



CASO ARBITRAL N° 0433-2019-CCL

DELISUYOS E.I.R.L.

(La Demandante)

contra

COMITÉ DE COMPRAS UCAYALI 3

PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN QALI WARMA

(La Demandada)

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

TRIBUNAL ARBITRAL

Juan Francisco Rojas Leo (Presidente)

Amelia Julia Príncipe Trujillo

Carlos Alberto Puerta Chu

SECRETARIO ARBITRAL

Fiorella Casaverde Cotos

Lima, 9 de junio de 2022

1.1 Antecedentes Institucionales:

1. El 19 de julio de 2019, la demandante formuló su petición de arbitraje contra la demandada ante el Centro, alegando la existencia de cláusula arbitral incorporada en el Contrato N° 003-2019-UCAYALI 3/PRODUCTO "Contrato de Prestación del Servicio Alimentario en la modalidad de Productos", que ambos suscribieron el 11 de febrero de 2019 (en adelante el Contrato).

2. El 26 de agosto de 2019, la demandada contestó la petición de arbitraje de la demandante, reconoció la existencia de un convenio arbitral entre las partes, y aceptó la intervención del Centro.

3. Ambas partes, demandante y demandada, se sometieron a los reglamentos del Centro y asumieron los costos del arbitraje fijados por la institución en S/ 34,399.68 (treinta y cuatro mil trescientos noventa y nueve y sesenta y ocho centavos de soles) por honorarios arbitrales; y S/ 12,279.45 (doce mil doscientos setenta y nueve y cuarenta y cinco centavos de soles) por gastos administrativos; ambas sumas incrementadas con el respectivo Impuesto General a las Ventas.

4. En el proceso de conformación del Tribunal Arbitral, el abogado Carlos Alberto Puerta Chu fue designado árbitro de la demandante, mientras que la abogada Amelia Julia Príncipe Trujillo fue designada árbitro por la demandada. El 8 de enero de 2020, el Consejo de la Institución designó al abogado Juan Francisco Rojas Leo como Presidente, quedando constituido el Tribunal Arbitral que asumió la conducción del proceso y ahora emite el Laudo.

5. Cualquier precisión o detalle adicional sobre estos antecedentes puede ser apreciada en el expediente del proceso. Asimismo, en el expediente y también en la Orden Procesal N° 2, donde se consigna expresamente la identificación de cada uno de los representantes y abogados de las partes intervinientes.

1.2 Antecedentes de Convenio Arbitral:

6. La controversia que se materializa en este proceso tiene su origen en el Contrato celebrado por las partes el 11 de febrero de 2019, por lo que, se aplican a la presente controversia la Ley 30225, modificada por el Decreto Legislativo 1341 (en adelante la Ley); y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF (en adelante el Reglamento)

7. En el referido Contrato, las partes estipularon lo siguiente:

"CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS"

22.1 Toda y cualquier discrepancia, litigio o controversia resultante del contrato o relativo a éste, se resolverá por un tribunal arbitral conformado por tres (3) integrantes, mediante el arbitraje con aplicación de la legislación nacional vigente, de derecho, organizado y administrados 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 de la comunicación de la resolución de contrato y/o aplicación de la penalidad. Vencido este plazo sin que se haya iniciado algún procedimiento, se entenderá que la resolución del contrato y/o aplicación de penalidades ha quedado consentida.

22.2 El laudo arbitral que se emita conforme a los numerales precedentes es definitivo e inapelable, teniendo 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 de **PNAEQW**.

CLAUSULA VIGÉSIMO TERCERA: EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

A efectos de participación del **PNAEQW** en la resolución mediante arbitraje de todo litigio o controversia derivado o resultante de este Contrato, se aplicará lo dispuesto en el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje, mediante el cual se extiende el convenio arbitral a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del Contrato que comprende el convenio arbitral o al que el Convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del Contrato, según sus términos."

8. En consecuencia, existiendo el acuerdo expreso entre las partes sobre la forma o jurisdicción arbitral para la solución de controversias, dentro del marco de Ley de Contrataciones del Estado, no existe discusión sobre la jurisdicción arbitral aplicable en este proceso, la que se ejerce en este acto con la emisión del Laudo Arbitral.

1.3 Antecedentes procesales:

9. El 2 de agosto de 2020, luego de disponerse el levantamiento de la suspensión de trámite de todos los procesos tramitados en el Centro como consecuencia de la Pandemia COVID -19, el Tribunal Arbitral dictó la Orden Procesal N° 2, conteniendo las reglas del proceso y dando inicio al cómputo de los plazos de las actuaciones procesales para las partes.

10. El 2 de setiembre de 2020, la demandante presentó su demanda.

11. El 30 de setiembre de 2020, la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo en Inclusión Social – MIDIS, en adelante la Procuraduría Pública, -sin ser parte en el proceso-, presentó lo que denominó la “contestación a la demanda”.

12. El 11 de noviembre de 2020, el Tribunal Arbitral dictó la Orden Procesal N° 3, en la que, atendiendo a los términos en los que fue formulada la demanda, se fijaron los puntos controvertidos para el caso y se citó a las partes a la audiencia única.

13. El 16 de noviembre de 2020, la demandante solicitó la modificación de su demanda, variando según su afirmación, exclusivamente el contenido y fundamento de su primera pretensión principal, contenida en su escrito original de demanda.

14. El 24 de noviembre de 2020, el Tribunal Arbitral dictó la Orden Procesal N° 4, por la cual, suspendió la realización de la audiencia única y trasladó el pedido de modificación a la demandada para absolución de posiciones sobre la procedencia del pedido de la demandante.

