOS señala que igualmente hubiese ocurrido el caso fortuito, porque fue producto de la naturaleza el que un tronco recorra las aguas del Río Napo aproximadamente a las 10:00 p.m. del día 30 de

setiembre de 2019, lo que resulta ser un caso fortuito, imprevisible, extraordinario e irresistible, no atribuible a la demandante.

H. CIERRE DE LAS ACTUACIONES Y FIJACIÓN DEL PLAZO PARA LAUDAR

4.20 Mediante Orden Procesal N° 06 de fecha 01 de junio de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió: **(i)** Tener por presentadas las conclusiones del PNAEQW y tener por ofrecidos los nuevos medios probatorios con conocimiento de su contraparte; **(ii)** Tener presente lo manifestado por DELISUYOS y tener por ofrecidos los nuevos medios probatorios con conocimiento de su contraparte; y **(iii)** Declarar el cierre de las actuaciones arbitrales, fijando el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles.

4.21 Con fecha 04 de junio de 2021 el PNAEQW formuló recurso de reconsideración contra la Orden Procesal N° 06 en el extremo que tiene presente lo manifestado por DELISUYOS en su escrito de fecha 25 de mayo de 2021, señalando que las partes tenían como fecha límite para presentar sus escritos posteriores a la Audiencia, hasta el 18 de mayo de 2021, de acuerdo a la Orden Procesal N° 04. En tal sentido, el PNAEQW solicita no tener presente el escrito del 25 de mayo de 2021 de DELISUYOS.

4.22 Sin perjuicio del pedido efectuado, el PNAEQW solicita que, en caso el Tribunal Arbitral acepte el escrito de DELISUYOS y sus medios probatorios, por principio de igualdad entre las partes y no ver afectado su derecho de defensa, solicita se tengan en cuenta los argumentos y documentos que se aportan en su escrito. El PNAEQW expuso los siguientes argumentos:

4.22.1 Respecto a la afirmación de DELISUYOS según la cual indica que la embarcación "TITO II" contaba con los permisos vigentes a la fecha en que se produjo el supuesto hundimiento

y el Certificado Nacional de Seguridad para Naves Fluviales, el PNAEQW se remite y cita las disposiciones aplicables del Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las actividades marítimas, fluviales y lacustres, aprobado por Decreto Supremo N° 028-DE/MGP; en base a ello, la parte demandada sostiene que se exige a toda embarcación la autorización de zarpe, lo que implica una serie de verificaciones por parte de la Autoridad Portuaria, las cuales no se han dado en este caso.

4.22.2 Agrega el PNAEQW que el documento aportado por DELISUYOS es uno de los tantos con los que debía contar la nave, y que solamente pone de manifiesto que al 18 de setiembre de 2019 la nave fue objeto de reconocimiento, pero no asegura que a la fecha del supuesto accidente (30 de setiembre de 2021) la embarcación cumplía con buenas condiciones de seguridad y navegabilidad, lo que sí asegura la autorización de zarpe de acuerdo a la normativa aplicable.

4.22.3 En cuanto a los productos de la Octava Entrega, el PNAEQW refiere que en el arbitraje no ha cuestionado la liberación de dichos productos, sino la carga que contenía la embarcación "TITO II", pues no existe medio probatorio que acredite y brinde certeza que los productos liberados fueron los mismos que DELISUYOS asevera se encontraban en la embarcación hundida, dado que no se cuenta con la autorización de zarpe.

4.22.4 Sobre el Anexo N° 10 del CONTRATO, el PNAEQW refiere que desde el título del documento se hace referencia en general a los datos del vehículo para la distribución, no haciendo distinción entre terrestre y fluvial. El Anexo N° 10 contiene los datos de los vehículos que el contratista se obliga a utilizar para la distribución del Ítem Napo, al punto que DELISUYOS consigna no solo el camión, sino también la embarcación fluvial.

4	1-A	CAMION	A7N-830	CALLE CHICLAYO N° 410 CON CALLE TRUJILLO N° 210 - PUNCHANA-MAYNAS - LORETO		154
	1-B	EMBARCACION FLUVIAL MANOLO	IQ-19489-MF		NAPO	

- 4.22.5 Asimismo, el PNAEQW señala que el Anexo N° 10 exige la presentación de diversos documentos respecto a los vehículos y que no se hace distinción entre tipo de vehículo, recalcando que así lo entendió DELISUYOS, pues cumplió con presentar el certificado de matrícula de naves y artefactos de la embarcación “MANOLO”, así como el contrato de alquiler de dicha nave y la vigencia de poder del contratante.
- 4.22.6 En base a ello, señala el PNAEQW que DELISUYOS a través del Anexo N° 10 se comprometió a usar determinados tipos de vehículos para la distribución de los productos del Ítem Napo; y que justamente el “Protocolo de Verificación de la distribución de productos / raciones en las instituciones educativas de Qali Warma” en el Anexo N° 2 “Ficha de verificación de la distribución de productos / raciones en las instituciones educativas” se identifica los tipos de vehículos y sus códigos, incluyendo vehículos con motor (bote, lancha, etc.) por lo que sostiene el demandado que, los vehículos fluviales sí fueron incluidos en todo momento en la descripción “vehículos”
- 4.22.7 Asimismo, agrega el PNAEQW que lo señalado se acredita también con la ficha de verificación de la distribución de productos/raciones en las instituciones educativas de la Primera Entrega, en la cual se aprecia que al completar la ficha se identificó la utilización de los vehículos declarados en el Anexo N° 10, tanto el camión, como la embarcación fluvial “MANOLO”.

4.22.8 El demandado rechaza la posición de la demandante DELISUYOS, respecto a que no tiene obligación de cumplir con lo declarado en el Anexo N° 10 respecto al vehículo fluvial, afirmando que tal obligación está establecida en los numerales 9.1, 9.22 y 9.26 del CONTRATO; es por ello que, la UGCTR al verificar que DELISUYOS no cumplió con su obligación de utilizar la embarcación declarada en el Anexo N° 10, declaró IMPROCEDENTE el pedido de inaplicación de penalidad, siendo dicho pronunciamiento vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte de las Unidades Territoriales de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 16.1 del CONTRATO, y los numerales 7.1 y 9.2.5 del Instructivo para la evaluación de solicitudes de inaplicación de penalidades, aprobado mediante RDE N° 396-2018-MIDIS/PNAEQW.

4.22.9 Finalmente, el demandado señala que se configuraron una serie de irregularidades en el accionar de DELISUYOS, que determinan el rechazo de las pretensiones planteadas.

4.23 Mediante Orden Procesal N° 07 de fecha 25 de junio de 2021 el Tribunal Arbitral resolvió, entre otros:

- Reabrir las actuaciones arbitrales y declarar INFUNDADO el recurso de reconsideración formulado por el PNAEQW.
- Tener presente lo manifestado por el PNAEQW en el Primer Otrosí de su escrito.
- Declarar el cierre de las actuaciones y FIJAR el plazo para emitir el LAUDO en cincuenta (50) días hábiles a partir de la notificación de la Orden Procesal N° 07.

4.24 Con fecha 02 de julio de 2021, DELISUYOS formula recurso de reconsideración contra el punto resolutivo CUARTO de la Orden Procesal N° 07 mediante la cual se declara tener presente lo

manifestado por el PNAEQW en el Primer Otrosí de su escrito presentado el 04 de junio de 2021.

4.25 Mediante Orden Procesal N° 08 de fecha 13 de agosto de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió: **(i)** Reabrir las actuaciones arbitrales; **(ii)** Tener por presentado el recurso de reconsideración de DELISUYOS; **(iii)** Dejar constancia que el PNAEQW no absolvió el recurso de reconsideración; **(iv)** Declarar fundado en parte el recurso de reconsideración formulado por DELISUYOS y en consecuencia: **a)** Integrar el CUARTO punto resolutivo de la Orden Procesal N° 07 disponiéndose tener presentes los documentos a que se refiere el Segundo Otrosí del escrito presentado por QALI WARMA el 04 de junio de 2021; **b)** Poner en conocimiento de DELISUYOS los argumentos y documentos a que se refieren el Primer y Segundo Otrosí del escrito presentado por QALI WARMA el 04 de junio de 2021 a efectos que manifieste lo conveniente a su derecho en un plazo de cinco (05) días hábiles; y **(v)** Disponer que al vencimiento del plazo otorgado a DELISUYOS, con o sin su absolución, se dispondrá el cierre de las actuaciones arbitrales y se fijará el plazo para laudar.

4.26 DELISUYOS con escrito de fecha 20 de agosto de 2021, absuelve la Orden Procesal N° 08 señalando lo siguiente:

4.26.1 Rechaza las afirmaciones de la contraparte de no contar con las reglamentaciones vigentes, precisando que de ninguna manera se trata de un zarpe clandestino e ilegal. Agrega DELISUYOS el PNAEQW no ha precisado los permisos reglamentarios con los que no contaba la embarcación "Tito II", no ha señalado los documentos con los que no contaba para el zarpe; asimismo señala la parte demandante que de acuerdo a ley, los capitanes de puerto están obligados a impedir el zarpe de una nave que no cumpla con las exigencias de ley, por lo

que el no haberse impedido el zarpe de la embarcación "Tito II", da cuenta que no se trató de un zarpe clandestino y/o ilegal.

- 4.26.2 Reitera que la embarcación "Tito II", cuenta con el Certificado Nacional de Seguridad para Naves Fluviales, expedido el 18 de setiembre de 2019..
- 4.26.3 DELISUYOS reafirma que todos los productos liberados para la octava entrega, fueron los que se transportaron en la embarcación "Tito II", dando cuenta de la trazabilidad de los productos en base al acervo documentario indicado. Destaca la demandante que, en la transacción extrajudicial aportada, se verifica que coinciden plenamente la relación de bienes siniestrados, con los consignados en el Acta de Supervisión y Liberación del 28 de setiembre de 2019.
- 4.26.4 Sobre la consignación en el Anexo N° 10 de los datos de la embarcación "MANOLO", DELISUYOS afirma que realizó ello exclusivamente para prevenir cualquier observación al respecto, pero no porque se encontrara obligada contractualmente a hacerlo.
- 4.26.5 Contractualmente, no existe la obligación de DELISUYOS de informar el uso y/o cambio de la embarcación fluvial encargada de distribuir los productos del Ítem Napo, lo que se verifica con el hecho que el PNAEQW no ha identificado documentalmente la existencia de dicha obligación.
- 4.26.6 Resalta DELISUYOS que en ninguna de las primeras siete (07) entregas se produjo observación alguna por falta de información de la embarcación fluvial, ni se impusieron penalidades en base a ello.

