

EXP. N° 3263-117-21

**JOLUCAVA IMPORT EXPORT EMPRESA INDIVIDUAL DE
RESPONSABILIDAD LIMITADA vs. PROGRAMA NACIONAL DE
ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA**

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: JOLUCAVA IMPORT EXPORT EMPRESA
INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA
(en adelante, el demandante o el Contratista)

DEMANDADO: PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN
ESCOLAR QALI WARMA (en adelante, el
demandado o la Entidad)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

ÁRBITRO ÚNICO: Guillermo Carlos Miranda Arosemena

SECRETARÍA ARBITRAL: Alex Manuel De la Cruz Peña
Secretario Arbitral del Centro de Análisis y
Resolución de Conflictos de la PUCP.

Decisión N° 14

En Lima, a los dieciseis días del mes de mayo del año dos mil veintidós, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones planteadas en la

demanda, por decisión de las partes, dicta el siguiente laudo de derecho para poner fin a la controversia planteada.

1. EL CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 2 de julio de 2020, el Contratista y la Entidad celebraron el Contrato N° 007-2020-MIDIS-PNAEQW, derivado de la Licitación Pública N° 001-2019-MIDIS-PNAEQW-CS-1 para la “Adquisición de vestuario para el personal de campo que realiza las actividades de supervisión de la prestación del servicio alimentario del PNAEQW” ITEMS N° 2 y 3, en el que incluyó la cláusula décima séptima:


POLUCIANO
PUNO
José D.

CLÁUSULA DÉCIMA SETIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS¹
Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

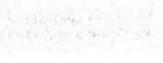
Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden



¹ De acuerdo con el numeral 225.3 del artículo 225 del Reglamento, las partes pueden recurrir al arbitraje ad hoc cuando las controversias deriven de contratos cuyo monto contractual original sea menor e igual a cinco millones con 00100 soles (S/ 5 000 000.00)

- 5 -


PERÚ Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social


ONC Oficina Nacional de Contrataciones


Programa Nacional de Alimentación Escolar
CALLI WARMIA

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la Universalización de la Salud"

ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.



Conforme a dicha cláusula el presente arbitraje es organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, conforme el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante,

el Reglamento) y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (en adelante, simplemente LA).

2. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Mediante comunicación de fecha 18 de febrero de 2021, el Contratista remite al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú su solicitud de arbitraje, la misma que es respondida el 10 de marzo de 2021 por la Entidad.

Es así que con fecha 6 de abril de 2021, se informa al abogado Guillermo Carlos Miranda Arosemena su designación como Árbitro Único para el procedimiento arbitral de la referencia; a lo cual, con fecha 12 de abril de 2021, el abogado Guillermo Carlos Miranda Arosemena remite su aceptación como árbitro designado por la Corte de Arbitraje del Centro, quedando entonces el Tribunal Arbitral válidamente constituido.

3. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES

1. Mediante Decisión N° 1, notificada a las partes el día 30 de junio de 2021, se fijaron las reglas del presente proceso arbitral, se otorgó al Contratista el plazo de veinte (20) días hábiles para la presentación de su demanda y se otorgó a la Entidad el plazo de veinte (20) días hábiles a fin de que acrediten el registro del Tribunal Arbitral en el SEACE.
2. Mediante Decisión N° 2, notificada a las partes el día 11 de agosto de 2021, se tuvo por presentada la demanda arbitral por parte del Contratista y los diez (10) medios probatorios y doce (12) anexos presentados y se otorgó un plazo de veinte (20) días hábiles a la Entidad para que presente su contestación de demanda dentro del plazo establecido, de conformidad con las reglas del presente arbitraje.

3. Mediante Decisión N° 3, notificada a las partes el día 19 de octubre de 2021, se tuvo por presentada la acreditación del registro del Árbitro Único y se otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que precise qué es lo que se pretende probar con cada uno de los medios probatorios que está ofreciendo en su escrito de contestación, subsane el medio probatorio "3-B" y precise si es que va presentar una reconvencción. Asimismo, se comunicó a las partes los correos habilitados del Árbitro Único para las notificaciones: gcm1947@gmail.com y gcm.es@gmail.com.
4. Mediante Decisión N° 4, notificada a las partes el día 03 de noviembre de 2021, se admitió a trámite la contestación de demanda presentada por la Entidad así como se tuvieron por ofrecidos los doce (12) medios probatorios presentados en los anexos con conocimiento de su contraparte. Asimismo, se dejó constancia de la no presentación de una reconvencción por parte de la Entidad contra el Contratista.
5. Mediante Decisión N° 5, notificada a las partes el día 17 de noviembre de 2021, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes y se citó a las partes para una Audiencia Única programada para el día 06 de diciembre de 2021 a las 10:00 a.m.
6. Mediante Decisión N° 6, notificada a las partes el día 01 de diciembre de 2021, ante la primera solicitud de reprogramación formulada por la Entidad, se dispuso reprogramar la audiencia única para el día 14 de diciembre de 2021 a las 10:00 a.m. a través de la plataforma Zoom.
7. Mediante Decisión N° 7, notificada a las partes el día 13 de diciembre de 2021, ante la segunda solicitud de reprogramación formulada por la Entidad, se dispuso reprogramar la audiencia única para el día 23 de diciembre de 2021 a las 10:00 a.m. a través de la plataforma Zoom.

8. El 23 de diciembre de 2021, se llevó a cabo la Audiencia Única de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones, en la cual las partes expusieron ante el Árbitro Único los hechos que originaron la presente controversia y sus posiciones jurídicas. Cabe precisar, que ambas partes emplearon en la citada audiencia el tiempo que estimaron conveniente.
9. Mediante Decisión N° 8, notificada a las partes el día 04 de enero de 2022, se otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles a la partes a fin que puedan presentar sus alegatos finales por escrito sobre los temas abordados en la Audiencia Única.
10. Mediante Decisión N° 9, notificada a las partes el día 02 de febrero de 2022, se tuvo presente lo manifestado por las partes en sus escritos de alegatos finales y se informó a las partes que se efectuaría una revisión del expediente arbitral a efectos de determinar si corresponde solicitar alguna documentación adicional a las partes sobre las materias controvertidas en este arbitraje o efectuar alguna actuación previa al cierre de las actuaciones arbitrales.
11. Mediante Decisión N° 10, notificada a las partes el día 14 de febrero de 2022, se otorgó a las partes el plazo de tres (3) días hábiles a efectos de que remitan completo y nítido, el Memorando N° D000690-2020-MIDIS-PNAEQW-USME (09-06-20), las especificaciones técnicas aprobadas por las bases integradas del proceso y el anexo 1-I de la Demanda completo y nítido.
12. Mediante Decisión N° 11, notificada a las partes el día 23 de febrero de 2022, se tuvo por cumplidos los mandatos establecidos en la Decisión N° 10 y se otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles a las partes a efectos de que manifiesten lo conveniente a su derecho respecto a la documentación remitida por su contraparte. Por otro lado, se tuvo por cumplido el requerimiento

consistente en el registro del Árbitro Único en el Sistema de Declaraciones Juradas para la Gestión de Conflictos de Intereses (SIDJI) de la Contraloría General de la República.

13. Mediante Decisión N° 12, notificada a las partes el día 04 de marzo de 2022, se tuvo presente lo manifestado por la Entidad en el escrito del antecedente, con conocimiento de su contraparte, se dejó constancia que el Contratista no remitió algún pronunciamiento adicional sobre los documentos presentados por su contraparte, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales y, en consecuencia, se fijó el plazo para emitir el laudo arbitral en cuarenta (40) días hábiles, contado desde el día siguiente de la notificación de la citada Decisión; plazo que podrá ser prorrogado por única vez, hasta por diez (10) días hábiles adicionales contabilizados a partir del día siguiente del vencimiento original, conforme al artículo 53º del Reglamento,; prórroga que efectivamente se hizo mediante la Decisión N° 13, venciendo el plazo para laudar el 18 de mayo del 2022.

4. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:

1. Mediante correo electrónico de fecha 30 de junio de 2021 se notificó a las partes la primera liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios Arbitrales	S/ 4,958.00 netos
Gastos Administrativos del Centro	S/ 5,232.00 más IGV.

2. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes.

3. Con relación al pago de los gastos arbitrales, se advierte que el Contratista asumió el 100% de los gastos arbitrales, los cuales comprenden el pago de los honorarios del Árbitro Único y la Tasa Administrativa del Centro de Arbitraje. Las constancias de dichos pagos se encuentran contenidos en las Comunicaciones Nos. 5, 9, 10 y 11.

5. CUESTIONES CONTROVERTIDAS:

- **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:** Que el Árbitro Único determine si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la resolución del Contrato N° 007-2020-MIDIS/PNAEQW, por causal sobreviniente al perfeccionamiento del contrato, realizada por el contratista Jolucava Import Export EIRL mediante Carta Notarial N° 1839-2020 notificada en fecha 25 de noviembre de 2020.
- **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:** Que el Árbitro Único determine si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la resolución del Contrato N° 007-2020-MIDIS/PNAEQW, por causal de incumplimiento injustificado de obligación contractual, dispuesta por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma a través de la Carta Notarial N° D0000095-2020-MIDIS/PNAEQW-UA notificada en fecha 26 de noviembre de 2020.
- **TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRIMERA Y A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que el Árbitro Único determine si corresponde o no declarar consentida la resolución contractual presentada por el Contratista.
- **CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Que el Árbitro Único determine si corresponde o no dejar sin efecto todos los actos realizados por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma dirigidos a ejecutar la resolución del contrato, es decir la no ejecución de garantías que el Contratista mantiene a su favor, lo cual incluye aquellas cartas fianza que se emitan durante la tramitación del presente arbitraje como la renovación de las ya emitidas.

- **QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que el Árbitro Único determine si corresponde o no ordenar al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, como consecuencia de la resolución del contrato dispuesta por el Contratista, la devolución de las Cartas Fianza de Fiel Cumplimiento, otorgadas en el presente contrato y sus respectivas renovaciones.
- **SEXTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que el Árbitro Único determine si corresponde o no ordenar al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, conforme a lo dispuesto en el artículo 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, el pago de la indemnización por los daños irrogados, cuya cuantía se determina en los gastos derivados como consecuencia de la resolución contractual.
- **SÉPTIMA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que el Árbitro Único determine a quién corresponde asumir el pago por concepto de costos y costas del presente proceso arbitral.

Las pruebas presentadas en la Demanda fueron:

- a) Anexo 1-A : Copia del DNI del Representante Legal de la Contratista

- b)** Anexo 1-B: Copia del Certificado de Vigencia de Poder del Representante Legal de la Contratista
- c)** Anexo 1-C: Copia del Contrato 007-2020-MIDIS-PNAEQW de fecha 02 de julio de 2020.
- d)** Anexo 1-D: Copia de la Carta sin número de fecha 06 de julio de 2020, a través de la cual la Contratista alegó presunto vicio de nulidad en el Contrato.
- e)** Anexo 1-E: Copia de la Carta Notarial D000004-2020-MIDIS/PNAEQW-UA de fecha 30 de octubre de 2020 mediante la cual la Entidad requiere al Contratista el cumplimiento de las obligaciones contractuales.
- f)** Anexo 1-F: Copia de la Carta sin número de fecha 9 de noviembre de 2020, mediante la cual la Contratista remitió las muestras de los artículos objeto del Contrato.
- g)** Anexo 1-G: Copia de la Carta Notarial N° 1839-2020 de fecha 24 de noviembre de 2020 remitida por el Contratista a la Entidad comunicando la resolución total del Contrato.
- h)** Anexo 1-H: Copia de la Carta Notarial D000095-2020-MIDIS/PNAEQW-UA de fecha 24 de noviembre de 2020 mediante la cual la Entidad comunica al Contratista la resolución del Contrato por incumplimiento contractual.
- i)** Anexo 1-I: Copia de la Carta Notarial D000001-2020-MIDIS/PNAEQW-UA-CASG mediante la cual la Entidad desvirtúa la presunta resolución contractual remitida por la Contratista.
- j)** Anexo 1-J: Copia del Recibo por Honorarios Electrónico N° E001-279 emitido por Janette Elke Ramirez Maynetto por concepto de asesoramiento en proceso arbitral N° 3263-117-21.
- k)** Anexo 1-K: Correo electrónico de fecha 30 de junio de 2021 remitido por la Sra. Rosario Arce al Sr. Jose Luis Catacora conteniendo el reporte de liquidación y comisión por emisión de Carta Fianza de Garantía de Fiel Cumplimiento por la suma de S/. 1,524.00
- l)** Anexo 1-L: Copia Certificada del Acta de Conciliación N° 033-2021 del 28 de enero de 2021, concluida por falta de Acuerdo entre las partes.

Las pruebas presentadas en la contestación de la Demanda fueron:

- a) Anexo 1-B: Contrato 007-2020-MIDIS-PNAEQW de fecha 02 de julio de 2020.
- b) Anexo 2-B: Carta D000215-2020-MIDIS/PNAEQW de fecha 23 de agosto de 2020 mediante la cual responde a la Carta sin número de fecha 6 de julio de 2020 y exhorta al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el Contrato de fecha 2 de julio de 2020.
- c) Anexo 3-B: Notificación a través de correo electrónico de la carta D000215-2020-MIDIS/PNAEQW de fecha 23 de agosto de 2020 mediante la cual responde a la Carta sin número de fecha 6 de julio de 2020 y exhorta al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el Contrato de fecha 2 de julio de 2020.
- d) Anexo 4-B: Informe D0002396-2020-MIDIS/PNAEQW-UA-CASG emitido por un órgano de la Entidad mediante el cual se sustenta el inicio del procedimiento de resolución de contrato por incumplimiento de entrega de muestras de vestuario de la Contratista.
- e) Anexo 5-B: Memorando D001075-2020-MIDIS/PNAEQW-USME mediante el cual se informa a la Coordinación de Abastecimientos y Servicios Generales de la Entidad del incumplimiento de entrega de muestras de vestuario de la Contratista.
- f) Anexo 6-B: Memorando D001150-2020-MIDIS/PNAEQW-USME mediante la cual se informa a la Unidad de Administración de la Entidad del incumplimiento de entrega de muestras de vestuario de la Contratista.
- g) Anexo 7-B: Memorando D003542-2020-MIDIS/PNAEQW-UA mediante la cual se informa a la Unidad de Supervisión, Monitoreo y Evaluación del incumplimiento de entrega de muestras de vestuario de la Contratista.
- h) Anexo 8-B: Carta sin número de fecha 09 de noviembre de 2020 remitida por la Contratista remitiendo las muestras de los artículos objeto del Contrato.

- i) Anexo 9-B: Carta Notarial D000004-2020-MIDIS/PNAEQW-UA de fecha 30 de octubre de 2020 mediante la cual la Entidad requiere al Contratista el cumplimiento de las obligaciones contractuales.
- j) Anexo 10-B: Carta Notarial D000095-2020-MIDIS/PNAEQW-UA de fecha 24 de noviembre de 2020 mediante la cual la Entidad comunica al Contratista la resolución del Contrato por incumplimiento contractual
- k) Anexo 11-B: Informe D00006-2020-MIDIS/PNAEQW-USME-CSM-RCM de fecha 17 de noviembre de 2020, mediante el cual se informa a la Coordinación de Supervisión y Monitoreo de la Entidad que las muestras presentadas por el Contratista no cumplen con los requisitos y especificaciones previstas en el Contrato.
- l) Informe 12-B: Informe D001929-2020-MIDIS/PNAEQW-UA-CASG mediante el cual se informa a la Unidad de Supervisión, Monitoreo y Evaluación del incumplimiento de entrega de muestras de vestuario de la Contratista.

