

**CAMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE**

Caso Arbitral N°356-2019-CCL

Consortio KDH

(Demandante)

Y

Comité de Compra Huancavelica 2

Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma – PNAEQW

(Demandados)

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral

Ramón Huapaya Tapia

José Manuel Herrera Robles

Mario Alexander Atarama Cordero

Secretaria Arbitral

Fiorella Casaverde Cotos

Lima, 03 de mayo de 2022

Contenido

I. GLOSARIO DE TÉRMINOS	4
II. ANTECEDENTES:	4
A. Hechos del caso:	4
B. Del Convenio Arbitral	8
C. Solicitud de arbitraje	9
D. Reglas aplicables al arbitraje	9
E. Normativa aplicable para resolver el fondo de la controversia	9
F. Demanda arbitral	9
G. Contestación a la demanda y reconvención	11
H. Contestación a la reconvención	11
I. Absolución a la contestación de la reconvención	11
J. Ampliación de fundamentos de la demanda	12
K. Absuelve ampliación de fundamentos de la demanda	12
L. Determinación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios	12
M. Plazo para Laudar	14
III. MATERIA CONTROVERTIDA	14
A. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO	14
A.1. POSICIÓN DEL CONSORCIO.....	15
A.2. POSICIÓN DEL PNAEQW.....	18
A.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL	22
B. SOBRE EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LAS CUATRO (04) PRETENSIONES FORMULADAS DE FORMA ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.	35
B.1. POSICION DE LA DEMANDANTE	35
B.2 POSICION DEL PNAEQW	37
(ii) Segunda Pretensión Accesorias:	37
(iii) Tercera Pretensión Accesorias:	38
(iv) Cuarta Pretensión Accesorias:	39
B.3 POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL	39
C. RESPECTO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Se ordene el pago pendiente por la prestación del servicio alimentario correspondiente a la primera entrega ascendente a S/. 124,419.20.	43
C.1. POSICION DEL CONSORCIO	43

C.2. POSICION DEL PNAEQW	45
C.3. POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL	46
D. SOBRE LA PRETENSION ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:	47
D.1 POSICION DEL CONSORCIO.....	47
D.2 POSICION DEL PNAEQW.....	47
D.3 POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	47
E. RESPECTO DE LA TERCERA PRETENSION PRINCIPAL: PAGO DE COSTAS, COSTAS Y GASTOS DEL PRESENTE ARBITRAJE	48
IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	49

I. GLOSARIO DE TÉRMINOS

Reglamento del Centro	Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2017)
Ley de Arbitraje	Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje
LCE	Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado
RLCE	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-20008-EF
LPAG	Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General
Demandante, Consorcio o Contratista	Consorcio KDH
Qali Warma o PNAEQW	Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma – PNAEQW
El Centro de Arbitraje	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima
Contrato	Contrato N° 003-2019-CC-HUANCAVELICA 2/ PRODUCTOS
Bases	Bases Integradas del Proceso de Compras de Productos para la Prestación del Servicio Alimentario 2019
Comité	Comité de Compra Huancavelica 2

II. ANTECEDENTES:

A. Hechos del caso:

- i. El 8 de noviembre del 2018, mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N°397-2018-MIDIS/PNAEQW, se aprobó el “Manual del Proceso de Compras del Modelo

de Cogestión para la Provisión del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma”.

- ii. Según el punto 2.2.4.2 “Evaluación, calificación y selección de las propuestas técnicas (sobre N°01)” de las Bases Integradas del Proceso de Compras de Productos para la Prestación del Servicio Alimentario 2019, el postor debía alcanzar un puntaje mínimo de 60 puntos de 100 posibles en la evaluación de la propuesta técnica, para acceder a la apertura y evaluación de la propuesta económica. Asimismo, se otorgaban 15 de 100 puntos posibles en los factores de evaluación a la promesa de entrega de alimentos de origen regional por cada entrega.

Factores de evaluación		Puntaje máximo
a)	Experiencia	30
b)	Cumplimiento de la prestación	40
c)	Promesa de entrega de alimentos de origen regional por cada entrega, de acuerdo con el requerimiento de productos para todas las instituciones educativas (Anexo N°04)	15
	Promesa de entrega de alimentos fortificados, de acuerdo con el requerimiento de productos para todas las instituciones educativas (Anexo N°04)	13
	Contar con la Certificación o Promesa de Implementar la Norma ISO 90001:2015 con alcance en el proceso de Almacenamiento y Distribución de Productos o Almacenamiento de Productos	2
	Total	100

Fuente: Bases Estandarizadas del Proceso de Compras de Productos para la Prestación del Servicio Alimentario 2019

