



Caso Arbitral N° 0770-2019-CCL

CONSORCIO GRUPO KALLPA

vs.

COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 4
PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Tribunal Arbitral

Abogado, Enrique Martín La Rosa Ubillas (Presidente)
Abogado, José Antonio Jesús Corrales Gonzáles (Árbitro)
Dr. Adm. Lic. Genaro Alfredo Aguilar Cruz (Árbitro)

Secretaría Arbitral CCL

Abogado, Luís Alonso Cáceres López

Lima, 25 de mayo de 2022

INDICE

I.	DATOS GENERALES Y ABREVIATURAS	4
II.	MARCO INTRODUCTORIO	6
2.1	LUGAR Y FECHA DE EMISIÓN	6
2.2	NOMBRE DE LAS PARTES	6
2.2.1	Demandante.....	6
2.2.2	Demandado	6
2.3	CONVENIO ARBITRAL	7
2.4	DESCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS.....	8
2.5	DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	8
2.6	REGLAS PROCESALES APLICABLES.....	8
2.7	LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA.....	8
2.8	SEDE DE ARBITRAJE	9
III.	PRINCIPALES ANTECEDENTES PROCESALES.....	9
IV.	CONSIDERACIONES GENERALES	14
4.1	CUESTIONES PREVIAS DE CARÁCTER GENERAL	14
4.2	PUNTOS CONTROVERTIDOS	16
4.3	MEDIOS PROBATORIOS ADMITIDOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL.....	18
V.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES PARA EL ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.....	18
5.1.	CUESTIÓN PREVIA: EXCEPCIONES FORMULADAS POR LA ENTIDAD.....	18
5.1.1.	Excepción de Incompetencia contra la Segunda Pretensión:	19
5.1.2.	Excepción de Incompetencia formulada por la Entidad al contestar la demanda acumulada:	31
VI.	ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.....	37
	SOBRE EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO	37
	SOBRE EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO	93
	SOBRE EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO A MODO DE PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA	93

SOBRE EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO A MODO DE SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA.....	94
VII. SOBRE LOS COSTOS DEL ARBITRAJE	95
VIII. DECISIÓN FINAL:	98

I. DATOS GENERALES Y ABREVIATURAS

1.1 Datos Generales:

Contratos: No. 0002-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS y el No. 003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS- Proceso de Compras de Productos para la prestación del servicio alimentario 2019- "Compra de productos para la prestación del servicio alimentario 2019 del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma".

Demandante: Consorcio Grupo Kallpa

Demandado: Comité de Compras Cajamarca 4 – Programa Nacional de Alimentación Qali Warma

Monto de contratos: (i) Contrato No. 002-2019-CAJAMARCA4/PRODUCTOS S/. 3,328,834.35 soles; (ii) Contrato No. 003-2019-CAJAMARCA4/PRODUCTOS S/. 3,093,514.44 soles.

Cuantía de la controversia: S/ 3,418,095.16

Proceso de Selección: PROCESO DE COMPRAS No. 001- 2019- CC CAJAMARCA 4/ PRODUCTOS- Procesos de Compras de Productos para la Prestación del Servicio Alimentario 2019.

Fecha de convocatoria: 29 de abril de 2019

Fecha de inicio del arbitraje: 09 de diciembre de 2019

Tipo de Arbitraje: Institucional, Nacional y de Derecho.

Controversias relacionadas a las siguientes materias:

Indemnización por daños y perjuicios

Penalidades

1.2 Abreviaturas:

Centro, CCL: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Contrato: Contrato No. 0002-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS y el No. 003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, Proceso de Compras para la prestación del Servicio Alimentario 2019, ítems Tacabamba y Chalamarca.

Demandante, Contratista o el Consorcio: Consorcio Grupo Kallpa

Demandado, Entidad, PNAEQW o Qali Warma, CC: Comité de Compras Cajamarca 4 – Programa Nacional de Alimentación Qali Warma

MPC: Manual del Proceso de Compras

Ley de Arbitraje: Decreto Legislativo No 1071 que norma el arbitraje.

LPAG: Ley de Procedimiento Administrativo General No. 27444, incluidas sus modificatorias compiladas en el Texto Único Ordenado de la ley aprobado mediante Decreto Supremo No 004-2019-JUS, publicado en el suplemento de normas legales del Diario Oficial el Peruano el 25 de enero de 2019.

Proceso de Selección: No. 001- 2019- CC CAJAMARCA 4/ PRODUCTOS

UGCTR: Unidad de Gestión, Contrataciones y Transferencia de Recursos

UT: Unidades Territoriales

Reglamento del Centro: Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima del año 2017.

ORDEN PROCESAL No. 8

II. MARCO INTRODUCTORIO

2.1 LUGAR Y FECHA DE EMISIÓN DEL LAUDO

En la ciudad de Lima, a los veinticinco (25) días del mes de mayo del año dos mil veintidós (2022), el **TRIBUNAL ARBITRAL**, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes y, asimismo, habiendo escuchado los argumentos vertidos por ellas sobre las pretensiones planteadas y los puntos controvertidos fijados en este arbitraje, dicta el presente Laudo de Derecho.

2.2 NOMBRE DE LAS PARTES

2.2.1 Demandante

CONSORCIO GRUPO KALLPA, con domicilio procesal en Avenida Héroes del Cenepa No. 2355 Sector 14 – Mollepampa – Shucapampa, Distrito de Cajamarca, Provincia de Cajamarca, Región Cajamarca.

Representante: Alexander Jhory Mendoza Meza

Abogado: Dr. Richard Málaga Espejo

Dirección electrónica:

mzjimenezm@unc.edu.pe

2.2.2 Demandado

COMITÉ DE COMPRAS CAJAMARCA 4, con RUC No. 20529662565.

Representante: Dayana Luisa Rivera Herrera

PARTE NO SIGNATARIA.

Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, domiciliada en Avenida Paseo de la República No. 3101, distrito de San Isidro, Lima.

Ambas partes con domicilio procesal en Avenida Paseo de la República No. 3101, distrito de San Isidro, Lima.

Abogados: Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social. Dres. Carlos Aurelio Figueroa Iberico – QW. Dr. Martín Ubaldo Correa Pacheco

Direcciones electrónicas:

pmvrvmp@hotmail.com

cfigueroa@midis.gob.pe

hmonzon@midis.gob.pe

mpprocuraduria@midis.gob.pe

apozo@midis.gob.pe

martin.correa@qw.gob.pe

2.3 CONVENIO ARBITRAL

El presente arbitraje se sustenta en el convenio arbitral contenido en la Cláusula Vigésima Segunda de los **CONTRATOS**¹, que expresamente señalan:

“(…) 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.

¹ El mismo convenio aplica tanto para el Contrato 002-2019 y el 003-2019-CC. CAJAMARCA 4

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 (...)"

2.4 DESCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS

Los Contratos 002 y 003-2019-CC-CAJAMARCA 4, tienen por objeto la prestación del servicio alimentario en la modalidad de productos, a favor de los usuarios del PNAEQW, respecto a los centros educativos en los niveles de inicial, primaria y secundaria de los ítems Tacabamba y Chalamarca, con un plazo de ejecución comprendido entre los meses de marzo a diciembre del año 2019.

2.5 DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El abogado Enrique Martín La Rosa Ubillas, identificado con DNI No. 40243950, fue designado como Presidente del Tribunal Arbitral por el Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

El abogado José Antonio Jesús Corrales Gonzales, identificado con DNI No. 07630878, fue nombrado árbitro por la parte demandante.

El Dr. Adm. Lic. Genaro Alfredo Aguilar Cruz, identificado con DNI No. 18156142, fue nombrado árbitro por la parte demandada.

2.6 REGLAS PROCESALES APLICABLES

Las reglas procesales aplicables al presente proceso se rigen según lo dispuesto en la Orden Procesal No. 1 del 9 de marzo de 2021, en la cual se señaló que el presente arbitraje es administrado, de conformidad con el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima – CCL del año 2017.

2.7 LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Para la determinación de la Ley aplicable, se debe tener en cuenta lo establecido en la cláusula vigésimo primera de los Contratos, la misma que señala:

“(…) Clausula 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 aprobado 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 contradigan o se opongan a la normativa del PNAEQW (…)”

2.8 SEDE DE ARBITRAJE

Mediante Orden Procesal No. 1, de fecha 09 de marzo de 2021, se estableció como lugar del arbitraje la ciudad de Lima, y como sede institucional del arbitraje, el local del Centro ubicado en la avenida Giuseppe Garibaldi No. 396, distrito de Jesús María.

III. PRINCIPALES ANTECEDENTES PROCESALES

- 3.1. El 09 de diciembre de 2019, el Consorcio presentó ante el Centro su solicitud de arbitraje.
- 3.2. El 07 de enero de 2020, el Comité de Compras Cajamarca 4 contestó la solicitud de arbitraje presentada por el Demandante. Asimismo, con fecha 08 de enero de 2020, la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – MIDIS, contestó la solicitud de arbitraje en su calidad de parte no signataria.
- 3.3. Mediante Orden Procesal No. 1 del 09 de marzo de 2021, el Tribunal Arbitral emitió el proyecto de reglas y el calendario procesal aplicable al presente proceso arbitral. En dicha Orden Procesal, el Tribunal Arbitral otorgó al Consorcio, un plazo de veinte (20) días hábiles para que presente su demanda.
- 3.4. El 08 de abril de 2021, dentro del plazo conferido, el Consorcio cumplió con presentar su demanda arbitral con las siguientes pretensiones:

- **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Qué se declare la invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia, y sin efecto legal la carta No. 170-2019-CC-CAJAMARCA4 de fecha 18.11.2019, notificada el 20/11/2019, que declara improcedente las solicitudes de inaplicación de penalidad en los contratos No. 002 y 003-2019-CC-CAJAMARCA 4 /PRODUCTOS, por no acreditar la entrega de alimentos fortificados de acuerdo con lo declarado en el formato No. 17.

Y como consecuencia se declare invalido, ineficaz, nula y/o inexistente y se deje sin efecto legal la aplicación de la penalidad impuesta en los Contratos No. 002 y 003 -2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, ascendente a S/ 233,529.45 soles (doscientos treinta y tres mil quinientos veintinueve con 45/100 soles), y S/ 215,226.96 soles (doscientos quince mil doscientos veinte seis con 96/100 soles), respectivamente, correspondientes al 7% del monto total de los contratos, por no acreditar la entrega de alimentos fortificados durante el periodo de atención para todas las ILEE, de acuerdo con lo declarado en el formato No. 17, debiendo restituirse las penalidades impuestas en los expedientes No. 10503 y 10504-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR.

Por adolecer de causal de nulidad absoluta las bases integradas del proceso de compras que originaron los contratos No. 002 y 003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, y/o por qué no se ha seguido el debido procedimiento en la tramitación de las solicitudes de inaplicación de penalidad y/o por haber acaecido una fuerza mayor.

- **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Se declare la invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia, y sin efecto legal las bases integradas del proceso de compras de productos para la prestación del servicio alimentario 2019 del Comité de Compras Cajamarca 4, por adolecer de vicio de nulidad absoluta.

PRETENSIONES ACCESORIAS

- **EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS** por la aplicación de penalidad en mis contratos No. 002 y 003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, por no acreditar la entrega de alimentos fortificados de acuerdo con lo declarado en el formato No. 17, la indemnización que se peticiona está conformada por los siguientes conceptos:

CONCEPTO	MONTO
DAÑO EMERGENTE	S/ 548,756.45
LUCRO CESANTE	S/ 1'000,000.00
INTERESES LEGALES DETERMINADOS POR EL LUCRO CESANTE	S/ 12,632.27
DAÑO MORAL	S/ 500,000.00

2

- **EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INTERESES DEVENGADOS** desde la fecha de la aplicación de las penalidades, hasta la fecha de su efectiva devolución, ya que procede el pago de los mismos, por haber sido indebidamente aplicadas las cuestionadas penalidades.
- **SE ORDENE EL PAGO DE LOS COSTOS Y LAS COSTAS** en las que se incurra para lograr la obtención de las pretensiones antes mencionadas, esto es los gastos realizados para propiciar, viabilizar y tramitar el presente proceso arbitral, así como los gastos para el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral, la Secretaría Administrativa, así como por la asesoría legal.

3.5. Con fecha 14 de abril de 2021, el Consorcio presentó su escrito No. 02, mediante el cual modificó su demanda, en el extremo referido al monto de la pretensión indemnizatoria.

3.6. En efecto, la pretensión indemnizatoria, que correspondía a la pretensión accesoria de su escrito de demanda inicial, fue modificada por el Consorcio de la siguiente manera:

- **DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.**

La indemnización que petitionamos asciende a **S/ 3,418,095.36** (tres millones cuatrocientos dieciocho mil noventa y cinco con 36/100 soles).

3.7. Por su parte, el 6 de mayo de 2021, la Entidad presentó su escrito de contestación a la demanda arbitral, ello conforme al plazo establecido en el calendario procesal.

² La suma total inicialmente planteada por el Consorcio ascendía a S/ 2,061,388.72 soles

- 3.8. En dicho escrito de contestación a la demanda, la Entidad formuló excepción de incompetencia contra el Tribunal Arbitral, respecto a la arbitrabilidad de la **segunda pretensión de la demanda arbitral**, referida a declarar la invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia, y sin efecto legal las bases integradas del proceso de compras de productos para la prestación del servicio alimentario 2019. Asimismo, la Entidad formuló objeciones contra el documento A.12. (Copia de un comunicado y las bases integradas UT Amazonas 3), contra el documento A.24. Copia de Cartas 381, 005, 006, 008, 009 y 010-2020CGKALLPA y tacha contra la Carta No. 001-2019-CC-CAJAMARCA 4, de fecha 16.01.2019 presentada como medio probatorio Anexo A-5.
- 3.9. Mediante escrito de fecha 11 de mayo de 2021, el Consorcio formuló pronunciamiento sobre las objeciones planteadas por la Entidad. En el mismo escrito, el Consorcio subsanó la presentación de su pericia contable de parte ofrecida, la misma que no fue presentada en su oportunidad.
- 3.10. Mediante escrito de fecha 07 de junio de 2021, la Entidad absolvió el pronunciamiento sobre las objeciones, realizado por el Consorcio.
- 3.11. Mediante escrito de fecha 28 de junio de 2021, el Consorcio absolvió las objeciones y tacha presentadas por la Entidad mediante escrito de fecha 07 de junio de 2021, señalado en el numeral precedente.
- 3.12. Mediante Orden Procesal No. 2, de fecha 19 de julio de 2021, el Tribunal Arbitral, aplicando el artículo 25.1 del Reglamento del Centro, admitió a trámite la modificación de la demanda por parte del Consorcio, otorgándole a la Entidad un plazo de diez (10) días hábiles para que proceda a contestar la misma.
- 3.13. Mediante escrito de fecha 09 de agosto de 2021, la Entidad contestó la demanda arbitral modificada presentada por el Consorcio, la misma que se ha detallado en el numeral 3.5 precedente.
- 3.14. En ese mismo escrito de contestación a la demanda arbitral modificada, la Entidad formuló una nueva excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, ello con relación a la imposibilidad de este colegiado, de conocer pretensiones del Consorcio que no fueron solicitadas ni incluidas en su solicitud de arbitraje, encontrándose

las mismas consentidas para este proceso, según lo expuesto por la Entidad.

- 3.15. Mediante Orden Procesal No. 3, del 25 de octubre de 2021, el Tribunal Arbitral dispuso que en aplicación de lo establecido en el artículo 27(5) del Reglamento 2017 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, procederá a resolver las excepciones de incompetencia formuladas por la Entidad, con la emisión del laudo final que se dictará y emitirá en el presente proceso.
- 3.16. Respecto a la totalidad de objeciones probatorias, el Tribunal Arbitral determinó declarar las mismas *no ha lugar* y, respecto a la tachada, infundada la misma por las consideraciones y fundamentos detallados en dicha Orden Procesal.
- 3.17. Asimismo, el Tribunal Arbitral fijó los puntos controvertidos derivados de la demanda y admitió los medios probatorios presentados por las partes, procediendo a fijar un nuevo calendario procesal.
- 3.18. Mediante Orden Procesal No. 04, de fecha 08 de noviembre de 2021, resolvió suspender el proceso arbitral por falta de pago.
- 3.19. Mediante Orden Procesal No. 05, de fecha 22 de diciembre de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió levantar la suspensión del arbitraje establecida mediante Orden Procesal No. 4, continuando con las actuaciones arbitrales según su estado, procediendo en esa línea, a fijar un nuevo calendario procesal de actuaciones arbitrales.
- 3.20. El 27 de enero de 2022, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de posiciones, en donde el Tribunal Arbitral otorgó a las partes un tiempo prudente para que puedan ejercer su derecho a informar e ilustrar al colegiado arbitral que resolverá el presente proceso.
- 3.21. Mediante escrito con sumilla: "Conclusiones y Alegatos de Audiencia de Ilustración" de fecha 11 de febrero de 2022, la Entidad presentó su escrito complementario a la audiencia de ilustración.
- 3.22. El día 24 de febrero de 2022, siempre dentro del cronograma del calendario procesal, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, en donde el Tribunal Arbitral otorgó a las partes un tiempo prudente para que puedan ejercer su derecho a informar oralmente sus

argumentos de defensa y conclusiones finales. Dicha audiencia fue suspendida, contando con la conformidad de ambas partes, para el día 08 de marzo de 2022.

- 3.23. Mediante Orden Procesal No. 06, el Tribunal Arbitral estableció un nuevo calendario procesal, fijando la fecha de continuación de la audiencia de informes orales, el cierre de actuaciones arbitrales y el plazo final para emisión de laudo arbitral.
- 3.24. Teniendo en cuenta lo referido en el numeral precedente, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la instrucción del proceso y fijó el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39° del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
- 3.25. Finalmente, con fecha 25 de marzo de 2022, el Consorcio Grupo Kallpa remitió por correo electrónico nueva documentación que ya no puede ser tomada en cuenta por este Tribunal Arbitral, toda vez que la misma ha sido presentada habiéndose cerrado la instrucción. Es por ello que, mediante Orden Procesal No. 07 de fecha 12 de mayo de 2022, se procedió a rechazar dicha comunicación y documentación remitida por el Consorcio, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 32 (2) del Reglamento de Arbitraje del Centro.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES

4.1 CUESTIONES PREVIAS DE CARÁCTER GENERAL

Antes de proceder a analizar los puntos controvertidos, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) El Consorcio presentó su demanda arbitral que sustentan los puntos controvertidos fijados en este arbitraje, dentro de los plazos dispuestos.
- (iii) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, la cual fue oportunamente contestada, ejerciendo plenamente su derecho de defensa, presentando a su vez, objeciones, tachas (ya resueltas) y

excepciones al presente arbitraje que este Tribunal Arbitral procederá a resolver de forma previa al análisis y resolutivo de fondo de la presente controversia.

- (iv) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios respecto de todos los documentos presentados por estas en el curso de este arbitraje. Asimismo, se ha dado oportunidad a la contraparte a efectos de que pueda expresar lo pertinente a su derecho. Asimismo, las partes han tenido la oportunidad de presentar alegatos finales y han tenido la oportunidad de hacer efectivo el uso de la palabra para informar oralmente ante el Tribunal Arbitral.
- (v) Como regla general, la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el Tribunal Arbitral respecto de tales hechos. Sin perjuicio de ello, en aplicación del Principio de "*Comunidad o Adquisición de la Prueba*", aquellas pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento de su presentación y admisión como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.
- (vi) De este modo, el Tribunal Arbitral deja constancia que, en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje, se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios que se han presentado, haciendo un análisis y una valoración conjunta de los mismos, de manera tal que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomada en cuenta para su decisión.
- (vii) Constituyen materias no controvertidas los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra de manera pacífica en el transcurso de las actuaciones arbitrales³ y aquellos supuestos en los cuales la Ley establece una presunción *iuris et de iure*⁴.

³ Los hechos que las partes acepten pacíficamente y sin contradicción no requieren prueba alguna; asimismo, tampoco necesitan ser probados los hechos notorios, cuya existencia es conocida por la generalidad de los individuos de cultura media, en el tiempo y en el lugar en que se dicta la Resolución que resuelve las controversias – laudo o sentencia.

⁴ La presunción legal *iuris et de iure*, es una presunción absoluta. En estos casos el juzgador tiene la obligación de aceptar por cierto el hecho presumido en cuanto se haya acreditado el hecho que le sirve de antecedente. Esta presunción no debe confundirse con la presunción establecida por el

- (viii) El presente arbitraje es uno de derecho, por lo que corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de los puntos controvertidos, teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso, para determinar sobre la base de su valoración conjunta las consecuencias jurídicas que se derivan para las partes en función de los hechos y situaciones que hayan sido probados, conforme al ordenamiento normativo que le es aplicable.
- (ix) El Tribunal Arbitral procede a laudar dentro de los plazos fijados en este arbitraje.

4.2 PUNTOS CONTROVERTIDOS

Mediante Orden Procesal No. 3, del 25 de octubre de 2021, atendiendo a la modificación de la demanda arbitral presentada por el Consorcio, finalmente quedaron establecidos los puntos controvertidos de la siguiente manera:

Pretensiones de la Demanda:

Demanda

1. **Respecto a la Primera Pretensión Principal** que el Tribunal Arbitral determine si corresponde, o no, declarar la invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia, y sin efecto legal la carta N°170-2019-CC-CAJAMARCA4 de fecha 18.11.2019, notificada el 20/11/2019, que declara improcedente las solicitudes de inaplicación de penalidad en los contratos No. 002 y 003-2019-CC-CAJAMARCA 4 /PRODUCTOS, por no acreditar la entrega de alimentos fortificados de acuerdo con lo declarado en el formato No. 17. Y como consecuencia se declare inválida, ineficaz, nula y/o inexistente y se deje sin efecto legal la aplicación de la penalidad impuesta en los contratos No. 002 y 003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, ascendentes a S/ 233,529.45 soles (doscientos treinta y tres mil quinientos veintinueve con 45/100 soles), y S/ 215,226.96 soles (doscientos quince mil doscientos veinte seis con 96/100 soles), respectivamente, correspondientes al 7% del monto total de los contratos, por no acreditar la entrega de alimentos fortificados durante el periodo de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el formato No. 17, debiendo restituirse las penalidades impuestas en los

juzgador mediante el examen de los indicios o rasgos sintomáticos recurriendo a las reglas de la lógica, la sana crítica y/o la experiencia.

expedientes No. 10503 y 10504-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR. Por adolecer de causal de nulidad absoluta las bases integradas del proceso de compras que originaron los Contratos No. 002 y 003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, y/o por qué no se ha seguido el debido procedimiento en la tramitación de las solicitudes de inaplicación de penalidad y/o por haber acaecido una fuerza mayor.

2. **Respecto de la Segunda Pretensión Principal**, que el Tribunal Arbitral determine si corresponde, o no, declarar la invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia, y sin efecto legal las bases integradas del proceso de compras de productos para la prestación del servicio alimentario 2019 del Comité de Compras Cajamarca 4, por adolecer de vicio de nulidad absoluta.
3. **Respecto de la primera pretensión accesoria**, que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no, reconocer y ordenar el pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/.3´418,095.36 (tres millones cuatrocientos dieciocho mil noventa y cinco 36/100 soles) por la aplicación de penalidad en los contratos No. 002 y 003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, por no acreditar la entrega de alimentos fortificados de acuerdo con lo declarado en el formato No. 17, conforme a los conceptos y montos señalados en el siguiente cuadro:

CONCEPTO	MONTO
DAÑO EMERGENTE	S/. 448,756.41
LUCRO CESANTE	S/ 1´877,647.50
INTERESES LEGALES DETERMINADOS POR EL LUCRO CESANTE	S/ 13,005.45
DAÑO MORAL	S/ 1,078,686.00
TOTAL	S/ 3,418,095.36

4. **Respecto de la segunda pretensión accesoria**, que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no, reconocer y ordenar el pago de los intereses devengados desde la fecha de la aplicación de las penalidades hasta la fecha de su efectiva devolución.
5. Que el Tribunal Arbitral determine a qué parte corresponde asumir los costos y costas del proceso arbitral.