15. El 1 de diciembre de 2020, la Procuraduría Pública absolvió posiciones con relación a la procedencia de la variación de la demanda formulada por la demandante.

16. El 4 de enero de 2021, El Tribunal Arbitral dictó la Orden Procesal N° 4 (sic.), -en realidad, la numeración corresponde a la Orden Procesal N° 5-, mediante la cual, admitió a trámite la modificación de la demanda formulada por la demandante y corrió traslado a la demandada para la correspondiente absolución sobre el fondo del asunto. Asimismo, declaró renuente a la demandada a la presentación de la contestación de la demanda.

17. El 1 de febrero de 2021, nuevamente la Procuraduría Pública se presenta al proceso y formula como defensa previa, que la demandante habría perdido interés para obrar, señalando que su cuestionamiento contenido en la primera pretensión principal modificada, habría sido presentada fuera del plazo de caducidad señalado en la ley y en el Contrato. En cuanto al fondo de la pretensión modificada, ratificó lo anteriormente señalado en su escrito del 1 de diciembre de 2020.

18. El 15 de febrero de 2021, el Tribunal Arbitral dictó la Orden Procesal N° 6, por medio de la cual, volvió a declarar renuente a la demandada por no contestar ella directamente la pretensión primera modificada de la demanda y le corrió traslado a la demandante para la absolución con respecto de la defensa previa, relacionada con la falta de interés para obrar deducida en su contra.

19. El 18 de febrero de 2021, la demandante absolvió la defensa previa señalando lo que entiende es una falta de oportunidad procesal en su presentación y una carencia de fundamentos.

20. El 22 de febrero de 2021, la demandada hace suyas cada uno de los escritos y alegaciones presentados a su favor y en defensa de sus posiciones, por la Procuraduría Pública.

21. El 17 de marzo de 2021, el Tribunal Arbitral dictó la Orden Procesal N° 7, mediante la cual, dispuso que la cuestión previa sería materia de pronunciamiento conjuntamente con el Laudo Arbitral; aceptó la representación procesal de la demandada, ejercida por la Procuraduría Pública; y, citó a las partes para audiencia única el 6 de abril de 2021.

22. El 18 de marzo de 2021, la demandante solicitó una nueva modificación y precisión de su demanda, señalando que en ese acto variaba nuevamente el contenido de su primera pretensión principal.

23. El 31 de marzo de 2021, el Tribunal Arbitral dictó la Orden Procesal N° 8, apercibiendo a la demandante para precisión y detalle sobre los aspectos en los que consistiría la nueva variación a su pretensión de la demanda.

24. El 6 de abril de 2021, la demandante absolvió el requerimiento formulando una nueva presentación de las pretensiones modificadas que solicitaba fueran materia del presente proceso arbitral.

25. El 29 de abril de 2021, el Tribunal Arbitral dictó la Orden Procesal N° 9, por medio de la cual, trasladó el pedido de la demandante a la demandada, para que absuelva posiciones.

26. El 6 de mayo de 2021, la demandada absuelve posiciones señalando que el pedido de su contraria no es en realidad una ampliación de pretensiones, sino una reformulación de las mismas; y que, incluso contienen un desistimiento de lo planteado originalmente.

27. El 13 de julio de 2021, el Tribunal Arbitral dictó la Orden Procesal N° 10, por medio de la cual, se otorgó a la demandada el mismo plazo original señalado en las reglas del arbitraje para contestar la demanda reformulada en esos términos por la demandante.

28. El 12 de agosto de 2021, la Procuraduría Pública contesta la demanda modificada.

29. El 23 de agosto de 2021, el Tribunal Arbitral dictó la Orden Procesal N° 11, por medio de la cual tiene por contestada la demanda y cita a audiencia única para el 21 de setiembre de 2021.

30. El 10 de setiembre de 2021, la demandante solicitó que como medio probatorio adicional, que la demandada exhibiera doce (12) cartas notariales remitidas a su domicilio.

31. El 20 de setiembre de 2021, la demandada se opuso a la exhibición probatoria solicitada por su contraria.

32. El 12 de noviembre de 2021, el Tribunal Arbitral dictó la Orden Procesal N° 12, por medio de la cual, dispuso que la demandada exhibiera las cartas notariales que habían sido ofrecidas como medio probatorio adicional por la demandante. Asimismo, dispuso la reprogramación de la audiencia única.

33. El 20 enero de 2022, el Tribunal Arbitral dictó la Orden Procesal N° 13, por medio de la cual, tuvo por contestada la modificación de la demanda por parte de la demandante y citó a las partes a una audiencia única para el 28 de enero de 2022.

34. El 24 de febrero de 2022, luego de su postergación a pedido de las partes, -finalmente-, se llevó a cabo la audiencia única con la asistencia únicamente de la parte demandante. La abogada de la parte demandada se se hizo presente a la audiencia y el Tribunal Arbitral lo pudo advertir, para señalar que, un problema personal, le había impedido cumplir con su presentación formal en dicho acto procesal. En ese mismo acto, se concedió a las partes el plazo común para formular sus alegatos finales.

35. El 4 de marzo de 2022, la demandada expuso las razones extraordinarias y personales por la cuales su abogada asignada al caso no pudo asistir a la audiencia y solicitó que la audiencia única se rehaga. El 7 de marzo de 2022, la demandante se opuso a dicho pedido.

36. El 10 de marzo de 2022, las partes presentaron sus escritos de alegatos finales. En esa misma fecha, pero mediante otro escrito, la demandante solicitó la nulidad de todo lo actuado en el proceso desde la fijación de puntos controvertidos y la reposición de las actuaciones realizadas a partir de dicha fecha.