6. POSICIONES DE LAS PARTES:

6.1. Demanda: Posición de Jolucava Import Export EIRL

Respecto a la primera pretensión principal

1. En primer lugar, el Contratista señala que a través de la Carta S/N del 06 de julio de 2020, ingresada a la Entidad por mesa de partes virtual tramite.documentario@qw.gob.pe, con número de registro 2020-0036418, comunicó a la Entidad la existencia de un vicio de nulidad, dado que la Entidad no dio cumplimiento a las disposiciones señaladas en el Decreto Supremo N° 103-2020-EF, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14 de mayo de 2020, en tanto, el área usuaria no emitió el informe correspondiente a la adecuación del requerimiento objeto de la adquisición al documento técnico aprobado por Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA y el Protocolo Sanitario Sectorial

para la ejecución de la prestación, así como tampoco se realizó la actualización del presupuesto.

2. Manifiesta que a través de la Carta S/N del 06 de julio de 2020, adicionalmente se solicitó la modificación convencional del Contrato, al amparo de lo dispuesto por los numerales 34.1 y 34.10 del artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 160 de su Reglamento, debido a que los hechos fueron sobrevinientes al perfeccionamiento del Contrato.
3. Al respecto, señala que la Entidad no emitió pronunciamiento sobre los hechos descritos en la Carta S/N del 06 de julio de 2020 y tampoco comunicó al Contratista sobre el informe del área usuaria que se pronuncia acerca de la adecuación del requerimiento al Decreto Supremo N°103- 2020-EF al que hace referencia la Carta Notarial N° D00004-2020-MIDIS/PNAEQW.
4. Asimismo, enuncia que, pese a lo referido, la Entidad realizó el apercibimiento de resolución por presunto incumplimiento de obligaciones, por lo que mediante Carta s/n con fecha 09 de noviembre de 2020, el Contratista cumplió con presentar las muestras y el Informe de Ensayo de Calidad de Tela teniendo la Entidad un día para emitir su pronunciamiento conforme lo establecido en el Capítulo VIII de las Especificaciones Técnicas.
5. No obstante ello, refiere que la Entidad no comunicó al Contratista el pronunciamiento correspondiente, de conformidad con el artículo 168.4 del Reglamento de la Ley, dentro de los plazos y procedimiento establecido, así como tampoco comunicó el informe del área usuaria de adecuación del requerimiento al Decreto Supremo N° 103-2020-EF expuesto en su misiva del 06 de julio de 2020, lo cual es una circunstancia irregular por parte de la Entidad.
6. Bajo estas consideraciones, el Contratista a través de la Carta Notarial N° 1839-2020 de fecha 24 de noviembre de 2020 comunicó a la Entidad su

decisión de resolver el contrato de conformidad con lo dispuesto en el numeral 36.1 del artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado.

7. En ese sentido, se señala que la causal invocada por el Contratista para resolver el contrato por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato resulta válida y eficaz dada la imposibilidad de manera definitiva de continuar con el contrato, lo cual se verificó en la falta de adecuación del requerimiento y del presupuesto a las disposiciones sanitarias dispuestas en el Decreto Supremo N° 103-2020-EF.
8. En tal sentido, el Contratista solicita que se declare válida y eficaz la Resolución del Contrato, careciendo de efecto legal la Carta Notarial N°D000001-2021-MIDIS/PNAEQW-UA-CASG de fecha 19 de enero de 2021 que pretende desestimar la causal, al ser extemporánea y haberse producido el consentimiento de la resolución del contrato.

Respecto a la segunda pretensión principal

9. El Contratista señala que, a través de la Carta Notarial N° D000004-2020-MIDIS/ PNAEQW-UA del 30 de octubre de 2020 notificada al Contratista el día 03 de noviembre de 2020, la Entidad requirió al Contratista para que en un plazo no mayor a cuatro (4) días calendario, cumpla con la obligación establecida en el contrato, consistente en la entrega de muestras de vestuario para la aprobación respectiva, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
10. Al respecto, manifiesta que a través de la Carta S/N del 09 de noviembre de 2020 cumplió con entregar las muestras de vestuario requeridas así como el informe de ensayo de calidad de la tela para su aprobación respectiva. Sin embargo, señala que la Entidad decidió resolver el Contrato a través de la Carta Notarial D00095-2020-MIDIS/PNAEQW-UA de fecha 24 de noviembre de 2020.

- 11.** Sobre el particular, el Contratista señala que la Entidad inobservó el procedimiento de resolución de contrato, descrito en el numeral 165.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dado que no se configura el presupuesto indispensable para resolver el contrato, pues el Contratista no incumplió con las obligaciones a su cargo, al haber cumplido con entregar las muestras y el informe de calidad de la tela, emitida por una empresa acreditada por el INACAL de los bienes, conforme lo reconoce la Entidad en el numeral 2) de la Carta N° D000095-2020-MIDIS/PNAEQW-UA.
- 12.** Asimismo, el Contratista trae colación el numeral 3) de la Carta N° D000095-2020-MIDIS/PNAEQW-UA, enfatizando que el Informe N°0006-2020- MIDIS/PNAEQW-USME-CSM-RCM que sustenta la Resolución del Contrato efectuada por la Entidad fue realizado sin que el Contratista tome conocimiento de las conclusiones del experto textil, imposibilitando con ello merituar sus alcances y vulnerando el procedimiento descrito en el Capítulo VIII Especificaciones Técnicas- Plazo entrega, lo que daría cuenta que no existió apercibimiento válido para resolver el contrato.
- 13.** Bajo estas consideraciones, alega que la Entidad no se encontraba facultada a resolver totalmente el contrato y su decisión de resolver el contrato habría obedecido a una conducta de mala fe para encubrir su responsabilidad en la falta de adecuación del requerimiento al Decreto Supremo N°103-2020-EF, debido a que la Entidad no optó por una opción distinta a la resolución total del contrato.
- 14.** Por último, advierte que recién con la Carta Notarial N°D0000095-2020-MIDIS/ PNAEQW-UA de fecha veintiséis de noviembre de 2020 se está dando cuenta del Informe del Experto Textil y exponiendo las razones que a criterio de la Entidad justifican la configuración de un supuesto de incumplimiento de obligaciones: sin embargo, dichos informes no fueron puestos a conocimiento del Contratista a fin de que manifieste lo pertinente a dicha conclusión.

15. En tal sentido, señala que no se ha configurado la causal de incumplimiento injustificado por parte del Contratista por lo que solicita que la decisión de la Entidad de resolver el Contrato, a través de la Carta Notarial N°D0000095-2020-MIDIS/PNAEQW-UA, sea declarada inválida e ineficaz al inobservar el procedimiento establecido el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Respecto a la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal:

16. El Contratista sostiene que al no ser válida la resolución de contrato de la Entidad, comunicada a través de la Carta Notarial N°D0000095-2020-MIDIS/PNAEQW-UA de fecha 26 de noviembre de 2020, todos los actos derivados de la resolución de contrato dirigidos a concretar la decisión de la Entidad no pueden tener efectos.

17. Bajo estas consideraciones, el Contratista señala que el principal acto derivado de la resolución del contrato se encuentra en solicitar la ejecución de las garantías que se mantienen en custodia de la Entidad. Por tanto, siendo que la Entidad no cuenta con sustento para haber resuelto el contrato, no debería ser capaz de ejecutar las garantías que se han constituido a su favor para respaldar el cumplimiento de las obligaciones contractuales que el Contratista ha cumplido.