4.26.7 En relación al Protocolo de Verificación de la Distribución de Productos / Raciones en las Instituciones Educativas del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qaliwarma, refiere DELISUYOS que el mismo es solo exigible a los Jefes de las Unidades Territoriales, pero que no es exigible a los proveedores, por lo que no fue mencionado en el CONTRATO.

4.27 Con fecha 25 de agosto de 2021, el PNAEQW presenta un escrito manifestando lo siguiente:

4.27.1 La autorización de zarpe no es un simple acto físico de salida de una nave de un puerto, sino que corresponde a una salida autorizada por la entidad competente, luego de la supervisión y verificación de la embarcación.

4.27.2 Respecto al Certificado Nacional de Seguridad para Naves Fluviales, el PNAEQW reconoce que le embarcación "TITO II" cuenta con dicho documento, pero precisa que ello no autoriza el zarpe, lo que se verifica en cada oportunidad.

4.27.3 DELISUYOS realiza una lectura errada de la palabra "vehículo", restringiéndola al transporte terrestre, sin considerar que el Anexo N° 10 no limita dicho término, solo al transporte terrestre: agregando que la generalidad del término consta también en las Bases Integradas, el Manual de Proceso de Compras y el CONTRATO.

4.27.4 Refiere el PNAEQW que la controversia se circunscribe a la octava entrega, por lo que el hecho que incumplir la normativa en anteriores entregas no avala el incumplimiento de DELISUYOS ni la exime de responsabilidad.

4.27.5 Sobre el Formato de Datos de Vehículos de los Procesos de Compras de los años 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018, el PNAEQW formula oposición, señalando que la controversia se enmarca en el proceso de compras del año 2019, por lo que dichos formatos son inaplicables.

4.27.6 De otro lado, respecto al listado de penalidades, el PNAEQW precisa que la controversia es respecto a la octava entrega, por lo que no es materia de análisis las anteriores, sin perjuicio de lo cual, al haber declarado la propia DELISUYOS haber utilizado una embarcación distinta a la declarada, el PNAEQW se reserva el derecho de iniciar las acciones correspondientes a ello.

4.28 Mediante Orden Procesal N° 09 de fecha 01 de setiembre de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió: **(i)** Tener presente lo manifestado por DELISUYOS y por ofrecidos los medios probatorios aportados; **(ii)** Tener presente lo manifestado por el PNAEQW y no ha lugar la oposición formulada; y **(iii)** Declarar el cierre de las actuaciones y fijar el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles.

V. CUESTIONES PROBATORIAS:

5.1. De conformidad con lo dispuesto en la Orden Procesal N° 05 de fecha 11 de mayo de 2021, el Tribunal Arbitral determinó que en el laudo resolvería la oposición formulada por parte del PNAEQW a los medios probatorios identificados como Anexos A-3 y A-4, presentados por DELISUYOS con su escrito de fecha 16 de abril de 2021, correspondiente a los siguientes documentos:

A-3. Copia de la Disposición N°07 que dispone el archivo del proceso.

A-4. Copia de Comunicación SUNAT de fecha 13 de octubre de 2019

5.2. DELISUYOS respecto al ofrecimiento de dichos medios probatorios indicó lo siguiente:

5.2.1. Sobre el Anexo A-3, corresponde a la Disposición N° 07 mediante la cual se archiva la investigación penal por delito ambiental emitida por la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Maynas, mediante la cual se dispuso no formalizar ni continuar con la investigación preparatoria.

5.2.2. Sobre el Anexo A-4, relativo a Comunicación del 13 de octubre de 2019 remitida por DELISUYOS a SUNAT y dirigida a la Comisión de Destrucción y al Veedor de Control Institucional informando sobre la realización del procedimiento de Desmedro que realizaría de los productos remanentes del hundimiento de la embarcación en controversia.

5.3. Los fundamentos del PNAEQW para formular oposición respecto de los indicados medios probatorios, fueron los siguientes:

5.3.1. DELISUYOS no ha acreditado ni identificado la pertinencia, idoneidad, ni utilidad de los medios probatorios correspondientes a los Anexos A-3 y A-4.

5.3.2. Respecto al Anexo A-3, señala la demandada, que en dicho documento consta la disposición que ordena el archivo de la investigación penal seguida contra Greisi Paola Rodríguez Dávila, Jesús Torres Rojas y Eduardo José Ananías López, por la presunta comisión del delito contra la salud pública - contaminación y propagación, en agravio de la sociedad. El 16 de diciembre de 2019 el personal de la PNP intervino a Greisi Paola Rodríguez Dávila, quien transportaba en dos vehículos menores

(moto furgoneta) productos en mal estado que había recogido del almacén de DELISUYOS para su destrucción. Agrega el PNAEQW que a raíz de tal hecho, se inició una investigación contra el señor Eduardo José Ananías López, representante de DELISUYOS, entre otras personas, por la presunta comisión del delito contra la salud pública - contaminación y propagación, en agravio de la sociedad, la misma que fue archivada mediante Disposición N° 7 de fecha 11 de diciembre de 2020.

- 5.3.3. Afirma el PNAEQW que este medio probatorio no tiene vinculación con la materia controvertida, en el que se discute la penalidad aplicada a DELISUYOS por no entregar productos en una o más instituciones educativas y la determinación de si el hundimiento de la embarcación Tito II que trasladaba los productos es un caso fortuito eximente de la aplicación de la penalidad.
- 5.3.4. Agrega el PNAEQW, que no formó parte de la investigación preliminar por la presunta comisión del delito contra la salud pública - contaminación y propagación, por lo que refiere que el medio probatorio corresponde a una situación seguida con otras partes y respecto a hechos relacionados a productos en mal estado y la contaminación que ello puede producir, aspectos que claramente no son discutidos en el presente proceso.
- 5.3.5. Finalmente apunta el PNAEQW que, con este medio probatorio, la parte demandante pretende sorprender al Tribunal Arbitral haciéndole creer que el documento está relacionado al hundimiento de la embarcación Tito II, resultando un acto de mala fe, pues se tratan de hechos totalmente ajenos a lo discutido en el arbitraje.

- 5.3.6. En cuanto al Anexo A-4 el PNAEQW sostiene que, al igual que en el caso del Anexo A-3, este no guarda relación con la materia controvertida, pues se trata de un pedido dirigido a una entidad para efectuar un procedimiento distinto a los hechos discutidos en el presente proceso.
- 5.3.7. Reitera la demandada que los productos en mal estado no configuran un hecho que deba ser analizado por el Tribunal Arbitral, más aún cuando no existe certeza que correspondan a los productos que DELISUYOS estaba obligado a distribuir como parte de la octava entrega.
- 5.4. Estando a los fundamentos expuestos por las partes en relación a los medios probatorios cuestionados (Anexos A-3 y A-4), corresponde señalar en primer lugar que de conformidad con el numeral 2 del artículo 28° del Reglamento del Centro de Arbitraje, el Tribunal Arbitral determina de manera exclusiva, la admisibilidad, oportunidad, pertinencia y valor de las pruebas presentadas.
- 5.5. Conforme a lo anterior, al amparo de dicha facultad exclusiva, corresponde emitir pronunciamiento respecto de la admisión de los medios probatorios correspondientes a los Anexos A-3 y A-4 ofrecidos por DELISUYOS con su escrito de fecha 16 de abril de 2021.
- 5.6. En primer lugar, corresponde señalar que el numeral 1 del artículo 28° del Reglamento de Arbitraje del Centro, las pruebas deben ser ofrecidas y presentadas con la demanda, precisándose además que cualquier prueba ofrecida o presentada con posterioridad, solo es aceptada cuando -a discreción del Tribunal Arbitral- la demora se encuentre justificada.
- 5.7. Sobre la oportunidad de presentación de los medios probatorios, cabe resaltar que el Anexo A-3 corresponde a la Disposición N° 7 de fecha 11 de diciembre de 2020 y el Anexo A-4 corresponde a la comunicación SUNAT de fecha 13 de octubre de 2019, siendo el caso que la demanda fue presentada el 15 de enero de 2021; es decir, DELISUYOS a la fecha de

presentación de la demanda, tenía pleno conocimiento de los hechos plasmados en dichos documentos, y contaba con los mismos. A ello cabe agregar que DELISUYOS no ha expuesto en su escrito de ofrecimiento de dichos medios probatorios, el motivo por el cual no acompañó los documentos al escrito de demanda.

- 5.8. Respecto a la pertinencia de los medios probatorios, DELISUYOS refiere en el escrito en el que ofrece los Anexos A-3 y A-4, que corresponden a medios probatorios que acreditan su posición respecto al caso fortuito que se generó; es decir, que tienen vinculación con un punto controvertido del caso, correspondiente a la existencia o no del evento de caso fortuito cuya declaración solicita.
- 5.9. Posteriormente, DELISUYOS en el escrito de fecha 07 de mayo de 2021, señala que los documentos aportados sí son pertinentes porque implican al Titular Gerente de la empresa, y porque acreditan la existencia de los productos rescatados del naufragio de la embarcación "TITO II".
- 5.10. De la revisión de los documentos en cuestión, se verifica que los mismos corresponden al archivo de una denuncia por un delito contra la salud pública (Anexo A-3); y a la realización del procedimiento de desmedro de los productos no aptos para consumo, que indica DELISUYOS, fueron rescatados del naufragio (Anexo A-4).
- 5.11. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal Arbitral estima que los hechos contenidos en los documentos cuestionados, no guardan relación con los hechos controvertidos del caso, puesto que no es materia de discusión la responsabilidad penal del señor representante de DELISUYOS, así como tampoco el trámite realizado por parte de DELISUYOS ante la autoridad administrativa correspondiente (SUNAT).
- 5.12. Lo que se discute en el presente arbitraje es si se configuró o no un evento de caso fortuito como refiere la parte demandante y si las decisiones emitidas por parte del PNAEQW se ajustan a derecho. Cabe precisar que ninguna de las decisiones emitidas por el PNAEQW tiene como sustento el mal estado y/o la destrucción de los productos remanentes del naufragio

de la embarcación "TITO II"; por lo que este Tribunal Arbitral considera que los medios probatorios correspondientes a los Anexos A-3 y A-4 aportados por DELISUYOS en su escrito del 16 de abril de 2014, no guardan relación con la materia controvertida.

5.13. Sin perjuicio de ello, es pertinente señalar que los mismos fueron presentados de manera extemporánea y sin sustento alguno por parte de DELISUYOS sobre su imposibilidad de haberlos aportado en la etapa postulatoria correspondientes.