37. El 20 de abril de 2022, el Tribunal Arbitral dictó la Orden Procesal N° 14, por medio de la cual, declaró infundado el pedido de audiencia complementaria; tuvo por presentados los alegatos finales de las partes; y, declaró infundado el pedido de nulidad de lo actuado formulado por la demandada.

38. El 16 de mayo de 2022, el Tribunal Arbitral dictó la Orden Procesal N° 15, por medio de la cual, dispuso el cierre de las actuaciones arbitrales o cierre de instrucción, dando inició el cómputo del plazo para laudar, el mismo que se encuentra vigente a la fecha de expedición de este pronunciamiento.

1.4 Antecedentes sustanciales:

1.4.1. Reseña de la demanda:

39. La demandante ha sostenido como primera pretensión principal que la demandada le ha impuesto, sin sustento ni justificación legal alguna, por lo que debe declararse su ineficacia o invalidez o nulidad, las penalidades contractuales ascendentes en conjunto a S/ 570,744.91 (Quinientos setenta mil setecientos cuarenta y cuatro y noventa y un centavos de soles), en el marco de su contrato de suministro de productos alimenticios, y que tienen como sustento tres (3) decisiones adoptadas por la demandada en su contra, con el siguiente detalle de actuaciones: i) Informe de validación del 30 de mayo de 2019 (Expediente N° 003013-2019-MIDIS/PNAEQW-TRNSF); ii) Informe de validación del 30 de mayo de 2019 (Expediente N° 001520-2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF); y, iii) Informe de validación del 28 de junio de 2019 (Expediente N° 004586-2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF).

40. El pedido de la demandante se hace extensivo a la devolución de dicho dinero retenido como penalidad contractual, los intereses legales correspondientes hasta la fecha de la efectiva devolución; y, el pago del íntegro de los costos y costas del arbitraje.

41. La primera modificación de la referida primera pretensión principal de la demanda, formulada el 16 de noviembre de 2020, únicamente incorpora a su pedido la calificación de que dichas tres (3) actuaciones, por las que se imponen las penalidades referidas en su demanda, habrían configurado el ejercicio abusivo de un derecho. En otras palabras, la mencionada modificación de la primera pretensión principal de la demanda, es un cambio en la fundamentación que justificaría la decisión que se cuestiona. En el primer momento, se había alegado la existencia de vicios de validez o ineficacia o nulidad, mientras que en el segundo caso, se trata de un tema de ejercicio abusivo del derecho.

42. La segunda modificación de la referida primera pretensión principal de la demanda, formulada el 18 de marzo de 2020, y precisada el 6 de abril de 2021, excluye o retira de su pedido sobre la calificación jurídicas de las tres (3) actuaciones por las que se imponen las penalidades referidas en su demanda, el fundamento alegado del ejercicio abusivo de un derecho; y, retoma la calificación de la existencia de vicios de validez o ineficacia (lo que incluye la nulidad). En otras palabras, la mencionada segunda modificación de la primera pretensión principal de la demanda, es un retorno o reincorporación del fundamento inicial de la demanda, dejando de lado la calificación sobre el ejercicio abusivo del derecho que se había pretendido atribuir con la primera modificación y retomando el argumento de la invalidez o ineficacia o nulidad. Además, y esto es lo sustantivo, deja de lado los tres (3) cuestionamientos que generarían la multa impuesta y los restringe únicamente a dos (2) de las actuaciones penalizadoras: i) Informe de validación del 30 de mayo de 2019 (Expediente N° 003013-2019-MIDIS/PNAEQW-TRNSF); y, ii) Informe de validación del 28 de junio de 2019 (Expediente N° 004586-2019-MIDIS/PNAEQW-TRNSF).

43. En el caso de la actuación penalizadora de la demandada, referida al Informe de validación del 30 de mayo de 2019 (Expediente N° 003013-2019-MIDIS/PNAEQW-TRNSF), ascendente a S/ 100,719.99 (Cien mil setecientos diez y nueve y noventa y nueve centavos de soles), la demandante ha sostenido, en su demanda original, que el período de atención y entrega de productos estuvo definido del 9 de mayo de 2019 al 5 de junio de 2019, mientras que la penalidad impuesta consistió en *“No subsanar las observaciones de la documentación para la supervisión y liberación de productos dentro del plazo establecido en el Protocolo para la Supervisión y Liberación de los Establecimientos de Alimentos”*.

44. La demandante sostiene que el meollo de la observación formulada por la demandada estuvo referida a que los documentos de sustento para la liberación de productos, habrían sido entregados con cinco (5) días de retraso; sin embargo, la demandante afirma que entregó dichos documentos dentro del plazo establecido en el Contrato, es decir, el 27 de marzo de 2019 (Medio Probatorio 21 de la demanda), por lo que, no existe mora atribuible a su responsabilidad.

45. La demandante señala que en el proceso de entrega de la documentación liberadora de los productos de la segunda entrega, subsanó hasta en dos (2) veces las observaciones que le fueron formulando; y que pudieron ser atendidas en menos días de retraso, si se le hubiera notificado por la vía del correo electrónico, como estaba previsto en los documentos contractuales.