18. Sin perjuicio de lo anterior, el Contratista señala que declarar la nulidad de la resolución del Contrato sería insuficiente para dar fin a los perjuicios que la Entidad les ha ocasionado porque nada asegura que a pesar de existir un laudo arbitral que confirme que la Entidad no tenía derecho a resolver el Contrato, ésta no intente ejecutarlas.

19. En tal sentido, una vez que se declare la nulidad de la resolución del contrato, solicita se ordene a la Entidad la no ejecución de las garantías constituidas a su favor, señalando las siguientes:

- Garantía de Fiel Cumplimiento N°0619001 y sus posteriores renovaciones, por la suma de S/ 25,344.85 (Medio Probatorio 3.7 y Anexo 1-I).

20. Asimismo, el Contratista precisa que esta pretensión incluye aquellas cartas fianza que se emitan durante la tramitación del presente arbitraje, como la renovación de las emitidas hasta la fecha.

Respecto a la tercera pretensión principal:

21. El Contratista señala que como consecuencia de la Resolución del Contrato, el Tribunal Arbitral deberá ordenar la devolución de las Cartas Fianza N° 0619001 emitida por Fundación Fondo de Garantía para Préstamos a la Pequeña Industria (FOGAPI) por la suma de S/. 25,344.85 (veinticinco mil trescientos cuarenta y cuatro con 85/100 soles) y sus posteriores renovaciones, que garantizan el fiel cumplimiento del contrato.

22. Sobre el particular, refiere que esta pretensión se basa en que al quedar resuelto el contrato por causas no imputables al Contratista, la Entidad debe cumplir con la devolución de las cartas fianzas antes citadas.

Respecto a la cuarta pretensión principal:

23. El Contratista señala que la resolución del contrato trae como consecuencia la obligación del deudor de indemnizar al acreedor por los daños que genere la resolución del mismo, siendo que en el presente caso se cumplen con los elementos constitutivos de la responsabilidad civil: i) la antijuridicidad o ilicitud

del daño causado; ii) la existencia de un factor de atribución; iii) el nexo causal; y, iv) la existencia de un daño.

- 24.** En primer lugar, con relación a la antijuridicidad del acto, el Contratista señala que este requisito se cumple en tanto la Entidad ha invocado la resolución del contrato sin causa e infringiendo el ordenamiento jurídico.
- 25.** En segundo lugar, respecto al nexo causal, refiere que la pretensión indemnizatoria que solicita es consecuencia de los daños que han sufrido como consecuencia de la resolución del Contrato que ha invocado ilegalmente la Entidad.
- 26.** En tercer lugar, respecto a la existencia de un factor de atribución de la responsabilidad, precisa que el haber invocado la resolución de contrato a sabiendas que no corresponde dicha medida de acuerdo al ordenamiento jurídico, permite presumir iuris tantum que el deudor ha actuado con culpa leve, presunción que deberá ser desvirtuada por la Entidad.
- 27.** Sin perjuicio de ello, el Contratista manifiesta que la Entidad ha actuado con dolo, debido a que en el presente caso ha quedado demostrado que la Entidad decidió deliberadamente resolver el contrato a sabiendas que no existía causa para ello.
- 28.** En cuarto lugar, en cuanto al daño causado, señala que la ilegal resolución contractual trae consigo que el Contratista tenga que afrontar: (i) los costos (daño emergente) para hacer frente a dicha resolución; (ii) el costo financiero (daño) por varios meses más en tanto dure este proceso arbitral, por mantener vigentes garantías que importan al contrato, por lo que el costo de mantener las cartas fianzas bancarias otorgadas en garantía de la Entidad debe ser indemnizado por esta última al Contratista; y, (iii) los costos que implican la contratación de asesores legales al haber resuelto el contrato, daño a la reputación e imagen empresarial que se viene ocasionando.

29. En tal sentido, solicita se ordene la reparación de los daños sufridos al Contratista ocasionados por la resolución del Contrato invocada por la Entidad. A mayor abundamiento, se remite a los gastos incurridos en la contratación de asesores legales y a los gastos financieros ocasionados por la renovación de la garantía de fiel cumplimiento.

Respecto a la quinta pretensión principal

30. El Contratista solicita que se ordene a la Entidad que asuma íntegramente los gastos y costos arbitrales que se deriven del presente proceso arbitral.

31. A mayor abundamiento, se precisa que la cuantía de esta pretensión se encuentra dividida en dos partes: (i) Gastos Arbitrales, que son los gastos de asesoramiento técnico legal y que se encuentran amparados en el artículo 1246º del Código Civil, por lo que se deberá reconocer los intereses legales calculados desde la fecha de notificación de laudo hasta la fecha efectiva del pago; y, ii) Costos Arbitrales, que comprenden los honorarios del Árbitro Único y la Secretaría Arbitral, entre otros.

6.2. Posición del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

Contestación de demanda:

Respecto a la primera pretensión principal

32. En primer lugar, la Entidad señala que con carta s/n de fecha 06 de julio de 2020, el Contratista invoca presunto vicio de nulidad, infiriendo que la Entidad no habría dado cumplimiento a las disposiciones señaladas en el Decreto Supremo N° 103-2020-EF, en tanto el área usuaria no habría emitido el informe correspondiente a la adecuación del requerimiento para la

“Adquisición de Vestuario para el Personal de Campo que realiza las Actividades de Supervisión de la Prestación del Servicio Alimentario del PNAEQW” Ítems N° 2 Y 3 al Documento Técnico aprobado con la Resolución N° 239-2020-MINSA y al Protocolo Sanitario Sectorial para la ejecución de las prestaciones.

- 33.** En la citada carta, el Contratista solicitó la modificación del contrato, a fin de que se adecúe el Contrato a los protocolos sanitarios y sectoriales y se incremente el precio del presupuesto inicial de los bienes a adquirir.

- 34.** Sobre el particular, la Entidad refiere que, a diferencia de lo que sostiene el Contratista, sí dio respuesta a la carta del 06 de julio de 2020 a través de la Carta N° D000215-2020-MIDIS-PNAEQW-UA-CASG, notificada por correo electrónico al demandante el 23 de agosto de 2020, en la cual se le indicó al Contratista que no cabe invocar ningún vicio de nulidad y que no resulta atendible la modificación convencional del Contrato al no reunir las condiciones exigidas en las normas de contratación pública para que esta se materialice.

- 35.** Asimismo, la Entidad refiere que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 103-2020-EF, la adecuación a los protocolos sanitarios no es obligatoria; por el contrario, indica que ello solo se produce en los casos que corresponda de acuerdo a las particularidades de cada caso, es decir la Entidad tiene la facultad de decidir si se produce o no la adecuación.

- 36.** Respecto a que no corresponde la adecuación a los protocolos sanitarios, la Entidad señala que la Unidad de Supervisión, Monitoreo y Evaluación en su calidad de área usuaria a través del Memorando N° D000690-2020-MIDIS-PNAEQW-USME del 9 de junio de 2020 señaló que “no es necesario la adecuación del requerimiento “ADQUISICIÓN DE VESTUARIO PARA EL PERSONAL DE CAMPO QUE REALIZA LAS ACTIVIDADES DE

SUPERVISIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ALIMENTARIO DEL PNAEQW” a los protocolos sanitarios emitidos por las entidades competentes en el marco de las medidas decretadas por el Gobierno para prevenir y controlar la pandemia del COVID-19”.