- iii. Las Bases definían el alimento de origen regional como “aquel producto de procesamiento primario o industrializado (que puede incluir productos de la biodiversidad nativa) dentro del ámbito de una Región Alimentaria. Se consideran alimentos de origen regional, siempre que el procesamiento y/o fabricación y/o fraccionamiento y/o envasado, se realice en el ámbito de la región alimentaria correspondiente”.
- iv. El punto 3.1.26 de las Bases establecía como obligación del proveedor cumplir con los compromisos y/o promesas asumidas durante la fase de selección de proveedores, entre ellas la entrega de alimentos de origen regional.
- v. El 3.7 de las Bases, referido a la “Aplicación de penalidades”, señalaba que las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, bajo responsabilidad cuando concurren conjuntamente: i) Una causal de incumplimiento prevista en el contrato, y ii) Que responda a circunstancias

imputables al proveedor. Las penalidades se aplican sin perjuicio de la resolución del contrato y/o de las acciones legales que correspondan, previa evaluación y opinión favorable de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos. Asimismo, los pronunciamientos de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos sobre la materia se consideraban vinculantes y de obligatorio cumplimiento por parte de las Unidades Territoriales y los Comités de Compra. En caso de discrepancias entre la opinión de la Unidad Territorial y el pronunciamiento de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos, primaría el pronunciamiento de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos (3.7.1).

- vi. Asimismo, las Bases establecían que no se consideran incumplimiento de obligaciones y en consecuencia no se aplicaría penalidades, por supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, que imposibiliten al proveedor el cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato (3.7.2).
- vii. Las Bases precisaban que el proveedor podía solicitar la inaplicación de penalidades mediante la presentación al Comité de Compra de un escrito, adjuntando los elementos probatorios correspondientes, en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles de suscitado el evento, caso contrario no sería admitido. El Comité de Compra debe trasladar el pedido a la Unidad Territorial. El PNAEQW evalúa la solicitud y emite su pronunciamiento de acuerdo al procedimiento aprobado (3.7.3).
- viii. El monto total de las penalidades aplicadas al contrato no debía superar el diez (10%) del monto contractual vigente (3.7.4 de las Bases). Asimismo, las penalidades se aplicarían en días calendario. No acreditar la entrega de alimentos de origen regional durante el periodo de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el Formato N°16, implicaba una penalidad ascendente al 7% del monto total del contrato (3.7.9 de las Bases).
- ix. El 29 de noviembre de 2018 se realizó la primera convocatoria del proceso de compra para la provisión del servicio alimentario, en la modalidad de productos para los ítems Lircay, Congalla y Anchonga, en la región Huancavelica. Los ítems quedaron desiertos por falta de postores, pese a que Corporación Alimentaria Huancavelica SAC e Industrias de Alimentos Sebastián EIRL se registraron como participantes.
- x. El 29 de enero de 2019 se realizó la segunda convocatoria del proceso de compra para los referidos ítems, adjudicándose el Consorcio Fortaleza los ítems Lircay y Congalla, mientras que el ítem Anchonga se declaró desierto. Si bien las propuestas del postor Corporación Alimentaria Huancavelica SAC fueron admitidas, en la evaluación correspondiente las mismas fueron rechazadas.

- xi. El 5 de marzo de 2019 se publicó la tercera convocatoria para el ítem Anchonga. Al cierre de presentación de propuestas, el 12 de marzo de 2019, estaban admitidas las presentada por Consorcio KDH y Cereales Andinos Alonso EIRL.
- xii. Mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N°D000005-2019-MIDIS/PNAEQW-DE del 8 de marzo de 2019, se aprobaron las Bases Integradas de Raciones y de Productos del Proceso de compra para la prestación del servicio alimentario 2019 – tercera convocatoria, respecto del ítem Anchonga en la modalidad de productos.
- xiii. Con Acta de Adjudicación del 14 de marzo de 2019, se otorgó la buena pro a Consorcio KDH para el ítem Anchonga. A su propuesta técnica agregaron el Formato N°1, correspondiente al compromiso de entrega de alimentos de origen regional.
- xiv. Mediante correos del 19 de marzo de 2019, el Consorcio KDH se dirige a las empresas Corporación Alimentaria Huancavelica SAC e Industrias de Alimentos Sebastián, solicitando cotización y requerimiento de venta de alimentos de origen regional, sin obtener respuesta.
- xv. El 20 de marzo de 2019 el Consorcio y el Comité suscribieron el Contrato para la provisión del servicio alimentario, en la modalidad de productos, destinado a los usuarios del PNAEQW correspondiente al Ítem Anchoga, por el periodo del 9 de mayo al 11 de diciembre del 2019 y con un monto contractual que asciende a S/ 877,155.36.
- xvi. Por lo dispuesto en el 9.1 de la cláusula novena del Contrato, el proveedor estaba obligado a cumplir con lo dispuesto en el Manual del proceso de Compras, las Bases Integradas del proceso de compra y sus anexos, y documentos normativos emitidos para el proceso de compra.
- xvii. En coincidencia con las Bases, el 9.26 de la cláusula novena del Contrato, establecía que es obligación del proveedor cumplir con los compromisos y/o promesas asumidas durante la fase de selección de proveedores, entre ellos la entrega de alimentos de origen regional.
- xviii. La cláusula vigésima del Contrato define el caso fortuito o fuerza mayor como aquella causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Se considera caso fortuito en dicha cláusula a aquel provocado por la naturaleza o aquel hecho imprevisible, mientras que la fuerza mayor es el acto del hombre o del acto irresistible. Los efectos jurídicos son idénticos para dichos eventos.