46. En el caso de la actuación penalizadora de la demandada, referida al Informe de validación del 30 de mayo de 2019 (Expediente 004586-

2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF), ascendente a S/ 282,015.13 (doscientos ochenta y dos mil quince y trece centavos de soles), la demandante ha sostenido, en su demanda original, que el período de atención estuvo definido del 5 de junio de 2019 al 4 de julio de 2019, mientras las penalidades impuestas habrían tenido como origen dos aspectos: i) “No subsanar las observaciones de la documentación para la supervisión y liberación de productos dentro del plazo establecido en el Protocolo para la Supervisión y Liberación de los Establecimientos de Alimentos”; y, ii) “No entregar los productos a una o más IIEE del ítem, de acuerdo con el Cronograma de Entrega establecido en el Contrato”.

47. En el caso de la no subsanación de las observaciones documentarias de los productos para su liberación, la demandante menciona que atendió oportunamente subsanaciones documentales hasta en tres (3) oportunidades y que las notificaciones que le efectuaron para ello pudieron agilizar el proceso si hubieran sido electrónicas y no hubieran dado lugar al consumo de los días de incumplimiento que finalmente le impusieron.

48. En el caso del incumplimiento de entrega de productos en el plazo establecido, la demandante ha señalado que el problema presentado con el lote de un producto no fue de su responsabilidad, sino del fabricante, y que procedió a solucionarlo inmediatamente. Además, afirma que finalmente, el incumplimiento que se le atribuye de tres (3) días en dos (2) locales no es tal, en la medida que dos (2) de esos tres (3) días eran no laborables, por lo que, eran imposible que pudiera efectuar la entrega. En este último aspecto señala que de corresponder alguna penalidad esta tendría que ser únicamente por un (1) día de atraso.

1.4.2. Reseña de la contestación a la demanda:

49. La demandada, a través de la Procuraduría Pública, contesta la demanda señalando que según las estipulaciones del Contrato, los contratistas se sujetan también a las normas y documentos aprobados por PNAEQW, tales como el Manual de Compras, las Bases Integradas y los documentos elaborados por la entidad adquiriente. Adicionalmente, sostiene que la demandante suscribió en su propuesta de concurso un compromiso expreso de cumplir con el uso de los registros informáticos y con los protocolos de entrega de los productos.

50. La demandada sostiene que la invalidez o ineficacia invocada por la demandante no ha precisado la causal que sería materia de la afectación alegada a los efectos de evaluar la misma y sus consecuencias jurídicas.

51. La demandada contesta la demanda absolviendo los tres (3) supuestos penalizadores iniciales. Sin embargo, en esta reseña únicamente se refieren los concernientes a los dos (2) hechos penalizadores, que han subsistido luego de las modificaciones a la demanda efectuadas por la propia demandante.

52. La demandada afirma que en la penalidad derivada del Informe de validación del 30 de mayo de 2019 (Expediente N° 003013-2019-MIDIS/PNAEQW-TRNSF), si bien se efectuó la entrega el 27 de marzo de 2019, la subsanación definitiva de la documentación requerida se produjo recién el 11 abril del 2019. Este hecho, sería un incumplimiento de acuerdo con lo señalado en el artículo 16.9.4 del Contrato. Señala la demandada que podía notificar en físico o por correo y que el contratista tenía dos (2) días para subsanar y si lo hacía no tenía penalidad, lo que no ocurrió en este caso, procediendo la penalización.

53. La demanda señala que el cálculo de la penalidad se ha hecho considerando esos dos (2) días de subsanación sin penalidad, es decir, no incluyéndolos. La entrega se hizo el 27 de marzo de 2019; la observación se notificó el 2 de abril de 2019; el plazo de subsanación vencía el 4 de abril de 2019; la subsanación se produjo recién el 9 de abril de 2019. Entre el 4 de abril y 9 de abril de 2019, existen cinco (5) días de atraso, lo que determina el monto de la pena impuesta. (pág. 14 de la contestación a la demanda)

54. La demandada finalmente señala que en el marco de la relación contractual existente entre las partes, estaba en plena posibilidad de notificar físicamente a la demandante en su domicilio contractual las observaciones en la documentación o entrega de los productos.

55. LA demandada afirma que en la penalidad derivada del Informe de validación del 30 de mayo de 2019 (Expediente 004586-2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF), existe el hecho objetivo de la entrega de documentación no conforme, la que tampoco fue subsanada a tiempo. En efecto, se sostiene que la demandante presentó los productos y los documentos el 26 de abril de 2019 y las observaciones le fueron notificadas el 2 de mayo de 2019. La subsanación a las observaciones únicamente se pudo satisfacer el 16 de mayo de 2019.

56. La demandada sostiene que entre el 7 de mayo (fecha máxima para subsanar) y el 15 de mayo de 2019 (fecha que subsanó) existen nueve (9) días de retraso y esos son lo que se han calculado para determinar la penalidad. (Pág. 18 de la contestación a la demanda)

57. La demandada también hace reiteración de su facultad legal para notificar físicamente las observaciones y consumir los plazos para formular sus observaciones según las estipulaciones del Contrato.

58. La demandada sostiene que, en cuanto a la demora en la entrega de productos a los beneficiarios, es un hecho innegable que existió tal demora y que la demandante contratista no la discute. Si bien el plazo se prorrogó hasta el 7 de junio de 2019 por decisión consensuada, en dos (2) locales de beneficiarios existen actas de entrega suscritas el 10 de junio de 2019, es decir, tres (3) días después del vencimiento del plazo máximo de entrega, por lo que, la penalidad es indiscutible.

59. La demandada descarta el argumento de la demandante en el sentido de que en dicho incumplimiento de tres (3) días, existen dos (2) días inhábiles, los que pretende sean descontado, afirmando que ellos no es posible bajo lo señalado expresamente en el artículo 16.9 del Contrato, en cuanto a que las penalidades se aplican en días calendario.