- 37.** Por ello, la Entidad señala no cabe invocar ningún vicio de nulidad incurrido por la Entidad en relación algún presunto incumplimiento de los protocolos sanitarios emitidos por las entidades competentes en el marco de las medidas decretadas por el Gobierno para prevenir y controlar la pandemia del COVID-19, más aún si la confección o fabricación de los bienes que son objeto del requerimiento y adquisición no se ejecutarían en la sede de la Entidad.
- 38.** Sobre la solicitud de modificación del contrato, la Entidad señala que esta no resulta atendible considerando que en primer término no reúne la condición sine qua non exigida en la Ley, pues en el marco de la ejecución del contrato sub materia y el contexto de la declaratoria de estado de emergencia nacional dispuesta por el Gobierno Central invocado, si bien este último hecho podría constituir una situación de fuerza mayor que podría afectar el vínculo contractual celebrado entre las partes y que la orden de aislamiento o inmovilización social establecidas en los citados decretos supremos, impida la ejecución oportuna y/o cabal de las prestaciones de bienes y servicios, es derecho del contratista solicitar la ampliación del plazo del contrato, siguiendo para el efecto del procedimiento regulado en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
- 39.** Por otro lado, la Entidad manifestó que, de acuerdo a la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 168-2020-EF, era el contratista quien debía presentar a la Entidad el plan para implementar los protocolos sanitarios de corresponder; sin embargo, en el presente caso no se presentó el referido plan.

40. Asimismo, la Entidad manifiesta que el Contratista no cumplió con el procedimiento establecido en el numeral 165.1 del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en tanto éste resolvió el contrato sin haber otorgado un plazo a la Entidad para el cumplimiento de su obligación, que de acuerdo a lo indicado por el propio demandante sería adecuar el Contrato a los protocolos sanitarios, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
41. Se precisa que las normas que se han venido exponiendo en el presente caso, fueron emitidas con anterioridad a la suscripción del Contrato, con lo cual el contratista conocía que el Contrato no incluía ningún protocolo sanitario y lo aceptó tal cual, pero luego pretendió modificar el contrato excusándose en el estado de emergencia, cuando de acuerdo a las normas ya expuestas queda claro que no correspondía tal adecuación.
42. En tal sentido, la Entidad refiere que no existió un hecho sobreviniente que justifique la resolución contractual por parte del Contratista y tampoco se cumplió con el procedimiento establecido en el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que solicitan que se declare infundada la primera pretensión principal de la demanda.
43. Finalmente, la Entidad precisó que la Carta Notarial Nro D000001-2021-MIDIS/PNAEQW-UACASG de fecha 18 de enero de 2021 no está orientada a dar respuesta a la carta del 6 de julio de 2020 presentada por el demandante, en tanto ya había sido contestada, sino busca desvirtuar la resolución de contrato comunicada a la Entidad el 25 de noviembre de 2020.

Respecto a la segunda pretensión principal

44. De acuerdo a lo dispuesto en el Capítulo VIII de las Especificaciones Técnicas, el demandante tenía cuatro (4) días calendario contado a partir del

día siguiente de suscrito el Contrato para entregar una muestra del vestuario para su aprobación, es decir hasta el 6 de julio de 2020.

- 45.** Sin embargo, la Entidad señala que a la emisión de la Carta N° D000215-2020-MIDIS-PNAEQW-UA-CASG del 23 de agosto de 2020 ya habían transcurrido 49 días de retraso injustificado, por lo que con dicha Carta se exhortó al Contratista para que a la brevedad cumpla con su obligación contractual.
- 46.** Asimismo, la Entidad señala que, en vista de que continuaba el incumplimiento, con la Carta Notarial N° D000004-2020-MIDIS/PNAEQW-UA, notificada al demandante el día 03 de noviembre de 2020, de conformidad al numeral 165.1 del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se le requirió que en un plazo no mayor a cuatro (4) días calendario cumpla con entregar las muestras para la aprobación respectiva, debiendo adjuntar un informe de ensayo de calidad de la tela emitida por una empresa acreditada por el INACAL con alcance en textiles y confecciones, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.
- 47.** Añade que, de acuerdo al Informe N° D002396-2020-MIDIS/PNAEQW-UA-CASG de fecha 29 de octubre de 2020, no corresponde en esta contratación la aplicación de penalidad por mora u otras penalidades, puesto que la ejecución de las prestaciones no se ha iniciado en estricto debido a que el incumplimiento y retraso incurrido se ha dado en la etapa de entrega de muestras del material de vestuarios.
- 48.** Por otro lado, la Entidad manifiesta que el día 09 de noviembre de 2020, dentro del plazo otorgado, el Contratista presenta las muestras correspondientes al Ítem N° 2- casacas e Ítem N° 3- mochila, poncho, chaleco y mandiles y anexa las certificaciones de la tela.

49. Para la evaluación de las muestras e informes presentados, la Entidad refiere que contrató los servicios de un profesional en ingeniería textil quien concluyó a través del Informe N° D000006-2020-MIDIS/PNAEQW-USME-CSM-RCM que las muestras de vestuario correspondiente al Ítem N° 2- casacas e Ítem N° 3- mochila, poncho, chaleco no cumplen con las Especificaciones Técnicas establecidas en las Bases Integradas. Así las cosas, en tanto el incumplimiento del contratista persistía, la Entidad señala que correspondía hacer efectivo el apercibimiento de resolución del contrato.
50. Con la Carta Notarial N° D000095-2020-MIDIS/PNAEQW-UA, notificada el 26 de noviembre de 2020, la Entidad comunicó al contratista la decisión de resolver el Contrato por incumplimiento de sus obligaciones contractuales.
51. En tal sentido, señala que en el caso de la Entidad se ha demostrado el incumplimiento por parte del demandante que conllevó a la resolución contractual conforme al procedimiento establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que solicita que se declara infundada la segunda pretensión principal de la demanda.
52. Respecto a la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal y a la tercera pretensión principal, la Entidad sostiene que dado que es válida y eficaz la resolución del Contrato efectuada por el demandado conforme al numeral 166.1 del artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, corresponde la ejecución de las garantías, por lo que estas pretensiones deben ser declaradas infundadas.

Respecto a la cuarta pretensión principal

53. La Entidad señala que el Contrato se resolvió por causas imputables al demandante por lo que no se puede peticionar resarcimiento por supuestos daños sin haberlo probado ni acreditado, más aún cuando en el presente caso

no se ha configurado ningún elemento de responsabilidad civil como el nexo causal, factor de atribución y acreditación del daño, por lo que corresponde declarar infundada esta pretensión.

Respecto a la quinta pretensión principal

54. Sobre el particular, la Entidad refiere que ha sido el incumplimiento del Contratista lo que conlleva el inicio del presente arbitraje, por lo que solicitan que al momento de resolver se tenga en consideración lo antes señalado y los costos y costas del proceso sean asumidos por el Contratista en su totalidad.

7. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LOS PUNTOS O CUESTIONES CONTROVERTIDOS, LUEGO DE EVALUAR LOS ARGUMENTOS Y PRUEBAS DE LAS PARTES:

7.1 Análisis del primer punto controvertido que contiene la primera pretensión principal del demandante

Que el Árbitro Único determine si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la resolución del Contrato N° 007-2020-MIDIS/PNAEQW, por causal sobreviniente al perfeccionamiento del contrato, realizada por el contratista Jolucava Import Export EIRL mediante Carta Notarial N° 1839-2020 notificada en fecha 25 de noviembre de 2020.

55. De lo manifestado por las partes, el Árbitro Único, advierte que la controversia, en este extremo, gira en torno a la resolución del contrato ejecutada por el Contratista, pues conforme a sus argumentos esgrimidos en la Demanda Arbitral, la resolución se ha pretendido efectuar debido a la ocurrencia de un evento considerado como un hecho sobreviniente al perfeccionamiento de contrato que le ha imposibilitado ejecutar sus obligaciones de manera definitiva, alegando esto no ser imputable a las

partes. Debe resaltarse, que este es el único motivo esgrimido por la demandante para resolver el contrato.