- xix. Por correo del 21 de marzo de 2019, el Consorcio KDH se dirige a la empresa Corporación Alimentaria Huancavelica SAC, solicitando cotización y requerimiento de venta de alimentos de origen regional, sin obtener respuesta.
- xx. Mediante correo del 26 de marzo de 2019, el Consorcio KDH se dirige a la empresa Industria de Alimentos Sebastián EIRL, solicitando cotización y requerimiento de venta de alimentos de origen regional. Con la misma fecha, la referida empresa responde que podrán atenderlos a partir del 20 de mayo debido a que su producción está comprometida.
- xxi. Con Cartas Notariales 002 y 003-Consorcio KDH/ HCH, ambas del 26 de marzo de 2019, se requirió a Corporación Alimentaria Huancavelica e Industrias de Alimentos Sebastián EIRL, respectivamente, respuesta a los requerimientos efectuados por correo electrónico.
- xxii. La Corporación Alimentaria Huancavelica, por Carta N°0138-19-B / Corporación del 3 de abril de 2019, respondió al Consorcio KDH que no habían recibido los requerimientos previos a los que hizo referencia el Consorcio KDH en su carta notarial, sin embargo precisaron que, conforme a la absolución de consultas efectuada en la segunda convocatoria del proceso de compra, Qali Warma respondió que los postores debían evaluar el compromiso de entrega de productos regionales ante de presentar su propuesta.
- xxiii. El 4 de abril de 2019 se suscribió la Adenda N°1 al contrato, para aprobar una solicitud de intercambio de alimentos.
- xxiv. El 7 de mayo de 2019 se suscribió la Adenda N°2 al contrato, por la que se aprobó la reducción de instituciones educativas y/o usuarios, una solicitud de intercambio de alimentos y se redujo el monto contractual a S/ 817,567.70.

B. Del Convenio Arbitral

- xxv. Conforme a lo estipulado en la Cláusula vigesimosegunda del Contrato, sobre Solución de Controversias, cualquier controversia será resuelta por un Tribunal Arbitral conformado por 3 árbitros, mediante arbitraje de derecho organizado y administrado por la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y 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 de dichas instituciones.
- xxvi. Cabe añadir, que las partes, en la misma cláusula, acordaron que el laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable para las partes, teniendo el valor de cosa juzgada y debiendo ejecutarse como una sentencia.

C. Solicitud de arbitraje

xxvii. El 10 de junio de 2019 el Consorcio presentó su solicitud de arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

D. Reglas aplicables al arbitraje

xxviii. Mediante Orden Procesal 3 del 28 de enero de 2020, se fijaron las reglas del presente arbitraje, estableciéndose la relación de partes, sus representantes y abogados, y asimismo, que el presente arbitraje es uno nacional y de derecho. Asimismo, se estableció que en todo lo no previsto en las reglas establecidas por las partes, es de aplicación el Reglamento del Centro.

E. Normativa aplicable para resolver el fondo de la controversia

xxix. De acuerdo a la cláusula vigésima del Contrato, es aplicable el Manual del Proceso de Compras y las Bases Integradas del Proceso de Compras aprobado por el PNAEQW. Asimismo, en defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, es de aplicación supletoria las disposiciones emitidas por el PNAEQW para su regulación especial y, las disposiciones del Código Civil, en tanto no se contradiga o se oponga a la normativa del PNAEQW.

F. Demanda arbitral

xxx. El 25 de febrero de 2020, el Consorcio cumplió con presentar la demanda arbitral, dentro del plazo otorgado, formulando las siguientes pretensiones:

Primera pretensión principal

Que, se declare la nulidad y/o invalidez y/o ineficacia de la resolución del Contrato N°0003-2019-CC-HUANCAVELICA 2/ PRODUCTOS – Item Anchonga, realizada por la entidad y contenida en la carta notarial notificada el 29 de mayo de 2019 por, supuestamente, haberse acumulado el monto máximo del 10% de penalidades.

Primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal

Se establezca que, como consecuencia se establezca que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o invalidez y/o ineficacia de la resolución del Contrato N°0003-2019-CC-HUANCAVELICA 2/ PRODUCTOS – Item Anchonga, contenida en la carta notarial notificada el 29 de mayo del 2019, no procede imponer penalidad económica alguna en contra de nuestra parte, por el supuesto

incumplimiento de entrega de alimentos de origen regional del contrato antes mencionado. por lo tanto, se declare que, la imposibilidad de no entregar productos regionales constituye causal de fuerza mayor.

Segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal

Se ordene que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o invalidez y/o ineficacia de la resolución del Contrato N°0003-2019-CC–HUANCAVELICA 2/ PRODUCTOS – Item Anchonga, notificada el 29 de mayo de 2019, el Comité de Compra Huancavelica 2 y/o el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en su condición de parte no signataria) no proceda a la retención del 10% del monto del contrato, como garantía de fiel cumplimiento del negocio jurídico, ello en nuestra condición de MYPE, y en caso lo hubiera efectuado se disponga la devolución del monto antes mencionado.

Tercera pretensión accesoria a la primera pretensión principal

Se ordene que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o invalidez y/o ineficacia de la resolución del Contrato N°0003-2019-CC–HUANCAVELICA 2/ PRODUCTOS – Item Anchonga, contenida en la carta notarial notificada el 29 de mayo del 2019, no procede imponer penalidad económica a nuestra parte, por el 10% del monto del contrato mencionado, por el supuesto incumplimiento de entrega de alimentos de origen regional, y en caso que, durante la tramitación del procedimiento arbitral, procedieran a aplicar la penalidad económica antes mencionada, se ordene que, el comité de compra Huancavelica 2 y/o el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en su condición de parte no signataria) cumplan con la devolución de la misma.

Cuarta pretensión accesoria a la pretensión principal

Se declare que como consecuencia de la declaración de la nulidad y/o invalidez y/o ineficacia de la resolución Contrato N°0003-2019-CC–HUANCAVELICA 2/ PRODUCTOS – Item Anchonga, contenida en la Carta notarial N°003-2019-cc-Huancavelica 2 fechada el 28 de mayo del 2019 y, notificada notarialmente a nuestra parte, el día 29 del mismo mes y año, por el Comité de Compra Huancavelica 2, por no haber cumplido con la entrega de los 03 productos de origen regional durante la primera y segunda entrega correspondiente a la ejecución del contrato antes señalado, se declare que el contrato ha recobrado plena vigencia, debiendo reiniciarse su ejecución hasta su total conclusión con la entrega de la conformidad respectiva, debiendo precisarse que el reinicio del plazo de la ejecución del Contrato N°0003-2019-CC–HUANCAVELICA 2/ PRODUCTOS – Item Anchonga, deberá computarse a partir del día siguiente de emitida la comunicación efectuada por el Comité de Compra Huancavelica 2 en la que procede a la resolución del referido contrato.

Segunda pretensión principal

Se ordene el pago pendiente de cancelación a nuestra parte, por la prestación del servicio alimentario correspondiente a la primera entrega durante la ejecución del Contrato N°0003-2019-CC-HUANCAVELICA 2/ PRODUCTOS – Item Anchonga, la misma que asciende a la suma de S/ 124,419.20 soles.

Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal

Se ordene el pago de intereses legales que la suma dineraria, que se detalla en la tercera pretensión principal, hubiese generado hasta el momento de la expedición del correspondiente laudo arbitral, la misma que deberá ser liquidada por la secretaría arbitral, en la etapa de ejecución arbitral.

Tercera pretensión principal

Se ordene que el pago de los gastos arbitrales que genere el presente procedimiento arbitral, tales como honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, gastos administrativos del centro de arbitraje y los honorarios de la defensa legal, sean asumidos por el Comité de Compra Huancavelica 2 y/o el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en su condición de parte no signataria).

G. Contestación a la demanda y reconvención

xxxi. Mediante escrito del 22 de junio de 2020, el PNAEQW contesta la demanda arbitral y presenta reconvención, formulando las siguientes pretensiones:

Primera pretensión objetiva, originaria y principal

Que, el tribunal arbitral en caso declare infundada o improcedente la primera pretensión principal de la demanda, se disponga que el demandante pague a favor de la Entidad el importe de S/. 39,094.34 (TREINTA Y NUEVE MIL NOVENTA Y CUATRO Y 34/100 SOLES) por concepto de penalidad aplicada no pagada por el demandante a la fecha.

Segunda pretensión objetiva, originaria y principal

Que se ordene al demandante, asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma para su mejor defensa en este proceso arbitral.

H. Contestación a la reconvención

xxxii. Con escrito del 24 de julio de 2020, el Consorcio cumple con contestar la reconvención formulada por el PNAEQW.

I. Absolución a la contestación de la reconvención

xxxiii. Por escrito del 11 de agosto de 2020, el PNAEQW absuelve el traslado de la contestación de la reconvencción formulada por el Consorcio.

J. Ampliación de fundamentos de la demanda

xxxiv. Con escrito del 1 de marzo de 2021, el Consorcio amplía los fundamentos de su demanda arbitral.

K. Absuelve ampliación de fundamentos de la demanda

xxxv. Con escrito presentado el 23 de abril de 2021, el PNAEQW absuelve la ampliación de los fundamentos de la demanda presentada por el Consorcio.