II. ANALISIS DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES:

2.1 Advertencias Generales:

60. El proceso se ha conducido normalmente. Las partes han tenido libertad de actuación e igualdad de armas para presentar alegatos, pruebas y contradecir argumentos.

61. El expediente recoge todos los escritos y medios probatorios presentados por las partes y apreciados por el Tribunal Arbitral, sin perjuicio de que el Laudo Arbitral que se expide en este acto únicamente contemple una reseña de los principales y, en especial, de aquellos que crean la convicción a los efectos del sentido del pronunciamiento.

62. De acuerdo con las Reglas del proceso, todos los documentos presentados han sido admitidos y valorados.

63. Las partes han defendido sus posiciones con lealtad y profesionalismo, lo que se agradece a ambas, porque su conducta ha contribuido a formar la decisión del Tribunal Arbitral que se expresa en el pronunciamiento.

2.2 Puntos controvertidos:

64. En el curso del proceso, y únicamente para efectos prácticos y de ilustración, se definieron inicialmente unos puntos controvertidos. Sin embargo, durante el curso del proceso y como ha sido reseñado precedentemente, la demandante presentó dos (2) pedidos que calificó de variación de su primera pretensión principal, pedidos que, -en realidad-, han configurado la alegación de distinto sustento jurídico para sus distintas pretensiones; y sí más bien, la eliminación o renuncia a la discusión de una de las penalizaciones impuestas en su contra por la demandada, ascendente a S/ 188,010.09 (Ciento ochenta y ocho mil diez y nueve céntimos de soles), monto que debe ser deducido del monto global de su primera pretensión principal.

65. En ese sentido, y con esa advertencia, a continuación se reseñan los puntos controvertidos definidos en el proceso arbitral, los que van a ser abordados por el Tribunal Arbitral, en la emisión del pronunciamiento arbitral, y que a efectos ilustrativos fueron definidos como los siguientes:

Primera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad y/o se deje sin efecto la imposición de las penalidades económicas por un monto total de S/. 570,744.91 Nuevos Soles impuestas por el Comité de Compra Ucayali 3 y/o el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o que se hayan contenidas en el Informe de Validación de aplicación de la penalidad - UGCTR fechado el 30 de mayo de 2019 referido al Expediente N° 00313-2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF, así como, en el Informe de Validación de aplicación de penalidad -UGCTR fechado el 30 de mayo del 2019 referido al Expediente N° 001520-2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF fechado el 27 de junio de 2019 y en el Informe de Validación de aplicación de penalidad - UGCTR fechado el 28 de junio de 2019 referido al Expediente N° 004586-2019- MIDIS/PNAEQW-TRANSF fechado el 27 de junio de 2019.

Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene el reintegro y/o devolución por parte del Comité de Compra Ucayali 3 y/o el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, por el monto de S/. 570,744.91

Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al Comité de Compra Ucayali 3 y/o el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma el pago de intereses legales que el monto de S/. 570,744.91 Nuevos Soles hubiese generado desde la fecha en la que se produjo la imposición de las penalidades cuya ineficacia y/o invalidez y/o nulidad y/o se deje sin efecto.

Segunda Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene el pago de los gastos arbitrales que genere el presente procedimiento arbitral, tales como honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, gastos administrativos el centro de arbitraje y los honorarios de la defensa legal sean asumidos por Comité de Compra Ucayali 3 y/o el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

2.3 Fundamentos de Laudo:

2.3.1 La relación contractual:

66. La relación contractual materia del conflicto en este proceso arbitral surge entre las partes el 11 de febrero de 2019, como consecuencia de una compra de suministro de productos alimenticios a favor del programa de asistencia social administrado por la demandada, correspondiente a las zonas identificadas como "Raymondí", en la región selva central. En esta relación, la demandada se comprometió a efectuar las entregas periódicas de determinados productos alimenticios, con unas características previamente especificadas y de acuerdo con un calendario previamente definido. Por su parte, la demandada se comprometió a cancelar una contraprestación por cada una de las entregas satisfactorias.

67. La entrega de productos alimenticios debía efectuarse en escuelas públicas identificadas en el Contrato de los niveles Inicial, Primaria y Secundaria de la región; y también los productos alimenticios requeridos estaban correctamente identificados e individualizados, incluso en su origen regional. Asimismo, el monto de la contraprestación global por la provisión contratada era superior a los seis (6) millones de soles y comprendía todos los costos e impuestos aplicables, así como, la utilidad de la demandante contratista.

68. El cronograma contemplaba la entrega previa de los documentos requeridos de los productos; el depósito de los productos en almacenes identificados y su posterior distribución. La entrega previa de documentos de los productos era un requisito sustancial y calendarizado para permitir la posterior "liberación" de los productos, es decir, para poder proceder a su distribución final. Las exigencias formales de los documentos y de su presentación, estuvieron claramente identificados en el Contrato.

69. El incumplimiento del cronograma, entre otras exigencias, estaba claramente sujeto a penalidades contractuales, definidas y aceptadas por ambas partes. Es importante anotar que en contratos para el suministro de productos alimenticios en los programas de asistencia social que promueve el Estado, la entrega en fecha es una condición sustancial de la contratación y ello, que debía ser conocido por la demandante, también fue perfectamente advertido en el Contrato.

70. El Contrato además contempla una serie de exigencias sanitarias, de control y de supervisión, que debe asumir el contratista y que resultan razonables tratándose de alimentos para el consumo humano y, particularmente, de niños y adolescentes en etapa escolar. Todas estas obligaciones estaban claramente estipuladas en las cláusulas y documentos contractuales.