56. Sin perjuicio de los argumentos previamente señalados por las partes y los hechos expuestos en los antecedentes de la presente decisión, compete evaluar la verdadera calificación de la imposibilidad de continuar el contrato por un “hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes”, incurriendo así en una causal de resolución prevista en el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.
57. Es así que, el Contratista sustenta que el hecho sobreviniente correspondió a la emisión de normas relacionadas a protocolos COVID, las mismas que habrían sido incumplidas por parte de la Entidad, motivo por el cual en un primer momento se requirió la modificación convencional del contrato y al no obtener respuesta en ese sentido recurrir a la resolución contractual; por ese motivo, es necesario remitirnos a dicha base legal y a los documentos intercambiados por las partes respecto de su aplicación.
58. El Contratista alega que mediante una carta de fecha 06 de julio de 2020, advirtió un vicio de nulidad al no haberse previsto en el contrato suscrito con la entidad, el Decreto Supremo 103-2020-EF, el cual preveía disposiciones reglamentarias para la tramitación de los procesos de selección que reinicien en el marco del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, decreto que establecía la adecuación a protocolos COVID y que de igual forma, a través de la misma comunicación, requirió la modificación convencional bajo el siguiente marco, de la Ley de Contrataciones con el Estado (LCE):

Artículo 34º. Modificaciones al contrato

34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.

34.2 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

59. Al respecto, con fecha 25 de marzo de 2020, el OSCE emitió el comunicado 005-2020 mediante el cual informaba, entre otras disposiciones lo siguiente, que:

“1. La declaratoria de estado de emergencia nacional dispuesta mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, precisado con Decreto Supremo N° 046-2020-PCM, constituye una situación de fuerza mayor que puede afectar los vínculos contractuales celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, tanto del lado del contratista como del lado de la Entidad contratante.

2. En ese sentido, en aquellos casos en que la orden de aislamiento o inmovilización social establecida en los citados decretos supremos, impida la ejecución oportuna y/o cabal de las prestaciones de bienes

y servicios, es derecho del contratista solicitar la ampliación del plazo del contrato, siguiendo para el efecto el procedimiento regulado en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, debiendo presentarse la solicitud de ampliación dentro de los plazos establecidos en la normativa aplicable, una vez finalizado el hecho generador del retraso, aun cuando el plazo del contrato haya vencido.

También es prerrogativa de las partes, incluso en contratos derivados de procesos convocados con anterioridad al 14 de diciembre de 2019, pactar la suspensión del plazo de ejecución del contrato, hasta que cese la situación de fuerza mayor o sus efectos, pudiendo acordarse igualmente la prórroga de tal suspensión.

3. En aquellos casos en que pueda continuarse la ejecución del contrato, corresponde a las Entidades comunicar al contratista, en formas que no vulneren el mandato de aislamiento o inmovilización social, una dirección de correo electrónico para las coordinaciones respectivas y la entrega de las prestaciones, cuanto esto sea posible; de lo contrario, el contratista tiene derecho a solicitar la ampliación de plazo. (...) (el subrayado es propio)

Comunicado que indicaba cuál sería el procedimiento y los derechos con los que contaban los contratistas ante la situación a la que se habían expuesto los contratos en ejecución a causa de la pandemia de COVID-19.

- 60.** Ante esta situación, respecto de esta supuesta necesidad de adecuarse y las normas vinculadas, mediante Memorando D0000690-2020-MIDIS-PNAEQW-USME de fecha 9 de junio de 2020 y habiendo informado al Contratista respecto de sus términos el 23 de agosto de 2020, se dio respuesta a su carta indicando que dicha adecuación a las normas emitidas debido al

COVID-19 no era necesaria para la ejecución del Contrato, por lo que en primer lugar, no correspondía pronunciarse por el aparente vicio de nulidad identificado por su parte; y, al no existir variación significativa, no correspondía llevar a cabo la modificación convencional del Contrato en los términos solicitados; y, en tanto el comunicado del OSCE, era de público conocimiento desde su fecha de publicación, era presumible que el Contratista conociera que si consideraba que el aislamiento o inmovilización social constituía impedimento para la ejecución contractual correspondía la solicitud de ampliación de plazo prevista en el acápite 3 del Comunicado 005-2020, solicitud que no fue formulada.

- 61.** Asimismo, es necesario resaltar que el supuesto sobreviniente señalado por parte del Contratista en lo correspondiente a las normas COVID, que preveían la implementación de protocolos específicos de seguridad y salud, el D.S. 103-2020-EF fue emitida el 14 de mayo de 2020, mientras que la R.M. 239-2020-MINSA que aprobaba el Documento Técnico “Lineamiento para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19”, mediante la cual se generaba la obligación legal de que cada empresa contara con un plan de vigilancia para el COVID-19 y adoptara las medidas necesarias para mitigar el riesgo de contagio, fue emitida el 28 de abril de 2020, por lo que a la fecha de suscripción del contrato, es decir el 2 de julio de 2020, estas normas contaban con más 2 meses de vigencia, situación que no fue cuestionada en su momento por el Contratista y que lo llevó a suscribir el Contrato sin ningún comentario ni observación al respecto. En ese sentido, no se puede señalar que las normas detalladas previamente constituyeron un hecho sobreviniente en tanto estas fueron emitidas con anterioridad y por ende, eran una situación completamente previsible; es más, la inamovilidad social se decretó en marzo del 2020 y las normas de reactivación en mayo del mismo año.

62. Teniendo en consideración esta cronología, es necesario hacer referencia a lo planteado por el autor Alberto Retamozo Linares, quien define que constituye hecho sobreviniente: “aquel que siendo posterior a la fecha que se contrajo la obligación, afecta el cumplimiento de ésta”¹, por lo que es necesario inferir que para que sea considerado como un hecho sobreviniente, debe darse con posterioridad a la fecha en que las partes se hayan obligado mutuamente, situación que conforme a la cronología previamente expuesta no es manifiesta y, por el contrario, eran anterior a la celebración del contrato .

7.2 Análisis del segundo punto controvertido que contiene la segunda pretensión principal del demandante

Que el Árbitro Único determine si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la resolución del Contrato N° 007-2020-MIDIS/PNAEQW, por causal de incumplimiento injustificado de obligación contractual, dispuesta por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma a través de la Carta Notarial N° D0000095-2020-MIDIS/PNAEQW-UA notificada en fecha 26 de noviembre de 2020.

63. Al respecto, y al tratarse una resolución por causal de incumplimiento injustificado de obligación contractual, es necesario remitirse a dos fuentes específicas: el documento mediante el cual se estableció la obligación pasible de incumplimiento por parte del Contratista y la norma mediante la cual se plantea el procedimiento para llevar a cabo dicha resolución. En ese sentido, la evaluación del punto controvertido abarcaría tanto el fondo, como la forma de los hechos que dieron lugar a esta resolución.

¹ Cfr. RETAMOZO LINARES, Alberto. (2018) “Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas de control”. Tomo II. Décimo segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica. p.72.