5.14. En consecuencia, el Tribunal Arbitral declara **FUNDADA** la oposición formulada por el PNAEQW.

VI. CONSIDERACIONES:

6.1. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: **(i)** que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo a las normas de arbitraje vigentes; **(ii)** que en ninguna oportunidad se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral; **(iii)** que DELISUYOS presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; **(iv)** que el PNAEQW fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa e, incluso reconvino; **(v)** que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios; así como tuvieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente, desarrollándose las actuaciones arbitrales respetando las garantías de audiencia bilateral, contradicción y trato igualitario a las partes; **(vi)** que en el estudio, análisis, apreciación y razonamiento del caso, el Tribunal Arbitral ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones expuestas así como todos los medios probatorios aprobados y admitidos, haciendo un análisis y una valorización de conjunto, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no se haya tomado en cuenta para su decisión; **(vii)** que siendo un arbitraje de Derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de las pretensiones formuladas teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base

a su valoración conjunta, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo al Derecho y al marco contractual aplicable, se derivan para las partes, correspondiendo la carga de la prueba a quién alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto a tales hechos; **(viii)** que en relación a las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, por aplicación del Principio de Comunidad o Adquisición de la Prueba, las pruebas ofrecidas y admitidas en el proceso pertenecen al arbitraje; en consecuencia, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció; y, **(ix)** que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo establecido.

6.2. Al respecto, la doctrina procesal especializada se pronuncia sobre el citado Principio de la Comunidad o Adquisición de la Prueba, señalando: *“Otro aspecto de consideración imprescindible en materia probatoria es el denominado “principio de adquisición”, según el cual una vez que un medio de prueba ha sido admitido en el proceso, deja de “pertenecer” a la parte que lo ofreció, y es completamente independiente del propósito para el que fue ofrecido y admitido. Esto significa que resulta perfectamente válido que un medio probatorio ofrecido por una de las partes para acreditar, por ejemplo, la ejecución de un contrato, sea utilizado por la otra parte para demostrar todo lo contrario (...). En síntesis, con el principio de adquisición, el medio de prueba admitido deja de ser de las partes y pertenece “al proceso”, con lo cual el juzgador está en aptitud de extraer de él las conclusiones que considere adecuadas.”*¹

6.3. En consecuencia, el Tribunal Arbitral reitera que la eventual ausencia de mención en este Laudo de algún argumento, pieza o fundamento indicado por las partes no implica, empero, que el Tribunal Arbitral haya dejado de sopesar y merituar todos los elementos de juicio relevantes que le han sido aportados.

¹ ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana María en “La Actividad Probatoria en el Arbitraje y la colaboración judicial en la generación de la prueba”. Revista ADVOCATUS N° 26 (2012) Pág. 215.

VII. ANÁLISIS:

- 7.1. La controversia sometida a conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral, se centra en determinar si se configuró o no, un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor en la ejecución de la Octava Entrega del CONTRATO por parte de DELISUYOS. De un lado, la parte demandante afirma y sostiene que el hundimiento de la embarcación "TITO II" (con la cual se trasladaban los productos de la Octava Entrega) constituye un supuesto de caso fortuito, que la exime de responsabilidad y por ende no es susceptible de penalidad alguna; y por su parte el PNAEQW sostiene que dicha embarcación no formaba parte de los vehículos autorizados para el traslado de los productos, que no contaba con autorización de zarpe y que por ende, al realizar DELISUYOS el traslado irregular con dicha embarcación, no se ha configurado un supuesto de caso fortuito.
- 7.2. DELISUYOS al respecto, sostiene que no se encuentra obligada a informar la incorporación y/o cambio del vehículo con el cual realiza el transporte y distribución de los productos, siendo que la embarcación "TITO II" cumplía con las disposiciones legales necesarias para navegar, ratificándose en que el hundimiento de dicha embarcación configura un evento de caso fortuito que determina la inaplicación de las penalidades.
- 7.3. Considerando las posiciones de ambas partes, el Tribunal Arbitral estima necesario en primer lugar, determinar si la utilización de la embarcación "TITO II" se ajusta o no a los términos del CONTRATO, y de ser así, si se ha configurado un supuesto de caso fortuito que libera a DELISUYOS de responsabilidad.

A. MARCO LEGAL APLICABLE Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES:

- 7.4. De acuerdo a la Cláusula Segunda del CONTRATO, el objeto del mismo consistía en "(...) *la prestación del servicio alimentario en la modalidad de productos, destinado a los usuarios del Programa.*", en lo relativo al Ítem Napo.

- 7.5. En la Cláusula Quinta del CONTRATO, consta el cronograma de entrega de los productos a las Instituciones Educativas, en los plazos previstos en el cuadro. En el presente caso, la controversia se circunscribe a la Octava Entrega.
- 7.6. Las Cláusulas Octava y Vigésimo Primera del CONTRATO, se refieren a las partes integrantes del mismo y al marco legal, según lo siguiente:

CLÁUSULA OCTAVA: PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO

El presente contrato está conformado por sus Anexos, las Bases Integradas del Proceso de Compra con sus Anexos y Formatos, la Propuestas Técnica y Económica del **PROVEEDOR**, disposiciones establecidas en el **Manual del Proceso de Compras** y normativa complementaria.

Las partes reconocen expresamente que ninguno de los documentos que conforman el presente contrato puede contener estipulaciones, condiciones o alcances inferiores a los contenidos en las Bases Integradas del Proceso de Compra. Todo contenido que intente reducir los alcances o exigencias de las Bases Integradas no será válido, siendo en tal circunstancia, de aplicación el requerimiento en las Bases Integradas.

CLÁUSULA VIGÉSIMO PRIMERA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

El presente Contrato se rige por el **Manual del Proceso de Compras** y las Bases Integradas del Proceso de Compras aprobados por el **PNAEQW**. Las partes acuerdan que, en defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, se puede aplicar supletoriamente las disposiciones emitidas por el **PNAEQW** para su regulación especial y, las disposiciones del Código Civil, en tanto no contradiga o se oponga a la normativa del **PNAEQW**.

- 7.7. Conforme a lo anterior, era de pleno conocimiento de ambas partes, que quedaban vinculadas tanto al CONTRATO, sus Anexos, las Bases Integradas, sus Anexos y Formatos, y a la Propuesta Técnica y Económica efectuada, así como a las disposiciones que el PNAEQW emita para su regulación especial, y las disposiciones del Código Civil, siempre y cuando no se opongan o contradigan la normativa del PNAEQW.
- 7.8. En esa misma línea, el numeral 3.1.1 de las Bases Integradas, establecía que:

3.1 Obligaciones del PROVEEDOR

EL PROVEEDOR está obligado a cumplir lo siguiente:

- 3.1.1 Cumplir con lo dispuesto en el **Manual del Proceso de Compras**, las Bases Integradas del Proceso de Compras y sus anexos, formatos y documentos normativos emitidos por el PNAEQW para el Proceso de Compras.

- 7.9. Según lo señalado, DELISUYOS debía cumplir, entre otros, con las Bases Integradas del Proceso de Compras y sus anexos.

7.10. El Anexo N° 10 de las Bases Integradas, denominado “Datos del vehículo para la distribución”, corresponde a una declaración jurada que suscribe el proveedor (DELISUYOS) mediante la cual declara que se compromete a contar con las unidades de transporte necesarias para atender las Instituciones Educativas de cada ruta, así como identificar las unidades (vehículos) y remitir la documentación correspondiente de cada vehículo.

7.11. En este punto es importante destacar que la finalidad del Anexo N° 10, es que el proveedor identifique y acredite ante la Entidad, los vehículos que utilizará en la prestación del servicio.

7.12. Dentro de la documentación a presentar respecto de los vehículos, se considera lo siguiente:

- Fotocopia de la tarjeta de propiedad del o de los vehículos a nombre del POSTOR, que se utilizarán para la distribución de los productos.
- El POSTOR que esté adquiriendo vehículos, adjuntará fotocopia del contrato de compra o del trámite de la tarjeta de propiedad.
- Si los vehículos no se encuentran a nombre del POSTOR o no son de su propiedad, debe presentar fotocopia del contrato o promesa de arrendamiento de vehículos o del contrato o promesa de servicio de transporte, con una vigencia igual o mayor al último día de atención, adjuntando fotocopia de la tarjeta de propiedad de los vehículos ofrecidos. Para el caso de leasing debe presentar fotocopia del contrato respectivo.
- En caso de consorcio, el contrato de arrendamiento de vehículo debe ser suscrito entre el (los) propietario (s) del vehículo y cualquiera de los integrantes del consorcio.
- Si el vehículo está registrado a nombre de dos o más personas, todas estas deben suscribir el contrato de arrendamiento del vehículo.
- Si el vehículo está a nombre de una persona jurídica, se debe adjuntar la fotocopia de la vigencia de poder del promitente o contratante.
- Los datos del o los vehículos para la distribución de los productos a las IIEE, serán presentados según el siguiente detalle:

7.13. Se precisa que en caso de arrendamiento del vehículo a utilizar en la distribución de los productos, el proveedor deberá adjuntar copia del contrato de arrendamiento.

7.14. Asimismo, se consigna un cuadro a ser llenado según lo siguiente:

N°	Ruta (s)	Datos del Vehículo (*)		Dirección del Establecimiento de Partida	ÍTEM	N° de Instituciones Educativas
		Tipo (**)	Placa			
1						
2						
3						
(...)						

(*) Considerar vehículos que salen del establecimiento (planta y/o almacén)

(**) Furgón, camión, camioneta, otros

La información de este cuadro debe presentarse con los documentos solicitados para la firma del contrato.

- 7.15. Expresamente se indica que la información del cuadro se debe presentar con los documentos solicitados (contrato de arrendamiento) para la firma del contrato.
- 7.16. Asimismo, en la parte final del referido Anexo N° 10 se consigna de manera expresa la ratificación del proveedor, según lo siguiente: ***“Ratifico la veracidad de la información contenida en el presente documento y me someto a las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar si se comprueba su falsedad.”***
- 7.17. Del texto expreso del citado Anexo N° 10, se desprende que resulta obligación del proveedor consignar en el cuadro, a efectos de informar a la Entidad, los vehículos que utilizará **en la distribución de los productos.**
- 7.18. En cuanto al término “vehículo”, la Real Academia Española lo define como *“Medio de transporte de personas o cosas.”* En el presente caso, la identificación de los vehículos correspondía a aquéllos medios que utilizaría DELISUYOS para distribuir y entregar los productos a las Instituciones Educativas del Ítem Napo.