L. Determinación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios

xxxvi. Mediante Orden Procesal N°7 del 14 de octubre de 2019, (i) se declaró el Archivo de las pretensiones de la Reconvencción presentada por el PNAEQW y, (ii) fijaron los siguientes puntos controvertidos del presente proceso arbitral:

Con respecto a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución del Contrato N° 003-2019-CC-Huancavelica 2/ Productos – Item Anchonga realizada por la entidad y contenida en la carta notarial notificada el 29 de mayo de 2019, por haberse acumulado el monto máximo del 10% de monto de penalidades.

Con respecto a la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare como consecuencia de la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución del Contrato N° 003-2019-CC-Huancavelica 2/ Productos – Item Anchonga realizada por la entidad y contenida en la carta notarial notificada el 29 de mayo de 2019, que no procede imponer penalidad económica alguna en contra del consorcio, por el incumplimiento de la entrega de alimentos de origen regional del contrato, asimismo, se declare que la imposibilidad de no entrega de productos regionales constituye causal de fuerza mayor.

Con respecto a la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare como consecuencia de la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución del Contrato N° 003-2019-CC-Huancavelica 2/ Productos – Item Anchonga realizada por la entidad y contenida en la carta notarial notificada el 29 de mayo de 2019, el Comité de Compra Huancavelica 2 y/o el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en su calidad de parte no signataria) no proceda a la retención del 10% del monto del contrato como garantía de fiel cumplimiento del negocio jurídico, ello por la condición de MIYPE del consorcio, y en caso se haya dispuesto esta retención se proceda a su devolución.

Con respecto a la Tercera Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal de la Demanda:

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare como consecuencia de la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución del contrato N° 003-2019-CC-Huancavelica 2/ Productos – Item Anchonga realizada por la entidad y contenida en la carta notarial notificada el 29 de mayo de 2019, que no procede imponer la penalidad por el 10% del monto del contrato, por el incumplimiento de entrega de alimentos de origen regional, y en caso de que durante la tramitación del procedimiento arbitral, hubieran aplicado la penalidad económica antes mencionada, se ordene que el Comité de Compra Huancavelica 2 y/o el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en su calidad de parte no signataria) cumpla con la devolución de la misma.

Con respecto a la Cuarta Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare como consecuencia de la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución del contrato N° 003-2019-CC-Huancavelica 2/ Productos – Item Anchonga realizada por la entidad contenida en la carta notarial N° 003-2019-CC-Huancavelica 2 fechada el 28 de mayo de 2019 y notificada notarialmente a la parte demandante el 29 de mayo de 2019, por el Comité de Compra Huancavelica 2, por no haber cumplido con los 3 productos de origen regional durante la primera y segunda entrega correspondiente a la ejecución del contrato antes señalado, se declare que el contrato ha recobrado plena vigencia, debiendo reiniciarse su ejecución hasta su total conclusión con la entrega de la conformidad respectiva, debiendo precisarse que el reinicio del plazo de la ejecución del contrato N° 003-2019-CC-Huancavelica 2/ Productos – Item Anchonga, deberá de computarse a partir del día siguiente de emitida la comunicación efectuada por el Comité de Compra Huancavelica 2 en la que procede a la resolución del referido contrato, y sin que persista la obligación de entregar tres productos regionales, por tratarse de un caso de fuerza mayor.

Con respecto a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda:

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene el pago a favor de la demandante por la prestación del servicio alimentario correspondiente a la primera

entrega durante la ejecución del contrato N° 003-2019-CC-Huancavelica 2/ Productos – Item Anchonga, el mismo que asciende a la suma de S/. 124, 419.20 Soles.

Con respecto a la Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda:

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene el pago de intereses legales que la suma que se detalla en la tercera pretensión principal hubiere generado hasta el momento de la expedición del correspondiente laudo arbitral.

Con respecto a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda:

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene el pago de los gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral, tales como honorarios de los árbitros, honorarios del secretario arbitral, gastos administrativos del Centro de Arbitraje y los honorarios de la defensa legal que deberán ser asumidos por el Comité de Compra Huancavelica 2 y/o el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en su calidad de parte no signataria)

M. Plazo para Laudar

xxxvii. Mediante Orden Procesal 16, del 21 de febrero de 2022, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales y se fijó el plazo para laudar, el mismo que vence el día 4 de mayo de 2022

III. MATERIA CONTROVERTIDA

1. Las posiciones de las partes fueron presentadas en los escritos de demanda, contestación de demanda, reconvención, contestación de la reconvención, ampliación de fundamentos de la demanda, absolución de los fundamentos de la demanda y demás escritos presentados.
2. Asimismo, se precisa que en el presente caso el demandado principal es el Comité de Compras Huancavelica 2, parte signataria del contrato, mientras que el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma – PNAEQW, es parte no signataria, a quien le resulta extensivo el convenio arbitral, conforme al artículo 14 de la Ley de Arbitraje y a lo dispuesto en la cláusula vigesimotercera del Contrato.

A. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución del Contrato N° 003-2019-CC-Huancavelica 2/ Productos – Item Anchonga realizada por la entidad y contenida en la carta notarial notificada el 29 de mayo de 2019, por haberse acumulado el monto máximo del 10% de monto de penalidades.