- 64.** Tal como fue previsto en el Contrato y las bases integradas donde constan las especificaciones técnicas, se estableció como plazo de entrega cuarenta y cinco (45) días calendario desde la aprobación de las muestras presentadas por el Contratista, muestras que debían entregarse en un plazo máximo de cuatro (4) días calendario desde la suscripción del contrato, ocurrida el 2 de julio de 2020.
- 65.** Dicha cronología indicaba, que el día 6 de julio del 2020 la Entidad debió tener en su poder las muestras para que en un plazo no mayor a un (1) día hábil apruebe u observe las mismas y comunique dicha decisión al Contratista; en ese sentido, de las previsiones contractuales, el Contratista con fecha 8 de julio debía contar con la aprobación de las muestras o *contrario sensu*, haber sido informado con las observaciones que debiera subsanar, para que desde este momento, computen los 45 días previstos para la entrega final de las prendas objeto del Contrato.
- 66.** Sin perjuicio de ello, recién con fecha 23 de agosto de 2020, es decir después de 49 días, la Entidad requirió mediante Carta 000215-2020-MIDIS-PNAEQW-UA-CASG al Contratista el envío de las muestras en tanto el incumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas el 2 de julio de 2020, eran manifiestas; carta que a pesar de que fue cursada el 23 de agosto, pudo ser cursada desde el día 7 de julio en cuanto se configuró el incumplimiento por parte del Contratista.
- 67.** Es así que ante la persistencia del incumplimiento y a pesar haber reiterado el plazo de cuatro días, en la carta mencionada en el acápite previo, con fecha 3 de noviembre de 2020, la Entidad notificó la Carta 0004-2020-MIDIS/PNAEQW-UA requiriendo nuevamente el envío de las muestras, haciendo explícita la facultad de resolver el Contrato ante el incumplimiento por parte del Contratista.

- 68.** Es así que dicho plazo otorgado el día 3 de noviembre de 2020, debió ser considerado como plazo último para que el Contratista entregara a la Entidad las muestras sin observación alguna, para la su evaluación por ésta.
- 69.** Ante esta notificación, es recién con fecha 9 de noviembre de 2020, que el Contratista remite las muestras, las mismas que según el informe de la Entidad no cumplían a cabalidad lo previsto en las Bases Técnicas del Contrato; en tanto, los ítems Nos. 2 y 3 que incluían las casacas, la mochila, el poncho y el chaleco, no se adecuaban a los criterios de repelencia al agua, peso, composición y solidez al frote, por lo que se puede inferir que el incumplimiento subsistía por parte del Contratista, al no haber observado ese informe. Es importante resaltar, que al presentar las muestras, el Contratista no hizo mención alguna a la eventualidad que según él había sobrevenido.
- 70.** Habiendo evaluado el fondo y sustento alegado por la Entidad que se ampara en el Artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado -que reconoce como causal de resolución el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales-, es necesario referir el procedimiento previsto por la norma pertinente, los artículos 165.1 y 165.3 del artículo 165° del Reglamento.
- 71.** En ese orden de ideas, al haberse instado al Contratista en dos oportunidades a cumplir sus obligaciones, se cumplió con el punto previsto en el 165.1; y al haberse cumplido el plazo otorgado, subsistiendo el incumplimiento al haber entregado muestras no conformes a las bases técnicas, se cumplió con el acápite 165.3 de la norma previamente citada.
- 72.** En ese sentido, es pertinente deducir que ocurrió la incursión en una causal de resolución contractual y se siguió el procedimiento específico para

declarar la resolución por la Entidad a través de la Carta Notarial 00095-2020-MIDIS/PNAEQW-UA de fecha 26 de noviembre de 2020.

73. En consecuencia, corresponde declarar que es válida y eficaz la resolución del contrato, por incumplimiento injustificado de obligación contractual, efectuada por la Entidad.

7.3 Análisis del tercer punto controvertido que contiene la primera y la segunda pretensión principal del demandante

Que el Árbitro Único determine si corresponde o no declarar consentida la resolución contractual presentada por el Contratista.

74. Conforme a lo previsto por el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado en su Artículo 166°:

Artículo 166. Efectos de la resolución

166.1. Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecuta las garantías que el Contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados.

166.2. Si la parte perjudicada es el Contratista, la Entidad reconoce la respectiva indemnización por los daños irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

166.3. Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida. (El subrayado es propio)

75. Al respecto, cabe mencionar que el Reglamento estipula este plazo de caducidad para cuestionar una resolución contractual considerando una resolución formulada conforme a derecho y en cumplimiento de los procedimientos y fundamentos previstos en las normas pertinentes. Es de resaltar, que la resolución por la Entidad fue notificada al Contratista el 26 de noviembre del 2020, por lo que éste tenía plazo hasta el 12 de enero del 2021 para someterla a conciliación y/o arbitraje y el Contratista, recién con escrito de fecha 18 de febrero de 2021 solicitó el arbitraje, por lo que al haber vencido el plazo de caducidad, ha quedado consentida la resolución del contrato efectuada por la Entidad.

76. Tan es así que el OSCE, en la Opinión N° 086-2018/DTN², reconoce que es importante reiterar que la debida resolución del contrato produce sus efectos una vez que la parte requerida recibe la comunicación donde su contraparte le informa la decisión de resolver el contrato, para lo que debe haber seguido el procedimiento recogido en el Reglamento.

77. En ese sentido, volviendo a los argumentos esgrimidos respecto del primer punto controvertido contenido en la primera pretensión principal del demandante, consideramos que la resolución contractual presentada por el Contratista no cumplió a cabalidad con los requisitos previstos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado; por ende, un acto cuyo procedimiento ha sido regulado normativamente, no puede surtir los efectos pretendidos cuando no haya cumplido las formalidades establecidas.

78. Por ese motivo, en tanto, las comunicaciones remitidas por el Contratista informando de su decisión de resolver el Contrato, no pueden ser consideradas una resolución propiamente dicha, no se puede hablar del consentimiento de la resolución contractual por parte de la Entidad, cuando

² Cfr. OSCE. Opinión N° 086-2018/DTN

no hubo resolución en los términos de las normas previamente mencionadas.

79. En consecuencia, corresponde declarar que no ha quedado consentida la resolución contractual formulada por el Contratista.

7.4 Análisis del cuarto punto controvertido que contiene la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal del demandante

Que el Árbitro Único determine si corresponde o no dejar sin efecto todos los actos realizados por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma dirigidos a ejecutar la resolución del contrato, es decir la no ejecución de garantías que el Contratista mantiene a su favor, lo cual incluye aquellas cartas fianza que se emitan durante la tramitación del presente arbitraje como la renovación de las ya emitidas.

80. El presente punto controvertido al ser parte de la primera pretensión accesoria de la segunda pretensión principal de la Demanda, necesariamente implica un pronunciamiento respecto de la adecuación a derecho por parte de la resolución contractual ejecutada por la Entidad.

81. En ese sentido y de conformidad con la postura del Árbitro Único expuesta en acápites anteriores, respecto a que es válida y eficaz la resolución contractual adoptada por la Entidad, es necesario referir las disposiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado en la parte pertinente a los efectos de la resolución contractual:

Artículo 166. Efectos de la resolución

166.1. Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la

indemnización por los mayores daños irrogados. (...) (El subrayado es propio)

82. En tanto la figura de la garantía contractual, tal como señala García Trevijano³, son herramientas que la Administración emplea para asegurar que el adjudicatario de determinado contrato no solo no incumpla las prestaciones a las que se ha obligado, sino que efectivamente va a cumplirlas.

83. En el mismo sentido, la Ley de Contrataciones con el Estado, plantea la figura de las garantías en los siguientes términos:

Artículo 33.- Garantías

33.1 Las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos. Sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son regulados en el reglamento.

33.2 Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas empresas deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

³ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. "El régimen de las garantías en la contratación administrativa", Civitas Editores, Madrid 1997, p.16

33.3 En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días hábiles. Toda demora genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y da lugar al pago de intereses legales en favor de la Entidad.

33.4 Las entidades financieras que emitan garantías a las que se refiere la presente Ley, facilitan el acceso de estas a las Entidades públicas beneficiarias, debiendo para el efecto implementar los mecanismos correspondientes que permitan la aplicación de la presente disposición” .