B. LA DECLARACIÓN DE DELISUYOS EN EL ANEXO N° 10 DE LAS BASES INTEGRADAS:

- 7.19. El PNAEQW ha afirmado, y DELISUYOS no ha negado, que en el Anexo N° 10 de las Bases Integradas, DELISUYOS consignó como vehículo para la distribución de los productos de la Octava Entrega, le embarcación fluvial “MANOLO” con Placa N° IQ-19489-MP.
- 7.20. Asimismo, adjuntó la documentación correspondiente al Contrato Privado de Alquiler celebrado el 04 de diciembre de 2018 con la empresa Transportes Ventas y Multiservicios Movi S.C.R.L. para el alquiler de dicha embarcación (“MANOLO”)
- 7.21. Es decir, conforme a sus propios actos, DELISUYOS con carácter de declaración jurada declaró, informó y sustentó que, para la distribución de

los bienes correspondientes al Ítem Napo, **utilizaría la embarcación “MANOLO”**; no consta en dicho Anexo N° 10 ninguna embarcación adicional y/o alternativa para la prestación del servicio.

- 7.22. DELISUYOS señala en relación al llenado de dicho Anexo N° 10, lo siguiente: **(i)** Que solamente corresponde consignar los vehículos terrestres pues solo se indica “*furgón, camión, camioneta, otros*”; **(ii)** Que solamente comprende a los vehículos utilizados para el retiro de los productos de la planta y/o almacén; y **(iii)** Que consignó dicha información sobre la embarcación, a efectos de evitar observaciones.
- 7.23. El Tribunal Arbitral estima que lo manifestado por DELISUYOS no se condice con el texto y alcances del citado Anexo N° 10, que corresponde a la declaración jurada de los **datos del vehículo para la distribución de los productos**. En el caso concreto del Ítem Napo, teniendo en cuenta que para la distribución de los productos era necesario surcar el Río Napo, resulta evidente que un vehículo a utilizarse en la distribución es una embarcación fluvial, **razón por la cual declaró la misma y acompañó la documentación correspondiente al arrendamiento de la misma**.
- 7.24. Es decir, conforme a los documentos aportados, DELISUYOS cumplió con informar al PNAEQW con carácter de Declaración Jurada, que la distribución de los productos del Ítem Napo, la realizaría con la embarcación “MANOLO”.
- 7.25. Si bien se indica en el Anexo N° 10, que se consideren los vehículos que salen del establecimiento, en el caso particular del Ítem Napo, la distribución no se realizaría solamente con los vehículos terrestres con los cuales se retirarían los productos, sino que, por las propias características del servicio, era necesario e indispensable para la distribución, un vehículo de transporte fluvial; por lo que oportunamente DELISUYOS declaró la embarcación “MANOLO”.
- 7.26. Conforme a ello, DELISUYOS en mérito a su propia declaración jurada, quedó vinculado y obligado a ejecutar la distribución de los productos correspondientes al Ítem Napo con la embarcación “MANOLO”, toda vez que de acuerdo a las Cláusulas Octava y Vigésima Primera del

CONTRATO, y el numeral 3.1.1 de las Bases Integradas, el proveedor (DELISUYOS) **debe cumplir con las disposiciones contenidas en las Bases Integradas.**

- 7.27. Sobre el particular, las relaciones contractuales en nuestro sistema legal, están regidas por determinados principios y disposiciones legales de carácter obligatorio y respecto de las cuales las partes no pueden desvincularse de manera arbitraria. Así el artículo 1361 del Código Civil que forma parte de las disposiciones generales de la regulación sobre contratos, dispone que ***“Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”***; por su parte el artículo 1362 del mismo cuerpo legal dispone que ***“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”*** La doctrina especializada, en este caso encabezada por el Profesor Manuel de la Puente Lavalle, establece que estos artículos configuran normas de carácter imperativo, contra las cuales nadie puede pactar ni obrar en contra; de donde resulta que, sin lugar a dudas, las partes quedan vinculadas por sus manifestaciones de voluntad expresadas en todo el iter contractual y por ello se impone a quien lo niegue, la carga probatoria en contra.
- 7.28. Sobre la obligatoriedad de los contratos, la doctrina especializada se ha pronunciado señalando que *“(…) Los contratos establecen entre las partes un vínculo, que determina el cumplimiento de la relación jurídica que constituye su objeto. La obligatoriedad del contrato es, pues, la fuerza que obliga a tal cumplimiento (no se trata propiamente, pues, de la obligatoriedad del contrato sino de la obligatoriedad de la relación jurídica creada por él. (...)) Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto puede llegarse a las siguientes conclusiones: a) El contrato nace desde el momento en que existe el acuerdo de declaraciones de voluntad, determinando los alcances de tal acuerdo. b) Una vez creada la obligación jurídica que es objeto del contrato, ella desarrolla toda su fuerza contractual. Esto significa que dicha relación debe ser cumplida conforme al tenor de la declaración contractual. (...) Consecuencias de la*

obligatoriedad.- La consecuencia más importante de la obligatoriedad de las relaciones jurídicas creadas por el contrato, y la que realmente da sentido a dicha obligatoriedad, es su intangibilidad o irrevocabilidad. Se entiende por intangibilidad (o irrevocabilidad) el que, una vez formado el contrato por el acuerdo de declaraciones de voluntad, la relación jurídica patrimonial que constituye su objeto, aun cuando no haya entrado en vigencia (...) no puede ser modificada sino por un nuevo acuerdo. (...) (...) si el contrato es perfecto (no adolece de defecto alguno) no cabe que uno de los contratantes, sin el asentimiento del otro, pueda modificar (en el más amplio sentido de la palabra) la relación jurídica creada por él). (...) me identifico con la posición de KELSEN en cuanto encuentra el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato en el ordenamiento jurídico positivo, el cual ha considerado que otorgar a los particulares la regulación de sus propios intereses, dentro de los límites que les señala el propio ordenamiento, es la solución más indicada y justa (...) En cuanto al fundamento de la obligatoriedad del contrato, o sea la razón de ser de que el ordenamiento jurídico lo disponga así, es, a mi juicio, la protección a una razonable seguridad jurídica que garantice que la relación jurídica creada por el contrato sólo podrá ser modificada por causas que, a criterio del mismo ordenamiento jurídico, realmente lo justifiquen.”²

- 7.29. En el presente caso, DELISUYOS pretende en realidad desvincularse de su propia manifestación de voluntad contractual sin haber podido justificar probadamente por qué razones podría apartarse de su propia declaración conforme a la cual se obligó a informar y sustentar los vehículos con los cuales cumpliría la obligación de traslado y distribución de los productos.
- 7.30. En consecuencia, si el Anexo N° 10 que corresponde a la declaración jurada de DELISUYOS en mérito a la cual identificará, informará y sustentará el vehículo con el cual realizará la distribución de los productos de la Octava Entrega del Ítem Napo, y DELISUYOS consignó únicamente la embarcación “MANOLO”, conforme a su propia declaración jurada, debía cumplir con realizar la distribución de los productos por dicho Ítem

² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General” Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte - Tomo I. PUCP, Fondo Editorial 1991. Págs. 419, 422, 424, 431-432.

con la referida embarcación. En todo caso, de haber tenido razones que motivaran el cambio de vehículo, debía haberlo reportado a su contratante por tratarse de un cambio en los términos de la relación contractual.

- 7.31. No se aprecia de los medios probatorios aportados que haya existido comunicación alguna por parte de DELISUYOS informando al PNAEQW el agregado y/o cambio del vehículo con el cual realizaría la distribución de los productos del Ítem Napo; siendo el caso que la parte demandante ha afirmado que no comunicó ello al PNEAQW porque no se encontraba obligado a ello.

C. SOBRE LA OBLIGACIÓN DE IDENTIFICAR E INFORMAR LOS VEHÍCULOS CON LOS CUALES SE REALIZA LA DISTRIBUCIÓN DE LOS PRODUCTOS:

- 7.32. El CONTRATO en sus cláusulas Octava y Vigésima Primera, establecen de manera expresa que es parte integrante y su base legal, las Bases Integradas y sus Anexos. Asimismo, en las Bases Integradas a las que remite el propio CONTRATO, se señala en el literal 3.1.1. que el proveedor (DELISUYOS) **está obligado a cumplir con las Bases y sus Anexos.**
- 7.33. La lectura e interpretación integral del CONTRATO y las Bases Integradas, dan cuenta que DELISUYOS se obligó a identificar e informar el/los vehículo/s con los cuales realizaría el servicio de distribución de productos correspondientes al Ítem Napo; siendo el caso que la propia DELISUYOS en cumplimiento de dicha obligación, identificó e informó que realizaría tal actividad con la embarcación “MANOLO”, por lo que, si modificaría la embarcación o agregaría una adicional, estaba en la obligación de informar dicho cambio / agregado, bajo apercibimiento de las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar si se comprueba la falsedad.
- 7.34. El referido Anexo N° 10 constituye una declaración jurada, estableciéndose expresamente que la falsedad de la declaración acarrea responsabilidad

administrativa, civil o penal. Entonces, si en la declaración original efectuada por DELISUYOS, consigna que con la embarcación “MANOLO” realizaría la distribución de los productos del Ítem Napo y luego se realizó dicha actividad con otra embarcación “Tito II”, se advierte un incumplimiento de la obligación de identificar, informar y acreditar la unidad con la que se prestaría el servicio, con las consecuencias civiles del caso, tal como lo prevé el propio contenido del Anexo N° 10.

D. SOBRE EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

7.35. El primer punto controvertido del arbitraje es el siguiente

Primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o que el Tribunal Arbitral declare que el hundimiento de la Embarcación Tito II con placa PA07516 corresponde a un evento de caso fortuito que imposibilitó la ejecución de la Octava Entrega del Contrato N° 003-2019-CC-LORETO5/PRODUCTOS ITEM NAPO.

7.36. En el presente caso, le embarcación “TITO II” corresponde a un vehículo que no fue declarado oportunamente por parte de DELISUYOS en el Anexo N° 10 de las Bases Integradas, como vehículo para la distribución de los productos del Ítem Napo; por lo que su utilización fue bajo su cuenta y riesgo, máxime si se tiene en cuenta que en el Anexo N° 10 antes indicado, se consignó expresamente que si la información brindada no resultaba veraz, era susceptible de las responsabilidades civiles correspondientes.