A.1. POSICIÓN DEL CONSORCIO

- **Respecto de la participación de las empresas Corporación Alimentaria Huancavelica SAC e Industria de Alimentos Sebastian EIRL, proveedoras de alimentos de origen regional en las convocatorias previas del proceso convocado por el Comité de Compras Huancavelica 2**
3. Conforme señala el Consorcio, en noviembre de 2018 se realizó la primera convocatoria del proceso de compra para la provisión del servicio alimentario, en la modalidad de productos para los ítems Lircay, Congalla y Anchonga, en la región Huancavelica. Los ítems quedaron desiertos por falta de postores, pese a que Corporación Alimentaria Huancavelica SAC e Industrias de Alimentos Sebastián EIRL se registraron como participantes.
 4. Asimismo, en la demanda se señala que, en enero de 2019 se realizó la segunda convocatoria del proceso de compra para los referidos ítems, adjudicándose el Consorcio Fortaleza los ítems Lircay y Congalla, mientras que el ítem Anchonga se declaró desierto. Si bien las propuestas del postor Corporación Alimentaria Huancavelica SAC fueron admitidas, en la evaluación correspondiente las mismas fueron rechazadas.
 5. El 5 de marzo de 2019 se publicó la tercera convocatoria para el ítem Anchonga. Al cierre de presentación de propuestas, el 12 de marzo de 2019, estaban admitidas las presentada por Consorcio KDH y Cereales Andinos Alonso EIRL. Según el Consorcio, Cereales Andinos Alonso EIRL sólo se presentó cuando se percató que Consorcio KDH participaría.
 6. Para el Consorcio, la actitud de las referidas empresas de registrarse como participantes sin presentar propuestas o de presentarse solo al percatarse que el Consorcio KDH se presentaría a la tercera convocatoria, constituirían prácticas que tiene por objeto que se declare desierto el proceso y que se realice un nuevo estudio de mercado para una nueva convocatoria, que genere una elevación artificial del valor referencial, práctica que sería anticompetitiva.
- **Respecto de la obtención de la buena pro y la suscripción del Contrato**

7. El Consorcio señala que, mediante acta de adjudicación del proceso de compra fechada el 14 de marzo de 2019, obtuvieron la buena pro por tener la mejor propuesta técnica y económica.
8. El 20 de marzo de 2019 se procedió a suscribir el contrato por 141 días de atención que iban del 9 de mayo al 11 de diciembre de 2019.
- **Respecto de la imposibilidad de cumplir con la entrega de los alimentos de origen regional pactada en el Contrato; lo que constituiría un caso de fuerza mayor**
9. El Consorcio señala que durante la ejecución del negocio jurídico se vieron imposibilitados de entregar los productos regionales porque las empresas Corporación Alimentaria Huancavelica SAC e Industrias de Alimento Sebastián EIRL se negaron a venderle los referidos productos pese a la solicitud reiterada mediante cartas notariales 002 y 003-2019-CONSORCIO KDH/HCHC del 26 de marzo de 2019.
10. La referida negativa no permitió que cumplieran con lo estipulado en el Formato N°16 de su propuesta técnica, relacionado con la entrega de los alimentos de origen regional.
11. El Consorcio manifiesta, además, que hicieron el mayor esfuerzo para cumplir con la entrega de los referidos productos realizando una serie de acciones – las mismas que posteriormente sustentaron su solicitud de inaplicación de penalidades – entre las que se puede enumerar: i) Correo electrónico del 19 de marzo de 2019 dirigido a Corporación Alimentaria Huancavelica SAC; ii) Correo electrónica del 21 de marzo de 2019 dirigido a Corporación Alimentaria Huancavelica SAC; iii) Correo electrónica del 19 de marzo de 2019 dirigido a Industrias de Alimentos Sebastián EIRL; iv) Correo electrónica del 26 de marzo de 2019 dirigido a Industrias de Alimentos Sebastián EIRL; v) Correo electrónica del 26 de marzo de 2019, remitido por Industrias de Alimentos Sebastián EIRL, señalando que pueden atenderlos a partir del 20 de mayo por motivos de que la producción está comprometida; vi) Carta notarial N°002-2019-CONSORCIO KDH/HCHC del 26 de marzo de 2019, notificada a Corporación Alimentaria Huancavelica SAC; vii) Carta notarial N°003-2019-CONSORCIO KDH/HCHC del 26 de marzo de 2019, notificada a Industrias de Alimentos Sebastián EIRL; viii) Audios y videos de llamadas telefónicas; y ix) Fotografías de las fachadas de los establecimientos correspondientes a las empresas proveedoras.
12. El objetivo de los correos electrónicos y cartas notarias era que se proceda a la cotización y entrega de los alimentos regionales requeridos por el Consorcio para cumplir con lo estipulado en el Contrato.