4.3. MEDIOS PROBATORIOS ADMITIDOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

Para efectos del proceso, el Tribunal Arbitral considerará los medios probatorios ofrecidos por las partes que han sido admitidos mediante Orden Procesal No. 3 del 25 de octubre de 2021, conforme al siguiente detalle:

Pruebas ofrecidas por el Consorcio:

- Las pruebas documentales identificadas en el acápite "IX. LOS MEDIOS DE PRUEBA" de su escrito de demanda, las cuales se encuentran detalladas en los Anexos del A-2 al A-23.
- La pericia contable presentada en su escrito de demanda modificada de fecha 14 de abril de 2021, así como su ampliación de fecha 11 de mayo de 2021.
- Los medios probatorios, presentados en su escrito de fecha 14 de junio de 2021.

Pruebas ofrecidas por la Demandada:

- Las pruebas documentales ofrecidas en el acápite "I. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS" de su escrito de contestación de demanda, detalladas en los anexos del B-1 al B.14.
- Las pruebas documentales, presentadas en su escrito de fecha 7 de junio de 2021.

V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES PARA EL ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En el curso del presente arbitraje no se ha presentado cuestionamiento alguno respecto a los miembros del Tribunal Arbitral, asimismo, se les ha otorgado a las partes la suficiente oportunidad para presentar y exponer sus posiciones, sin que ninguna de ellas hubiere expresado limitación alguna a su derecho de defensa.

El laudo se emite dentro del plazo correspondiente.

5.1. CUESTIÓN PREVIA: EXCEPCIONES FORMULADAS POR LA ENTIDAD DEMANDADA

La Entidad demandada formuló excepción de incompetencia en su escrito de contestación de demanda, contra la Segunda Pretensión Principal, excepción que, luego de revisado el expediente arbitral por parte del Tribunal Arbitral, se verifica que no fue absuelta por el Consorcio en su escrito de fecha 11 de mayo de 2021, ni en su escrito del 28 de junio de 2021, asimismo obra en autos que, adicionalmente la Entidad demandada formuló excepción de incompetencia en su escrito de contestación a la demanda modificada con fecha 09 de agosto de 2021, la misma que al igual que en el primer caso, no fue absuelta por el Demandante.

El Tribunal Arbitral en la Orden Procesal No. 3 dispuso que en aplicación de lo establecido en el artículo 27(5) del Reglamento 2017 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, resolvería las excepciones de incompetencia formuladas por la Entidad, con la emisión del presente laudo arbitral.

5.1.1. Excepción de incompetencia formulada por la Entidad al contestar la demanda, referida a la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

La Entidad, en su escrito de contestación de demanda de fecha 06 de mayo de 2021, formuló excepción de incompetencia contra el Tribunal Arbitral, respecto a la segunda pretensión principal de la demanda que solicita:

B. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Se declare la invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia, y sin efecto legal las bases integradas del proceso de compras de productos para la prestación del servicio alimentario 2019 del Comité de Compras Cajamarca 4, por adolecer de vicio de nulidad absoluta.

La Entidad sustenta su excepción de incompetencia, citando la cláusula Vigésima Segunda del Contrato que a la letra señala y regula:

“(...) 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 (..)”

Para la posición de la Entidad, se puede apreciar de la lectura de la cláusula de solución de controversias del Contrato, que las partes, de conformidad con el artículo 1361° del Código Civil y bajo el principio del *pacta sunt servanda*, acordaron que solo las controversias resultantes del contrato y de su ejecución serían materia de solución vía un proceso arbitral, **por lo que, pretender que en esta vía se discuta una supuesta controversia en cuanto a las bases integradas del proceso de compra de la que el contratista resultó ganador y de la cual obtuvo los pagos correspondientes de las prestaciones debidamente realizadas como contraprestación, resulta para la Entidad manifiestamente improcedente.**

Prosigue indicando la Entidad, que los referidos Contratos se encuentran actualmente **liquidados** (EXPEDIENTE No. 000569-2020-MIDIS/PNAEQW-LIQ y EXPEDIENTE No. 000570-2020-MIDIS/PNAEQW-LIQ) por lo que resulta un absurdo para su posición la segunda pretensión materia de excepción.

La Entidad señala que del estudio que realizará el colegiado arbitral de la segunda pretensión principal, así como de sus fundamentos vertidos en la demanda y de la cláusula vigesimosegunda del contrato sobre solución de controversias, este podrá advertir que no es competente para tomar conocimiento de esta pretensión, **resultando por tanto en un vicio procesal que acarrearía la nulidad del laudo en caso decida asumir competencia sobre esta pretensión, por lo que solicita se declare la improcedencia de la pretensión y por concluido el proceso en este extremo.**

POSICIÓN DEL CONSORCIO

El Consorcio Grupo Kallpa, absolvió en sus escritos de fecha 11 de mayo y 28 de junio de 2021 respectivamente, lo referido a las objeciones formuladas por la Entidad, más no en lo referido a la excepción de incompetencia planteada por esta en su escrito de contestación a la demanda, contra la arbitrabilidad de Segunda Pretensión Principal.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Corresponde al Tribunal Arbitral analizar, la excepción de incompetencia deducida por la Entidad contra la segunda pretensión de la demanda arbitral, dado que en el supuesto que sea amparada, impedirá al Tribunal Arbitral entrar a analizar y resolver el fondo de lo demandado en dicho extremo (segunda pretensión).

Respecto a lo anteriormente señalado, el Tribunal Arbitral trae a colación lo regulado en el numeral 1. del artículo 41° de la Ley de Arbitraje, norma que consagra lo que la doctrina arbitral denomina el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, concepto que establece expresa y teóricamente, que el Tribunal Arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia.

En ese orden de ideas, la norma que regula el Arbitraje desarrolla este principio de la siguiente manera: *“El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.”*⁵

Es claro para este Tribunal Arbitral que la posibilidad de deducir excepciones forma parte del ejercicio del derecho a la contradicción, las mismas que a su vez forman parte del contenido del derecho de

⁵ Artículo 41° del Decreto Legislativo No. 1071, Ley que norma el arbitraje

defensa, por tanto, conforman el derecho fundamental al debido proceso.

Asimismo, este Tribunal Arbitral considera que en general la excepción, desde el punto de vista del proceso, sea este judicial o arbitral, es un medio de defensa que ejerce el demandado o de ser el caso el reconvenido, a efectos de demostrar al juzgador la inexistencia de una relación jurídica procesal válida y, por tanto, que se declare la ineficacia de la acción iniciada. En el caso específico del arbitraje, el profesor Juan Monroy Gálvez señala que la finalidad de la formulación de una excepción es la de impedir que continúen las actuaciones arbitrales disponiéndose su archivo definitivo, finalidad que será alcanzada si la excepción es de naturaleza perentoria, es decir, que su efecto sea extinguir el proceso.⁶

Asimismo, **en lo referido a la competencia**, parafraseando al jurista Giovanni Priori Posada, este la define como la aptitud que tiene un juez, en este caso un árbitro o un Tribunal Arbitral, para ejercer válidamente la potestad jurisdiccional, aptitud que está definida en virtud de determinados ámbitos que la ley se encarga de establecer; en consecuencia, la competencia es un presupuesto de validez de la relación jurídica procesal, por lo que se concluye que todo acto realizado por un juez (un árbitro o un Tribunal Arbitral) incompetente será nulo.⁷

De este modo entonces, la excepción de incompetencia es una de las defensas de forma que prevé la legislación peruana, a través de la cual se cuestiona la atribución o autoridad otorgada al juzgador, en este caso al Tribunal Arbitral, para resolver válidamente las controversias; es decir, de ser amparada, no corresponde que el Tribunal Arbitral se avoque al conocimiento y resolución de la causa, al no cumplirse determinados presupuestos cuya carencia o ausencia impide que la competencia del juzgador sea válida y plena.

⁶ Juan Monroy Gálvez, define las excepciones como dilatorias y perentorias. Las excepciones dilatorias suspenden el proceso mientras que las excepciones perentorias lo extinguen. Estas últimas, a su vez, pueden ser simples o complejas. La excepción de incompetencia calza en las primeras, es decir, extinguen el proceso sin afectar la pretensión procesal hecha valer en él, la que podrá ser intentada nuevamente. Las complejas son aquellas que extinguen el proceso y cancelan por siempre la pretensión ante los órganos jurisdiccionales como es el caso de excepción de cosa juzgada. En MONROY GÁLVEZ Juan. Temas de Derecho Procesal, 1. COMMUNITAS. Lima. 2017, p. 225-226.

⁷ Priori Posada, G. F. (2004). La competencia en el Proceso Civil Peruano. Derecho & Sociedad, (22), 38-52. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/16797>.

Volviendo a citar nuevamente al jurista Juan Monroy Gálvez, cuando dicho autor se refiere a la competencia, fundamentalmente desde el punto de vista de la justicia ordinaria, este señala: *“Es una calidad inherente al órgano jurisdiccional, y consiste en la aptitud para ejercer válidamente la jurisdicción. Es decir, no basta que un órgano jurisdiccional sea tal para que pueda actuar en cualquier proceso válidamente, es necesario que cumpla con cierto número de requisitos, los que suelen denominarse elementos de la competencia. Estos son cinco: la cuantía, la materia, el turno, el grado y el territorio.”*⁸

Complementando ello, este Tribunal Arbitral tiene a bien citar lo que regula el artículo 2º de la Ley de Arbitraje en los términos siguientes:

“(…) Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje. 1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. 2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral (…)”

De esta forma, si un Tribunal Arbitral emite un laudo pronunciándose sobre materias que no son arbitrables y, por tanto, sin tener competencia para emitir tal pronunciamiento, dicho laudo será pasible de anulación vía recurso de anulación ante el Poder Judicial, bajo la causal establecida en el literal e) del numeral 1. del artículo 63º de la Ley de Arbitraje, que incluso el Poder Judicial podría declarar de oficio, tal como lo permite el numeral 3 de ese mismo artículo, como se aprecia a continuación:

“(…) Artículo 63.- Causales de anulación.

- 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.*

⁸ MONROY GÁLVEZ Juan. Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano. En: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109837.pdf.

3. (...) Asimismo, la causal prevista en el inciso e) podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación (...)"

En consecuencia, de lo antes señalado, este colegiado arbitral concluye que:

- i. En el arbitraje, la excepción de incompetencia procede cuando la materia no es arbitrable conforme a lo establecido en el artículo 2º de la Ley de Arbitraje; y,
- ii. Un laudo arbitral que se pronuncie respecto de materias no arbitrables, por ende, dictado por un Tribunal Arbitral incompetente, determinará su anulación vía recurso de anulación ante el Poder Judicial bajo la causal establecida en el literal e) del numeral 1. del artículo 63º de la Ley de Arbitraje.

En el presente caso, la Entidad sustenta su excepción de incompetencia, por considerar que lo solicitado por el Consorcio en su segunda pretensión principal, referido a que se declare la invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia y sin efecto legal las bases integradas del proceso de compras de productos para la prestación del servicio alimentario 2019 del Comité de Compras Cajamarca 4, vulnerarían lo establecido en la cláusula Vigésima Segunda de los Contratos, referida a los aspectos de solución de controversias, los mismos que para la posición de la entidad comprenderían litigios y/o controversias resultantes del contrato y/o lo relativo a éste, respecto a controversias que nacen de la ejecución contractual, en adelante.

Como este Tribunal Arbitral ya lo ha señalado precedentemente, la Ley de Arbitraje establece en su artículo 2º, cuáles son las materias que son susceptibles de ser sometidas a arbitraje. **Entre estas materias se encuentran aquellas que la Ley establece**, previsión que la Ley de Arbitraje contempla, entre otras razones, porque en los arbitrajes en los que participa el Estado, es a través de la Ley que el Estado manifiesta su voluntad de someter determinadas materias a esa vía de solución de controversias.

Siendo ello así, y a efectos de poder analizar la norma especial para evaluar cuales son los límites que esta impone en cuanto a la materia que es arbitrable o no, ello de manera conjunta a una lectura rigurosa del convenio arbitral contenido en los contratos suscritos entre las

partes, desde dicho análisis se determinará si el Tribunal Arbitral es competente o no para avocarse al conocimiento y resolución del caso (en lo que corresponde a la arbitrabilidad de la segunda pretensión de la demanda arbitral); en ese sentido, **de manera preliminar** a resolver la presente cuestión previa, referida a la excepción de incompetencia formulada por parte de la Entidad, el Tribunal Arbitral considera apropiado y prudente realizar una breve introducción relacionada a la legislación aplicable en aquellos casos en los cuales nos encontremos frente a una contratación realizada con el Programa Nacional de Alimentación escolar Qali Warma.

En efecto, mediante Decreto Supremo No. 008-2012-MIDIS, se crea el Programa Nacional de Alimentación escolar Qali Warma, cuyo artículo 10 señala lo siguiente:

"(...) Artículo 1.- Creación del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

Crease el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma como programa social del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, con el propósito de brindar un servicio alimentario de calidad, adecuado a 105 hábitos de consumo locales, cogestionado con la comunidad, sostenible y saludable, para niñas y niños del nivel de educación inicial a partir de los 3 (tres) años de edad y del nivel de educación primaria de la Educación Básica en instituciones educativas públicas (...)"

Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del D.S. No. 008-2012-MIDIS, a la letra indica lo siguiente:

"(...) PRIMERA. - Manual de Operaciones El Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, mediante resolución ministerial, aprobará en un plazo no mayor a 60 (sesenta) días hábiles posteriores a la vigencia del presente decreto supremo, el manual de operaciones que corresponde al Programa Nacional de Alimentación escolar Qali Warma (...)"

De ese modo, teniendo en cuenta el texto citado en el numeral precedente, mediante el artículo 1° de la Resolución Ministerial No. 016-2013, de fecha 21 de enero de 2013 se aprobó la Directiva No. 001-2013-MIDIS, por medio de la cual se aprueban los procedimientos generales para la operatividad del modelo de cogestión para la atención del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

En ese sentido, teniendo en cuenta la fecha de suscripción del CONTRATO (año 2019), el Manual de Compras para la Atención del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma aplicable, es el que fue aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva No. 397-2018-MIDIS/PNAEQW, mediante la cual, se tuvo a bien aprobar la vigencia del Manual del Proceso de Compras del Modelo de Cogestión para la Prestación del Servicio Alimentario con Código de documento normativo MAN-009-PNAEQW-UGCTR, Versión No. 02; manual que tendría vigencia a partir de los procesos de compras del año 2019.⁹

Lo señalado precedentemente se ratifica y verifica, de conformidad a lo establecido en el artículo No. 1 de dicha Resolución de Dirección Ejecutiva, como así este Tribunal Arbitral tiene a bien acreditarlo a continuación:

SE RESUELVE:

Artículo 1. Aprobación y Vigencia del Manual del Proceso de Compras del Modelo de Cogestión para la Prestación del Servicio Alimentario.

Aprobar el Manual del Proceso de Compras del Modelo de Cogestión para la Prestación del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, con Código de documento normativo MAN-009-PNAEQW-UGCTR, Versión N° 02, que forma parte integrante de la presente resolución; el mismo que tendrá vigencia a partir del proceso de compra del año 2019.

En ese sentido, en este punto, el Tribunal Arbitral cuenta con absoluta convicción que la normativa aplicable al proceso de compras de Qali Warma que enmarca la solución de las controversias en el presente proceso arbitral se encuentra sometida a su Manual de Compras versión No. 02, Código de documento normativo MAN-009-PNAEQW-UGCTR.

Dicho Manual de Compras establece con relación a las etapas de la fase de selección de proveedores, lo siguiente:

⁹ Publicada en el Diario Oficial el Peruano el 10 de noviembre de 2018.

MANUAL DEL PROCESO DE COMPRAS DEL MODELO DE COGESTIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ALIMENTARIO DEL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA		MAN-009-PNAEQW-UGCTR
CAPÍTULO X: ETAPAS DE LA FASE DE SELECCIÓN DE PROVEEDORES		
52. Las etapas y sub-etapas de la fase de selección de proveedores son las siguientes:		
ETAPAS	SUB-ETAPAS	
1. Convocatoria y Difusión de Bases del Proceso de Compras	a)	Convocatoria
	b)	Difusión de Bases del Proceso de Compras
2. Formulación y Absolución de Consultas u Observaciones	a)	Registro de participantes
	b)	Formulación de consultas y observaciones
	c)	Absolución de consultas u observaciones y publicación
	d)	Integración de Bases del Proceso de Compras y publicación
3. Presentación de Propuestas	a)	Presentación de propuestas técnicas y económicas (lugar, fecha y hora).
4. Evaluación y Selección de Propuestas	a)	Evaluación y selección de propuestas técnicas y económicas
	b)	Supervisión inicial de plantas y/o almacenes.
	c)	Adjudicación de postores.
	d)	Notificación a postores adjudicados.
5. Firma de Contrato	a)	Presentación de documentos para la firma del contrato.
	b)	Firma de contrato.

Asimismo, dicho Manual de Compras establece con relación a las bases integradas de la etapa del proceso de compras, lo siguiente:

Integración de Bases del Proceso de Compras y publicación
64. El PNAEQW integra las Bases del Proceso de Compras, incorporando, de ser el caso, las modificaciones que resulten de la absolución de las consultas y del acogimiento parcial o total de las observaciones formuladas.
65. Las Bases Integradas del Proceso de Compras son publicadas en el portal web del PNAEQW, según el cronograma establecido en las Bases del Proceso de Compras de la respectiva convocatoria.
66. Una vez publicadas las Bases Integradas del Proceso de Compras no podrán ser modificadas ni observadas posteriormente, siendo de cumplimiento obligatorio por los actores involucrados en el proceso de compras y en la prestación del servicio alimentario.

En esa misma línea de análisis, el Tribunal Arbitral tiene a bien revisar adicionalmente lo siguiente:

CAPÍTULO XII: OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR
Obligaciones del proveedor
115. Son obligaciones del proveedor:
a) Cumplir con lo dispuesto en el presente Manual y las Bases Integradas del Proceso de Compras, sus anexos, formatos y documentos normativos emitidos por el PNAEQW para el Proceso de Compras.

Asimismo, respecto a la fase y/o “etapa administrativa de selección de proveedores” del procedimiento de compras, el Manual de Compras

del Modelo de Cogestión para la prestación del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, aplicable al presente caso¹⁰, con relación a la nulidad del proceso de compras dispone lo siguiente:

Nulidad en el Proceso de Compras

107. En el marco de la asistencia técnica y verificación posterior, el PNAEQW a través de su personal o tercero contratado, puede revisar el Proceso de Compras llevado a cabo en las Unidades Territoriales.

108. Mediante Resolución de Dirección Ejecutiva se declara la nulidad en el Proceso de Compras, ante la configuración de cualquiera de las causales establecidas en el artículo 219° del Código Civil. Una vez emitida la Resolución se publica en el portal web institucional del PNAEQW para su ejecución, sin perjuicio de la notificación al CC y a los postores y/o proveedores.

109. La Resolución que declara la nulidad en el Proceso de Compras, se resuelve en instancia única, tiene carácter definitivo y es inimpugnable.

El Manual de Compras aplicable al presente proceso, también dispone y establece lo siguiente, respecto a los aspectos referidos a la solución de controversias:

Solución de controversias

163. El contrato debe contener una cláusula por la cual las partes acuerdan que 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 y/o aplicación de penalidad, respectivamente. 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.

164. El laudo arbitral que se emita conforme al numeral precedente será definitivo e inapelable, teniendo el valor de cosa juzgada y deberá ejecutarse como una sentencia.

¹⁰ Código de documento normativo MAN-009-PNAEQW-UGCTR, versión No. 02.

Finalmente, y siempre dentro del marco del análisis que este colegiado realiza, el Glosario del Manual de Compras aplicable al presente proceso define a las Bases Integradas de la siguiente manera:

e) Bases Integradas del Proceso de Compra: Bases del Proceso de Compras que contienen las reglas definitivas (ámbito, etapas, cronograma, requisitos, factores de evaluación, entre otros), pudiendo acoger o no las consultas y/u observaciones.

En este punto, para la posición del Tribunal Arbitral, un proceso de selección, en la generalidad de las modalidades bajo las que el Estado contrata, comprende un procedimiento administrativo de naturaleza especial que concluye con el perfeccionamiento del Contrato, luego del otorgamiento de la Buena Pro.

Sin embargo, y como bien advierte Roberto Dromi¹¹, no se debe confundir el contrato con el procedimiento de formación de la voluntad administrativa contractual. Aunque se encuentran vinculados secuencialmente, debe distinguirse el procedimiento administrativo precontractual, respecto del procedimiento contractual o de ejecución, teniendo cada uno sus propios mecanismos de solución de controversias.

Siendo ello así, si durante la fase inicial del proceso de selección se suscita alguna duda o discrepancia respecto al contenido de las bases, los participantes tienen a su disposición mecanismos tales como las consultas u observaciones, las cuales, luego de ser absueltas por la Entidad, pasan a constituir las reglas definitivas del proceso de selección, publicándose para tal efecto las Bases Integradas, que a nivel administrativo resultan a este punto ya inobservables e inmodificables, ello sin perjuicio de la facultad que se ha reservado el PNAEQW, conforme a las normas del Manual de Compras antes reproducidas, para poder declarar la nulidad de los procesos de compras.

En este punto, resulta pertinente tener presente que, para definir el alcance de la competencia arbitral en el presente caso, debe estarse a los términos del respectivo convenio arbitral, no existiendo ninguna

¹¹ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. Quinta Edición. Buenos Aires, 1996. Pág. 318

previsión en el Contrato por la que se someta alguna discrepancia o cuestionamiento respecto a las Bases, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Es así que, **concluida la fase de integración de las bases sin controversia al respecto**, para criterio y convicción de este colegiado, no existe ninguna posibilidad legal o procesal conducente a una declaratoria de nulidad de las Bases Integradas por parte de un Tribunal Arbitral, como así lo solicita el Demandante en la segunda pretensión principal de la demanda, toda vez que éstas quedan firmes y rigen toda la secuela del proceso de selección hasta el otorgamiento de la Buena Pro, es decir, **devienen en reglas definitivas**.

Para el Tribunal Arbitral, el aspecto de inarbitrabilidad que se configura en el presente caso es claro, pues luego de haberse suscrito el Contrato, es decir, ya en la etapa de ejecución contractual del mismo, las controversias entre las partes conforme al convenio arbitral deben ser resueltas mediante un proceso arbitral.

Siendo ello así, el Tribunal Arbitral estima acertada en este punto la posición de la Entidad (conforme a lo regulado en el propio Manual de Compras), cuando se señala taxativamente en la cláusula 22.1 del Contrato *que toda y cualquier discrepancia, litigio o controversia resultante **del contrato** o relativo a éste, así como las controversias relacionadas a la **ejecución del Contrato** serán resueltas por medio de un colegiado arbitral, para referirse a que es en base a esta estipulación contractual, respecto de la cual se regula la arbitrabilidad de las controversias y materias sometidas a la jurisdicción de este colegiado.*

En efecto, existe para este Tribunal Arbitral una clara distinción de lo que comprende la etapa y/o fase "administrativa" de la contratación, es decir, desde los actos preparatorios, y la propia fase selectiva, hasta la suscripción del contrato respecto de la cual **en adelante**, se da inicio a la etapa de ejecución contractual, por ello se reitera, este Tribunal Arbitral entiende que las controversias que se puedan generar en la etapa de selección hasta el otorgamiento de la buena pro y antes de la fase de ejecución propiamente dicha del contrato, deberán ser resueltas en sede administrativa, mediante el uso de los mecanismos de cuestionamiento previstos para tal efecto

En la secuencia lógica de todo lo expuesto, al analizar la presente cuestión previa, la segunda pretensión demandada para que el Tribunal Arbitral declare **la invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia y sin efecto legal las Bases Integradas del proceso de compras de productos para la prestación del servicio alimentario 2019 del Comité de Compras Cajamarca 4**, por adolecer supuestamente de un vicio de nulidad, deviene en **IMPROCEDENTE** y por consiguiente, la Excepción de Incompetencia deducida por la Entidad contra el posible avocamiento del Tribunal Arbitral para resolver esta segunda pretensión, es claramente **FUNDADA**.