- 84.** Es así que, el espíritu de la norma al plantear la incondicionalidad, solidaridad, irrevocabilidad y realización automática a solo requerimiento de la Entidad que solicita su ejecución, únicamente evidencia la importancia que da a la posibilidad de ejecución de la misma ante un incumplimiento por parte del Contratista.
- 85.** Por ese motivo, resultaría en un incoherencia que se admita el cumplimiento de los requisitos previsto para una resolución conforme a la Ley y el Reglamento de Contrataciones con el Estado, más no la adecuación al derecho de la ejecución de las garantías otorgadas por el Contratista a favor de la entidad en el marco del procedimiento de Contratación, en tanto sería admitir la causa y negar sus efectos naturales.
- 86.** Al respecto, es necesario considerar que siendo la parte perjudicada la Entidad, esta en virtud del artículo 166.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, tiene no solo la potestad, sino la obligación de ejecutar las garantías que se le hubiesen otorgado en el marco del contrato.

87. En consecuencia, corresponde no dejar sin efecto los actos de la Entidad dirigidos a la resolución del contrato y la consecuente ejecución de las cartas fianza.

7.5 Análisis del quinto punto controvertido que contiene la tercera pretensión principal del demandante

Que el Árbitro Único determine si corresponde o no ordenar al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, como consecuencia de la resolución del contrato dispuesta por el Contratista, la devolución de las Cartas Fianza de Fiel Cumplimiento, otorgadas en el presente contrato y sus respectivas renovaciones.

88. Sobre esta cuestión controvertida y aunándose al análisis previsto en el punto previo respecto a la procedencia o no de la ejecución de las cartas fianza otorgadas por el Contratista a la Entidad, corresponde de igual forma recurrir al Artículo 155° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, en los siguiente términos:

Artículo 155. Ejecución de garantías

155.1 Las garantías se ejecutan en los siguientes supuestos:

a) Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Una vez que se cuente con la conformidad de la recepción de la prestación o haya quedado consentida la liquidación, según corresponda, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista o de haber saldo a favor, se le devuelve el monto ejecutado sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por el adelanto pendiente de amortización.

b) La garantía de fiel cumplimiento se ejecuta, en su totalidad, cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato. En estos supuestos, el monto de la garantía corresponde íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado. (...) (el subrayado es propio)

89. Es así que al tratarse de una garantía de fiel cumplimiento presentada y al haberse tratado de una resolución por incumplimiento injustificado de obligaciones por parte del Contratista frente a la Entidad, corresponde que esta última ejecute las garantías ofrecidas en el marco del Contrato; motivo por el cual no es procedente la devolución de las cartas fianza de fiel cumplimiento otorgadas por el Contratista.

90. En consecuencia, corresponde no ordenar a la Entidad que, como consecuencia de la resolución del contrato efectuada por el Contratista, devuelva las cartas fianza de fiel cumplimiento y sus respectivas renovaciones.

7.6 Análisis del sexto punto controvertido que contiene la cuarta pretensión principal del demandante

Que el Árbitro Único determine si corresponde o no ordenar al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, conforme a lo dispuesto en el artículo 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, el pago de la indemnización por los daños irrogados, cuya cuantía se determina en los gastos derivados como consecuencia de la resolución contractual

91. El análisis del presente punto controvertido requiere la evaluación de lo previsto en el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, el mismo que se pronuncia respecto de los efectos de la resolución contractual de la siguiente manera:

Artículo 166. Efectos de la resolución

166.1. Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados. (el subrayado es propio)

166.2. Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad reconoce la respectiva indemnización por los daños irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

166.3. Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida.

92. De la interpretación literal del artículo previamente señalado y citado en las pretensiones como sustento del Contratista, es determinante, a efectos de indicar a quién corresponde el pago de la indemnización por los daños irrogados, e identificar quién es la parte perjudicada por la resolución contractual.

93. Es así que siguiendo la línea de lo analizado en los puntos controvertidos previos asociados a las distintas pretensiones de la demanda arbitral, corresponde concluir que al tratarse de una resolución por incumplimiento

injustificado de las obligaciones del Contratista, no corresponde que este sea resarcido por ningún daño irrogado de la resolución del Contrato, en tanto dicha resolución es atribuible a este y su incumplimiento.

94. En consecuencia, corresponde no ordenar a la Entidad el pago de indemnización por daños irrogados.

7.7 Análisis del séptimo punto controvertido que contiene la quinta pretensión principal del demandante

Que el Árbitro Único determine a quién corresponde asumir el pago por concepto de costos y costas del presente proceso arbitral.

95. Respecto del último punto controvertido vinculado al pago de las costas y costos del presente proceso arbitral, al no haber sido pactado de manera expresa en el Convenio Arbitral quién se hará cargo de los gastos generados, el Árbitro Único cuenta con libertad para determinar a quién corresponde el pago de los mismos.

96. Sin perjuicio de que la resolución contractual se haya dado por causas atribuibles al Contratista, motivo por el cual ésta fue sometida a arbitraje en el presente proceso, el Árbitro Único no considera que los gastos deban ser asumidos en su totalidad por éste, en tanto los puntos controvertidos no fueron evidentes para las partes al haberse suscitado una situación atípica de doble resolución del mismo Contrato, por lo que ambas partes han actuado basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles. En ese sentido, el Árbitro Único considera que corresponde que dichos montos sean cancelados en partes iguales por cada una de las partes, debiendo la Entidad devolver al Contratista los importes de las mismas que le correspondían y fueron pagados por éste para la continuidad de este proceso arbitral.

8. LAUDO:

El Árbitro Único, en atención a las consideraciones y conclusiones expuestas en el presente laudo, resuelve:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda, por lo que corresponde declarar la no validez y eficacia de la resolución del Contrato N° 007-2020-MIDIS/PNAEQW, por causal sobreviniente al perfeccionamiento del contrato, realizada por el contratista Jolucava Import Export EIRL mediante Carta Notarial N° 1839-2020 notificada en fecha 25 de noviembre de 2020.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda, por lo que no corresponde declarar ineficaz, ni sin efecto legal e inejecutable la resolución del Contrato N° 007-2020-MIDIS/PNAEQW, por causal de incumplimiento injustificado de obligación contractual, dispuesta por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma a través de la Carta Notarial N° D0000095-2020-MIDIS/PNAEQW-UA notificada en fecha 26 de noviembre de 2020.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal, por lo que corresponde no dejar sin efecto todos los actos realizados por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma dirigidos a ejecutar la resolución del contrato, como la ejecución de garantías que el Contratista mantiene a su favor, lo cual incluye aquellas cartas fianza que se emitan durante la tramitación del presente arbitraje como la renovación de las ya emitidas.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión principal, por lo que no corresponde ordenar al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, como consecuencia de la resolución del contrato dispuesta por el Contratista, la

devolución de las Cartas Fianza de Fiel Cumplimiento, otorgadas en el presente contrato y sus respectivas renovaciones.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión principal, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 166º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, corresponde no ordenar al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma el pago de indemnización por los daños irrogados, cuya cuantía se determina en los gastos derivados como consecuencia de la resolución contractual.

SEXTO: DECLARAR INFUNDADA la quinta pretensión principal, en tanto corresponde a ambas partes asumir en proporciones iguales el pago por el concepto de costos y costas del presente proceso arbitral, debiendo la Entidad devolver al Contratista las sumas que correspondían a la Entidad y fueron pagadas por éste para asegurar la continuidad del proceso arbitral.

SÉPTIMO: DISPONER que la institución arbitral, cumpla con notificar el presente Laudo Arbitral a las partes.

OCTAVO: ENCARGAR a la institución arbitral la custodia del expediente arbitral por el plazo legal establecido en las normas vigentes, bajo responsabilidad, así como cumplir con sus obligaciones, de acuerdo a la normativa vigente.



GUILLERMO CARLOS MIRANDA AROSEMENA
ÁRBITRO ÚNICO