7.37. De acuerdo al CONTRATO, las Bases Integradas y sus Anexos forman parte de aquél, por lo que, el único vehículo consignado por parte de DELISUYOS para prestar el servicio de distribución del Ítem Napo, era la embarcación “MANOLO”; y al haber realizado dicha actividad de distribución con un vehículo distinto sin informar ello oportunamente al PNAEQW, deberá asumir las consecuencias de dicho incumplimiento contractual, al ejecutar la prestación con un vehículo que no fue declarado por parte de DELISUYOS.

- 7.38. El Código Civil regula disposiciones relativas a la inejecución de obligaciones, relacionándola también con los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. Así el artículo 1314 dispone que **“Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento, parcial, tardío o defectuoso.”**; por su parte el artículo 1315 dispone que **“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”**.
- 7.39. Se observa entonces que la norma legal exige al prestador de una obligación, proceder con la diligencia ordinaria requerida, lo cual supone, como mínimo, ajustar su conducta a las prescripciones contractuales como expresión de la voluntad común de las partes, para el cumplimiento de las obligaciones. En el presente caso, no cabe duda alguna que DELISUYOS no ajustó su conducta contractual a las prescripciones del contrato, tal como se ha detallado precedentemente, de donde resulta que dicha parte no puede pretender excusar el incumplimiento específico de su obligación contractual con el argumento de la ocurrencia de un evento de caso fortuito.
- 7.40. Nuestro sistema legal privilegia el cumplimiento de las obligaciones y la oposición de caso fortuito o fuerza mayor es una situación de excepción sobre la regla de cumplimiento. Es decir que, en este caso, DELISUYOS al no haber sujetado su conducta contractual a las prescripciones del contrato, no puede invocar en su favor la aplicación de la excepción, la cual se verificó, en este caso, precisamente a partir de ese incumplimiento en tanto ni siquiera se registra zarpe de la embarcación, se cambió la misma unilateralmente, evidenciando de esa manera infracción a sus deberes contractuales lo que, legalmente, le genera la responsabilidad de ley.
- 7.41. Respecto a la inimputabilidad en la inejecución de las obligaciones, así como lo relativo al supuesto de caso fortuito y fuerza mayor, la doctrina civil se pronuncia sobre lo dispuesto por los artículos 1314 y 1315 del Código Civil señalando que: **“(…) La norma se refiere a la causa no**

*imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico o exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa...". Y después, siguiendo en esto a Messineo, señala que "... La regla general para exonerarse (...) es la presencia de una causa no imputable (hecho negativo), mientras que en otros casos es necesaria la prueba más gravosa del caso fortuito o fuerza mayor (...) En la ausencia de culpa, el deudor está simplemente obligado a probar que actuó con la diligencia requerida, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación. La ausencia de culpa se prueba acreditando la conducta diligente; a diferencia del evento fortuito, cuya prueba, a veces más severa, requiere identificar el acontecimiento y otorgarle las características señaladas de extraordinario, imprevisible e irresistible. (...) a) El único límite de la responsabilidad del deudor debe encontrarse en la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable (...) b) La imposibilidad de la prestación por causa no imputable debe ser necesariamente objetiva para calificar como límite de la responsabilidad del deudor. (...)."*³

- 7.42. Continúa la doctrina señalando que: *"Para nosotros es necesario que el deudor demuestre no ser responsable del impedimento que determino la imposibilidad acreditando que dicha imposibilidad no se debió a un hecho que le sea imputable, es decir, quedara eximido de responsabilidad solo si la imposibilidad es no culposa. (...) El obligado debe demostrar que ha mediado una causa no imputable para liberarse de responsabilidad sin ser suficiente la prueba de la diligencia."*⁴

³ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón en Código Civil Comentado Tomo VI, Gaceta Jurídica. Lima, 2004. Pág. 633-634, 642

⁴ VEGA MERE, Yuri en Código Civil Comentado Tomo VI, Gaceta Jurídica. Lima, 2010. Pág.664.

7.43. Sobre los alcances del artículo 1315, la doctrina nacional señala que: “(...) *La causa no imputable se impone, ante todo, como un límite a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones; ello significa “que el esfuerzo requerido al deudor es el máximo, y que éste no quedará liberado sino hasta cuando haya aportado la prueba del caso fortuito o fuerza mayor. (...)*

La causa no imputable puede ser entendida subjetivamente u objetivamente: o como causa inculpable o como un evento del cual el deudor no tiene que responder es ajeno a su esfera de control. (...)

(...) Existe consenso en la doctrina en torno de la afirmación de que la causa no imputable se acredita judicialmente mediante la demostración, por parte del deudor, de la ocurrencia del hecho alegado eximente de responsabilidad. En otras palabras, la prueba reviste un carácter positivo, y ello constituye un argumento más contra la perspectiva subjetiva, dado que la prueba de ausencia de culpa es, obviamente, de carácter negativo.

Mayoritariamente se considera que es necesaria, además de la prueba de la causa de la imposibilidad (el hecho impeditivo específico), la prueba de no imputabilidad de dicha causa al deudor (...).”⁵

7.44. Siguiendo la doctrina especializada y en los mismos términos en que este Tribunal ha razonado precedentemente, resulta claro que DELISUYOS no ajustó su conducta a las prescripciones del contrato y así incumplió sus obligaciones, particularmente referidas a utilizar en la distribución de los productos el vehículo registrado por ella misma para tal efecto, con carácter de declaración jurada. De tal suerte que, ese incumplimiento no puede ser revertido por la supuesta ocurrencia de un hecho de caso fortuito o fuerza mayor, siendo cuando ocurre el tantas veces referido hundimiento de la Embarcación TITO II, DELISUYOS ya había incurrido en incumplimiento de sus obligaciones al utilizar esa embarcación pese a que era una distinta a la Embarcación registrada (MANOLO) y declarada por ella misma bajo juramento, para el efecto de dicho traslado.

⁵ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEÓN HILARIO, Leyser en Código Civil Comentado Tomo VI, Gaceta Jurídica. Lima, 2004. Pág. 647-657.

- 7.45. Conforme a ello, corresponde declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Demanda, puesto que al haber utilizado un vehículo distinto al declarado en el Anexo N° 10, DELISUYOS lo hace bajo su cuenta y riesgo y ha incumplido sus obligaciones contractuales, no verificándose que sea la ocurrencia de un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, lo que le haya impedido la ejecución de su obligación, sino más bien que la misma resulta de su propio incumplimiento de los términos contractuales.

E. SOBRE EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

- 7.46. El segundo punto controvertido del arbitraje, es el siguiente:

Segundo punto controvertido derivado de la segunda pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la demandante no es responsable del hundimiento de la Embarcación Tito II con placa PA07516.

- 7.47. En la línea de lo señalado por el Tribunal Arbitral en relación al punto anterior, está acreditado que DELISUYOS utilizó una embarcación ajena a la consignada en el Anexo N° 10 para realizar la distribución de los productos del Ítem Napo; por lo que al incumplir con su obligación de identificar e informar sobre los vehículos a utilizar en la actividad de distribución de productos y realizar ello con otra embarcación, no podría generarse la situación de verse beneficiada con una declaración de exoneración de responsabilidad en base a un incumplimiento contractual previo.
- 7.48. En efecto, el Tribunal Arbitral considera que la distribución de los productos del Ítem Napo debía realizarse con la embarcación que fue declarada y considerada por la propia DELISUYOS al llenar y suscribir el Anexo N° 10 de las Bases Integradas, para lo cual remitió la documentación correspondiente tal como era su obligación. Por ende, al cambiar el

vehículo a utilizar sin informar de ello al PNAEQW y no brindar la información relativa a la embarcación "TITO II", incumplió el contrato, por lo que al disponer de una embarcación distinta a la indicada constituyó un acto de la propia DELISUYOS, quien en consecuencia debe asumir los riesgos que ello implicaba.

- 7.49. Si al realizar la actividad de distribución con una embarcación distinta a la declarada, evidenciándose un incumplimiento a las disposiciones que vinculan a las partes, se genera el hundimiento de la embarcación no declarada por DELISUYOS, el Tribunal Arbitral no puede convalidar el incumplimiento contractual admitiendo la exoneración de responsabilidad, puesto que DELISUYOS no cumplió con la prestación con el medio de transporte (vehículo) asignado ("MANOLO"), usando una embarcación distinta ("TITO II"), por lo que la demandante debe asumir el costo y riesgo de haber dispuesto de un medio de transporte que no estaba listado y declarado conforme al CONTRATO y las Bases Integradas.
- 7.50. De lo postulado por DELISUYOS en esta pretensión y su defensa en el proceso, se advierte que lo que busca es que, a través de esta segunda pretensión, le vea liberada de responsabilidad contractual en la relación obligacional con la demandada, lo cual resulta infundado toda vez que su incumplimiento contractual ha sido evidenciado precisamente con la ocurrencia del hundimiento que permitió verificar que el traslado de los bienes lo realizó con una Embarcación distinta a la debida. De donde resulta que esta segunda pretensión no puede ser declarada fundada.
- 7.51. Conforme a ello, corresponde declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la Demanda.

F. SOBRE EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

- 7.52. En cuanto al tercer punto controvertido, se fijó de la siguiente manera:

Tercer punto controvertido derivado de la tercera pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, ineficacia y/o invalidez de la Resolución del Contrato N° 003-2019-CC-LORETOS/PRODUCTOS ITEM NAPO, contenida en la Carta Notarial N° 001-2020-CC-LORETO 5 de fecha 14 de enero de 2020.

- 7.53. La pretensión de nulidad planteada por DELISUYOS es respecto de la resolución contractual efectuada mediante Carta Notarial N° 001-2020-CC-LORETO 5 de fecha 14 de enero de 2020, mediante la cual el PNAEQW resolvió el contrato.
- 7.54. Dicha resolución contractual se sustenta en el Memorando N° D000073-2020-MIDIS/PNAEQW-UGCTR de fecha 09 de enero de 2020:

Sobre el particular, la Coordinación de Gestión de Contrataciones y Seguimiento de Ejecución Contractual de la Unidad a mi cargo, concluye que: "El proveedor Delisuyos E.I.R.L., ha incurrido en la siguiente causal de resolución de contrato: **"Cuando el proveedor no realice la entrega de raciones o productos en una o más IIEE para tres (03) días de atención continuos o por un periodo de diez (10) días de atención acumulados durante la ejecución contractual, siempre que se trate de hechos imputables al proveedor"**, en el marco de la ejecución de los Contrato N° 0003-2019-CC-LORETO 5/PRODUCTOS, Ítem Napo, Entrega N° 8, razón por lo cual debe procederse con la resolución del referido contrato".