71. Igualmente, en el Contrato se establecen los montos de las penalidades y su forma de cálculo, la ejecución de garantías, la resolución del contrato y las causales para su modificación.

72. El Contrato fue objeto de diez (10) modificaciones suscritas entre las partes en febrero, marzo, mayo, junio, julio, agosto, y setiembre de 2019, en las que se efectuaron intercambio de alimentos, reducción y luego precisión de los beneficiarios; el monto del contrato disminuyó primero y luego aumentó, pero siempre alrededor de los seis (6) millones de soles, por lo que, también hubo que redefinir el monto de la carta fianza garantía, y también se aceptaron nuevas especificaciones técnicas para algunos productos.

73. La regulación que vincula a las partes es específica y muy detallada, por lo que, la fuente principal del pronunciamiento que se emite es el propio Contrato que las partes suscribieron de común acuerdo, en el marco del proceso de la contratación pública.

2.3.2. La cuestión previa planteada por la demandada:

74. En la Orden Procesal N° 7, el Tribunal Arbitral señaló que emitiría pronunciamiento con relación a la objeción previa planteada por la demandada, con ocasión de la segunda modificación de pretensiones formulada por la demandante.

75. Como se ha reseñado previamente en este pronunciamiento, el 1 de febrero de 2021, la demandada señaló que con las modificaciones efectuadas por la demandante, lo que incluía un retiro de pretensiones, ésta incluso había perdido interés para obrar en el caso arbitral, o incluso, se habría producido la caducidad de su derecho para discutir en este proceso las pretensiones originalmente formuladas.

76. Por su parte, la demandante sostuvo que sus modificaciones a la primera pretensión principal habían sido efectuadas dentro de lo permitido por la legislación arbitral y no contenían ninguna afectación a los derechos procesales de la demandada.

77. Este Tribunal Arbitral ha advertido en la reseña de las posiciones de las partes que las modificaciones a las pretensiones planteadas por la demandante han sido efectuadas sobre la base de la fundamentación de sustento de dichas pretensiones y sobre lo que fue una final eliminación de su pedido inicial para la discusión sobre la multa impuesta derivada del Informe de validación del 30 de mayo de 2019 (Expediente N° 001520-2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF).

78. El Tribunal Arbitral considera que la modificación de las motivaciones de sustento no tiene impacto alguno en la primera pretensión original, toda vez que las partes alegan hechos, mientras los jueces aplican derecho. Sin embargo, el retiro de una de las alegaciones fácticas de penalización es un acto de disposición procesal, que competente exclusivamente a la parte demandante, que es la titular de la misma, por lo que, dicha multa impuesta, identificada en el numeral anterior, no es ya materia de pronunciamiento por este colegiado, toda vez que el propio demandante la ha retirado de sus pretensiones.

79. En cuanto a la caducidad alegada por la demandada como consecuencia de esta actuación procesal de la demandante modificando sus pretensiones originales, el Tribunal Arbitral entiende que la oportunidad de presentación de la solicitud del arbitraje, con la que se interrumpe la caducidad para litigar, no se pierde o afecta por las modificaciones argumentativas o dispositivas que la demandante pudiera plantear en sus pretensiones en el proceso arbitral, en la medida de que se trate de modificaciones argumentativas o de disposición de derechos. En este caso, en lo referido a la argumentación de sustento, ni siquiera ello ha ocurrido, pues como ya se ha referido, lo único que ha efectuado la demandante es modificar los argumentos de su demanda, incorporando primero y retirando después, una alegación sobre el ejercicio abusivo del derecho. En el caso de la disposición sobre un hecho penalizador en cambio, se trata de una renuncia voluntaria.

80. En ese sentido, corresponde desestimar la cuestión previa planteada por la demandada, en la medida que su objeción no reviste materialidad respecto de lo efectuado procesalmente por la demandante y que, además, esta última, ha retirado expresamente su pretensión original respecto de una (1) de las tres (3) multas que le han sido impuestas por la demandada y que se discutían en este arbitraje.

81. No obstante lo anterior, y ahora actuando de oficio, el Tribunal Arbitral aprecia que de la dos (2) penalidades subsistentes por voluntad de la

demandante, una (1) de ellas fue conocida por ésta el 30 de mayo de 2019 (Expediente 004586-2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF), mediante la notificación electrónica en el portal respectivo, y que, en consecuencia, a la fecha de la presentación de su petición arbitral, el 19 de julio de 2019, había transcurrido en exceso el plazo de quince (15) días señalados en la ley de la materia para que opere la caducidad; en cambio, en la penalidad conocida por la demandante el 28 de junio de 2019 (Expediente 004586-2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF), la pretensión arbitral fue presentada cuando ese plazo no había caducado, por lo que, puede ser materia de este pronunciamiento.

82. En consecuencia, y atendiendo a lo señalado previamente, el pronunciamiento de fondo en este proceso únicamente es posible respecto de la penalidad contenida y derivada del Expediente 004586-2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF, mientras que la otra penalización alegada por la demandada, identificada en el numeral anterior, ha caducado.

2.3.3 La penalización en el Expediente 004586-2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF:

83. A continuación el Tribunal Arbitral analiza los argumentos de las partes y se pronuncia con relación a la penalización derivada del tema de la referencia; lo que debe ser evaluado en su alcance específico derivado de dos (2) conductas atribuidas a la demandante y toda vez que esta penalización, la afecta en conjunto por la cantidad de S/ 265,015.13 (Doscientos sesenta y cinco mil, quince y trece centavos de soles).