5.1.2. Excepción de incompetencia formulada por la Entidad al contestar la demanda acumulada:

La Entidad, en su escrito de contestación a la demanda modificada, de fecha 08 de agosto de 2021, formuló excepción de incompetencia contra el Tribunal Arbitral, respecto a la arbitrabilidad de la declaratoria de invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia de la Carta No. 170-2019-CCCAJAMARCA, que declara improcedentes las solicitudes de inaplicación de penalidades, bajo el siguiente sustento.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

La Entidad señala que, de las solicitudes de Arbitraje, efectuadas con fecha 09.12.19, el Contratista presentó sus solicitudes de arbitraje invocando la cláusula 22.1º «Cláusula de Solución de Controversias» de los Contratos 002 y 003-CC-CAJAMARCA4/PRODUCTOS, en el cual las partes acordaron:

“(…) 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 (...)"

Para la posición de la Entidad, se puede acreditar que las partes acordaron un plazo de quince días hábiles para que, el Contratista, pueda someter a un arbitraje cualquier discrepancia, litigio o controversia resultante del contrato o relativo a éste, en ese sentido, la Entidad señala que existen pretensiones puestas a conocimiento que NO FUERON MATERIA DE SOLICITUD DE ARBITRAJE, POR LO TANTO, SE ENCUENTRAN CONSENTIDAS Y FUERA DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

La Entidad señala que respecto al Expediente 770-2019, Contrato 003-2019-CC-CAJAMARCA4/PRODUCTOS, el Contratista solicitó lo siguiente:

C. Declaración preliminar de las reclamaciones de la demandante y, si fuera posible, una estimación de su valor monetario.

Primera Pretensión Principal

Dejar sin efecto la penalidad de S/. 215,226.96 soles (doscientos quince mil doscientos veintiséis con 96/100 soles), contenido en la Resolución Jefatural N° T-010357-2019-MIDIS/PNAEQW-UA, y como consecuencia se me restituya el monto de la misma, más los intereses generados.

Pretensión Subordinada

Se pague una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Segunda Pretensión Principal

Que el demandado asuma los costos que el presente arbitraje origine.

Asimismo, la Entidad señala que respecto al Expediente 771-2019, Contrato 002-2019-CC-CAJAMARCA4/PRODUCTOS, el Contratista solicitó lo siguiente:

C. Declaración preliminar de las reclamaciones de la demandante y, si fuera posible, una estimación de su valor monetario.

Primera Pretensión Principal
 Dejar sin efecto la penalidad de S/. 233,529.45 soles (doscientos treinta y tres mil quinientos veintinueve con 45/100 soles), contenido en la Resolución Jefatural N° T-010500-2019-MIDIS/PNAEQW-UA, y como consecuencia se me restituya el monto de la misma, más los intereses generados.

Pretensión Subordinada
 Se pague una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Segunda Pretensión Principal
 Que el demandado asuma los costos que el presente arbitraje origine.

Para la posición de la Entidad, las reclamaciones plasmadas en la solicitud de arbitraje del Contratista comprendían lo siguiente:

- Dejar sin efecto penalidades contenidas en Resoluciones Jefaturales
- El pago de una indemnización
- Se asuma los costos del arbitraje

Sin embargo, la Entidad refiere que el Contratista formula las pretensiones en la demanda en base al siguiente detalle:

SOLICITUD 770	SOLICITUD 771	DEMANDA ACUMULADA
MATERIA NO SOLICITADA	MATERIA NO SOLICITADA	Se declare la Invalidez, Ineficacia, Nulidad y/o Inexistencia y sin efecto la Carta N° 170-2019-CC-CAJAMARCA 4 <u>que declara improcedente solicitud de inaplicación de penalidades.</u> Cont. 002 y 003
Dejar Sin efecto la Penalidad de S/. 233,529.45 Penalidad contenida en Resolución Jefatural N° T-010500-2019-MIDIS/PNAEQW-UA	Dejar Sin efecto la Penalidad de S/. 215,226.96 Penalidad contenida en Resolución Jefatural N° T-010357-2019-MIDIS/PNAEQW-UA	<u>Como consecuencia</u> se declare Invalido, Ineficaz, Nula y/o Inexistente y Dejar sin efecto la aplicación de la Penalidad de S/. 233,529.45 y S/. 215,226.96. Penalidad contenida en el expediente N° 10503 y 10504-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR.

La Entidad refiere que, del cuadro elaborado, se puede acreditar que el colegiado arbitral no resulta competente para resolver las pretensiones siguientes:

- **No fueron materia de solicitud de arbitraje:** Se declare la invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia, y sin efecto legal la Carta No. 170-2019-CCCAJAMARCA que declara improcedentes las solicitudes de inaplicación de penalidades.

- **No fue materia de solicitud de arbitraje:** se declare Invalido, Ineficaz, Nula y/o Inexistente y Dejar sin efecto la aplicación de la Penalidad de S/. 233,529.45 y S/. 215,226.96. Penalidad contenida en los expedientes No. 10503 y 10504-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR.

Es decir, para la posición de la Entidad, de una lectura detallada de ambas solicitudes de arbitraje presentadas por el Contratista de fecha 09.12.19 (acumuladas en el presente proceso) se puede advertir que en ninguno de sus extremos se hace referencia a discutir el procedimiento de Inaplicación de Penalidades ni se señala a los expedientes No. 10503 y 10504-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR, por ello y para su posición, estas pretensiones ya se encuentran consentidas y, conforme a ello, se estaría transgrediendo lo acordado por las partes en el Contrato, de conformidad con el artículo 1361° del Código Civil (Principio del *pacta sunt servanda*).

POSICIÓN DEL CONSORCIO

El Consorcio Grupo Kallpa, no absolvió la segunda excepción de incompetencia formulada por la Entidad.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Tribunal Arbitral en este punto, verifica que la Entidad absuelve el traslado de la modificación de la demanda para negar y contradecir la pretensión indemnizatoria ampliada y a su vez, ampliar el ámbito de su excepción de incompetencia señalando que el Tribunal Arbitral está impedido de pronunciarse sobre la invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia y sin efecto legal de la Carta No. 170-2019-CC-CAJAMARCA-4 de fecha 18 de noviembre del 2019, notificada el 20 de noviembre de 2019, la misma que declara IMPROCEDENTE las solicitudes de inaplicación de penalidad, sosteniendo que ello no fue materia de su solicitud de arbitraje No. 770 y 771 CCL (acumuladas), por lo que

tampoco puede avocarse a resolver y dejar sin efecto las penalidades aplicadas en los importes de S/. 233,529.45 y S/. 215,226.96 soles respectivamente, debido a que no controvirtieron la improcedencia declarada mediante dicha carta *dentro del plazo de caducidad* de 15 días previsto en la Cláusula Vigésimosegunda del Contrato.

Este Tribunal Arbitral verifica que de conformidad con el Numeral 23° de las Reglas del Proceso, el plazo para deducir excepciones es de veinte (20) días computados desde el día siguiente de notificado el traslado de la demanda. Ello conforme al siguiente detalle:

XI. Reglas Procesales

23. La demanda se presenta dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la presente orden procesal. El mismo plazo rige para la presentación de la contestación de demanda y reconvención, y, de ser el caso, para la contestación de la reconvención. Dicho plazo también aplica para la formulación y absolución de excepciones u objeciones.

12

En el presente caso, obra en autos que la demanda arbitral se presentó el 08 de abril de 2021 -en donde ya se encontraba planteada la pretensión respecto de la cual la Entidad pretende discutir y formular excepción respecto a su arbitrabilidad- y la contestación de la misma se formalizó el 06 de mayo de 2021; vale decir, dentro del plazo de veinte días establecido en la Regla No. 23, antes acotada.

En efecto, como se puede apreciar claramente, la nulidad de la Carta No. 170-2019-CC-CAJAMARCA4, fue propuesta por el Consorcio Grupo Kallpa como Primera Pretensión de la demanda arbitral de fecha 08 de abril de 2021; por consiguiente, según las reglas del proceso aprobadas y aceptadas por las partes, el plazo para que la Entidad pueda deducir cualquier excepción específica en torno a esta y/o cualquier otra pretensión venció el día **06 de mayo del 2021**, esto es, en la misma fecha que vencía el plazo para contestar la demanda arbitral; sin embargo, la excepción de incompetencia para que el Tribunal Arbitral se abstenga de conocer y resolver sobre la nulidad acotada, se ha presentado con fecha **09 de agosto del 2021**, en la oportunidad de absolver la ampliación de la demanda admitida¹³ mediante Orden

¹² Orden Procesal No. 01- Reglas del Proceso

¹³ Se debe tener en cuenta que la ampliación de demanda únicamente reformuló la cuantía de la pretensión indemnizatoria.

Procesal No. 02 de fecha 19 de julio del 2021; razón por la cual esta segunda excepción formulada por la Entidad deviene en **IMPROCEDENTE POR EXTEMPORÁNEA.**

Sin perjuicio de lo desarrollado precedentemente, y; a mayor abundamiento sobre el carácter no sólo IMPROCEDENTE sino también INFUNDADO de la excepción de incompetencia deducida al absolver el traslado de la ampliación de demanda por parte de la Entidad, procede verificar la caducidad aducida como fundamento para proponer la Excepción de Incompetencia del Tribunal Arbitral, computando el plazo de 15 días hábiles entre la fecha de la Carta No. 170-2019-CC-CAJAMARCA-4, de fecha 18 de noviembre del 2019 notificada el 20 de noviembre de 2019, y la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje.

De acuerdo a los antecedentes obrantes en autos, la solicitud de arbitraje se formalizó al Centro con fecha 09 de diciembre del 2019, ello significa, que la solicitud de arbitraje se presentó dentro del plazo de caducidad de 15 días computados desde el 20 de noviembre del 2019, fecha en la que se notificó la improcedencia de la solicitud de inaplicación de penalidades solicitada por el CONSORCIO GRUPO KALLPA, por lo tanto, la excepción de incompetencia deducida por este motivo es a todas luces INFUNDADA.

El otro plazo que habría que analizar para determinar el carácter fundado o infundado de la excepción de incompetencia deducido, es el cómputo del plazo de 7 días al que se refiere la Cláusula Décimo Sexta del Contrato que debe existir entre el caso fortuito o la fuerza mayor invocada como la causa que motiva el incumplimiento de la obligación y el recurso que solicita la inaplicación de la penalidad, lo cual se puede apreciar en la Carta No. 170-2019-CC-CAJAMARCA4, adjunta a la demanda como ANEXO-A14 y el Informe que la sustenta bajo el Expediente No. 001532-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP, de fecha 05 de noviembre del 2019 (que se advierte aplica tanto para el Expediente No. 1532-2019 como para el Expediente No. 1533-2019, debido a que no hay otro PRONUNCIAMIENTO DE INAPLICACIÓN DE PENALIDAD para el caso del Expediente 1533).

En la primera conclusión de este pronunciamiento se señala que la solicitud de inaplicación de penalidad se presentó dentro del plazo establecido en el Numeral 148 del manual del Proceso de Compras

2019; el Numeral 3.7.3 de las Bases Integradas y el acápite 16.3 de la Cláusula Décimo Sexta del Contrato (dato que aplica para ambos contratos), lo que significa que la excepción de incompetencia por este motivo es también **INFUNDADA**.

Finalmente, a criterio del Tribunal Arbitral, la Entidad formuló incorrectamente la segunda excepción efectuada, toda vez que la misma debió haber sido planteada como una excepción de caducidad y no una de incompetencia *per se*. No obstante ello y, conforme se aprecia de los considerandos precedentes, se ha cumplido con analizar si se produjo o no el vencimiento del plazo de caducidad, presentado como fundamento de la excepción de incompetencia.

VI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

A modo de Primera Pretensión Principal que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no, declarar la invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia, y sin efecto legal la carta N°170-2019-CC-CAJAMARCA4 de fecha 18.11.2019, notificada el 20/11/2019, que declara improcedente las solicitudes de inaplicación de penalidad en los contratos No. 002 y 003-2019-CC-CAJAMARCA 4 /PRODUCTOS, por no acreditar la entrega de alimentos fortificados de acuerdo con lo declarado en el formato No. 17. Y como consecuencia se declare invalida, ineficaz, nula y/o inexistente y se deje sin efecto legal la aplicación de la penalidad impuesta en los Contratos No 002 y 003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, ascendente a S/ 233,529.45 soles (doscientos treinta y tres mil quinientos veintinueve con 45/100 soles), y S/ 215,226.96 soles (doscientos quince mil doscientos veinte seis con 96/100 soles), respectivamente, correspondientes al 7% del monto total de los contratos, por no acreditar la entrega de alimentos fortificados durante el periodo de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el formato No. 17, debiendo restituirse las penalidades impuestas en los expedientes No. 10503 y 10504-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR, por adolecer de causal de nulidad absoluta las bases integradas del proceso de compras que originaron los contratos No. 002 y 003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, y/o por qué no se ha seguido el debido procedimiento en la tramitación de las solicitudes de inaplicación de penalidad y/o por haber acaecido una fuerza mayor.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

DEL ESCRITO DE DEMANDA ARBITRAL

6.1. El Consorcio señala que en virtud a la cláusula octava de los contratos No. 002 y 003-2019-CC-Cajamarca 4/productos (en adelante los Contratos), estos están conformados por las bases integradas del proceso de compras con sus anexos, formatos, la propuesta técnica/económica, las disposiciones establecidas en el Manual del Proceso de Compras del Modelo de Cogestión para la prestación del servicio alimentario del PNAEQW, (en adelante Manual de Compras) y la normativa complementaria emitida por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en adelante PNAEQW), siendo estos documentos emitidos por el PNAEQW, el marco normativo a aplicarse en la resolución de la presente controversia.

6.2. Refiere el Consorcio que con fecha 28.11.2018 se publican las bases estandarizadas del proceso de compras de productos para la prestación del servicio alimentario 2019, por parte del Comité de Compras Cajamarca 4; indicándose en su literal d) del numeral 2.2.4.2 titulado: *Evaluación, calificación y selección de las Propuestas Técnicas (sobre No. 01)* lo siguiente:

“d) Promesa de entrega de alimentos fortificados por cada entrega de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo No. 04) para todas las Instituciones Educativas: (Formato No. 17) Criterio:

Se evalúa la oferta de entrega de alimentos fortificados, otorgando puntaje de la siguiente forma:

-----**Continúa en la página siguiente**-----

Factor	Criterio	Puntaje
1	Postor que se comprometa a entregar arroz fortificado de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, para todas las entregas de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), en todas las Instituciones Educativas.	8
2	Postor que se comprometa a entregar dos (2) alimentos fortificados adicionales (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo) de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, para todas las entregas programadas de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), en todas las Instituciones Educativas. (*)	5

- 6.3. Grupo Kallpa indica que de conformidad con el numeral 2.1 de las bases del proceso de compras, que contiene el calendario del proceso de compras, las bases se integrarían el 07 de diciembre del 2018. Asimismo, señala que con el memorando No. 506-2018-MIDIS/PNAEQW-DE, se proroga la integración de las bases para el 12 de diciembre del 2018.
- 6.4. El Consorcio prosigue, indicando que con fecha 09.01.2019 se emite la *Resolución de Dirección Ejecutiva No. 007-2019 MIDIS/PNAEQW*, la misma que detalla lo siguiente: *"(...) mediante Informe No. 321-2018 MIDIS/PNAEQWUGCTR el Jefe de UGCTR señala que, en el Marco del Proceso de Compra el Sr. Enrique Marco Estrada Zapata, encargado de los Comités de Compra Lambayeque 1, 2 y 3, de la Unidad Territorial Lambayeque y de los Comités de Compra Cajamarca 4, 5, 6, 7 y 9, de la Unidad Territorial Cajamarca 2, publicó con fecha 12 de diciembre de 2018 las Bases Integradas adecuadas, incluyendo el Formato No. 17 "Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega (s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo No. 04) para todas las Instituciones Educativas", correspondientes a las Comités antes mencionados, publicando luego con fecha 14 de diciembre de 2018 una versión corregida del citado Formato No. 17, al cual se agregó un párrafo que habría sido omitido en la publicación inicial, (...) se habría vulnerado los Principios de Transparencia y Publicidad toda vez que al publicar las Bases integradas adecuadas con un Formato incorrecto y luego corregir las mismas, sin poner de conocimiento de los Postores, se podría haber generado confusión en los mismos al momento de la presentación de sus propuestas, pudiéndose luego generar una indebida descalificación de los mismos, dado que se les habría*

proporcionado información incongruente en el Formato No. 17 de las Bases Integradas adecuadas respecto de las Bases Integradas aprobadas mediante Resolución de Dirección Ejecutiva No. 498-2018-MIDIS/PNAEQW". Resolviendo: Artículo 1. Dejar sin efecto los actos de publicación de las bases integradas adecuadas de los comités de compra Lambayeque 1, 2, y 3, de la Unidad Territorial de Lambayeque y de los Comités de Compra Cajamarca 4, 5, 6, 7 y 9, de la Unidad Territorial Cajamarca 2, al evidenciar que se ha procedido en contravención de lo dispuesto en el numeral 66 y los principios de igualdad de trato, transparencia y publicidad del Manual de Compras (...)"

6.5. En consideración a la Resolución de Dirección Ejecutiva No. 007-2019-MIDIS/PNAEQW el Consorcio alega que el Comité de Compra Cajamarca 4 (demandado), sesiona levantando el acta de aprobación del nuevo cronograma del proceso de compra de la modalidad producto para la provisión del servicio alimentario 2019 del PNAEQW, determinando que la nueva fecha para la publicación de la integración de las bases será el 14.01.2019.

6.6. El Consorcio señala que, el 14.01.2019, se publican las bases integradas, indicándose en su literal d) del numeral 2.2.4.2 titulado: *Evaluación, calificación y selección de las Propuestas Técnicas (sobre No. 01)* lo siguiente:

"d) Promesa de entrega de alimentos fortificados por cada entrega de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo No. 04) para todas las Instituciones Educativas: (Formato No. 17): Criterio: Se evalúa la oferta de entrega de alimentos fortificados, otorgando puntaje de la siguiente forma:

-----**Continúa en la página siguiente**-----

Factor	Criterio	Puntaje
1	Postor que se comprometa a entregar para tres (03) entregas , arroz fortificado, de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas.	4
	Postor que se comprometa a entregar para seis (06) entregas , arroz fortificado, de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas.	8 (*)
2	Postor que se comprometa a entregar para tres (03) entregas , un (01) alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo), de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas.	3
	Postor que se comprometa a entregar para seis (06) entregas , un (01) alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo) de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas (*)	5 (*)

(*) Puntaje Máximo

5 Rectificado el error material con Resolución de Dirección Ejecutiva N° 465-2018-MIDIS/PNAEQW, publicado en el Diario Oficial El Peruano.

- 6.7. Para la posición del Consorcio se observa una variación sustancial en las bases, al momento de ser integradas, sin considerar el Manual del Proceso de Compras del Modelo de Cogestión para la prestación del servicio alimentario del PNAEQW, ni la normatividad del PNAEQW, documentos normativos rectores, en virtud de los cuales se desarrolla el proceso de compras y se ejecuta la prestación del servicio contratado, lo que hace que las bases integradas adolezcan de vicios de nulidad, que acarrearán la nulidad de las mismas, y que trae como consecuencia **que sus contratos devengan en nulos** y por tanto las condiciones contractuales que emanan de los mismos, conllevando a que devengan en inválidas, ineficaces, nulas y/o inexistentes, y sin efecto legal las penalidades aplicadas a los contratos 002 y 003 –CC-CAJAMARCA 4/ PRODUCTOS, independientemente a que posteriormente se haya aplicado la penalidad sin seguir el debido procedimiento.
- 6.8. El Consorcio indica que la variación que hace el CC y el PNAEQW de las bases al momento de integrarlas, hace que las mismas adolezcan de vicios de nulidad, que conlleva a que se imponga una obligación

imposible, jurídica y físicamente de cumplir, por la cual se le aplicaron las penalidades que son discutidas en el presente proceso arbitral.

CON RESPECTO A LA INAPLICACIÓN DE PENALIDAD POR NO CORRESPONDER A UNA CIRCUNSTANCIA IMPUTABLE AL PROVEEDOR.

- 6.9. El Consorcio señala que la cláusula decimosexta de los contratos 002 Y 003 – 2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, refiere que las penalidades son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, bajo responsabilidad cuando concurren conjuntamente:
- a) Una causal de incumplimiento prevista en el contrato.
 - b) Que corresponda a circunstancias imputables al proveedor.
- 6.10. El Demandante refiere que es de apreciar que la causal de incumplimiento estaría prevista en el contrato, pero NO se observa que esta corresponde a una circunstancia imputable al proveedor, así, se tiene que el incumplimiento NO es el resultado de un accionar doloso o culposo del proveedor que amerite su sanción, sino, que este no puede cumplir con las seis entregas de alimentos fortificados porque es el PNAEQW el que no ha programado las mismas; no evidenciándose que concorra el elemento de que el incumplimiento obedezca a una circunstancia imputable al proveedor.
- 6.11. Es más, refiere el Demandante, que se puede observar que la circunstancia de incumplimiento obedece al acaecimiento de una fuerza mayor, como sería el hecho de que el PNAEQW no haya programado seis entregas de alimentos fortificados, e inclusive, pese a que tiene la facultad de programar las mismas, omitió hacerlo.
- 6.12. Ahora bien, el Consorcio señala que es de apreciar de la lectura de la cláusula 16.3 de los aludidos contratos, que la misma establece que el proveedor *puede* solicitar la inaplicación de penalidad ante el acaecimiento de un hecho fortuito o de fuerza mayor, pues como es de apreciarse, se utiliza el termino PUEDE, ya que, si la Unidad Territorial observa que las circunstancias que conllevan al incumplimiento no es imputable al proveedor, simplemente no debería de aplicarse penalidad alguna, y no esperar que el proveedor identifique la circunstancia no imputable como una fuerza mayor, para que sea este el que desencadene el trámite al respecto.

- 6.13. En ese sentido señala el Demandante, si el proveedor observa que existe un incumplimiento contractual cuyas circunstancias no le son imputables, no está en la obligación de presentar una solicitud de inaplicación de penalidad, ya que corresponde a la Unidad Territorial en consideración a la cláusula 16.1 de los contratos, no aplicar penalidad alguna, por no corresponder a una circunstancia imputable al proveedor.
- 6.14. Siendo ello así, el Consorcio refiere que al identificarse una causal de incumplimiento contractual en la que no concorra el elemento: *de que corresponda a circunstancias imputables al proveedor*, el CC ni la Unidad Territorial debieron aplicar penalidad alguna al respecto, más aún cuando los demandados son y/o deberían ser conscientes de que el incumplimiento obedece a una circunstancia imputable a ellos mismos, como es el hecho de que el proveedor no puede cumplir con su obligación contractual de realizar seis entregas de un alimento fortificado, cuando no está en sus manos el programar las mismas, si no, que es facultad del PNAEQW haber realizado la programación de forma correcta al momento de integrar las bases, o en su defecto, realizar la modificación durante la ejecución contractual.