- 7.55. Cabe precisar que en la Carta Notarial N° 001-2020-CC-LORETO 5 de fecha 14 de enero de 2020 se hace expresa referencia a que la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencias de Recursos (Expediente N° 1550-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP) declaró IMPROCEDENTE la solicitud de inaplicación de penalidades, por lo que se configura un supuesto de resolución contractual al no efectuarse la entrega de los productos en el plazo previsto en el CONTRATO.
- 7.56. El Tribunal Arbitral precisa que la decisión de declarar improcedente el pedido de inaplicación de penalidades no ha sido impugnada y/o cuestionada en el presente arbitraje, solamente la decisión relativa a la resolución del CONTRATO.
- 7.57. En esa línea, el incumplimiento contractual que imputa el PNAEQW a DELISUYOS es el **no haber realizado la entrega de productos en una o más Instituciones Educativas para tres (03) días de atención continuos** (Entregable N° 8 entre el 15 de octubre y 12 de noviembre de 2019).
- 7.58. Dicha causal de resolución contractual está prevista de manera expresa tanto en las Bases Integradas (literal g) del numeral 17.2), como en el numeral 17.2.1 del CONTRATO.

- 7.59. DELISUYOS al respecto sostiene que no logró la entrega de los productos correspondientes al Entregable N° 8, debido al hundimiento de la embarcación "TITO II" en la cual trasladaba los productos a distribuirse en las Instituciones Educativas correspondientes; sin embargo, precisa el PNAEQW que al desestimarse el pedido de inaplicación de penalidad (improcedente) y en consecuencia siendo responsable DELISUYOS del incumplimiento contractual imputado, al verificarse el hecho objetivo regulado en la causal de resolución contractual (no realizarse la entrega de productos en una o más Instituciones Educativas para tres (03) días de atención continuos) se procedió a resolver el CONTRATO.
- 7.60. El Tribunal Arbitral no advierte que la resolución contractual devenga en nula por vicios de motivación, tal como señala DELISUYOS en la página 21 de su escrito de demanda. Por el contrario, se acredita que se ajusta al supuesto previsto en el contrato.
- 7.61. La resolución contractual contiene la determinación e identificación clara de la causal invocada, así como la identificación del supuesto de hecho – objetivo- regulado en dicha causal (no atención de Instituciones Educativas para tres días continuos), por lo que, al configurarse la causal, la consecuencia es que se disponga la resolución del CONTRATO, habiendo procedido el PNAEQW con arreglo a ley y a las estipulaciones vinculantes entre las partes.
- 7.62. Por lo tanto, este Tribunal estima que, conforme a ello, corresponde declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda.

G. SOBRE EL CUARTO, QUINTO Y SEXTO PUNTOS CONTROVERTIDOS:

- 7.63. Estos puntos controvertidos son los siguientes:

Cuarto punto controvertido derivado de la cuarta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, ineficacia y/o invalidez de la imposición de las penalidades económicas por un monto total de S/.208,922.00 soles impuestas por parte del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Loreto 5 contenidas en el Memorando N° D000021-2020-MIDIS/PNAEQW-UTLRT de fecha 7 de enero de 2020 e INFORME N° D000002-2020-MIDIS/PNAEQ de fecha 7 de enero de 2020.

Quinto punto controvertido derivado de la primera pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene el reintegro y/o devolución por parte del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5 del monto de S/.208,922.00 soles, como consecuencia del amparo de la cuarta pretensión principal.

Sexto punto controvertido derivado de la segunda pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5, el pago de intereses legales que, el monto de S/.208,922.00 soles, hubiese generado desde la fecha en que se produjo la imposición de las penalidades.

- 7.64. DELISUYOS señala que solicita la declaración de nulidad, ineficacia y/o invalidez de la imposición de penalidades; sin embargo, de los medios probatorios aportados al arbitraje, no se advierte que dichas penalidades hayan sido efectivamente impuestas; lo que obra en el expediente es una determinación del monto de la penalidad que “se le debe aplicar” a DELISUYOS.
- 7.65. Es más, el PNAEQW ha señalado de manera expresa que **aún no ha impuesto penalidad a DELISUYOS, lo cual realizará y cobrará en la liquidación del CONTRATO**, lo que se encuentra pendiente.
- 7.66. Sin embargo, y aunque la pretensión formulada hubiera estado relacionada sólo a la determinación del monto de la penalidad que “se le debe aplicar” al contratista, de acuerdo a los considerandos y fundamentos de los puntos controvertidos Primero y Segundo, en virtud de los cuales corresponde declararlos infundados, el presente punto controvertido también habría estado bajo dicho alcance.
- 7.67. En tal sentido, al no haberse impuesto la penalidad que denuncia DELISUYOS, resulta materialmente imposible declarar la nulidad, ineficacia y/o invalidez de hechos futuros, por lo que la Cuarta Pretensión

Principal de la Demanda deviene en **IMPROCEDENTE**. Asimismo, la Primera y Segunda Pretensiones Accesorias a la Cuarta Pretensión Principal, en su condición de accesorias, deben ser desestimadas.

H. SOBRE EL SÉTIMO, OCTAVO Y NOVENO PUNTOS CONTROVERTIDOS:

7.68. Los puntos controvertidos antes indicados, son los siguientes:

Sétimo punto controvertido derivado de la quinta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5, la devolución de la Carta Fianza 010603234000 por el importe de S/.468,141.12 soles, así como la Carta Fianza 010610219000 por el importe de S/. 622.41 soles, que constituyeron el fondo de garantía de fiel cumplimiento del mencionado contrato.

Octavo punto controvertido derivado de la primera pretensión accesoria a la quinta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5 el pago de los costos financieros por el mantenimiento de las cartas fianzas que se generen hasta la expedición del laudo arbitral, los mismos que deberán liquidarse en la etapa de ejecución de laudo arbitral.

Noveno punto controvertido derivado de la segunda pretensión accesoria a la quinta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5 el pago de los intereses legales de los costos financieros que el mantenimiento de las cartas fianzas que generen hasta la expedición del laudo arbitral, los mismos que deberán liquidarse en la etapa de ejecución de laudo arbitral.

7.69. Al respecto, considerando que el Tribunal Arbitral ha desestimado la pretensión relativa a la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución contractual efectuada por el PNAEQW por causa imputable a DELISUYOS,

no corresponde amparar la pretensión para la devolución de las Cartas Fianza.

- 7.70. Al respecto es importante precisar que la Cláusula Duodécima del CONTRATO regula lo relativo a la ejecución de garantías en los siguientes términos:

CLÁUSULA DUODÉCIMA: EJECUCIÓN DE GARANTÍAS

El PNAEQW está facultado para disponer definitivamente del fondo de garantía, cuando:

La resolución del Contrato por causa imputable al **PROVEEDOR** haya quedado consentida de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del numeral 163 del Manual del Proceso de Compras vigente o, cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponde íntegramente al **PNAEQW**, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

- 7.71. En consecuencia, al haberse resuelto válidamente el CONTRATO, en aplicación de la Cláusula Duodécima el PNAEQW queda habilitado a ejecutar las garantías contenidas en las Cartas Fianza, por lo que la Sexta Pretensión Principal de la Demanda debe ser declarada **INFUNDADA**. De la misma manera, la Primera y Segunda Pretensiones Accesorias a la Sexta Pretensión Principal de la Demanda, deben ser desestimadas.

I. SOBRE EL DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

- 7.72. El Décimo Primer punto controvertido es el siguiente:

Décimo primer punto controvertido derivado de la primera y única pretensión principal de la reconvención

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ejecute y ordene el pago de la penalidad ascendente a la suma de S/.208,922.00 por el incumplimiento contenido en el numeral 7 de la cláusula 16.9 del Contrato por la "no entrega de productos en uno o más IIEE del ítem de acuerdo al cronograma establecido en el contrato" conforme se acredita y fluye de los informes remitidos por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

- 7.73. El PNAEQW solicita vía reconvención, al Tribunal Arbitral que ejecute y ordene el pago de la penalidad a DELISUYOS por la suma de S/

208,922.00 por el incumplimiento contractual denunciado y que refiere obra en los informes aportados.

- 7.74. Consta en el Informe N° D000001-2020-MIDIS/PNAEQW-UTLRT-JTP de fecha 02 de enero de 2020 la determinación y cálculo de la penalidad, según lo siguiente:

3.9. Como consecuencia del Pronunciamiento de la la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos, respecto a la inaplicación de penalidad por encontrarse imposibilitado de cumplir con **Entregar los Productos en una o más Instituciones Educativas del Ítem, de acuerdo con el cronograma establecido en el contrato, se le tuviera que aplicar penalidad por un total de 08 días desde el 10 al 17 de octubre de 2019, teniendo en cuenta que el por la siguiente causal:**

Causales referidas a la Entrega de Productos								
N°	Causales de incumplimiento					Penalidad		
7	No entregar los productos en una o más ILEE del ítem, de acuerdo con el cronograma de entrega establecido en el contrato.					5% del monto total de la entrega establecida en el contrato, por cada día de incumplimiento.		

NIVEL EDUCATIVO	TIPO DE RACIÓN	N° DE USUARIOS	PRECIO UNITARIO S/.	DÍAS DE ATENCIÓN	MONTO TOTAL S* ENTREGA	% PENALIDAD (0.5%)	DÍAS DE INCUMPLIMIENTO	TOTAL PENALIDAD
INICIAL	2	1,310	2.95	20	77,290.00	26,115.25	8	208,922.00
PRIMARIA	2	3,835	4.33	20	340,771.00			
SECUNDARIA	2	1,095	4.76	20	104,244.00			
*Sub Total S/					522,305.00			

*El Cálculo de penalidad se toma a partir del día siguiente de su último día de distribución (09/10/2019), asimismo se debe tener en cuenta que las penalidades se aplican en días calendarios.

- 7.75. Considerando que se verificó el incumplimiento contractual imputado a la demandante, que configura la penalidad prevista en el CONTRATO y que la defensa de DELISUYOS se centra en rechazar la imposición de la penalidad por sostener estar en el supuesto de inimputabilidad por la inejecución de las obligaciones, no habiendo cuestionado el cálculo así postulado por la entidad demandada conforme aparece de los términos de su pretensión reconvenzional y del Informe N° D000001-2020-MIDIS/PNAEQW-UTLRT-JTP de fecha 02 de enero de 2020, se debe declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Reconvencción, y ordenar a DELISUYOS el pago de la penalidad ascendente a S/ 208,922.00.