2.3.3.1 La demora en la entrega de documentos:

84. La penalidad impuesta a la demandante en este primer extremo de análisis se refiere a: *“No subsanar las observaciones de la documentación para la supervisión y liberación de productos dentro del plazo establecido en el Protocolo para la Supervisión y Liberación de los Establecimientos de Alimentos”*.

85. El Tribunal Arbitral puede observar, sobre la prueba coincidente presentada por ambas partes, que –efectivamente– la presentación de la documentación para la liberación efectuada por la demandante no fue satisfactoria en el tiempo. Por su parte, la entidad demandada le dio el plazo a la demandante para la subsanación documental y ella no se produjo en el primer plazo, siendo necesaria una nueva y otra posterior presentación de subsanación documental, hasta que, finalmente se pudo obtener la conformidad requerida para la liberación de los productos alimenticios.

86. En ese sentido, de los hechos queda claro para el Tribunal Arbitral que la demandante no cumplió con satisfacer en tiempo oportuno las

exigencias formales para la presentación de la documentación requerida para la liberación de los alimentos, incurriendo en la penalidad por retraso contemplada en el Contrato. Es importante destacar que, tal como estaba diseñado en el Contrato, la presentación incompleta o imperfecta de documentos tenía que ser subsanada, en caso de requerirlo, en el plazo máximo de dos (2) días. En el caso específico, la subsanación no se produjo en dicho plazo, incurriendo en la mora prevista en el Contrato y haciéndose acreedora la demandante a la penalidad prevista, la que no es discutible para este caso.

87. En efecto, la documentación requerida debió ser presentada el 26 de abril de 2019 y así se hizo (coincide escrito de demanda del 2 de setiembre de 2020, numeral 3.4, pág. 19, y escrito de contestación a la demanda del 30 de setiembre de 2020, pág. 18); las observaciones iniciales fueron formuladas el 2 de mayo de 2019 (coincide escrito de demanda del 2 de setiembre de 2020, numeral 3.4, pág. 19, y escrito de contestación a la demanda del 30 de setiembre de 2020, pág. 18); el plazo para subsanar las observaciones vencía el 6 de mayo de 2019 y en esa fecha, se efectuó el primer levantamiento de observaciones (coincide escrito de demanda del 2 de setiembre de 2020, numeral 3.4, pág. 19, y escrito de contestación a la demanda del 30 de setiembre de 2020, pág.18); según refiere la propia demandante efectuó dos (2) subsanaciones adicionales el 10 de mayo de 2019 y el 15 de mayo de 2019 (escrito de demanda del 2 de setiembre de 2020, pág. 20) y la conformidad se produjo finalmente el 15 de mayo de 2019 (coincide escrito de demanda del 2 de setiembre de 2020, pág. 20 y escrito de contestación a la demanda del 30 de setiembre de 2020, pág. 18); en consecuencia, la mora se inició a computar desde el 7 de mayo de 2019 y hasta el 15 de mayo de 2019, en que se obtuvo la conformidad.

88. El Tribunal Arbitral aprecia que la forma como se ha sucedido los hechos es conforme a lo establecido y respetando los plazos en el Contrato y que las notificaciones fueron efectuadas en los domicilios contractuales y en los plazos contractuales (cláusula vigésimo cuarta), no siendo amparable la alegación de la demandante en el sentido de que una notificación más efectiva o rápida por correo electrónico hubiera facilitado que levante las observaciones con anterioridad. Este argumento, además, no se condice con el hecho de que la subsanación documental fue lograda sólo después de tres (3) presentaciones de documentación adicional. En realidad, si la demandante hubiera presentado la documentación requerida desde el inicio, estos problemas no se hubieran suscitado, siendo la consecuencia punitiva de su propia responsabilidad.

89. Finalmente, el Tribunal Arbitral afirma que el cálculo de la multa ha sido efectuado conforme establece el Contrato y, dicho extremo, no ha sido cuestionado por la demandante al formular su demanda.

2.3.3.2 La penalidad derivada de la entrega de productos:

90. En lo referido a la segunda consideración de la penalización fáctica en este acápite, sobre la oportunidad de entrega de los productos alimenticios requeridos como parte de la prestación del servicio y que se configura de la siguiente manera: *“No entregar los productos a una o más IIEE del ítem, de acuerdo con el Cronograma de Entrega establecido en el Contrato”*, resulta claro de los hechos acreditados que, después de las prórrogas aprobadas a su favor por la demandada, dicha entrega de productos debió efectuarse como máximo hasta el 7 de junio de 2019. No obstante, está probado y ha sido reconocido expresamente por la demandante, que dicha entrega se produjo efectivamente, en el caso de únicamente dos (2) de los colegios beneficiarios, el 10 de junio de 2019, es decir, tres (3) días calendario después de la obligación prevista. (escrito de demanda del 2 de setiembre de 2020, pág. 24y 25)

91. La demandante ha alegado que dos (2) de esos días computados como incumplimiento eran inhábiles y así se puede verificar del calendario gregoriano de la fecha correspondiente. Además, la demandante ha alegado que el hecho de tratarse de días inhábiles, hace materialmente imposible la entrega de los productos, pues nadie los podría recibir y ello no debiera perjudicarla. Por su parte, la demandante ha señalado que de conformidad con lo previsto en el acápite 16.9 del Contrato, cláusula décimo sexta: penalidades, la penalizaciones se tienen que evaluar teniendo en cuenta los días hábiles. *“Las penalidades se aplican en días calendario de acuerdo con el siguiente detalle: (sigue un cuadro con las causales y la penalidad)”*

92. El Tribunal Arbitral considera que el artículo contractual del Contrato y alegado por la demandada para sostener su posición, está referido a los supuestos en los cuales, transcurre el tiempo generando un incumplimiento oportuno de una obligación de hacer en el marco del propio Contrato, pero no es lo mismo ni se aplica, para los efectos de la evaluación de aquellos casos en los que, -por ejemplo-, tiene que entregarse bienes en un plazo determinado, pues dicha entrega obviamente depende también de que los productos tengan la posibilidad real de ser recibidos; y ello únicamente es posible lógicamente, cuando la entidad está realizando su actividad habitual, es decir, en los días hábiles.