CON RELACIÓN A LA EXISTENCIA DE UNA FUERZA MAYOR EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS 002 Y 003 – 2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS.

- 6.15. En el orden de ideas expuesto, el Consorcio señala que mientras el PNAEQW o la Unidad Territorial, no programen las seis entregas del alimento fortificado, el proveedor no puede hacer nada al respecto. Por lo que no existe forma a través de la cual el proveedor pueda *resistir, evitar o impedir* que el PNAEQW no programe las seis entregas del alimento fortificado, o en su defecto no existe forma de obligar al PNAEQW que cumpla con programar las seis entregas de un alimento fortificado.
- 6.16. El Demandante refiere que al haber observado que las bases integradas adolecían de vicios de nulidad absoluta, actuando con la debida diligencia ordinaria requerida, a través de su carta de fecha 15.01.2019, le solicitó al Comité de Compras demandado, que le comunique cual sería el criterio de evaluación que asumiría, y más que nada que indique cual sería el modo correcto de llenar el formato No. 17, ya que no estaba claro si consideraría las tres entregas programadas o las seis entregas consideradas en el formato No. 17.

- 6.17. El Contratista refiere que el 16.01.2019, con la Carta No. 001-2019-CC-CAJAMARCA 4, el Comité de Compras Cajamarca 4 les responde que: *“una vez publicadas las Bases Integradas del Proceso de Compras no podrán ser modificadas ni observadas posteriormente, siendo de cumplimiento obligatorio por los actores involucrados en el proceso de compras y en la prestación del servicio alimentario. Por lo que de presentarse al proceso de compras 2019, puede considerar comprometerse a entregar para seis (06) entregas, un (01) alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo) de acuerdo con las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo No. 04), para cada entrega y en todas las instituciones educativas, para obtener el puntaje de 5. De ser adjudicados con el puntaje máximo de 5 puntos, por comprometerse a entregar para seis (06) entregas un (01) alimento fortificado de acuerdo a las especificaciones técnicas de alimentos aprobados por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de productos, para cada entrega y en todas las instituciones educativas, se autorizará el intercambio de alimentos no fortificados por fortificados, para que puedan cumplir con las seis entregas indicadas en las bases integradas y permitidas en el formato No. 17. En ese sentido, puede presentarse como postor en el proceso de compras 2019, considerando las seis entregas de un alimento fortificado, ya que se permitirá el intercambio de alimentos no fortificados por fortificados para que cumplan con su compromiso asumido a través del formato 17; asumiendo el compromiso la Unidad Territorial de gestionar el cumplimiento de las entregas en la ejecución de su contrato”.*
- 6.18. Prosigue indicando el Contratista que estando a la indicación del CC, de que no habría problema y que este expresamente le indicó: *“puede presentarse como postor en el proceso de compras 2019, considerando las seis entregas de un alimento fortificado, ya que se permitirá el intercambio de alimentos no fortificados por fortificados para que cumplan con su compromiso asumido a través del formato 17”;* es que procedieron a presentarse como postores al proceso de compras 2019, consignado en el formato No. 17, seis (6) entregas de un alimento fortificado, debido a que el mismo CC les indicó que para cumplir con lo ofrecido, *se permitirá el intercambio de alimentos no fortificados por fortificados.*

- 6.19. En atención a lo indicado por el CC, el Demandante señala que iniciada la etapa de ejecución contractual, a través de sus cartas 115 y 116-2019-CGKALLPA de fecha 03.05.2019, solicitó intercambios de productos, obteniendo respuesta negativa por parte del PNAEQW, reiterando su solicitud de intercambio con cartas 133 y 134-2019-CGKALLPA de fecha 15.05.2019, obteniendo como respuesta la carta No. 108-2019-CC-CAJAMARCA 4 del 17.05.2019, donde la Demandada indica que es improcedente su solicitud de intercambio.
- 6.20. El Contratista refiere que con Carta No. 246 y 247-2019-CGKALLPA de fecha 26.07.2019, solicitó realizar la entrega de un producto fortificado para la sexta entrega, ya que no se había programado la entrega de un producto fortificado para dicha entrega, (en atención a la indicación del CC de que autorizaría estos intercambios para cumplir con las seis entregas del formato No. 17), obteniendo como respuesta por parte de la Demandada, la Carta No. 163-2019-CCCAJAMARCA4 de fecha 25.09.2019, en la cual se pronuncia respecto a sus dos solicitudes, indicando que es improcedente su solicitud de intercambio.
- 6.21. Con cartas 287 y 288-2019-CGKALLPA, de fecha 26.08.2019, el Contratista refiere haber solicitado realizar entrega de producto fortificado para la séptima entrega, denegando nuevamente dicho pedido la Demandada respecto a esta solicitud de intercambio de un alimento no fortificado por un alimento fortificado.
- 6.22. El Consorcio menciona que la negativa por parte de la Demandada evidencia la mala fe de la misma, y la inoperancia con respecto a atender sus solicitudes de intercambio.
- 6.23. El Contratista señala que el acaecimiento del hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, consistente en que el Comité de Compras demandado se negara a cambiar la entrega de un alimento NO fortificado por uno fortificado, no hace más que evidenciar que el Consorcio se encuentra ante un hecho de fuerza mayor, ya que no hay forma a través de la cual haya podido prever que la Demandada se iba a negar a autorizar sus pedidos de intercambios de productos, con la intención de cumplir con las seis entregas programadas de alimentos fortificados.
- 6.24. En el orden de ideas expuesto, el Consorcio refiere que tampoco existe forma a través de la cual haya podido resistir que la Demandada, se

negara a autorizar los intercambios solicitados, es más, sin autorización de intercambio, no se pueden programar las entregas, y sin programación, la Entidad no puede liberar los alimentos (procedimiento indicado en el manual de compras), por lo que no existe forma alguna a través de la cual haya podido resistir el evento acaecido.

- 6.25. El Consorcio señala que el evento acaecido es extraordinario, además de lo manifestado, por el hecho de que a través de múltiples adendas, la demandada, en ambos contratos, ha autorizado múltiples intercambios de alimentos que conlleva la modificación del formato 4, y es más, de motu proprio ha modificado la programación del formato 4, pero entre alimentos no fortificados, por lo que deviene en extraordinario, que de pronto no quiera aprobar un intercambio que casi en todas las entregas ha autorizado, así se tiene según lo que señala el Contratista:

Contrato N° 002-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS	Con las adendas 1, 2, 4, 5, 6, 9 y 13, autoriza el intercambio de alimentos solicitado por el proveedor que también modifica en formato 4 (adjunto a la adenda). Ya que, si se cambia un producto A por un producto A, el Anexo	Adenda 10, en la cual el CC CJMR 4 por indicación del PNAEQW, de mutuo propio modifica el anexo N° 4.
---	---	---

	N° 4 debe programar la entrega de este alimento	
Contrato N° 003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS	Con las adendas 1, 2, 4, 5, 6, 9 y 13, autoriza el intercambio de alimentos solicitado por el proveedor que también modifica en formato 4 (adjunto a la adenda). Ya que, si se cambia un producto A por un producto B, el Anexo N° 4 debe programar la entrega de este alimento	Adenda 10, en la cual el CC CJMR 4 por indicación del PNAEQW, de mutuo propio modifica el anexo N° 4.

- 6.26. El Consorcio señala que ha sido lo suficientemente diligente para tomar las previsiones necesarias para cumplir con lo declarado en el Formato No. 17 de las bases integradas, pero el accionar de la demandada (Fuerza Mayor), es lo que no le ha permitido cumplir con la obligación contenida en el formato No.17, pese a que esta obligación es

inexistente, por haber nacido de unas bases integradas viciadas con una nulidad absoluta.

INCUMPLIMIENTO DEL INSTRUCTIVO PARA LA EVALUACIÓN DE SOLICITUDES DE INAPLICACIÓN DE PENALIDADES APROBADO POR LA RESOLUCIÓN DE DIRECCIÓN EJECUTIVA No. 396-2018-MIDIS/PNAEQW, DEL 07.11.2018

- 6.27. El Consorcio señala que el instructivo para la evaluación de solicitudes de inaplicación de penalidades aprobado por la Resolución de Dirección Ejecutiva No. 396-2018-MIDIS/PNAEQW, del 07.11.2018, señala el procedimiento que debe seguir el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, en adelante PNAEQW, y el Comité de Compras (CC) al evaluar las solicitudes de inaplicación de penalidades de los proveedores del PNAEQW, procedimiento que en su numeral 8.7 prescribe que: *“La Unidad Territorial (UT) evalúa las solicitudes de inaplicación de penalidad, emite opinión y solicita el pronunciamiento a la UGCTR, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, computados desde la fecha de presentación al CC”.*
- 6.28. Prosigue el Consorcio indicando que el numeral 8.9 del Instructivo prescribe que: *“Con la opinión de la UT, la UGCTR evalúa las solicitudes de inaplicación de penalidades y emite pronunciamiento en un plazo máximo de tres (3) días hábiles”.*
- 6.29. Así se tiene, refiere el Consorcio, que el PNAEQW no ha cumplido con el procedimiento para la evaluación de las solicitudes de inaplicación de penalidad de los Contratos No. 002 y 003 -2019- CC CAJAMARCA 4, incumpliendo con su instructivo señalado.
- 6.30. Prosigue indicando el Consorcio que el PNAEQW, al no cumplir con el procedimiento y las formalidades de evaluación de las solicitudes de inaplicación de penalidad, deviene en ineficaz e inválido su pronunciamiento al respecto, por lo que se tiene por válida la solicitud de inaplicación de penalidad, siendo lo que deviene, en que no se aplique penalidad alguna en el extremo solicitado.
- 6.31. En el orden de ideas expuesto, el Demandante señala que el numeral 9.3.1 y 9.3.2 del Instructivo prescribe: *“la UT comunica mediante carta al CC, adjuntando el pronunciamiento de la UGCTR, en el plazo máximo de un (1) día hábil”, “El CC notifica mediante carta al proveedor,*

adjuntando el pronunciamiento de UGCTR, en el plazo máximo de tres (3) días hábiles de recibida la comunicación por parte de la UT".

6.32. Indica el Consocio, que el Comité de Compras tampoco cumplió con el procedimiento para notificarle la improcedencia de sus solicitudes de inaplicación de penalidad de sus Contratos No. 002 y 003 -2019- CC CAJAMARCA 4, en virtud de lo siguiente:

JUT recibe Pronunciamiento de solicitud de inaplicación de penalidad de la UGCTR.	JUT deriva el pronunciamiento al CC, con carta N° 208-2019-MIDIS/PNAEQW-UTCJMR2	CC notifica la Carta N° 157 y 158 – 2019-CC-CAJAMARCA 5, correspondientes a los expedientes N° 0001534-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP, que tramita mi carta N° 325-2019-CGKALLPA, y en el expediente N° 0001535-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP, que tramita mi carta N° 326-2019-CGKALLPA, respectivamente.
05.11.2019	En la documentación adjunta a la carta notarial que declara improcedente mis solicitudes de inaplicación de penalidad, no se adjunta este documento.	20.11.2019 (Miércoles)
Fecha máxima de notificación de la improcedencia de mi solicitud de inaplicación de penalidad		11.11.2019 (Lunes)

6.33. El Demandante señala que el Comité de Compras no cumplió con el procedimiento y las formalidades para notificarle dentro de los plazos previstos en el instructivo, la carta No. 170– 2019 CCCAJAMARCA 4, que declara improcedente su solicitud de inaplicación de penalidad requerida en sus Cartas No 323 y 324-2019-CGKALLPA de fecha 09.10.2019, correspondientes a los Contratos 002 y 003-2019- CC CAJAMARCA 4, respectivamente, por ende, deviene en ineficaz e invalida, y por tanto no procede para su posición la aplicación de las penalidades notificadas con la carta No. 170– 2019-CC-CAJAMARCA 4, para dichos contratos.

6.34. Manifiesta el Contratista que, sin tener en consideración el “efecto dominó” que ha causado la demora del pronunciamiento por parte del PNAEQW, ya que la solicitud se presentó el 09.10.2019, y el PNAEQW

tenía hasta el 21.10.2019, la Entidad debió derivar los actuados al Comité de Compras el 22.10.2019, por lo que se le debió notificar la improcedencia de sus solicitudes de inaplicación de penalidad el 25.10.2019.

- 6.35. En ese sentido el Demandante refiere que debido a que el CC y el PNAEQW no han cumplido con las formalidades para declarar improcedentes sus solicitudes de inaplicación de penalidad, devienen en inválidas, ineficaces, nulas y/o inexistentes, y sin efecto la Carta No. 170-2019-CC-CAJAMARCA 4 de fecha 18.11.2019, notificada el 20.11.2019, que declara improcedente sus solicitudes de inaplicación de penalidad de los Contratos No. 002 y 003 -2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, por no acreditar la entrega de alimentos fortificados de acuerdo con lo declarado en el formato No. 17, y consecuentemente invalida, ineficaz, nula y/o inexistente y sin efecto legal la aplicación de la penalidad aplicada a los contratos materia del presente proceso arbitral.
- 6.36. En aplicación del segundo párrafo de la cláusula 16.3 de los Contratos No. 002 y 003 - 2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, se obliga al PNAEQW a evaluar y emitir su pronunciamiento con respecto a las solicitudes de inaplicación de penalidad, **de acuerdo con el procedimiento aprobado por esta, contenido en el instructivo para la evaluación de solicitudes de inaplicación de penalidades aprobado por la Resolución de Dirección Ejecutiva No. 396-2018-MIDIS/PNAEQW.**
- 6.37. Por lo tanto, señala el Demandante, debido a que la evaluación de sus solicitudes de inaplicación de penalidad, así como la emisión y notificación de la carta No. 170- 2019-CC-CAJAMARCA 4, no ha revestido la forma prescrita en el instructivo para la evaluación de solicitudes de inaplicación de penalidades aprobado por la Resolución de Dirección Ejecutiva No. 396- 2018-MIDIS/PNAEQW, en el Manual de Compras, ni en la cláusula 16.3 de los contratos, se ha incurrido en una causal de nulidad absoluta que deja nula y sin efecto legal la Carta No. 170- 2019-CC-CAJAMARCA 4, y por ende nula, invalida, ineficaz, y/o inexistente y sin efecto legal la penalidad contenida en dicha carta, y en los documentos que adjunta.

Actuar de mala fe del CC demandado.

- 6.38. El Consorcio refiere, que con la Carta No. 001-2019-CC-CAJAMARCA 4 de fecha 16.01.2019, el CC demandado indica que se autorizará el

intercambio de alimentos no fortificados por fortificados, para que los postores puedan cumplir con las seis entregas indicadas en las bases integradas y permitidas en el formato No. 17.

- 6.39. Señala a su vez que, teniendo en consideración lo indicado por el CC, en múltiples oportunidades solicitó intercambio de un alimento no fortificado por uno fortificado, siempre obteniendo una respuesta negativa por parte de la Demandada.
- 6.40. Alega el Consorcio que finalmente, la UT a través del Informe No. D000109-2019 MIDIS/PNAEQWUTCJMR2-MMC, e informe No. D000109-2019-MIDIS/PNAEQW-UTCJMR2-FHC, aprueba el intercambio autorizando intercambiar la harina de trigo fortificada y mezcla de harinas por harinas de kiwicha y/o harina de cebada y/o harina de maíz y/o harina de quinua y/o harina de haba y/o harina de tarwi y/o harina de kañihua y/o harina de maca. Considerando la entrega de dos alimentos fortificados a través de intercambios y considerando cada alimento como una entrega.
- 6.41. Posición precedente, señala el Contratista, que es validada por el Memorando No. D000487-2019 MIDIS/PNAEQWUTCJMT2, de fecha 23.08.2019, el Memorando No. D001630-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR, de fecha 11.09.2019, con los cuales se acredita que la propuesta de intercambio de un alimento no fortificado por un alimento fortificado fue aprobada por la Unidad de Organización de las Prestaciones del PNAEQW, por haber sido así comunicado por el CC y la UT CJMR 2, antes del proceso de selección.
- 6.42. Sin embargo, señala el Consorcio, de manera sorpresiva, el CC demandado, con la Carta No. 163-2019-CCCAJAMARCA4 de fecha 25.09.2019, les indica que no procede su solicitud de intercambio de un alimento no fortificado por un alimento fortificado, por así indicarlo el memorando No. D 0001752-MIDIS-PNAEQW-UGCTR, del PNAEQW, lo cual es falso, ya que el aludido memorando en ningún extremo indica que no se debe autorizar su solicitud de intercambio, es más, refiere que el intercambio es beneficioso para los usuarios del PNAEQW, para luego indicar que se debe cautelar que los postores cumplan con lo declarado en el formato No. 17; a lo cual se le pregunta al CC: ¿cómo cautela que se cumpla con lo declarado en el formato No.17?, obvio, autorizando el intercambio en virtud a los pronunciamientos del PNAEQW, en los cuales se indica que el cambio de un alimento no

fortificado por uno fortificado, incrementa el aporte diario de hierro de los desayunos en un 20%.

6.43. El Consorcio refiere que el CC indicó que la UGCTR le habría indicado que para que pueda aplicar algún tipo de penalidad debe observar que concurran dos elementos:

- Una causal de incumplimiento prevista en el contrato.
- Que responda a circunstancias imputables al proveedor.

Subrayando, que de evidenciarse algún incumplimiento por parte de los proveedores deberá evaluarse teniendo en consideración lo indicado al respecto; la indicación tiene su sustento en el hecho de que se está ante una causal de incumplimiento, pero esta no responde a circunstancias imputables al proveedor, por lo que, independientemente que se autorice el intercambio o NO, no se debe aplicar penalidad alguna al Consorcio.

6.44. Del tenor de la aludida carta, el Consorcio señala que se evidencia que esta carece de motivación y sustento, implicando un accionar de mala fe por parte del CC demandado, ya que el documento de sustento para no autorizar el intercambio no indicaría ello, es más, todos los documentos previos al memorando No. D 0001752-MIDIS-PNAEQW-UGCTR, emitidos por la UOP del PNAEQW, señalan expresamente que es procedente el intercambio solicitado por el proveedor y la propuesta de la UT al respecto.

6.45. Por lo manifestado, refiere el Contratista, al tergiversar el CC demandado y la UT CJMR 2, lo indicado por el PNAEQW, hacen ver que el mismo ha actuado de mala fe al no autorizar el intercambio solicitado por el Consorcio.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

6.46. QALIWARMA indica que, habiendo definido los alcances normativos y conceptos propios de los contratos materia de controversia, así como del marco normativo aplicable, se tiene que mediante Cartas No. 323-2019/CGKALLPA y No. 324-2019/CGKALLPA ambas de fecha 09.10.19, que el proveedor solicita al Comité de Compra la inaplicación de penalidad de los ítems Tacabamba y Chalamarca por la causal de

caso fortuito o fuerza mayor por encontrarse imposibilitado de cumplir con el numeral 9.26 de los contratos que regula:

«(...) Cumplir los compromisos y/o promesas asumidas durante la fase de selección de proveedores (...)

b) Entrega de alimentos fortificados (Formato No. 17) (...)»

- 6.47. Para la Entidad, conforme al Formato No. 17 presentado por el Contratista de fecha 17.01.19 con su propuesta técnica y económica, este se comprometió a seis entregas de productos fortificados por las cuales obtuvo en el proceso de selección, el puntaje máximo en cuanto al criterio de evaluación de compromiso de entrega.
- 6.48. En atención a lo antes expuesto, prosigue la Entidad, que es evidente que el Contratista previamente a comprometerse a lo señalado en el Formato No. 17, había verificado el requerimiento de Productos (Anexo 04) establecido en las Bases Integradas del Proceso de Compra; por lo cual, no puede argumentar que el compromiso asumido no pueda ser realizado por cuanto la presentación de su propuesta fue sobre las obligaciones contenidas en las Bases Integradas publicadas el 14.01.19.
- 6.49. De igual forma refiere Qali Warma, resulta necesario señalar que en el marco del proceso de compras para el año 2019, se establecía la facultad de los postores de formular sus consultas y observaciones sobre el contenido de las bases, situación que tampoco fue evaluada en su oportunidad por el Contratista.
- 6.50. Sobre lo señalado precedentemente, la Entidad menciona que se debe tener presente que el proceso de compras respecto del cual el Contratista resultó ganador se rigió por las disposiciones del Manual del Proceso de Compras vigente al momento de la convocatoria (RDE N°397-2018- MIDIS/PNAEQW) y las Bases Integradas, anexos y formatos ya señalados.
- 6.51. En ese sentido, conforme a lo establecido en el numeral 146) del Manual de Compras 2019, en concordancia con el numeral 3.7 de las Bases Integradas *«(...) Los pronunciamientos de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos (UGCTR) sobre la materia son vinculantes y de obligatorio cumplimiento por parte de la Unidad Territorial y el Comité. En caso de discrepancias entre la opinión de la Unidad Territorial y el pronunciamiento de la Unidad de Gestión de*

Contrataciones y Transferencia de Recursos prima el pronunciamiento de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos (...))».

- 6.52. Siendo ello así, refiere la Entidad, conforme a los pronunciamientos de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos – UGCTR en los expedientes No. 001532 y 001533-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP (en referencia a las cartas de inaplicación de penalidades No. 323- 2019/CGKALLPA y No. 324-2019/CGKALLPA presentadas por el Consorcio) se declara la improcedencia de estas solicitudes basado en lo siguiente:

“(...) 4.18 se evidencia que el proveedor CONSORCIO GRUPO KALLPA, previamente a comprometerse a lo señalado en el Formato No. 17, ha verificado el requerimiento de Productos (Anexo 04) establecido en las Bases Integradas del Proceso de Compra 001-2019; por lo cual no puede argumentar que su compromiso asumido no lo pueda realizar debido a que en la programación de las entregas correspondientes a las Instituciones Educativas Públicas del ítem (...) no se ha considerado la entrega de productos fortificados concordante con su compromiso asumido.

4.19 En consecuencia, los mencionados hechos no constituyen como caso de fuerza mayor respecto al incumplimiento de la obligación: “(...) a) Cumplir los compromisos y promesas asumidas durante la fase de selección de proveedores (...) b) Entrega de alimentos fortificados Formato No. 17 (...); dado que el incumplimiento de la misma es responsabilidad del proveedor CONSORCIO GRUPO KALLPA (...)”

- 6.53. Reitera la Entidad señalando que, conforme al concepto de “caso fortuito o fuerza mayor” que contempla – el literal h) del Anexo No. 01: Definiciones de Términos – del Manual de Procesos de Compras, el “caso fortuito o fuerza mayor define: **Causa no imputable.** - consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determinar su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; el caso fortuito es aquel provocado por la naturaleza, o aquel hecho imprevisible, mientras que la fuerza mayor es el acto del hombre o del acto irresistible. No obstante, los efectos jurídicos son idénticos.”; por lo que los hechos materia de la solicitud de inaplicación de penalidades y al ser de pleno conocimiento del contratista desde la publicación de las Bases Integradas y las condiciones establecidas

tanto en el Anexo A4 (Requerimiento de Productos) como en el Formato No. 17 presentado como parte de su propuesta técnica y económica, no puede sustentarse como la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor.

6.54. La Entidad refiere que conforme a lo acontecido en el presente caso y al haberse declarado la improcedencia de las solicitudes de inaplicación de penalidad presentadas, mediante Informes de Validación de Aplicación de Penalidad – UGCTR (Expedientes No. 010503 y 010504-2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF) correspondió aplicar la siguiente penalidad establecida en el numeral 16.9 – penalidad 19 de los contratos:

Causal de Incumplimiento	Penalidad
<i>No acreditar la entrega de alimentos fortificados durante el periodo de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el Formato N° 17, adjunto en su Propuesta Técnica</i>	<i>7% del monto total del contrato.</i>

- Contrato 0002-2019-CC-CAJAMARCA4/PPRODUCTOS por la suma de S/. 233,529.45.
- Contrato 0003-2019-CC-CAJAMARCA4/PPRODUCTOS por la suma de S/. 215,226.9Exp.