J. SOBRE EL DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

7.76. En lo relativo al tema del pago de gastos arbitrales, se precisó lo siguiente:

Décimo punto controvertido derivado de la sexta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5, el pago de los gastos arbitrales que genere el presente procedimiento arbitral, tales como honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, gastos administrativos del centro de arbitraje y honorarios de la defensa legal.

7.77. Considerando que la demanda en su totalidad ha sido desestimada y que la pretensión reconvenzional de la demandada ha sido amparada, corresponde declarar **INFUNDADA** la Sexta Pretensión Principal de la Demanda.

7.78. De conformidad con lo establecido en el artículo 42° del Reglamento del Centro de Arbitraje, el Tribunal Arbitral en el laudo final se pronuncia sobre los costos del arbitraje y decide si una de las partes debe pagarlos o la proporción en que deben distribuirse los costos. Considerando, en este caso, que las partes han desarrollado ampliamente su defensa, cada una con argumentos relativos a defender sus razones para litigar, este Tribunal estima adecuado que cada parte asuma sus propios costos de defensa y que los gastos administrativos y los honorarios del Tribunal Arbitral, sean asumidos en partes iguales.

7.79. Conforme a la información registrada en el caso, la parte demandante ha pagado el total de los honorarios arbitrales y de los gastos administrativos, según lo siguiente:

CASO	ETAPA	DEMANDANTE/DEMANDADO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
0069-2020	Solicitud de arbitraje	Demandante: DELISUYOS E.I.R.L. (asumió el 100%)	Pagó S/ 4,418.61	Pagó S/ 13,135.17
			Pagó S/ 4,418.61	Pagó S/ 13,135.17

Montos totalizados:

CASO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
0069-2020	S/ 8,837.22	S/ 26,270.34

VIII. SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la oposición efectuada por el PNAEQW contra los medios probatorios identificados como Anexo A-3 y Anexo A-4 ofrecidos por DELISUYOS en su escrito de fecha 16 de abril de 2021.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Demanda.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la Demanda.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la Demanda.

QUINTO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda, y desestimar sus Pretensiones Accesorias.

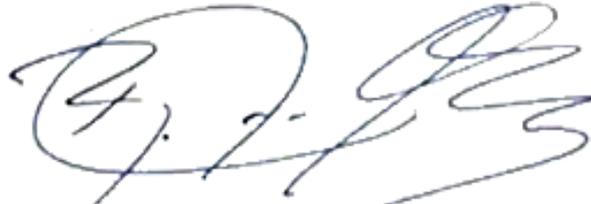
SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la Quinta Pretensión Principal de la Demanda, así como sus Pretensiones Accesorias.

SÉPTIMO: Declarar **INFUNDADA** la Sexta Pretensión Principal de la Demanda.

OCTAVO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Reconvencción.

NOVENO: **DISPONER** que los gastos arbitrales correspondientes a los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del Centro, sean asumidos por ambas partes en iguales proporciones, por lo que la parte

demandada deberá reembolsar a la parte demandante el 50% de los honorarios arbitrales y de los gastos administrativos del presente arbitraje.



ROSARIO DEL PILAR FERNÁNDEZ FIGUEROA

Presidenta del Tribunal Arbitral



MAGALI ROJAS DELGADO

Presidenta del Tribunal Arbitral



SUSANA SANTOS REVILLA

Secretaria Arbitral

FUNDAMENTOS DEL VOTO DE LA ARBITRO JULY ESCAJADILLO LOCK
EXP: 069-2020-CCL

LA ÁRBITRO que suscribe respetuosamente discrepa sobre los fundamentos y decisiones sobre el Laudo Arbitral emitido en Mayoría por mis co-árbitros, las doctoras Rosario del Pilar Fernández Figueroa y Magali Rojas Delgado por lo que con el debido respeto paso a formular el presente **VOTO EN DISCORDIA**, por las siguientes razones :

D. SOBRE EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

1.- El primer punto controvertido del arbitraje es el siguiente

Primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o que el Tribunal Arbitral declare que el hundimiento de la Embarcación Tito II con placa PA07516 corresponde a un evento de caso fortuito que imposibilitó la ejecución de la Octava Entrega del Contrato N° 003-2019-CC-LORETO5/PRODUCTOS ITEM NAPO.

2. El demandado no ha señalado cual sería la documentación exigible que debería obtener el proveedor llamase a ello los supuestos permisos reglamentarios vigentes.
3. El demandado manifestó que el zarpe de la embarcación Tito que se produjo el día 28 de setiembre de 2019, habría sido un “zarpe clandestino o ilegal”, sin embargo, no ha acreditado con debidos medios probatorios que dicha situación se habría producido.
4. El demandado no ha acreditado con debidos medios probatorios que, el día 28 de setiembre de 2019 (día en el que se produjo el zarpe), la embarcación Tito II no contaba con autorización.
5. De la verificación de los medios probatorios ofrecidos por las partes, se ha observado que no existe obligación que exija a los proveedores la

presentación de la autorización de zarpe de las embarcaciones fluviales que, estarían encargadas de transportar los productos objeto del Contrato, conforme es de verse en la normativa del PNAEQW, tales como los manuales, protocolos y/o contratos.

6. El demandante ha acreditado que el día 28 de setiembre de 2019, fecha en que ocurrió el zarpe, la embarcación TITO II contaba con el permiso reglamentario vigente, contenido en el Certificado Nacional de Seguridad para Naves Fluviales (DICAPI) el cual fue expedido el 18 de setiembre de 2019, vigente al momento en que se produjo el hundimiento fluvial.
7. Ahora bien, en lo que se refiere al cambio de la embarcación fluvial originalmente consignada en el Anexo 10 de las Bases Integradas (MANOLO I) por la embarcación "TITO II", el mismo no puede ser considerado per se, como una situación que entrañe alguna clase de peligro en sí misma, y que por lo tanto, debía ser asumido "bajo cuenta y riesgo" del contratista, máxime si se tiene en cuenta que, en ninguna de las disposiciones de las mencionadas Bases Integradas y mucho menos en el Contrato, existe obligación alguna, de comunicar al Comité de Compra o al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, el cambio de la embarcación mencionada.
- 8.- A mayor abundamiento, y de conformidad con lo que establece el numeral D-020314 del Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres, aprobado por D.S 028 DE/MGP 2, en el supuesto caso que el zarpe de la embarcación "TITO II", hubiese entrañado alguna clase de riesgo técnico, climático o de cualquier otra índole, el Capitán de Puerto hubiese impedido el zarpe de la misma, mas aún, si en el presente expediente, no obra medio probatorio alguno que acredite lo expuesto por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, en el sentido que el cambio de los vehículos fluviales, fue lo que habría originado el hundimiento de la embarcación tantas veces citado, razón por la que, el mismo no puede ser imputado por la supuesta falta de diligencia incurrida por DELISUYOS, no debiendo por ende asumir ninguna clase de

consecuencia jurídica o económica, debido a la naturaleza fortuita del evento dañoso.

9. Conforme a ello, corresponde declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Demanda.

E.- SOBRE EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

- 1.- El segundo punto controvertido del arbitraje, es el siguiente:

Segundo punto controvertido derivado de la segunda pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la demandante no es responsable del hundimiento de la Embarcación Tito II con placa PA07516.

- 2.- Se encuentra establecido en el numeral 9.12 de la cláusula novena del Contrato 0003-2019-CC-LORETO 5/PRODUCTOS, que el Proveedor debe:

9.12 Realizar el registro y sincronización de información de todas las entregas de productos utilizando el respectivo aplicativo informático de acuerdo con el Protocolo de Uso de Herramientas Informáticas aprobado por el PNAEQ. La sincronización debe realizarse de forma previa a la presentación del Expediente de Conformidad de Entrega.

3. Se puede apreciar en el numeral 8.5 del Instructivo para la evaluación de solicitudes de inaplicación de penalidades, aprobado por Resolución de la Dirección Ejecutiva N° 396-2018-MIDIS/PNAEQW, que:

Los elementos probatorios que debe adjuntar el proveedor pueden ser los siguientes:

- a. *Fotografías y/o videos en los cuales sea posible determinar si fueron tomadas en las vías de acceso de las zonas de reparto o si corresponden a eventos que se suscitaron durante el periodo de entrega programado, que contenga fecha y hora de la toma. Asimismo, se debe acreditar que el proveedor... “*

4. En ese sentido, se puede acreditar la producción del caso fortuito, a través de otros medios probatorios como fotografías y/o videos visibles.
5. El demandado no ha acreditado que los videos, fotografías y constatación policial presentados por el demandante hayan sido manipulados.
6. El demandando no ha acreditado que la embarcación Tito II, no se habría encontrado en condiciones apropiadas de seguridad y navegabilidad al momento del zarpe.
7. El demandado no ha acreditado que en el momento en que se produjo el zarpe de la embarcación Tito II, no se habrían dado las mejores condiciones climáticas.
8. Por último, se deberá tener presente que, el numeral D-020314 del Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres, aprobado por D.S 028 DE/MGP 2, establece que los Capitanes de Puerto están obligados a impedir el zarpe de una nave que incurra en aquellos hechos que imputa el demandado a la embarcación Tito II; lo que no ha ocurrido, pues el demandado no ha acreditado lo acotado.
9. Conforme a ello, corresponde declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la Demanda

F.- SOBRE EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

- 1.- El tercer punto controvertido del arbitraje, es el siguiente:

Tercer punto controvertido derivado de la tercera pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, ineficacia y/o invalidez de la Resolución del Contrato N° 003-2019-CC-LORETO5/PRODUCTOS ITEM NAPO, contenida en la Carta Notarial N° 001-2020-CC-LORETO 5 de fecha 14 de enero de 2020.

- 2.- Mediante escrito de fecha 25 de mayo de 2021, en el anexo A-11 que obra en autos, DELISUYOS sostiene que el personal del PNAEQW quien es denominado Supervisor de Planta y Almacenes, interviene en la carga y estiba de los productos liberados correspondientes a la Octava Entrega del ítem napo, de sus propias instalaciones al vehículo de transporte terrestre

identificado con placa de rodaje ABB-791, dejando constancia que se encuentra en óptimas condiciones.