13. Agregan que, Corporación Alimentaria Huancavelica SAC, al responder la carta notarial remitida por el Consorcio, señaló que el Comité de Compra en una absolución de consulta para la segunda convocatoria, precisó que el postor debe evaluar el compromiso de entrega de productos regionales antes de presentar su propuesta; razón por la que no se responsabilizan por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Consorcio.
14. El Consorcio alega que una situación similar impidió al Consorcio San Miguel cumplir con lo estipulado en el Contrato N°003-2019-CC-HUANCAVELICA 1/ PRODUCTOS – ITEM ACOBAMBA; y a la empresa Delisuyos EIRL cumplir con los contratos N°004-2019-CC-HUANCAVELICA 3/ PRODUCTOS – ITEM COLCABAMBA y 005-2019-CC-HUANCAVELICA 3/ PRODUCTOS – ITEM SURCOMBAMBA.
15. La referida situación constituiría para el Consorcio, un caso de fuerza mayor, en atención a la definición estipulada en el 6.2 del numeral 6 del Instructivo para la evaluación de solicitudes de inaplicación de penalidades del PNAEQW, que define la misma como “Causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible ... (consistente en) el acto del hombre o el acto irresistible (...)”
16. Para el Consorcio, la situación consistiría en un evento extraordinario porque no era ordinario, natural o común que las referida empresas proveedoras se nieguen a venderle al Consorcio KDH grandes cantidades de productos que les reportarían importantes ingresos.
17. Sería también un evento imprevisible porque ha excedido la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene la obligación de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible. En esa medida, constituiría un evento imprevisible que dos empresas proveedoras se nieguen a venderle los productos regionales, sin razón que lo justifique, renunciando a los ingresos que dicha operación les reportaría.
18. Constituiría además un evento irresistible que las empresas proveedoras se hayan negado a venderles una cantidad importante de productos, porque el deudor no ha tenido la posibilidad de evitarlo, por más que lo haya deseado.
19. El Consorcio considera que el hecho no es imputable a ellos.
- **Sobre la inaplicación de penalidades**
20. El Consorcio consideró que al haber demostrado que se trata de un hecho no imputable a ellos, constituyente de un supuesto de fuerza mayor, correspondía la

inaplicación de penalidades. La solicitud se realizó mediante Carta N°017-2019-CONSORCIO KDH/HCHC del 2 de abril de 2019.

21. Resalta el consorcio que, en el informe legal de la abogada de la Unidad Territorial Huancavelica de fecha 5 de marzo de 2019 (citado en el Pronunciamiento de Solicitud de Inaplicación de penalidad del 6 de mayo de 2019), se opinó que “Por los fundamentos expuestos, y de acuerdo a la evaluación realizada al expediente que contiene la solicitud de inaplicación de penalidad por fuerza mayor, presentada por el proveedor CONSORCIO KDH, por encontrarse imposibilitado de cumplir con la entrega de alimentos de origen regional (...) se emite opinión favorable, por haber presentado su solicitud dentro del plazo establecido en la Cláusula Décimo Sexta de dicho Contrato y por haber sustentado fehacientemente ser un hecho no atribuible al proveedor”.
22. Sin embargo, señala el Consorcio, pese a la existencia de un informe técnico y otro legal favorable a la solicitud, en el mencionado Pronunciamiento de Solicitud de Inaplicación de penalidad del 6 de mayo de 2019, la entidad concluyó que la solicitud era improcedente porque los hechos serían atribuibles al proveedor y que no se ha acreditado que el incumplimiento de la obligación sea consecuencia de un evento extraordinario, imprevisible o irresistible; recomendado que dicho pronunciamiento se ponga en conocimiento del Comité de Compra. El Consorcio considera que en el pronunciamiento no se aprecia motivación alguna que fundamente por qué razón sería atribuible al proveedor.
23. Con Informe N°D00072-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR-CGSEC del 24 de mayo de 2019, la entidad les aplica una penalidad por no acreditar la entrega de alimentos de origen regional durante el período de atención para todas las IEE por un monto ascendente a 7% del monto total del contrato, lo cual sería arbitrario por tratarse de una causa no imputable al contratista.
24. Si el hecho generador constituye un caso de fuerza mayor no correspondería la aplicación de penalidad ni la resolución del contrato por haber alcanzado el monto máximo de penalidad (10%); hecho comunicado a la Unidad Territorial, mediante Memorando N°D000774-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR del 24 de mayo de 2019. El Comité de Compra Huancavelica 2 procedió a la resolución del Contrato con Carta notarial N°D000242-2019-MIDIS/PNAEQW-UTHVCA del 24 de mayo de 2019; por no haber cumplido con la entrega de los tres productos de origen regional. El Consorcio deja expresa constancia de que las penalidades no fueron notificadas a su domicilio.