*De acuerdo con lo establecido en el numeral 146 del Manual del Proceso de Compras vigente y la Cláusula Decimosexta de los contratos.

6.55. Respecto de las solicitudes de Intercambio de Alimentos, la Entidad señala que el Contratista argumenta como parte de los fundamentos de su pretensión la presentación de solicitudes de autorización de entrega de producto fortificado (harina fortificada) para la sexta y séptima entrega de los contratos mediante:

- **Cartas 115, 116-2019-CGKALLPA**, Solicitudes de Intercambio de Alimentos por Limitada Disponibilidad recepcionadas con fecha 08.05.19
- **Cartas 133 y 134-2019-CGKALLPA**, Solicitudes de Intercambio de

Alimentos por Limitada Disponibilidad recepcionadas con fecha 15.05.19.

- 6.56. Solicitudes que, para la posición de la Entidad, el Contratista reconoce y se allana a la obligación de entregar un producto fortificado para seis (06) entregas conforme al Formato No. 17, pero bajo condiciones que no eran las contractuales, dado que el intercambio de productos no se encontraba contemplado dentro del marco normativo del contrato ni del Protocolo de Intercambio de Alimentos RDE No. 448-2018-MIDIS/PNAEQW.
- 6.57. La improcedencia de esta solicitud es puesta de conocimiento del Contratista mediante Carta No. 108-2019-CC-CAJAMARCA 4 de fecha 17.05.19 no aprobando la solicitud, adjuntando a ella el Informe D000053-2019-MIDIS/PNAEQW-UTCJMR2-FHC que concluye:

*“(...) De acuerdo con los documentos de la referencia, en la que el proveedor Consorcio Grupo Kallpa solicita intercambio de productos harina de plátano para los ítems Chalarmarca y Tacabamba **es necesario que sustente la limitada disponibilidad del producto** de acuerdo con lo establecido en el Protocolo de Intercambio de Alimentos vigente.*

De acuerdo con lo establecido en la RDE 448-2018-MIDIS/PNAEQW - Protocolo para el intercambio de alimentos en la Atención Alimentaria de la Modalidad Productos del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma» es necesario comunicar al proveedor Consorcio Grupo Kallpa a fin de que pueda levantar dichas observaciones para el inicio del procedimiento de intercambio de productos (...)”

- 6.58. De lo señalado, refiere la Entidad, al ser las solicitudes realizadas por el Contratista evidentemente improcedentes y no apegadas a las normas que rigen los contratos, por Carta No. 163-2019-CC-CAJAMARCA 4 el presidente del Comité de Compra Cajamarca 4 le comunicó que «cumplan con el compromiso asumido a través del mencionado Formato» bajo responsabilidad, por lo que de evidenciarse algún incumplimiento se evaluará la aplicación de penalidades.
- 6.59. Para la posición de la Entidad, se ha evidenciado que pese a existir un compromiso del Contratista como parte de su propuesta técnica y

económica obteniendo con ello los puntajes máximos (en este punto la Entidad solicita al colegiado arbitral tenga presente que el contratista no realizó observación ni impugnación alguna a las bases ni al proceso de compras mismos, obteniendo más bien beneficios económicos en su ejecución), suscribiendo los Contratos 002 y 003-2019 CC CAJAMARCA 4, ha presentado una serie de solicitudes de las cuales era consciente de su improcedencia con el fin de incumplir con su obligación contractual.

- 6.60. Se ha acreditado entonces, que no se ha solicitado en ningún momento dentro de la ejecución contractual se elabore un nuevo cronograma de entrega que comprenda la totalidad de sus obligaciones, sino más bien, presentando solicitudes a todas luces improcedentes como el intercambio de productos (entre uno no fortificado por uno fortificado) o la entrega de producto fortificado no contemplado dentro del cronograma de entregas (queriendo forzar una modificación de una obligación contractual) a pesar de reconocer su improcedencia.
- 6.61. Por tanto, refiere la Entidad, habiendo sido desestimadas las solicitudes de intercambio de alimentos y/o entrega de alimentos fortificados, por cuanto estas solicitudes corresponden al ámbito de ejecución contractual, lo que correspondía en el presente caso era la aplicación de la penalidad por no acreditar la entrega de alimentos fortificados.
- 6.62. Finalmente, alega la Entidad, en cuanto a las Cartas No. 287 y 288-2019-CGKALLPA ambas de fecha de emisión 26.08.19 que señalan como asunto «solicitamos realizar entrega de producto fortificado (harina fortificada) para la séptima entrega» que se reserva su derecho a la contradicción por cuanto de su revisión no se acredita que estas fueron tramitadas al no consignar sello de recepción alguno.

DE SU ESCRITO DE “ALEGATOS Y CONCLUSIONES”

En cuanto al supuesto impedimento de cumplir con el Formato No. 17

- 6.63. La Entidad señala que, conforme se pudo concluir en la audiencia, el Contratista confirma el incumplimiento de su obligación, pero señala un supuesto impedimento por parte de la Entidad para cumplir con la misma, en ese sentido y conforme así lo señaló en audiencia, el

Contratista en ningún momento trato de implementar su compromiso, sino que presentó una serie de solicitudes respecto de las cuales era consciente de su improcedencia, cuyo único fin era argumentar un supuesto impedimento e invocar la Fuerza Mayor.

6.64. La Entidad refiere que, sobre las solicitudes de Intercambio de Alimentos, el contratista argumenta como parte de los fundamentos de su pretensión la presentación de solicitudes de autorización de entrega de producto fortificado (harina fortificada) para la sexta y séptima entrega de los contratos mediante:

- Cartas 115, 116-2019-CGKALLPA, Solicitudes de Intercambio de Alimentos por Limitada Disponibilidad, recibidas de fecha 08.05.19
- Cartas 133 y 134-2019-CGKALLPA, Solicitudes de Intercambio de Alimentos, por Limitada Disponibilidad recibidas de fecha 15.05.19.

6.65. La Entidad indica que, mediante las solicitudes presentadas, el Contratista reconoce y se allana a la obligación de entregar un producto fortificado para seis (06) entregas conforme al Formato Nro. 17, pero bajo condiciones que no eran las contractuales, dado que el intercambio de productos no se encontraba contemplado dentro del marco normativo del contrato ni del Protocolo de Intercambio de Alimentos RDE No. 448-2018-MIDIS/PNAEQW, el mismo que señala solo dos hechos para su procedencia:

- **En caso de escasez o poca disponibilidad**
- **En caso de baja aceptación por parte de los niños beneficiarios y usuarios del programa.**

6.66. La Demandada señala en ese sentido, que el procedimiento no era el pertinente para la implementación de su obligación, conforme se le hace saber mediante Carta No. 108-2019-CC-CAJAMARCA4, de fecha 17.05.19 no aprobando la solicitud y adjuntado a ella el Informe D000053-2019-MIDIS/PNAEQW-UTCJMR2-FHC que concluye:

“(…) De acuerdo con los documentos de la referencia en la que el proveedor Consorcio Grupo Kallpa solicita intercambio de productos harina de plátano para los ítems Chalarmarca y Tacabamba es necesario que sustente la limitada disponibilidad del producto de acuerdo a lo establecido en el Protocolo de Intercambio de Alimentos vigente.

De acuerdo con lo establecido en la RDE 448-2018-MIDIS/PNAEQW «Protocolo para el intercambio de alimentos en la Atención Alimentaria de la Modalidad Productos del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma» es necesario comunicar al proveedor Consorcio Grupo Kallpa a fin de que pueda levantar dichas observaciones para el inicio del procedimiento de intercambio de productos (...)”

Sobre su solicitud de entrega de dos Productos Fortificados para la Sexta Entrega (y no solo aquella programada)

- 6.67. La Entidad refiere que sobre esta solicitud, manifestó en audiencia que la Unidad de Organización de las Prestaciones (UOP), dentro de sus facultades evalúa la solicitud de entrega de alimentos fortificados, pero señala que considerar la entrega de dos alimentos fortificados a través de intercambios y considerar cada alimento como una entrega a efecto de forzar el cumplimiento del Formato No. 17 al ser esta una condición contractual establecida en las Bases Integradas del Proceso de Compras de Productos para la prestación del servicio alimentario 2019, por lo tanto su cumplimiento debía ser evaluada por la Unidad de Gestión, Contrataciones y Transferencia de Recursos (UGCTR).
- 6.68. Prosigue indicando la Demandada que, ante este pronunciamiento de la UOP, la Unidad de Organización de las Prestaciones mediante Memorando No. D001752-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR (24.09.19) y la Unidad de Gestión, Contrataciones y Transferencia de Recursos, unidad competente para emitir pronunciamiento responde al Jefe de la Unidad Territorial Cajamarca 2 lo siguiente:

“(...) se solicita a su Despacho, cautelar que los postores que suscribieron el Formato No. 17 y fueron adjudicados en el Proceso de Compra 2019, en el ámbito de la Unidad Territorial a su cargo, cumplan con su compromiso asumido a través del mencionado Formato.

Finalmente, cabe indicar que el numeral 146 del Manual del Proceso de Compras Modelo de Cogestión para la Prestación del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, establece que las penalidades aplicadas son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, bajo responsabilidad, cuando concurren conjuntamente: a) Una causal de incumplimiento prevista en el contrato; y, b) Que responda a circunstancias imputables al

proveedor; por lo que, de evidenciarse algún incumplimiento por parte de los proveedores deberán evaluar teniendo en consideración lo establecido en el numeral anteriormente citado (...)”

- 6.69. Finalmente, refiere la Entidad, que de acuerdo a lo señalado y al ser las solicitudes realizadas por el Contratista evidentemente improcedentes y no apegadas a las normas, estas fueron declaradas improcedentes en su oportunidad, dado que el contratista **en ningún momento ha solicitado dentro de la ejecución contractual que se elabore un nuevo cronograma de entrega que comprenda la totalidad de sus obligaciones**, sino más bien, ha presentado solicitudes a todas luces improcedentes conforme así lo acreditó en audiencia, siendo por lo tanto válidas y eficaces la aplicación de penalidades por el incumplimiento del Formato No. 17.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 6.70. El Tribunal Arbitral, respecto a la Primera Pretensión de la demanda sobre la nulidad de la **Carta No. 170-2019-CC-CAJAMARCA4** de fecha 18 de noviembre del 2019 y la subsecuente nulidad de las penalidades por **S/. 233,529.45** y **S/. 215,226.96** Soles correspondiente a los Contratos 02 y 03-2019-CC-CAJAMARCA 4/ PRODUCTOS, respectivamente, tiene a bien analizar y exponer las siguientes razones que motivarán el resolutivo final de la presente pretensión.
- 6.71. Ello implicará que el Tribunal Arbitral desarrolle su posición, efectuando un análisis de legalidad respecto a la totalidad de lo actuado y ofrecido por las partes en el presente proceso arbitral, ello a fin de motivar correcta y debidamente el presente laudo arbitral.
- 6.72. Para poder determinar ello, el Tribunal Arbitral procederá a determinar la legalidad y procedencia, **de dos aspectos fundamentales relacionados a la posterior aplicación de penalidad de parte de la Entidad:**
- (i) El aspecto referido a la viabilidad de intercambio otorgada por parte del Presidente del Comité de Compras al Contratista;
 - (ii) Si de forma posterior a la integración de las bases, existió o no una causal de caso fortuito y/o fuerza mayor que comprenda una exoneración de imputación de penalidad al demandante.

Análisis respecto a la viabilidad de intercambio otorgada al Contratista por parte del Presidente del Comité de Compras

- 6.73. Hasta este punto, luego de revisado el expediente y lo alegado en su conjunto por las partes, queda claro para el Tribunal Arbitral que el Consorcio realiza una oferta dentro del marco del concurso, y sobre la misma obtiene un puntaje determinado, para que luego de habersele otorgado la buena pro, tenga que cumplir a cabalidad todas las obligaciones respecto a lo que se obligó. Dentro de ello, para poder cumplir, **el Contratista debe pedir la programación a la Entidad.**
- 6.74. Asimismo, queda claro que el Consorcio Grupo Kallpa, hace una consulta al Presidente de Comité de Compras, luego que las bases ya habían sido integradas y publicadas, es decir, conociendo oportunamente lo que estas reglas definitivas establecían. **Aun así, decidió y optó por participar como postor en el proceso de selección.**
- 6.75. En efecto, en atención a lo señalado precedentemente, este Tribunal Arbitral tiene a bien verificar que el Consorcio Grupo Kallpa, en el numeral 5.81 de su demanda arbitral señala lo siguiente:

“(…)

5.81. Al observar que las bases integradas adolecían de vicios de nulidad absoluta, actuando con la debida diligencia ordinaria requerida, a través de nuestra carta de fecha 15.01.2019, le solicitamos al Comité de Compras demandado, que nos comunique cual sería el criterio de evaluación que asumirá, y más que nada nos indique cual sería el modo correcto de llenar el formato N° 17, ya que no está claro si consideramos las tres entregas programadas o las seis entregas consideradas en el formato N° 17.

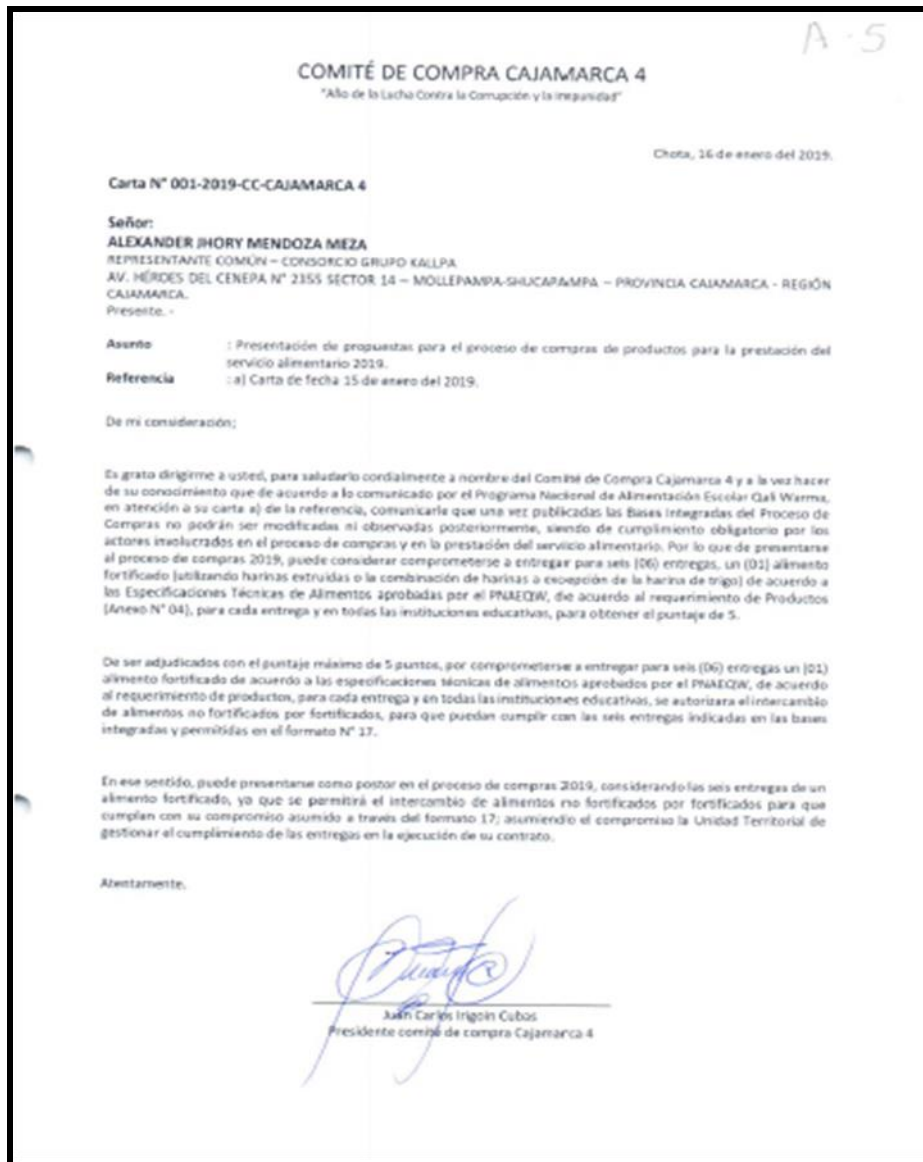
(…)”

- 6.76. En este punto, se advierte que el Consorcio, luego de haber observado una presunta nulidad absoluta de las bases integradas, realizó una

consulta al Presidente del Comité de Compras CAJAMARCA 4, Sr. Juan Carlos Irigoin Cubas.

- 6.77. Obra en autos que mediante Carta No. 001-2019-CC-CAJAMARCA4, el Presidente del Comité de Compras Cajamarca 4 le responde al Consorcio señalando lo siguiente, conforme a la prueba A-5 del escrito de demanda:

-----**Continúa en la página siguiente**-----



6.78. De la lectura realizada por este Tribunal Arbitral a lo señalado por el Presidente del Comité de Compras CAJAMARCA 4 en la Carta No. 001-2019-CC-CAJAMARCA4, se tiene a bien observar principalmente lo siguiente:

- (i) *Una vez publicadas las Bases Integradas del Proceso de Compras no podrán ser modificadas ni observadas posteriormente, siendo de cumplimiento obligatorio por los actores involucrados en el proceso de compras y en la prestación del servicio alimentario.*

- (ii)** *Por lo que de presentarse al proceso de compras 2019, puede considerar comprometerse a entregar para seis (06) entregas, un (01) alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo) de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo No. 04), para cada entrega y en todas las instituciones educativas, para obtener el puntaje de 5.*
 - (iii)** *En ese sentido, puede presentarse como postor en el proceso de compras 2019, considerando las seis entregas de un alimento fortificado, ya que se permitirá el intercambio de alimentos no fortificados por fortificados para que cumplan con su compromiso asumido a través del formato 17; asumiendo el compromiso la Unidad Territorial de gestionar el cumplimiento de las entregas en la ejecución de su contrato.*
- 6.79. De una lectura de los literales **(i)** **(ii)** y **(iii)** precedentes, este Tribunal Arbitral observa que el Presidente del Comité de Compras CAJAMARCA4, luego de haberse integrado las bases, con fecha 16 de enero de 2019, procedió a absolver una consulta formulada por el Consorcio, con relación al intercambio de productos, precisando el Presidente del Comité en dicha carta, que el Consorcio podría presentarse como postor al proceso de compras, considerando las seis entregas de un alimento fortificado, toda vez que la Unidad Territorial asumirá el compromiso para gestionar el cumplimiento de las entregas en la etapa de ejecución contractual, permitiendo el intercambio de alimentos no fortificados por fortificados.
- 6.80. En ese sentido, antes de que el Tribunal Arbitral proceda a desarrollar su posición respecto a este documento emitido por el Presidente del Comité de Compras Cajamarca 4, nos remitimos a lo regulado por el Manual de Compras aplicable al presente proceso, **en lo referido a las funciones del Presidente del Comité de Compras.**
- 6.81. En efecto, el Manual de Compras, en su numeral 29 establece taxativamente lo siguiente:

Funciones de la Presidenta o Presidente del Comité de Compra

29. Son funciones de la Presidenta o Presidente del CC:

- a) Ejercer la representación legal del CC y emitir voto dirimente en caso de empate, en las sesiones que realice el CC.
- b) Suscribir el Convenio de Cooperación con el PNAEQW y sus adendas, en representación del CC.
- c) Dirigir las sesiones del CC con la participación de la o el SC, para las acciones de asistencia técnica y supervisión que le corresponden.
- d) Registrar su firma para la apertura de la cuenta bancaria del CC y administrar los recursos financieros transferidos por el PNAEQW para la prestación del servicio alimentario, conjuntamente con la Tesorera o Tesorero, de acuerdo a las disposiciones establecidas por el PNAEQW.
- e) Suscribir los contratos con los postores adjudicados, en representación del CC, de conformidad con las Bases Integradas del Proceso de Compras correspondientes y remitir los expedientes de contratación a la o el JUT.

De la misma manera, a requerimiento del PNAEQW, el Presidente del CC debe suscribir las adendas con los proveedores y remitirlas con la documentación sustentatoria a la o el JUT, en el plazo máximo de 24 horas.

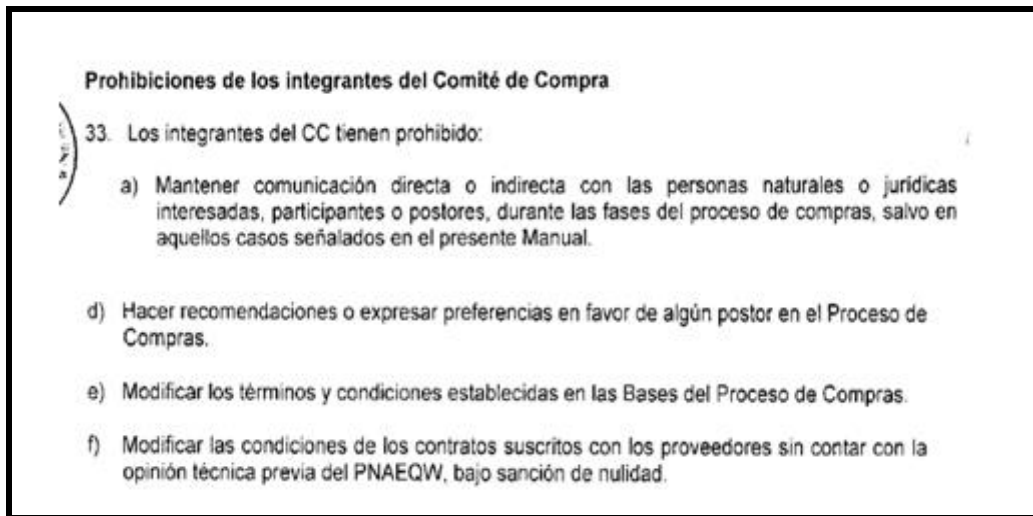
- f) Suscribir conjuntamente con la Tesorera o Tesorero, Secretaria o Secretario (en ausencia de la Tesorera o Tesorero), las cartas órdenes (órdenes de pago) a favor de los proveedores, en estricto cumplimiento de lo dispuesto en la resolución emitida por el PNAEQW, que aprueba la respectiva transferencia de recursos, en un plazo no mayor a cuatro (04) días hábiles de comunicada la transferencia de recursos financieros por la Coordinación de Tesorería del PNAEQW.
- g) Remitir a la Unidad Territorial el control de ingresos y gastos mensuales, de acuerdo con los lineamientos y procedimientos establecidos en el Manual de Transferencias y Rendición de Cuentas del PNAEQW, con la asistencia técnica de la o el SC y/o del personal de la Sede Central del PNAEQW.
- h) Suscribir y disponer la notificación de las cartas notariales, en las que se comunica a los proveedores la resolución del contrato o aplicación de penalidades. En las cartas notariales se debe especificar el concepto, monto, porcentaje, número de entrega en el que se aplica la penalidad y otros datos que considere pertinentes.

Asimismo, suscribe y dispone la notificación de las cartas para la suscripción de adendas, comunicación de nulidades en las fases del Proceso de Compras, entre otras establecidas en las normas que regulan el Proceso de Compras, en el marco del Convenio de Cooperación suscrito entre el PNAEQW y el CC.