3. Mediante escrito de fecha 25 de mayo de 2021, en el anexo A-20 que obra en autos DELISUYOS sostiene que el personal del PNAEQW quien es denominado Supervisor de Planta y Almacenes no interviene en la carga y estiba de los productos liberados correspondientes a la Octava entrega del Ítem Napo, del vehículo de transporte terrestre identificado con placa de rodaje ABB-791 a la Embarcación Tito II, motivo por el cual a diferencia del transporte terrestre no existe una Acta para la carga y estiba de productos del vehículo terrestre a la embarcación fluvial.
4. Al respecto, DELISUYOS refuerza su argumentación señalando que según el Protocolo para la Supervisión y Liberación en los establecimientos de alimentos aprobado por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 438-2018-MIDIS-PNAEQW no existe el Acta para la carga y estiba de productos del vehículo terrestre a la embarcación fluvial.
5. Al respecto, debe indicarse que la buena fe contractual se encuentra regulada en el artículo 1361° del Código Civil, de la siguiente manera:

“Artículo 1361.-

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

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

6. El principio de la obligatoriedad del contrato o pacta sunt servanda, conforme al cual los contratos obligan a las partes contratantes y, por lo tanto, los pactos deben cumplirse. Este principio es consustancial al origen del derecho contractual, lo cual hace que no se cuestione su presencia. Asimismo, mediante el principio de la obligatoriedad del contrato o pacta sunt

servanda, los contratos deben cumplirse. La obligatoriedad de un contrato otorga seguridad jurídica a las partes y al tráfico patrimonial.

7. Otro aspecto a considerar es que, el artículo 1361 del Código Civil, es contundente cuando establece que, el principal efecto de la presunción de la obligatoriedad del contenido de los contratos, es la inversión de la carga de la prueba, es decir, quien pretenda dar al contenido del contrato, uno distinto al expresado literalmente en su texto (como en el Contrato 0003-2019-CC-LORETO-Productos Ítem Napo) debe probarlo, y por el contrario, la parte que sustente su posición, en el contenido literal del negocio jurídico siendo en el caso de autos, DELISUYOS E.I.R.L., se encuentra exonerada de la carga de la prueba o de la obligación de probar, porque la presunción legal la beneficia.
8. Conforme a ello, corresponde declarar **FUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la Demanda

G.- SOBRE EL CUARTO, QUINTO Y SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

- 1.- Estos puntos controvertidos del arbitraje, son los siguientes:

Cuarto punto controvertido derivado de la cuarta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, ineficacia y/o invalidez de la imposición de las penalidades económicas por un monto total de S/.208,922.00 soles impuestas por parte del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Loreto 5 contenidas en el Memorando N° D000021-2020-MIDIS/PNAEQW-UTLRT de fecha 7 de enero de 2020 e INFORME N° D000002-2020-MIDIS/PNAEQ de fecha 7 de enero de 2020.

Quinto punto controvertido derivado de la primera pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene el reintegro y/o devolución por parte del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5 del monto de S/.208,922.00 soles, como consecuencia del amparo de la cuarta pretensión principal.

Sexto punto controvertido derivado de la segunda pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5, el pago de intereses legales que, el monto de S/.208,922.00 soles, hubiese generado desde la fecha en que se produjo la imposición de las penalidades.

- 2.- Al respecto es necesario citar que las penalidades contractuales se encuentran reguladas en el artículo 1341° del Código Civil que establece:

“El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado a pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el integro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores”.

3. Al respecto, en la Casación N° 761-2003-Lima, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema ha indicado que:

“La cláusula penal es una estipulación accesoria añadida a un contrato, por la cual y para asegurar la ejecución de la prestación, se somete el deudor a pagar una multa o a realizar otra prestación en caso de retardo o incumplimiento. Se la denomina también pena convencional que viene a ser una prestación determinada, prometida por el deudor al acreedor para el caso de incumplimiento o retardo de su obligación, es un pacto accesorio en el que se estipula multas o penas a cargo del deudor que dejare de cumplir o retarde el cumplimiento de su prestación”.

4. Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre señalan que:

“La cláusula penal es la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento. Es obvio, por lo demás, que toda vez que las partes pacten una penalidad, lo harán a través de una cláusula con la que se refieran a ella, independientemente de si dicha

cláusula sólo alude a tal penalidad o si incluye, además, disposiciones de otra naturaleza”¹

5. Además, el artículo 1343° del Código Civil establece que la pena solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, es decir, cuando el deudor haya incumplido totalmente su obligación o la haya incumplido irregularmente por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.² Al respecto, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre indican que:

Esta posición se encuentra notoriamente influida por la doctrina francesa, la que afirma que, siendo la imputabilidad, a título de culpa o dolo, uno de los requisitos para la procedencia de la acción de daños y perjuicios del Derecho Común, lo es también para la aplicación de la cláusula penal.³

6. Apunta la doctrina que tres son los requisitos para que se constituya el incumplimiento imputable:

“(a) Que se trate de un obrar humano. Siempre es una conducta, un comportamiento del sujeto que se manifiesta por un hecho exterior, positivo o negativo.

(b) Que se trate de un incumplimiento contrario a Derecho. Entendido el Derecho como totalidad, es decir, integrado no solo por la ley en sentido lato (incluyendo las cláusulas contractuales), sino también -en expresión de la doctrina- por los principios jurídicos superiores.

En el plano contractual, si se acepta la teoría normativa (según la cual las cláusulas convencionales son verdaderas “derecho objetivo”), también debe admitirse que su violación está comprendida en el concepto de antijuridicidad.

(c) Que preexista una obligación anterior. Hay incumplimiento cuando se debe una prestación y no se la ejecuta”.

7. En el presente caso de autos, **DELISUYOS** acredita que los productos objeto del Contrato, salieron de las instalaciones mediante un vehículo terrestre que se encontraba en óptimas condiciones conforme el Acta de Supervisión y Liberación de productos correspondiente a la octava entrega.

¹ Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre (2008). Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores. Lima 2008. pág. 937

² Walter Gutiérrez Camacho/Alfonso Rebaza Gonzales. Comentarios al Código Civil Peruano. Editorial: Gaceta Jurídica. Pág. 1024

³ Felipe Osterling Parodi. Mario Castillo Freyre (2008). Compendio de Derecho de las Obligaciones. Primera Edición: 2008. Editorial: Palestra.

8. En atención a lo expuesto en el análisis de este cuarto, quinto y sexto punto controvertido, corresponde declarar **FUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal y primera y segunda pretensión accesoria a la Cuarta pretensión principal.

H.- **SOBRE EL SEPTIMO, OCTAVO Y NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO:**

- 1.- Estos puntos controvertidos del arbitraje, son los siguientes:

Sétimo punto controvertido derivado de la quinta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5, la devolución de la Carta Fianza 010603234000 por el importe de S/.468,141.12 soles, así como la Carta Fianza 010610219000 por el importe de S/. 622.41 soles, que constituyeron el fondo de garantía de fiel cumplimiento del mencionado contrato.

Octavo punto controvertido derivado de la primera pretensión accesoria a la quinta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5 el pago de los costos financieros por el mantenimiento de las cartas fianzas que se generen hasta la expedición del laudo arbitral, los mismos que deberán liquidarse en la etapa de ejecución de laudo arbitral.

Noveno punto controvertido derivado de la segunda pretensión accesoria a la quinta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5 el pago de los intereses legales de los costos financieros que el mantenimiento de las cartas fianzas que generen hasta la expedición del laudo arbitral, los mismos que deberán liquidarse en la etapa de ejecución de laudo arbitral.

- 2.- Habiéndose determinado que, el hundimiento de la embarcación Tito II se produjo como consecuencia del caso fortuito, y que debido a ello, la resolución contractual deviene en nula, debido a que la causa del referido hundimiento no puede ser imputable a la parte demandante, corresponde que el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma proceda a la devolución de la Carta Fianza 010603234000 por un importe de S/. 468,141.12 soles, así como la devolución de la Carta Fianza 010610219000 por un importe de S/. 622.41 soles, que constituyeron el fondo de garantía de fiel cumplimiento, así como el pago del costo financiero de las citadas garantías, el mismo que deberá liquidarse en la etapa de ejecución contractual, al igual que los intereses legales generados por este.

- 3.- En consecuencia, la Quinta Pretensión Principal de la Demanda debe ser declarada **FUNDADA**. De la misma manera, la Primera y Segunda Pretensión Accesorio a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda, deben ser declaradas **FUNDADAS**.

I.- SOBRE EL DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

- 1.- El Décimo Primer punto controvertido es el siguiente:

Décimo primer punto controvertido derivado de la primera y única pretensión principal de la reconvención

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ejecute y ordene el pago de la penalidad ascendente a la suma de S/.208,922.00 por el incumplimiento contenido en el numeral 7 de la cláusula 16.9 del Contrato por la "no entrega de productos en uno o más IIEE del ítem de acuerdo al cronograma establecido en el contrato" conforme se acredita y fluye de los informes remitidos por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

- 2.- Habiéndose declarado **FUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal y primera y segunda pretensión accesoria a la Cuarta pretensión principal de la demanda, corresponde declarar **INFUNDADA** la primera y única pretensión principal de la reconvención.

J.- SOBRE EL DECIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

- 1.- El tercer punto controvertido del arbitraje, es el siguiente:

Décimo punto controvertido derivado de la sexta pretensión principal de la demanda arbitral

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o al Comité de Compra Loreto 5, el pago de los gastos arbitrales que genere el presente procedimiento arbitral, tales como honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, gastos administrativos del centro de arbitraje y honorarios de la defensa legal.

- 2.- Habiendo tenido ambas partes, motivos atendibles, para ejercer el derecho de acción y contradicción en el presente procedimiento arbitral, corresponde a cada una de las mismas asumir el monto pagados por las mismas, por

concepto de honorarios arbitrales y gastos administrativos del presente caso, razón por la que la presente pretensión debe ser declarada **INFUNDADA**.

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la oposición efectuada por el PNAEQW contra los medios probatorios identificados como Anexo A-3 y Anexo A-4 ofrecidos por DELISUYOS en su escrito de fecha 16 de abril de 2021.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Demanda.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la Demanda.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la Demanda.

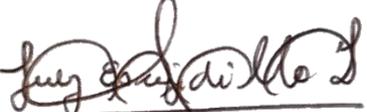
QUINTO: Declarar **FUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda, y desestimar sus Pretensiones Accesorias.

SEXTO: Declarar **FUNDADA** la Quinta Pretensión Principal de la Demanda, así como sus Pretensiones Accesorias.

SÉPTIMO: Declarar **FUNDADA** la Sexta Pretensión Principal de la Demanda.

OCTAVO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Reconvención.

NOVENO: DISPONER que los gastos arbitrales correspondientes a los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del Centro, sean asumidos por ambas partes en igual proporción, debido a que tanto demandante como demandada han tenido motivos atendibles para ejercer su derecho de acción y de contradicción en el presente procedimiento arbitral.


JULY ANNE ESCAJADILLO LOCK
Árbitro

Lima, 10 de noviembre de 2021