93. Lo anteriormente señalado, es razonable y de sentido común; si un plazo máximo de entrega culmina en un día inhábil, debe entenderse prorrogado automáticamente al día hábil siguiente porque existe la imposibilidad material de entregar productos a un local que está fuera de funcionamiento porque es un día inhábil. La misma regla contempla a los efectos el inciso 5 del artículo 183° del Código Civil. Esto no significa, ni afecta aquellos casos, previstos en el propio Contrato, en el que las

partes, previa coordinación, habilitan días inhábiles para propósitos de fiscalización o similares.

94. En consecuencia, el tiempo de incumplimiento atribuible o falta penalizable en contra de la demandante, considerado al efecto por la demandada como de tres (3) días calendario; no es el del verdadero incumplimiento, ni es el legalmente correcto, porque, en realidad, contiene indebidamente dos (2) de esos días supuestamente morosos cuando eran sábado y domingo. En otras palabras, si la demandante hubiera querido entregar los productos en los días sábado y domingo a los colegios beneficiarios, ello no hubiera sido materialmente posible. En consecuencia, el incumplimiento real o efectivo de la demandante en este caso, -en el plazo máximo de entrega-, es únicamente de un (1) día y no de tres (3), como ha sido indebida y erróneamente considerado por la demandada, al momento de establecer y calcular la penalidad.

95. En consecuencia, corresponde validar en este pronunciamiento arbitral únicamente la multa impuesta por un (1) día de retraso en la entrega de los productos alimenticios en dos (2) de los colegios beneficiarios del programa; y, en vía de corrección, disponer lo necesario para el recalcu de la penalidad en estos términos y también para la devolución de las penalizaciones indebidamente impuestas y cobradas a la demandante.

2.3.4 La definición frente a los puntos controvertidos:

96. La primera pretensión principal, reducida por los argumentos que anteceden únicamente a la penalización contenida en el Expediente 004586-2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF, queda reducida a un recalcu con relación a la entrega tardía de productos alimenticios por un (1) día, aspecto en el que será declarada fundada.

97. La primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal, relativa a la orden de restitución monetaria, alcanzará únicamente al extremo declarado fundado en la primera pretensión principal.

98. La segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal, relativa al pago de intereses, será amparada también toda vez que se trata de devolver un dinero que no debió tomarse, pues no había sustento legítimo para ello; en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1245° del Código Civil, corresponde el pago de un interés legal, únicamente para el extremo declarado fundado en la primera pretensión principal.

99. La segunda pretensión principal, referida a la distribución de costos y costas, será atendida en el acápite siguiente.

2.3.5. El pago de las costas y costos:

100. El artículo 73° de la Ley General de Arbitraje permite al Tribunal Arbitral sustraerse de la regla del “vencido paga”, cuando existan razones para una distribución diferente, como en este caso donde si bien la demandante únicamente ha vencido en un extremo pequeño de su demanda, la definición de las controversias requería de un nivel de análisis jurídico que no era previsible con claridad absoluta, por lo que, corresponde una distribución equitativa.

101. En consecuencia, al margen de la pretensión de demandante y demandada para la atribución a su respectiva contraria de esta carga, el Tribunal Arbitral considera que cada parte tenía razones para defender las posiciones que ha defendido en el proceso y por tanto, deben acudir íntegramente al pago de sus costos y proporcionalmente al pago de las costas.

III. LAUDO:

En ejercicio de las atribuciones legales que nos confiere la Ley General de Arbitraje y dejando constancia de haber analizado todos los argumentos y pruebas de las partes, y que el sentido de la decisión es el resultado de ese análisis y de las convicciones sobre cómo debe resolverse la controversia, el Tribunal Arbitral se pronuncia, en Derecho, en los siguientes términos:

PRIMERO.- Declarar que la pretensión de revisión procesal de las penalizaciones atribuidas a la demandante, formuladas originalmente como parte de su primera pretensión principal, identificadas en el Expedientes números 003013-2019-MIDIS/PNAEQW-TRNSF y 001520-2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF, no son materia de pronunciamiento en este Laudo Arbitral. En el primer caso, porque ha caducado la posibilidad de litigar respecto de ella y, en el segundo, porque la pretensión fue retirada por la propia demandante.

SEGUNDO.- Declarar **fundada en parte** la Primera Pretensión Principal referida a la penalización derivada del Expediente N° 004586-2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF, únicamente en el extremo de la demanda en la entrega de productos alimenticios. En consecuencia, la demandada deberá recalcular la multa impuesta considerando únicamente un (1) días de mora en la entrega y restituyendo con los intereses legales desde el momento de su cobro indebido y hasta su efectivo pago, el monto de la penalización por retraso en dos (2) días de entrega.

TERCERO.- Declarar **Infundada** la Segunda Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, ordenar que cada parte asuma

íntegramente el pago de sus costos y proporcionalmente el pago de las costas.



JUAN FRANCISCO ROJAS LEO
Arbitro



AMELIA JULIA PRINCIPE TRUJILLO
Arbitro



CARLOS ALBERTO PUERTA CHU
Arbitro