- i) Custodiar el expediente de contratación, desde la etapa de presentación de propuestas hasta la etapa de la firma del contrato. Suscritos los contratos, la Presidenta o Presidente del CC debe entregar el referido expediente a la o el JUT, para su archivo y custodia.
- j) Tomar conocimiento de los acuerdos adoptados por el CC durante las sesiones en las que estuvo ausente.

6.82. Asimismo, en lo referido a las prohibiciones de los integrantes del Comité de Compra, el Manual de Compras establece taxativamente lo siguiente:

-----Continúa en la página siguiente-----



- 6.83. Revisado el Manual de Compras, en lo referido a funciones y prohibiciones del Presidente y los miembros del Comité respectivamente, se advierte que no se ha atribuido la función expresa y específica al Presidente del Comité de Compras y/o a cualquier otro integrante del Comité para alterar y/o coordinar un compromiso y/o facultad alguna para modificar un contrato, toda vez que para cumplirse tal cometido, es absolutamente claro que dicho pedido debería devenir de un procedimiento formal, es decir, a criterio de este colegiado, el Presidente del Comité ***prima facie*** no cuenta con capacidad decisoria para modificar un contrato, ni facultad alguna para interpretar las bases integradas de tal manera que su opinión -a modo de una suerte de "autorización"- sea vinculante hacia un Contratista, al C.C. o a QALI WARMA respecto a una posterior ejecución contractual.
- 6.84. En efecto, para el Tribunal Arbitral no es correcto considerar que el Presidente del Comité de Compras se encontraba habilitado o facultado a tomar una decisión vinculante respecto a un aspecto referido a modificar una regla plasmada en las bases integradas,
- 6.85. Los Comités de Compras, dentro del marco de un contrato de cogestión, intervienen y confluyen mediante un flujo de coordinación y control de parte del Programa, y se rigen bajo la normativa especial que regula su intervención. El Presidente de un Comité de Compras o cualquier otro integrante de dicho Comité, carece por sí mismo de la facultad de tomar, por su propia cuenta, decisiones que vinculen al

Comité o a QALI WARMA, o de realizar interpretaciones de las Bases o del Contrato que tengan efecto vinculante alguno.

- 6.86. Sin perjuicio de ello, a criterio del Tribunal Arbitral, cualquier solicitud dirigida al Comité debió ser dirigida a este, además de usarse los conductos regulares para su tramitación (tal como el uso de la mesa de partes de la Unidad Territorial).
- 6.87. Ahora bien, existe un alcance que se ha debatido y expuesto en el presente proceso arbitral, que le genera convicción al Tribunal Arbitral respecto a una presunta "informalidad" de la No. 001-2019-CC-CAJAMARCA4, y ello no es otra cosa que el tema referido a su codificación (y la falta del sello de recepción de parte del Comité y/o de la Unidad Territorial, ello sin perjuicio de que en el expediente de autos, no se acredite ningún tipo de sesión con quórum alguno para su realización).
- 6.88. Respecto a lo señalado en el numeral precedente, obra en autos, los términos del Oficio No. D000100-2021-MIDIS/PNAEQW-UTCJMR2, documento por el cual la Jefa de la Unidad Territorial Cajamarca 2 *-sin perjuicio de reconocer que el Presidente del Comité de Compras en esas fechas se encontraba en funciones-* informa lo siguiente:

La Carta s/n dirigida al Comité de Compras Cajamarca 4 y al PNAEQW, con el asunto: Dejar sin efecto los actos de publicación de las bases integradas por no guardar relación con el anexo 4; esta no fue ingresada a través de la mesa de partes de esta Unidad Territorial y menos obra en los archivos del CC Cajamarca 04.

- 6.89. Asimismo, se tiene a bien revisar el alegato referido a que la Carta No. 001-2019-CC-CAJAMARCA 4 de fecha 16.01.2019 no habría sido correctamente codificada, pues el código 001-2019-CC-CAJAMARCA4 correspondía a un documento si codificado en el archivo de la Unidad Territorial signado con fecha 14 de enero de 2019, documento distinto respecto al que merece discusión en el presente proceso, que correspondía a la invitación por parte del anterior presidente del Comité de Compras a un notario Público de nombre Elmer Bustamante Daza.
- 6.90. En efecto, la Jefa de la Unidad Territorial señala lo indicado precedentemente, y a su vez, este Tribunal Arbitral verifica que obra en

autos del presente proceso la Carta 001-2019-CC-CAJAMARCA4 codificada para otro tema, como así se acredita a continuación:

La Carta N° 001-2019-CC-CAJAMARCA 4 mediante la cual el presidente del Comité de Compras Cajamarca 4 en atención a la carta del numeral precedente absuelve consulta realizada; esta no fue elaborada por el Comité de Compras Cajamarca 04. La Carta N° 001-2019-CC-CAJAMARCA 4, que obra en los archivos de la Unidad Territorial corresponde a la invitación al notario para la etapa de evaluación de propuestas técnicas y económicas.



6.91. Sin perjuicio que el Tribunal Arbitral ya se ha pronunciado anteriormente respecto al cuestionamiento probatorio formulado contra la Carta No. 001-2019-CC-CAJAMARCA4, desestimando la tacha formulada por parte de la Entidad en este extremo; se tiene además que el Sr. Juan

Carlos Irigoín Cubas, ha reconocido que la misma fue elaborada por su persona de puño y letra. En ese sentido, lo que ha procedido a analizar este colegiado, es si la carta de respuesta del Presidente del Comité de Compras, fue emitida conforme a derecho o no.

- 6.92. Por lo antes referido, el Tribunal Arbitral considera que la solicitud del Consorcio de fecha 15 de enero de 2019 formulada al Presidente del Comité de Compras Cajamarca 4 no constituye siquiera un procedimiento regular de consulta a algún órgano que tenga facultad de adoptar decisiones vinculantes. La respuesta que da en este caso el Presidente del Comité de Compras Cajamarca 4 tampoco cumplió con el procedimiento regular ni la formalidad requerida para este tipo consultas/solicitudes, culminada la fase de selección, por lo que **debe ser desestimada, respecto a los efectos que se le pretende generar a este documento para todo el análisis que prosigue en el presente proceso arbitral.** Se reitera además en este punto que la posición expresada por el Presidente del Comité de Compras, expuesta en Carta suscrita por él y a la que se asignó informalmente el No. 001-2019-CC-CAJAMARCA4, no tiene efectos vinculantes para el Contratista, el C.C. o QALI WARMA pues ningún integrante del Comité (ni siquiera el Presidente) tiene la atribución de interpretar por sí mismo y con carácter vinculante las Bases o menos aún de modificarlas o alterar los compromisos asumidos en virtud del contrato, para efectos de la ejecución contractual.
- 6.93. Para el Tribunal Arbitral es tan clara la irregularidad de la Carta No. 001-2019-CC-CAJAMARCA4, que en el supuesto negado que la misma haya sido ingresada por los conductos regulares, y la misma hubiese merecido un pronunciamiento del Comité de Compras con el *quorum* respectivo, razonablemente hubiese sido impropio igualmente este proceder, toda vez que los otros postores, que no ganaron el proceso de selección, y a los que inicialmente se les plasmó las mismas reglas que al Consorcio Grupo Kallpa, luego de culminado el proceso de selección, den cuenta que se le facultó y dio la posibilidad al Contratista para modificar el mismo sin observar los procedimientos pertinentes conforme a ley, modificando las reglas para permitir incumplir y no implementar a lo que el postor ganador se había comprometido al ofrecer y suscribir su oferta desde un inicio.

Análisis del Tribunal Arbitral, respecto a si de forma posterior a la integración de las bases, existió o no una causal de caso fortuito y/o

fuerza mayor que comprenda una exoneración de imputación de penalidad al demandante

6.94. Con relación a este segundo punto clave para poder resolver la presente pretensión, se encuentra el referido a lo alegado por el Consorcio en su escrito de demanda (numerales del 5.86 al 5.90) cuando a la letra señala:

“(…)

- 5.86.** Con cartas 287 y 288-2019-CGKALLPA de fecha 26.08.2019, solicitamos realizar entrega de producto fortificado para la séptima entrega, denegándonos nuevamente la demandada esta solicitud de intercambio de un alimento no fortificado por un alimento o fortificado.
- 5.87.** La negativa por parte de la demanda evidencia la mala fe de la mismas, y la inoperancia con respecto a atender nuestras solicitudes de intercambio.
- 5.88.** El acaecimiento del hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, consistente en que el Comité de Compras demandado se negara a cambiar la entrega de un alimento NO fortificado por uno fortificado, no hace mas que evidenciar que nos encontramos ante una fuerza mayor.
- 5.89.** Ya que no hay forma a través de la cual haya podido prever que la demanda se iba a negar a autorizar mis intercambios de productos, con la intención de cumplir con las seis entregas programadas de alimentos fortificados.
- 5.90.** En el orden de ideas expuesto, tampoco existe forma a través de la cual haya podido resistir que la demandada, se negara a autorizar los intercambios solicitados, es más, sin autorización de intercambio, no se pueden programar las entregas, y sin programación, la entidad no puede liberar los alimentos (procedimiento indicado en el manual de compras), por lo que no existe forma alguna a través de la cual haya podido resistir el evento acaecido.

(…)”

6.95. Asimismo, los Contratos en su clausula VIGÉSIMA establecen lo siguiente:

-----Continúa en la página siguiente-----

CLÁUSULA VIGÉSIMO: CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

Es aquella 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. El Caso Fortuito es aquél provocado por la naturaleza, o aquél hecho imprevisible, 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, vóucher o cheques de depósito), entre otros elementos que acrediten los hechos suscitados.

- 6.96. Revisando este Tribunal Arbitral el GLOSARIO del Manual de Compras, se tiene que los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor se definen en el literal h) del ANEXO 01-Definición de Términos, de la siguiente manera:

Caso fortuito o fuerza mayor: 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. El caso fortuito es aquél provocado por la naturaleza, o aquél hecho imprevisible, mientras que la fuerza mayor es el acto del hombre o el acto irresistible. No obstante, los efectos jurídicos son idénticos.

- 6.97. Retornando al punto de lo señalado por el propio Consorcio en el numeral 5.88 de la demanda, se tiene que, para la posición del Demandante, el hecho de que la entidad se negara al intercambio (luego de que esta parte había obtenido la "viabilidad" de la Carta No. 001-2019-CC-CAJAMARCA4 emitida por el Presidente del Comité de Compras) **no hace más que evidenciar para su posición, que la misma se encontraba bajo una causal de fuerza mayor.**
- 6.98. Para poder determinar si ello deviene en correcto o no, el Tribunal Arbitral tiene a bien desarrollar los alcances jurídicos y doctrinales referidos al caso fortuito, la fuerza mayor y los presupuestos de consolidación de ambas figuras.
- 6.99. Siendo ello prudente, hay que señalar que, en el presente caso, es aplicable de forma supletoria al Manual de Compras, lo establecido en el Código Civil. Dicha norma, en su artículo 1315° prescribe que el 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.

- 6.100. En ese sentido, como se ha señalado, para que un evento se configure en un caso fortuito o de fuerza mayor, el mismo debe reunir los presupuestos de: *extraordinario, imprevisible e irresistible*, señalados precedentemente. En atención a ello, corresponde evaluar jurídicamente si en el presente caso se han configurado dichos presupuestos antes mencionados.
- 6.101. Para la posición del Tribunal Arbitral, **la configuración de un presupuesto Extraordinario** deviene en algo fuera de lo ordinario, esto es, fuera de lo común. Lo contrario a lo común se consideraría la excepción; por ello, se concluye de que se trata de algo que se encuentra dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento que se produce por excepción, lejos de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. Lo extraordinario es pues, lo que atenta o irrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos, asimismo, algo que invade temporalmente el espacio de lo común, de lo ordinario¹⁴.
- 6.102. Sobre este presupuesto cabe precisar que la Entidad no ha desarrollado en su escrito de contestación a la demanda el aspecto referido al por qué no se habría consolidado en este caso un hecho extraordinario, sin embargo, para la posición y criterio del Tribunal Arbitral, no deviene en un hecho extraordinario **ni fuera de lo común** el hecho de que el Consorcio haya incumplido su obligación y compromiso respecto del cual ya se había obligado al conocer las reglas de juego del proceso de selección con la integración de las bases respectivas y posterior participación de la que resultó ganador.
- 6.103. Asimismo, para la posición del Tribunal Arbitral, en lo que respecta al **presupuesto de lo imprevisible**, tiene a bien señalar que un hecho o evento es imprevisible es **cuando este supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria**. En otras palabras, el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, lo que equivale a decir que el acreedor puede exigir un nivel mínimo de previsión. Para ello debemos determinar qué constituye este factor o

¹⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2008). Compendio de derecho de las obligaciones. Lima: Palestra, pp. 828-829.

índice de previsión, del que se parte para ingresar en el terreno de la imputabilidad¹⁵

- 6.104. En relación con este presupuesto, el Consorcio señala que no había forma a través de la cual haya podido prever que la demandada se iba a negar a autorizar los intercambios de productos, cuando esta parte tenía la intención de cumplir con las seis entregas programadas de alimentos fortificados. A su vez la Entidad señala que, al ser las reglas y la oferta fijada de pleno conocimiento del Consorcio desde la publicación de las Bases Integradas, las condiciones establecidas tanto en el Anexo A4 (Requerimiento de Productos) como en el Formato No. 17 presentado como parte de su propuesta técnica y económica no pueden sustentarse como la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor.
- 6.105. En ese sentido, la posición del Tribunal Arbitral es que un evento imprevisible, debería devenir de en un evento que el Consorcio **no pudo prever**, por lo cual, no resulta legal ni jurídicamente posible admitir que el Consorcio no estaba incapacitado para haber conocido (o prevenido) los compromisos y las reglas a las cuales se había obligado y sometido, para luego y de forma posterior a obtener la buena pro y luego de haber realizado una consulta probadamente informal (al Presidente del Comité), alegar que existía un vicio de nulidad de las bases del procedimiento de selección que generaban el caso fortuito y la fuerza mayor. Esta afirmación y posición del Consorcio de hecho no es compartida por el Tribunal Arbitral, por lo cual, debe ser desestimada.
- 6.106. Asimismo, para la posición del Tribunal Arbitral, en lo que respecta al presupuesto de lo irresistible, esto quiere decir que la persona (en este caso el Consorcio) **es impotente para evitar un hecho**; pues no podría impedir su acaecimiento por más que quiera o haga.¹⁶
- 6.107. En efecto, respecto al factor de lo irresistible, el Tribunal Arbitral cuenta con convicción que el Consorcio, como así lo ha señalado expresamente, conocía de una presunta nulidad de las bases integradas de proceso y como así obra acreditado en autos, CONCURSÓ Y OBTUVO LA BUENA PRO. Siendo ello así nos preguntamos

¹⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2008). Compendio de derecho de las obligaciones. Lima: Palestra, p. 829.

¹⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2008). Compendio de derecho de las obligaciones. Lima: Palestra, p. 830.

¿entonces porque concurso?, ¿Por qué firmó el formato 17 si este para su posición mantenía una presunta incongruencia con el Anexo 4?, ¿El Consorcio realmente pudo haber sido inducido a error con la carta emitida por el Presidente del Comité? La respuesta a esta pregunta de cara a consolidar una posición de este colegiado arbitral es que el Consorcio conoció desde un comienzo la obligación a la que se comprometió, por ello, no se ha acreditado la existencia de una situación de caso fortuito o fuerza mayor en este caso.

- 6.108. Señalado lo precedente, ello no configura de ninguna manera el presupuesto de lo irresistible, pues como se ha indicado y está probado, el Consorcio dentro de su margen de acción y decisión si pudo impedir y no le era imposible evitar los incumplimientos que le generaron la imposición de las penalidades por el incumplimiento a lo establecido en el Formato No. 17, presentado como parte de su propuesta técnica y económica. Ello se tendrá a bien desarrollar a detalle a continuación.

Análisis del Tribunal Arbitral respecto a la imposición de las penalidades, que son materia de la presente pretensión

- 6.109. Como así se verifica, las penalidades que se le impusieron al Consorcio se encuentran establecidas en el numeral 16.9 -penalidad 19 de los Contratos.

-----Continúa en la página siguiente-----

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: PENALIDADES

16.1 Las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, bajo responsabilidad, cuando concurren conjuntamente:

- a) Una causal de incumplimiento prevista en el contrato, y
- b) Que responda a circunstancias imputables al **PROVEEDOR**.

Las penalidades se aplican sin perjuicio de la resolución del contrato y/o de las acciones legales que correspondan, previa evaluación y opinión favorable de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos.

Los pronunciamientos de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos sobre la materia son vinculantes y de obligatorio cumplimiento por parte de las Unidad Territorial y el **COMITÉ**. En caso de discrepancias entre la opinión de la Unidad Territorial y el pronunciamiento de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos, prima el pronunciamiento de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos.

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.

16.3 El proveedor 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.

El **PNAEQW** evalúa la solicitud y emite su pronunciamiento de acuerdo al procedimiento aprobado.

6.110. La penalidad que se le imputó al Consorcio fue por la siguiente causal de incumplimiento:

-----Continua en la página siguiente-----

Causal de Incumplimiento	Penalidad
<i>No acreditar la entrega de alimentos fortificados durante el periodo de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el Formato N° 17, adjunto en su Propuesta Técnica</i>	<i>7% del monto total del contrato.</i>

- Contrato 0002-2019-CC-CAJAMARCA4/PPRODUCTOS por la suma de S/ . 233,529.45.
- Contrato 0003-2019-CC-CAJAMARCA4/PPRODUCTOS por la suma de S/ . 215,226.9Exp.

6.111. Según lo establecido en el Manual de Compras, las penalidades se configuran y aplican en base a lo siguiente:

-----Continúa en la página siguiente-----

Aplicación de penalidades

144. Las penalidades establecidas en las Bases Integradas del Proceso de Compras y en el contrato deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto del contrato (prestación del servicio alimentario).
145. Las causales de incumplimiento y los montos de las penalidades para la modalidad de raciones y productos son establecidas en las Bases Integradas del Proceso de Compras y recogidas en el contrato correspondiente.
146. Las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, bajo responsabilidad, cuando concurren conjuntamente:
- a) Una causal de incumplimiento prevista en el contrato, y
 - b) Que responda a circunstancias imputables al proveedor.
- Las penalidades se aplican sin perjuicio de la resolución del contrato y/o de las acciones legales que correspondan, previa evaluación y opinión favorable de la UGCTR.

-----Continúa en la página siguiente-----

Los pronunciamientos de la UGCTR sobre la materia son vinculantes y de obligatorio cumplimiento por parte de las Unidades Territoriales y los CC. En caso de discrepancias entre la opinión de la UT y el pronunciamiento de la UGCTR, prima el pronunciamiento de la UGCTR.

147. 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.

148. El proveedor puede solicitar la inaplicación de penalidades mediante la presentación al CC 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 CC debe trasladar el pedido a la Unidad Territorial.

El PNAEQW evalúa la solicitud y emite su pronunciamiento de acuerdo al procedimiento aprobado.

149. Cada penalidad se calcula de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas de los pagos parciales, del pago final o de la garantía de fiel cumplimiento, conforme a lo señalado en el contrato. El monto total de las penalidades aplicadas al contrato no debe superar el diez (10%) del monto contractual vigente.

150. Excepcionalmente, para aquellos contratos en los que se suscriba una adenda para la adscripción de uno o más ítems, el cálculo para la aplicación de la penalidad se realiza sobre la base del monto del ítem en los cuales se produjo el incumplimiento contractual.

151. En caso el monto de las penalidades aplicadas en un determinado contrato supere los montos pendientes de pago, éstas serán deducidas de la Garantía de Fiel Cumplimiento.

152. La opinión del PNAEQW es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del CC. El PNAEQW dispone la notificación al proveedor de las penalidades impuestas vía publicación en el portal web institucional.

153. Ante cualquier controversia respecto a la aplicación de penalidades, se aplica únicamente la cláusula de solución de controversias del contrato correspondiente.

6.112. A fin de poder ordenar los argumentos señalados por parte del Consorcio respecto a un presunto actuar de mala fe de parte de QALI WARMA, este tribunal arbitral tiene a bien detallar lo alegado por el Consorcio en su escrito de demanda.

6.113. En efecto, se detalla este punto de forma previa a los demás puntos a desarrollar, toda vez que, como es posible verificar a continuación, el presunto proceder de mala fe de parte de la Entidad se invoca, luego de que el Consorcio fuese autorizado por medio de la Carta No. 001-2019-CC-CAJAMARCA4, **documento que como este Tribunal Arbitral ya lo ha señalado en considerandos precedentes, el mismo no es jurídicamente vinculante para el PNAEQW ni para el CC.**

6.114. El Consorcio en su demanda arbitral señala lo siguiente, en los numerales del 5.104 al 5.111 lo siguiente:

“(…)

Actuar de mala fe del CC demandado.

5.104. Con la carta N° 001-2019-CC-CAJAMARCA 4 de fecha 16.01.2019, el CC demandado indica que se autorizara el intercambio de alimentos no fortificados por fortificado, par que los postores puedan cumplir con las seis entregas indicadas en las bases integradas y permitidas en el formato N° 17.

5.105. Teniendo en consideración lo indicado por el CC, en múltiples oportunidades solicito intercambio de un alimento no fortificado por uno fortificado, siempre obteniendo una respuesta negativa por parte de la demandada.

5.106. Para finalmente la UT a través del Informe N° D000109-2019-MIDIS/PNAEQW-UTCJMR2-MMC, e informe N° D000109-2019-MIDIS/PNAEQW-UTCJMR2-FHC, la UT apruebe el intercambio autorizando intercambiar la harina de trigo fortificada y mezcla de harinas POR harina de kiwicha y/o harina de cebada y/o harina de maíz y/o harina de quinua y/o harina de haba y/o harina de tarwi y/o harina de kañihua y/o harina de maca. Considerando la entrega de dos alimentos fortificados a través de intercambios y considerar cada alimento como una entrega.

-----Continúa en la página siguiente-----

5.107. Posición que es validada por los Memorando N° D000487-2019-MIDIS/PNAEQW-UTCJMT2, de fecha 23.08.2019, memorando N° D001630-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR, de fecha 11.09.2019, con los cuales se acredita que la propuesta de intercambio de un

37

alimento no fortificado por un alimento fortificado, fue aprobada por la Unidad de Organización de las Prestaciones del PNAEQW, por haber sido así comunicado por el CC y la UT CJMR 2, antes del proceso de selección.

5.108. Pero de manera sorpresiva, la el CC demandado, con la carta N° 163-2019-CC-CAJAMARCA 4 de fecha 25.09.2019, me indica que no procede mi solicitud de intercambio de un alimento no fortificado por un alimento fortificado, por así indicarlo el memorando N° D 0001752-MIDIS-PNAEQW-UGCTR, del PNAEQW, lo cual es falso, ya que el aludo memorando en ningún extremo indica que no se debe autorizar mi solicitud de intercambio, es más, refiere que el intercambio es beneficiario a los usuarios del PNAEQW, para luego indicar que se debe cautelar que los postores cumplan con lo declarado en el formato 17; a lo cual le pregunto al CC: ¿cómo cautela que se cumpla con lo declarado en el formato N° 17?, obvio, autorizando el intercambio en virtud a los pronunciamientos del PNAEQW, en los cuales se indica que el cambio de un alimento no fortificado por uno fortificado, incrementa el aporte diario de hierro de los desayunos en un 20%.

-----Continúa en la página siguiente-----

5.109. Indicando el CC, que la UGCTR le habría indicado que para que pueda aplicar algún tipo de penalidad debe observar que concurren dos elementos:

- Una causal de incumplimiento prevista en el contrato.
- Que responda a circunstancias imputables al proveedor.

Subrayando, que de evidenciarse algún incumplimiento por parte de los proveedores deberá evaluarse teniendo en consideración lo indicado al respecto; la indicación tiene su sustento en el hecho de que se esta ante una causal de incumplimiento, pero esta no responde a circunstancias imputables al proveedor, por lo que, independientemente que se autorice el intercambio o NO, no se debe aplicar penalidad alguna al proveedor.

5.110. Del tenor de la aludida carta se evidencia que esta carece de motivación y sustento, evidenciando un accionar de mala fe por parte del CC demandado, ya que el documento de sustento para no autorizar el intercambio no indicaría ello, es más, todos los documentos previos al memorando N° D 0001752-MIDIS-PNAEQW-UGCTR, emitidos por la UOP del PNAEQW, señalan expresamente que es procedente el intercambio solicitado por el proveedor y la propuesta de la UT al respecto.

5.111. Por lo manifestado, al tergiversar el CC demandado y la UT CJMR 2, lo indicado por el PNAEQW, hace ver que el mismo ha actuado de mala fe al no autorizar el intercambio solicitado.

(...)"

6.115. La posición del Tribunal Arbitral, con relación a los puntos 5.104 y 5.105 de la demanda arbitral, es que los mismos expresan argumentos incorrectos. El motivo de esta conclusión es que se ha determinado en el presente laudo arbitral, que la Carta No. 001-2019-CC-CAJAMARCA4 emitida el 16.01.2019 por parte del Presidente del Comité de Compras Cajamarca 4 no es jurídicamente válida y vinculante frente al C.C. y al PNAEQW. Por ello, no es amparable en ese sentido, la posición del Consorcio cuando alega que habría sido inducido a error por parte de la Entidad, pues la respuesta que le habría dado personalmente el Presidente del C.C. no vincula de modo alguno al C.C. ni a la PNAEQW.

6.116. Ahora bien, el Tribunal Arbitral no comparte lo afirmado por el Consorcio en los numerales 5.106 y 5.107 de su demanda, toda vez que para este colegiado arbitral ha quedado claro que la opinión vinculante y decisoria en el Programa QALI WARMA **la tiene la UGCTR conforme así lo establece el Manual de Compras:**

MANUAL DEL PROCESO DE COMPRAS DEL MODELO
DE COGESTIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO
ALIMENTARIO DEL PROGRAMA NACIONAL DE
ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA

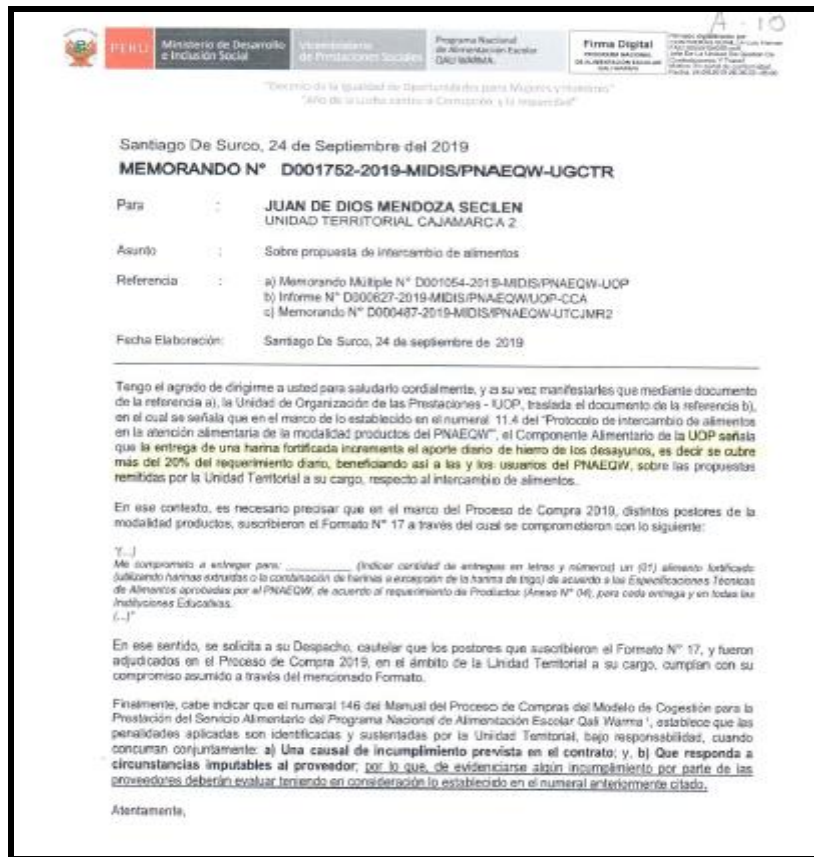
MAN-009-PNAEQW-UGCTR

Los pronunciamientos de la UGCTR sobre la materia son vinculantes y de obligatorio cumplimiento por parte de las Unidades Territoriales y los CC. En caso de discrepancias entre la opinión de la UT y el pronunciamiento de la UGCTR, prima el pronunciamiento de la UGCTR.

6.117. Sin perjuicio de que obren en autos del presente proceso arbitral documentos que en efecto acreditan pronunciamientos de parte de la Unidad Territorial y de otras áreas del Programa emitiendo "opinión" sobre la viabilidad de los pedidos del Consorcio, por procedimiento, obran también en autos los pronunciamientos en instancia decisoria definitiva, que conforme a lo establecido en el Manual de Compras, fueron resueltos por parte de la UGCTR a modo de pronunciamiento definitivo y vinculante.

Este pronunciamiento definitivo y vinculante, el Tribunal Arbitral lo ubica en el anexo 10 de la demanda arbitral al revisar el Memorándum No. D001752-2019-MIDIS-PNAEQW-UGCTR:

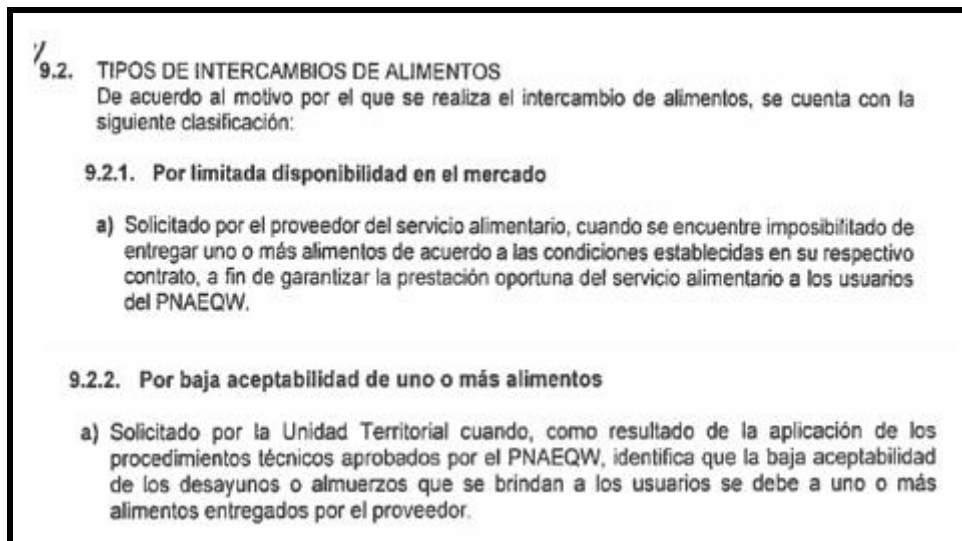
-----Continua en la página siguiente-----



6.118. Colocándose este Tribunal Arbitral en el contexto literal de la respuesta de la UGCTR, el jefe de dicha unidad emite opinión vinculante indicando que en el Formato No. 17, el postor se compromete a entregar no 3 sino 6 alimentos fortificados, y es por ello que, con la suscripción de dicho formato, estos fueron adjudicados al proceso de compras 2019 con un puntaje determinado (5 puntos), debiendo cumplir en ese sentido, con el compromiso asumido a través del mencionado formato. En ese mismo memorándum, la UGCTR alcanza una opinión respecto a lo regulado en el artículo 146 del Manual de Compras referido a las penalidades, ello a fin de que el Comité y la Unidad Territorial tengan a bien tener en cuenta las posibles causales que, conforme al marco legal, podrían generarse por el incumplimiento de dichas obligaciones contractuales.

6.119. Ahora bien, respecto a los numerales 5.108, 5.109, 5.110 y 5.111 de la demanda arbitral, el Tribunal Arbitral tampoco comparte la posición del Consorcio en su interpretación respecto a las implicancias del Memorándum No. D001752-2019- MIDIS-PNAEQW-UGCTR. Para este

colegiado no deviene de ninguna manera en un proceder de mala fé de parte de la Entidad el hecho de que le haya negado y/o no le haya permitido al Consorcio el intercambio de productos, toda vez que QALIWARMA le indica al Consorcio que NO procede legalmente su solicitud de intercambio, debido a que el Protocolo para el Intercambio de Productos regula que esta figura únicamente procede según norma, únicamente para dos supuestos¹⁷:



6.120. De la lectura de ambos supuestos, se verifica que el Consorcio debió demostrar que el producto se encontraba desabastecido en el mercado. Asimismo, el otro supuesto para la procedencia de un intercambio requería que el Consorcio demuestre que los productos respecto de los cuales solicitó el intercambio no eran del gusto de los niños (baja aceptabilidad de los desayunos o almuerzos brindados a los usuarios).

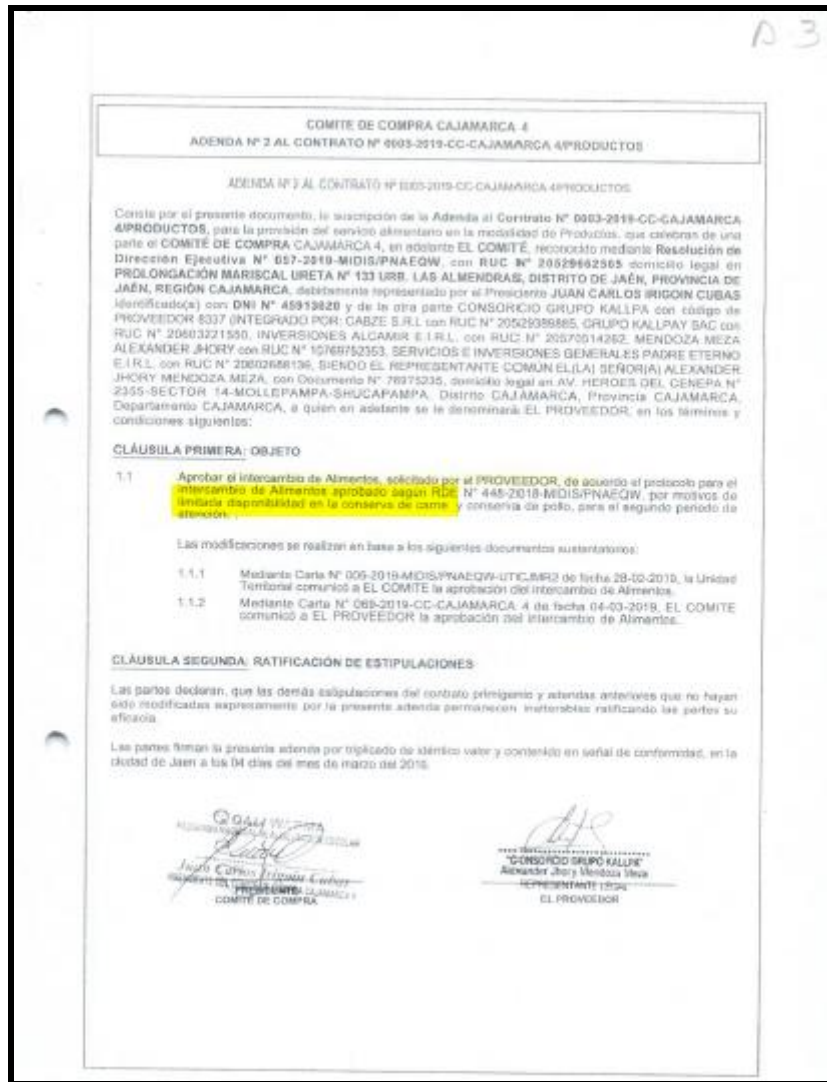
6.121. En ese sentido, en relación al intercambio solicitado por el Consorcio, el Tribunal Arbitral considera que no se configuraron las causales para pedir los intercambios de acuerdo a lo establecido por el Protocolo para el Intercambio de productos. Por ello, su pedido de intercambio, donde esta parte pretendió cambiar un producto no fortificado por un producto fortificado para cumplir con su compromiso en el Formato No.

¹⁷ PRT-005-PNAEQW-UOP- aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva No. 448-2018-MIDIS-PNAEQW.

17, no resulta comprendido dentro de los dos supuestos antes mencionados.

- 6.122. Complementando lo señalado en considerandos precedentes, en efecto la Unidad de Prestaciones Alimentarias (UPA) emitió un pronunciamiento respecto al pedido del Consorcio sobre el agregar dos productos fortificados adicionales para una sola oportunidad. Asimismo, la UPA indicó que ello podría ser pertinente, **pero dejó claro que al involucrar este pedido un cambio de las reglas del proceso, dicha parte no era la competente para pronunciarse sobre ello.** Siendo ello así, cuando sube esta solicitud a la UGCTR, dicha unidad resuelve que la misma no es procedente, toda vez que esta parte esta obligada a implementar a lo que se comprometió mediante la suscripción del Formato No. 17.
- 6.123. A criterio de este colegiado, no existe la incongruencia alegada por la Demandante, toda vez que el caso fortuito se puede invocar a los 7 días del evento, no luego de meses de ocurrido el mismo. En este punto, el Tribunal Arbitral considera acertada la posición expuesta por la Entidad en ese sentido.
- 6.124. Donde sí se evidencia una inconsistencia a criterio de este colegiado, es cuando el Consorcio alega que existe una incongruencia en las bases, para luego pedir el reconocimiento de un supuesto de caso fortuito y fuerza mayor, que como se ha desarrollado en considerandos precedentes, **no se dio ni consolidó en el presente caso, conforme a los hechos acreditados.**
- 6.125. Ahora bien, respecto al tema relativo a las Adendas (alegada por el Consorcio en su demanda), el Tribunal Arbitral estima conveniente precisar y cuenta con convicción que esta afirmación del Consorcio está referida a cambios motivados por falta de disponibilidad del producto en el mercado (según revisión de los documentos conformantes del ANEXO A-3 de la demanda), razón por la cual, observa que las partes efectivamente acordaron la sustitución correspondiente bajo un supuesto comprendido en el Manual de Compras, el mismo que no contiene ningún supuesto de sustitución del producto establecido en las Bases del procedimiento de selección; aun cuando sea por un producto mejor.

6.126. Se procede a demostrar lo señalado por el Tribunal Arbitral en el numeral precedente, adjuntando algunas de las adendas que fueron presentadas por el Consorcio en su escrito de demanda vía anexo A-3.



-----Continúa en la página siguiente-----

A 3

COMITE DE COMPRA CAJAMARCA 4
ADENDA N° 4 AL CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS

ADENDA N° 4 AL CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS

Conste por el presente documento, la suscripción de la Adenda al Contrato N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, para la provisión del servicio alimentario en la modalidad de Productos, que celebran de una parte el COMITE DE COMPRA CAJAMARCA 4, en adelante EL COMITE, reconocido mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 057-2019-MIDIS/PNAEQW con RUC N° 20529662565 domicilio legal en PROLONGACIÓN MARISCAL URETA N° 133 URB. LAS ALMENDRAS, DISTRITO DE JAEN, PROVINCIA DE JAÉN, REGION CAJAMARCA, debidamente representado por el Presidente JUAN CARLOS IRIGOIN CUBAS identificado(a) con DNI N° 45913620 y de la otra parte CONSORCIO GRUPO KALLPA con código de PROVEEDOR 8337 (INTEGRADO POR: CABZE S.R.L con RUC N° 20529389885, GRUPO KALLPAY SAC con RUC N° 20603221550, INVERSIONES ALCAMIR E.I.R.L. con RUC N° 20570514262, MENDOZA MEZA ALEXANDER JHORY con RUC N° 10769752353, SERVICIOS E INVERSIONES GENERALES PADRE ETERNO E.I.R.L. con RUC N° 20602688136, SIENDO EL REPRESENTANTE COMUN EL(LA) SEÑOR(A) ALEXANDER JHORY MENDOZA MEZA, con Documento N° 76975235, domicilio legal en AV. HERDES DEL CENEPA N° 2355-SECTOR 14-MOLLEPAMPA-SHUCA PAMPA, Distrito CAJAMARCA, Provincia CAJAMARCA, Departamento CAJAMARCA, a quien en adelante se le denominará EL PROVEEDOR, en los términos y condiciones siguientes:

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO

1.1 Aprobar el intercambio de Alimentos, solicitado por el PROVEEDOR, de acuerdo al protocolo para el intercambio de Alimentos aprobado según RDE N° 446-2018-MIDIS/PNAEQW por motivos de limitada disponibilidad en el mercado de los alimentos Conserva de Carne de Cerdo y Conserva de Hígado de Pato de la séptima entrega por la conserva de Conserva de Pescado en Aceite Vegetal de la séptima entrega, para el ítem de Chalamarca.

Las modificaciones se realizan en base a los siguientes documentos sustentatorios:


1.1.1 Mediante Carta N° 038-2019-MIDIS/PNAEQW-UTC/MR2 de fecha 10-04-2019, la Unidad Territorial comunicó a EL COMITE la aprobación del intercambio de Alimentos.

1.1.2 Mediante Carta N° 079-2019-CC-CAJAMARCA 4 de fecha 11-04-2019, EL COMITE comunicó a EL PROVEEDOR la aprobación del intercambio de Alimentos.

CLÁUSULA SEGUNDA: RATIFICACIÓN DE ESTIPULACIONES


Las partes declaran, que las demás estipulaciones del contrato primigenio y adendas anteriores que no hayan sido modificadas expresamente por la presente adenda permanecen inalterables ratificando las partes su eficacia.

Las partes firman la presente adenda por triplicado de idéntico valor y contenido en señal de conformidad, en la ciudad de Jaén a los 11 días del mes de abril del 2019.



COMITE DE COMPRA

EL PRESIDENTE



CONSORCIO GRUPO KALLPA

EL REPRESENTANTE LEGAL

EL PROVEEDOR

-----Continua en la página siguiente-----

COMITE DE COMPRA CAJAMARCA 4
ADENDA N° 5 AL CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS

ADENDA N° 5 AL CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS

Conste por el presente documento, la suscripción de la **Adenda al Contrato N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS**, para la provisión del servicio alimentario en la modalidad de Productos, que celebran de una parte el **COMITÉ DE COMPRA CAJAMARCA 4**, en adelante **EL COMITÉ**, reconocido mediante **Resolución de Dirección Ejecutiva N° 057-2019-MIDIS/PNAEQW**, con **RUC N° 20529652565** domicilio legal en **PROLONGACIÓN MARISCAL URETA N° 133 URB. LAS ALMENDRAS, DISTRITO DE JAÉN, PROVINCIA DE JAÉN, REGIÓN CAJAMARCA**, debidamente representado por el Presidente **JOSÉ RAMÓN MANTILLA CHALAN** (identificado) con **DNI N° 28030045** y de la otra parte **CONSORCIO GRUPO KALLPA** con código de **PROVEEDOR 8337** (INTEGRADO POR: **CABZE S.R.L.** con **RUC N° 20529389885**; **GRUPO KALLPAY SAC** con **RUC N° 20603221650**, **INVERSIONES ALCAMIR E.I.R.L.** con **RUC N° 20670614262**, **MENDOZA MEZA ALEXANDER JHORY** con **RUC N° 10769752353**, **SERVICIOS E INVERSIONES GENERALES PADRE ETERNO E.I.R.L.** con **RUC N° 20602688136**, SIENDO EL REPRESENTANTE COMÚN EL(LA) SEÑOR(A) **ALEXANDER JHORY MENDOZA MEZA**, con Documento N° **76975235**, domicilio legal en **AV. HÉROES DEL CENEPA N° 2355-SECTOR 14-MOLLEPAMPA-SHUCA PAMPA, Distrito CAJAMARCA, Provincia CAJAMARCA, Departamento CAJAMARCA**, a quien en adelante se le denominará **EL PROVEEDOR**, en los términos y condiciones siguientes:

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO

1.1 Aprobar el intercambio de Alimentos, solicitado por el PROVEEDOR, de acuerdo al protocolo para el intercambio de Alimentos aprobado según RDE N° 448-2018-MIDIS/PNAEQW, por motivos de **limitada disponibilidad de producto**, se realiza intercambio de Conserva de Molejita de la cuarta entrega por Conserva de Pescado en Aceite Vegetal, y al mismo tiempo se realiza permuta de Conserva de Carne de Pollo de la cuarta entrega por Conserva de Pescado en Aceite Vegetal de la sexta entrega.

Las modificaciones se realizan en base a los siguientes documentos sustentatorios:


3.1.1 Mediante Carta N° Circular N° 051-2019-MIDIS/PNAEQW-UTCJMRR de fecha 16-05-2019, la Unidad Territorial comunicó a EL COMITE la aprobación del intercambio de Alimentos.


3.1.2 Mediante Carta N° 107-2019-CC-CAJAMARCA 4 de fecha 16-05-2019, EL COMITE comunicó a EL PROVEEDOR la aprobación del intercambio de Alimentos.

CLÁUSULA SEGUNDA: RATIFICACIÓN DE ESTIPULACIONES

Las partes declaran, que las demás estipulaciones del contrato primitivo y adendas anteriores que no hayan sido modificadas expresamente por la presente adenda permanecen inalterables ratificando las partes su eficacia.

Las partes firman la presente adenda por triplicado de idéntico valor y contenido en señal de conformidad, en la ciudad de Jaen a los 16 días del mes de mayo del 2019.


 PRESIDENTE
COMITÉ DE COMPRA


 EL PROVEEDOR

6.127. Siendo ello así, en lo que respecta a la aplicación de las penalidades, el Tribunal Arbitral verifica que la imposición de las mismas en ambos contratos, devienen por la configuración de un hecho objetivo

establecido a modo de causal de incumplimiento, la misma que comprende lo siguiente:

Causal de Incumplimiento	Penalidad
No acreditar la entrega de alimentos fortificados durante el periodo de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el Formato N° 17, adjunto en su Propuesta Técnica	7% del monto total del contrato.

6.128. Por lo tanto, **(i)** habiendo sido desestimadas las solicitudes de intercambio de alimentos y/o entrega de alimentos fortificados, por cuanto estas solicitudes únicamente proceden ante dos supuestos taxativos que se han procedido a detallar precedentemente, los mismos que no calzaban dentro del pedido de intercambio del Consorcio, asimismo, **(ii)** al haberse verificado que la Carta No. 001-2019-CC-CAJAMARCA4 no solo no era correcta sino que a su vez no era vinculante para obligar al Programa, y, **(iii)** siendo que en el presente caso, lo alegado por el Consorcio no deviene de hechos acaecidos dentro del marco de un supuesto de caso fortuito y/o fuerza mayor que le pueda generar inimputabilidad, a criterio del Tribunal Arbitral si se configuró un incumplimiento objetivo a lo comprometido en el Formato No. 17, por lo que correspondía en el presente caso era que la Entidad afectada, proceda a aplicar la penalidad en cada uno de los contratos, al no acreditarse la entrega de alimentos fortificados comprometidos por el Consorcio en su oferta.

6.129. En efecto, y a fin de que este Tribunal Arbitral proporcione en este punto del presente laudo arbitral un resumen de lo absolutamente probado y acreditado en los considerandos precedentes tenemos lo siguiente.

6.130. Qué obra en autos del expediente arbitral, y deviene en un hecho comprobado, que el Contratista suscribió el Formato No. 17, obligándose a entregar un alimento fortificado **en cada una** de las seis entregas. No como se ha pretendido interpretar por parte del Consorcio, en donde su posición abarcaba la entrega de UNA SOLA entrega de alimento fortificado para las 6 entregas.

6.131. Reforzando lo señalado en el numeral precedente, obra en autos, que el Consorcio, en el numeral 5.37 de su escrito de demanda señala expresamente lo siguiente:

*“(…) Por lo que, si el postor se compromete a entregar **para seis entregas un alimento fortificado, bastará con que se entregue un alimento fortificado durante estas seis entregas**, de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo No. 04), para que se cumpla con lo declarado.*

***No pudiendo entenderse que el compromiso sería el entregar un alimento fortificado para cada una de las seis entregas**, caso contrario, las bases integradas y el formato No. 17, prescribirían que: El postor se compromete a entregar en cada una de las seis entregas un alimento fortificado, cosa que no se observa en las bases integradas ni en el formato No.17 (..)”*

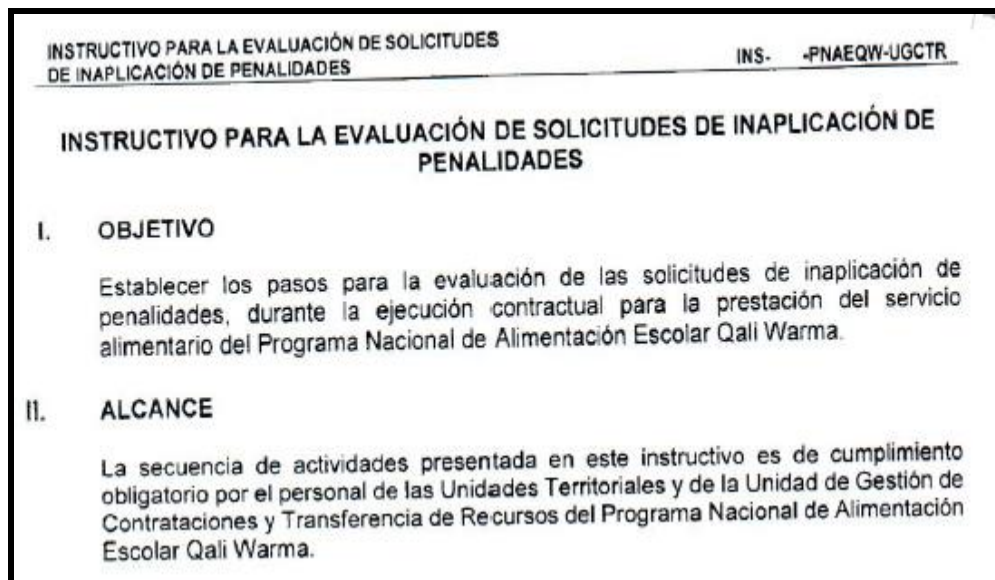
- 6.132. Para el Tribunal Arbitral no es válido ni razonable admitir la tesis del Consorcio, referida a que el formato No. 17 **sólo** comprendía la entrega de **UN SOLO** alimento fortificado para las seis entregas, ciñéndose al tenor literal del formulario de donde fluye – según dice el Consorcio– que la obligación de entregar UN solo alimento fortificado es para las seis entregas a las que se obliga y, por lo tanto, la obligación se cumple entregando UNA y no SEIS harinas fortificadas.
- 6.133. Porque técnica y jurídicamente, para el análisis que este Tribunal Arbitral ha efectuado, no configura caso fortuito o fuerza mayor el supuesto hecho de que el PNAEQW no haya programado las seis entregas, sino sólo tres según el formulario o Anexo 4, es decir, este Tribunal no encuentra contradicción en ello toda vez que, si dicha parte no firmaba el Formato No. 17, de igual manera el Consorcio se obligaba a realizar 3 entregas. El puntaje adicional de 5 puntos, y a lo que se comprometió, era el de entregar algo más adicional a lo regulado en el ANEXO 4, es decir 6 entregas, 3 más de las mínimamente previstas. Ello, como está probado, no lo cumplió el Consorcio.
- 6.134. Porque según lo que obra en autos, y a lo que este Tribunal Arbitral conceptualiza como una **declaración asimilada** del Consorcio contenida en su demanda arbitral desde el Numeral 5.80 en adelante, para este colegiado queda claro que el Contratista se percató de los posibles inconvenientes que acarrearía la presunta incompatibilidad entre el Formulario No. 17 y el ANEXO No. 4 que hablan de SEIS y TRES alimentos fortificados respectivamente, **antes de presentar su oferta**

técnica y económica, y aun así decidió participar alegando que hizo las respectivas consultas al Presidente del Comité de Compras (Ver Numeral 5.81 de la demanda) y que éste le respondió que se presente como postor en el proceso de compras 2019 considerando las seis entregas de un alimento fortificado, ya que se permitiría el intercambio de alimentos no fortificados por fortificados para que el postor pueda cumplir con el compromiso asumido a través del Formulario 17; vale decir, **para este Tribunal Arbitral el Consorcio alega haber actuado inducido a error por el Comité de Compras porque cuando solicitó el intercambio del alimento fortificado, tal solicitud le fue denegada.**

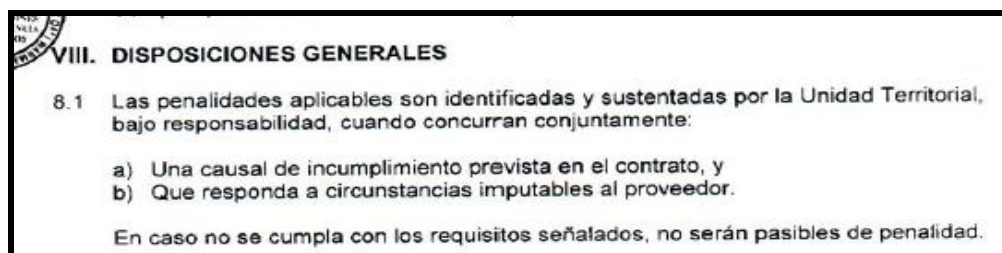
- 6.135. Para el Tribunal Arbitral carece de objeto analizar los SEIS vicios de nulidad desarrollados por parte del Consorcio en su escrito de demanda arbitral, toda vez que, mediante los considerandos expuestos por este colegiado al desarrollar la excepción de incompetencia referida a la segunda pretensión, ha dejado clara su posición jurídica sobre el impedimento de ejercer competencia respecto a la de declarar la NULIDAD TOTAL de las bases integradas. Siendo ello así, no solo no deviene en correcto, sino que a su vez no es legal pronunciarse sobre los supuesto vicios de nulidad alegados por el Consorcio demandante respecto a disposiciones contenidas en las bases del proceso de selección.
- 6.136. Para el Tribunal Arbitral está probado que el Consorcio, en la certeza y seguridad que no iba a poder cumplir con la sexta entrega, se apresuró a solicitar la inaplicación de la penalidad alegando caso fortuito o fuerza mayor con diversas comunicaciones a la Entidad, posición jurídica errada, que a criterio de este colegiado no existe ni se ha configurado, como así se ha desarrollado en considerandos precedentes del presente laudo arbitral.
- 6.137. Para la posición del Tribunal Arbitral, del análisis realizado a lo que obra en autos, se percibe una suerte de doble discurso y actos propios incompatibles de parte del Consorcio, que exhiben por un lado una posición reconociendo que dicha parte está vinculada a la obligación de realizar seis entregas incluyendo un alimento fortificado por entrega; y, por otro lado, negando la existencia de tal obligación por la contradicción que fluye según dice, del Formato No. 17 que habla de seis entregas vs. el Anexo No. 04 referido al programa de entregas que habla únicamente de tres; **para finalmente -y este punto el Tribunal Arbitral lo considera importante precisar- volver a contradecir su**

actuación solicitando la inaplicación de una penalidad que sólo procede frente al incumplimiento de obligaciones contractuales por hechos de fuerza mayor que como se han podido acreditar en el presente caso, no se han configurado de ninguna manera a criterio de este colegiado.

- 6.138. Finalmente, con relación a la alegado por parte del Consorcio, referido a que la Entidad no habría seguido el debido procedimiento al momento de tramitar las solicitudes de inaplicación de penalidad, el Tribunal Arbitral a continuación procederá a pronunciarse sobre dicho extremo, luego de revisar y analizar el Instructivo para la Evaluación de Solicitudes de Inaplicación de Penalidades aprobado por la Resolución de Dirección Ejecutiva No. 396-2018-MIDIS/PNAEQW.



- 6.139. Hasta este punto, se verifica que el instructivo es de cumplimiento obligatorio para el personal de las UT y la UGCTR, y establece -como ya se ha verificado- los dos supuestos para la concurrencia de aplicación e imputación de penalidades.



6.140. Respecto a los plazos del procedimiento, el instructivo regula lo siguiente:

9.2.5 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 (1) día hábil.

En el caso que el expediente de solicitud de inaplicación de penalidad presente observaciones, la Jefa o el Jefe de la UGCTR deriva a la Coordinadora o el Coordinador de la CGCSEC.

6.141. El Consorcio señala que la Entidad habría vulnerado los plazos establecidos en los numerales 8.7 y 8.9 del Instructivo, alegando que los plazos que se tomó la Entidad (la UT, la UGCTR y el CC) para pronunciarse de forma definitiva sobre su pedido de inaplicación de penalidades, consolidan un pronunciamiento inválido, por lo que, en ese sentido, la Carta que finalmente emite el CC declarando la improcedencia signada con No. 170- 2019-CC-CAJAMARCA4, deviene en ineficaz e inválida.

6.142. Respecto a este punto, el Tribunal Arbitral verifica de una lectura rigurosa del Instructivo, que las condiciones procedimentales referidas a los plazos internos que se toma la Entidad para emitir sus informes no comprenden o generan una "causal de nulidad". Tampoco se verifica sanción de nulidad en la cláusula 16.3 de los Contratos, por el supuesto planteado por el Consorcio en el presente extremo.

6.143. Por ello, para la posición del Tribunal Arbitral, lo que debe primar a efectos de tomar convicción sobre una posible afectación real e inobjetable al Consorcio sobre estos plazos internos excedidos, es si luego de emitido y notificado el pronunciamiento final que declaraba la improcedencia de sus solicitudes de inaplicación de penalidad, dicha parte NO habría podido y/o se hubiese encontrada limitada a ejercer su derecho a la defensa.

6.144. De lo que obra en autos del presente proceso, se verifica que el Consorcio, luego de ser notificado con el pronunciamiento final de improcedencia por parte de la Entidad mediante Carta No. 170-2019-CC-CAJAMARCA4, **activó válidamente la cláusula de solución de**

controversias respectiva a fin de controvertir los hechos imputados como sustento de la aplicación de las penalidades. En ese sentido, el Tribunal Arbitral desestima lo alegado por el Consorcio en este punto, pues no encuentra una vulneración al derecho de defensa del Consorcio.

- 6.145. Siendo ello así, por todos los antecedentes, consideraciones y análisis expuestos por parte del Tribunal Arbitral en numerales precedentes, la primera pretensión de la demanda arbitral deviene en **INFUNDADA**.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde, o no, declarar la invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia, y sin efecto legal las bases integradas del proceso de compras de productos para la prestación del servicio alimentario 2019 del Comité de Compras Cajamarca 4, por adolecer de vicio de nulidad absoluta

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Habiéndose declarado **FUNDADA** la excepción de incompetencia formulada por parte de la Entidad contra la segunda pretensión de la demanda, el Tribunal Arbitral está impedido de avocarse al conocimiento, análisis y resolución de la presente pretensión.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO - PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no, reconocer y ordenar el pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/.3´418,095.36 (tres millones cuatrocientos dieciocho mil noventa y cinco 36/100 soles) por la aplicación de penalidad en los contratos No. 002 y 003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, por no acreditar la entrega de alimentos fortificados de acuerdo con lo declarado en el formato No. 17, conforme a los conceptos y montos señalados en el siguiente cuadro:

CONCEPTO	MONTO
DAÑO EMERGENTE	S/. 448,756.41
LUCRO CESANTE	S/ 1'877,647.50
INTERESES LEGALES DETERMINADOS POR EL LUCRO CESANTE	S/ 13,005.45
DAÑO MORAL	S/ 1,078,686.00
TOTAL	S/ 3,418,095.36

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Al resultar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda arbitral, sobre la nulidad de la Carta No. 170-2019-CC-CAJAMARCA4 de fecha 18 de noviembre del 2019 y la subsecuente validez de las penalidades impuestas por S/. 233,529.45 y S/. 215,226.96 Soles respectivamente, correspondientes a los Contrato 02 y 03-2019-CC-CAJAMARCA 4/ PRODUCTOS, carece de objeto avocarse al análisis y resolución sobre los fundamentos de la pretensión accesoria que postula el pago de una indemnización, habida cuenta que revisar la cuestión de fondo sobre una pretensión así demandada sólo procedería si se amparaba dicha Primera Pretensión Principal, por ser el presupuesto necesario para viabilizar el análisis de algún supuesto daño injusto padecido por el actor.

En ese sentido, al haberse declarado **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal, la pretensión accesoria derivada de esta sigue la misma suerte; por consiguiente, corresponde también declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesoría.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

A modo de segunda pretensión accesoria, que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no, reconocer y ordenar el pago de los intereses devengados desde la fecha de la aplicación de las penalidades hasta la fecha de su efectiva devolución.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

El Consorcio, según lo que obra en autos, no ha desarrollado expresa y detalladamente en su demanda arbitral, el fundamento y sustento de su pretensión.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Como ya se ha señalado, la Entidad al absolver las pretensiones principales y al no existir fundamento alguno para dejar sin efecto las penalidades aplicadas, no procede el pago de intereses legales, por lo que, a efecto de no ser reiterativos, la Entidad señala reproducir todos y cada uno de los fundamentos esgrimidos en el principal.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Al resultar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda sobre la nulidad de la Carta No. 170-2019-CC-CAJAMARCA4 de fecha 18 de noviembre del 2019 y la subsecuente **validez** de las penalidades impuestas por S/. 233,529.45 y S/. 215,226.96 Soles respectivamente, correspondiente a los Contratos 02 y 03-2019-CC-CAJAMARCA4/ PRODUCTOS, corresponde también declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Accesoría.

VII. SOBRE LOS COSTOS DEL ARBITRAJE

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Que el Tribunal Arbitral determine a qué parte corresponde asumir los costos y costas del proceso arbitral.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 7.1. Sobre este punto, el Tribunal Arbitral tiene en consideración que el artículo 42° del Reglamento del Centro, establece los conceptos que incluyen los costos y los criterios que podrá tomar en cuenta el Tribunal Arbitral al decidir sobre la distribución de los costos del arbitraje.

“(...) Artículo 42

Decisión sobre los costos del arbitraje

1. Los costos del arbitraje incluyen los siguientes conceptos:

- a) los honorarios y los gastos de los árbitros;*
- b) los gastos administrativos determinados por el Centro de conformidad con la Tabla de Aranceles vigente en la fecha de inicio del arbitraje;*
- c) los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el Tribunal Arbitral, si los hubiere; y*

d) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

(...)

4. **El laudo final se pronuncia sobre los costos del arbitraje y decide si una de las partes debe pagarlos o la proporción en que debe distribuirse entre ellas.** El Tribunal Arbitral fija el momento y los términos en que las partes presentan la información necesaria para estos efectos.

(...)

5. **Al tomar la decisión sobre costos, el Tribunal Arbitral puede tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo el grado de colaboración de cada parte para que el arbitraje sea conducido de forma eficiente y eficaz en términos de costos y tiempo (...)** (Énfasis agregado)

7.2. Asimismo, se tiene en cuenta que, de acuerdo con el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actualizaciones arbitrales (...)

7.3. Ahora bien, en el presente caso ninguna de las partes ha acreditado los gastos incurridos en su defensa. Consecuentemente, con excepción de lo indicado, se cuenta con la siguiente información respecto de los pagos efectuados al Tribunal Arbitral y al Centro, los que, según información proporcionada por la Secretaría Arbitral, son los siguientes:

CASO	ETAPA	DEMANDANTE/DEMANDADO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
0770-2019-CCL	SOLICITUD DE ARBITRAJE	DEMANDANTE: CONSORCIO GRUPO KALLPA (100%)	Pagó S/. 12,247.56 más IGV	Pagó S/. 34,464.16 más IGV
		DEMANDADOS: COMITÉ DE COMPRA CAJAMARCA 4 PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA (0%)	0	0
CASO	ETAPA	DEMANDANTE/DEMANDADO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
0770-2019-CCL	DEMANDA	DEMANDANTE: CONSORCIO GRUPO KALLPA (50%)	Pagó S/. 6,047.74 más IGV	Pagó S/. 14,840.78 más IGV
		DEMANDADOS: COMITÉ DE COMPRA CAJAMARCA 4 PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA (50%)	Pagó S/. 6,047.74 más IGV	Pagó S/. 14,840.78 más IGV
CASO	ETAPA	DEMANDANTE/DEMANDADO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
0770-2019-CCL	AMPLIACIÓN DE DEMANDA	DEMANDANTE: CONSORCIO GRUPO KALLPA (50%)	Pagó S/. 3,454.17 más IGV	Pagó S/. 8,315.44 más IGV
		DEMANDADOS: COMITÉ DE COMPRA CAJAMARCA 4 PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA (50%)	Pagó S/. 3,454.17 más IGV	Pagó S/. 8,315.44 más IGV

Del cuadro precedente, se verifica que el Consorcio canceló en su totalidad los gastos administrativos y honorarios del Tribunal Arbitral **en lo que corresponde a la etapa de solicitud de arbitraje**, ascendiendo los mismos a S/ 46,711.72 (Cuarenta y seis mil setecientos once con 72/100 Soles) **sin incluir el IGV**.

Asimismo, se verifica que los gastos arbitrales reliquidados por el Centro en la etapa de **demanda y ampliación de demanda**¹⁸, **si fueron pagados por el Consorcio y la Entidad en partes iguales, es decir 50% C/U**.

7.4. El artículo 73 de la Ley de Arbitraje señala:

“(...) Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

*1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. **Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (...)**” (el subrayado es nuestro)*

7.5. En el presente caso el convenio arbitral no contiene acuerdo alguno respecto de la distribución de los costos arbitrales, por lo que corresponde aplicar lo dispuesto en el Reglamento del Centro y supletoriamente lo dispuesto en la Ley de Arbitraje.

7.6. Atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este laudo, así como que, a su criterio, han existido para ambas partes razones atendibles para litigar, el Tribunal Arbitral estima que cada una de las partes debe asumir los gastos incurridos en su defensa, y en cuanto a los honorarios arbitrales y secretariales, corresponde que ambas partes asuman el 50% de los costos arbitrales decretados en el presente arbitraje (Honorarios del Tribunal Arbitral y costos administrativos del Centro) y en su totalidad, los demás costos arbitrales en los que hayan incurrido en su defensa legal.

7.7. Siendo ello así, vía ejecución de laudo corresponde a la Entidad reembolsar al Consorcio Grupo Kallpa, la suma de S/ 23,355.86 (Veintitrés Mil Trescientos Cincuenta y Cinco con 86/100 soles) + el 18% de IGV

¹⁸ Revisar cuadro infra remitido por el Centro. Los pagos no incluyen IGV.

(importe que deviene del tramo de honorarios totales no pagado por la Entidad (50%) liquidados en la etapa de solicitud de arbitraje, ascendentes a S/. 46,711.72 soles sin incluir IGV).

VIII. DECISIÓN FINAL:

El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de la libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, y que el sentido de su decisión es el resultado de este análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente Laudo. Por las consideraciones que preceden, el Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO DECLARANDO:**

PRIMERO. - RESPECTO A LA CUESTIÓN PREVIA – EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL *referida a declarar la invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia, y sin efecto legal las bases integradas del proceso de compras de productos para la prestación del servicio alimentario 2019.*

SE DECLARA: FUNDADA

SEGUNDO. - RESPECTO A LA CUESTIÓN PREVIA DEL ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA AMPLIADA – EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA, *respecto a la arbitrabilidad de la declaratoria de invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia de la Carta No. 170-2019-CCCAJAMARCA, que declara improcedente las solicitudes de inaplicación de penalidades, bajo el siguiente sustento.*

SE DECLARA: IMPROCEDENTE

TERCERO. - RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL *referida a Qué Se declare la invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia, y sin efecto legal la carta No. 170-2019-CC-CAJAMARCA4 de fecha 18.11.2019, notificada el 20/11/2019, que declara improcedente de mis solicitudes de inaplicación de penalidad en mis contratos No. 002 y 003-2019-CC-CAJAMARCA 4 /PRODUCTOS, por no acreditar la entrega de alimentos fortificados de acuerdo con lo declarado en el formato No. 17.*

Y como consecuencia se declare invalido, ineficaz, nula y/o inexistente y se deje sin efecto legal la aplicación de la penalidad impuesta en los Contratos No. 002 y 003 -2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, ascendente a S/ 233,529.45 soles (doscientos treinta y tres mil quinientos veintinueve con 45/100 soles), y S/ 215,226.96 soles (doscientos quince mil doscientos veinte seis con 96/100 soles), respectivamente, correspondientes al 7% del monto total de los contrato, por no acreditar la entrega de alimentos fortificados durante el periodo de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el formato No. 17, debiendo restituirse las penalidades impuestas en los expedientes No. 10503 y 10504-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR.

Por adolecer de causal de nulidad absoluta las bases integradas del proceso de compras que originaron los contratos No. 002 y 003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, y/o por qué no se ha seguido el debido procedimiento en la tramitación de las solicitudes de inaplicación de penalidad y/o por haber acaecido una fuerza mayor.

SE DECLARA: INFUNDADA

CUARTO - RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA referida a que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no, reconocer y ordenar el pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/.3´418,095.36 (tres millones cuatrocientos dieciocho mil noventa y cinco 36/100 soles) por la aplicación de penalidad en los contratos No. 002 y 003-2019-CC-CAJAMARCA 4/PRODUCTOS, por no acreditar la entrega de alimentos fortificados de acuerdo con lo declarado en el formato No. 17

SE DECLARA: INFUNDADA

QUINTO. - RESPECTO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA referida a que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no, reconocer y ordenar el pago de los intereses devengados desde la fecha de la aplicación de las penalidades hasta la fecha de su efectiva devolución.

SE DECLARA: INFUNDADA

SEXTO. - EN RELACIÓN CON LOS COSTOS ARBITRALES VINCULADOS CON LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL donde se solicita que el Tribunal Arbitral determine a qué parte corresponde asumir los costos y costas del proceso arbitral.

SE DECLARA: Que cada una de las partes asuma en su totalidad los costos arbitrales en los que haya incurrido o comprometido pagar en el ejercicio de su defensa. Asimismo, en relación con los Honorarios del Tribunal Arbitral y gastos administrativos del Centro, corresponde ordenar que cada una de las partes los asuma en la misma proporción 50% cada una- en partes iguales.


Siendo ello así, corresponde ordenar a la Entidad que, vía ejecución de laudo, proceda a reembolsar al Consorcio la suma de S/ 23,355.86 (Veintitrés Mil Trescientos Cincuenta y Cinco con 86/100 soles), a los que deberá adicionarse el IGV respectivo.

SÉPTIMO. - El presente laudo arbitral de derecho, tiene el valor de cosa juzgada para las partes, en consecuencia, ninguna de ellas tiene nada que reclamar a la otra por cualquier concepto plasmado en la presente resolución que dicta el Tribunal Arbitral.

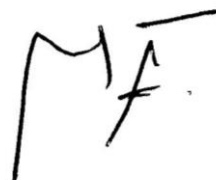
Notifíquese a las partes, conforme a ley.



ENRIQUE MARTÍN LA ROSA UBILLAS
Presidente del Tribunal Arbitral



JOSÉ ANTONIO CORRALES GONZALES
Árbitro



GENARO ALFREDO AGUILAR CRUZ
Árbitro