A.2. POSICIÓN DEL PNAEQW

- **Sobre el marco normativo que regula el contrato**

25. El PNAEQW parte por recordar que el Contrato se rige por el Manual del Proceso de Compras y las Bases Integradas del Proceso de Compras aprobados por QALI WARMA. Y que, conforme al mismo, las partes acuerdan que en defecto o vacío de las reglas o normativas anteriores, se podrá aplicar supletoriamente las disposiciones emitidas por el PNAEQW para su regulación especial y las disposiciones del Código Civil, en tanto no contradiga o se oponga a la normativa del PNAEQW.
26. En dicho marco, señalan que el artículo 1361 del Código Civil señala que “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.
27. Para Qali Warma, la referida norma positiviza la obligatoriedad de lo dispuesto en los contratos o *pacta sunt servanda*, principio consustancial al origen del derecho contractual.
28. Asimismo, señalan que la Cláusula Octava del Contrato establece: que “El presente contrato está conformado por sus anexos, las Bases Integradas del Proceso de Compra son sus anexos y formatos, las propuestas técnica y económica del proveedor, disposiciones establecidas en el Manual del Proceso de Compras y normativa complementaria. Las partes reconocen expresamente que ninguno de los documentos que conforman el presente contrato puede contener estipulaciones, condiciones o alcances inferiores a los contenidos en la Bases Integradas del Proceso de Compra. Todo contenido que intente reducir los alcances, o exigencia de las Bases Integradas no será válido, siendo en tal circunstancia, de aplicación el requerimiento en las bases integradas.”
29. La referida cláusula señala que no solo el texto del contrato regula las obligaciones de las partes; las mismas pueden estar recogidas en los anexos de las bases y los contratos, así como en la propuesta técnica presentada.

- **Sobre las prácticas anticompetitivas de los proveedores de alimentos regionales**

30. Tal afirmación adolecería de sustento fáctico y jurídico, porque el hecho que los dos proveedores locales que se señalan hayan participado en la segunda convocatoria en la que no participó el demandante y que hayan sido descalificados y declarado desierto el proceso, más bien acredita la existencia de competitividad, pues en la tercera convocatoria en la que no participaron tales contratista fue el demandante quien se adjudicó la buena pro al haber cumplido con todos los

requisitos para ello, demostrando con ello que la Entidad actúa con transparencia y fomentando la competitividad.

31. Las referidas empresas proveedoras dieron respuesta a las comunicaciones remitidas por el Consorcio; Industrias de Alimentos Sebastián EIRL señaló que los productos estaban comprometidos hasta el 20 de mayo de 2019 y que no se trataba de un desabastecimiento, como alegaba el Consorcio tratando de justificar su incumplimiento.
32. Por su parte Corporación Alimentaria Huancavelica SAC no había recibido los correos remitidos por el Consorcio, como se precisó en la carta de respuesta remitida al mismo; por tal motivo, al no haberse comprometido al abastecimiento de los alimentos de origen regional no sería responsable de los incumplimientos del Consorcio. Asimismo, en su carta recordó al Consorcio que son los postores quienes deben evaluar previamente su compromiso de entrega de productos.
33. El Consorcio debía presentar su propuesta técnica y económica el 12 de marzo de 2019, sin embargo, recién el día 19 de marzo envió correos solicitando los alimentos de origen local. Es decir, cuando el Consorcio había presentado el Formato 16 comprometiéndose a la entrega de productos de origen regional, no había solicitado a los proveedores de dichos productos que se les garantice el abastecimiento.
34. Siendo ello así, el Consorcio no fue diligente al momento de presentar su propuesta técnica sin tener la garantía de contar con un proveedor que productos locales.

- **Sobre la configuración del caso fortuito o fuerza mayor**

35. El PNAEQW señala que el Consorcio no ha negado el incumplimiento, es decir la no entrega de los productos de origen regional, hecho que motivo la imposición de penalidades, ni ha cuestionado las otras dos penalidades aplicadas, por las cuales se resolvió el contrato al haber acumulado el 10% del monto del contrato en penalidades.
36. Considera, además, siguiendo una definición de Fernando de Trazegnies que el referido evento no es extraordinario porque lo extraordinario no es algo fuera de lo común para el individuo, sino fuera de lo común para todo el mundo; un hecho atípico de alcance general.
37. Tampoco el evento resulta imprevisible puesto que el consorcio pudo actuar con la diligencia exigida a un hombre promedio y pactar con un proveedor regional el abastecimiento de productos antes de presentar su propuesta técnica.
38. El PNAEQW apelando a la doctrina considera que, para que sea irresistible, la causa no imputable cuyo acontecimiento extingue la obligación y libera la

responsabilidad debe ser tal que contra ella no se puede hacer nada, de manera que impida al deudor proceder de una forma que no resulte dañosa para el acreedor. En el caso en cuestión, el consorcio pudo ser diligente y comprometer la provisión de productos locales con la anticipación debida, como sí lo habrían hecho otras empresas conforme se indica en las respuestas de los proveedores locales. Este punto resulta más claro porque el Consorcio no ha acreditado que las dos empresas proveedoras locales que menciona sean las únicas que provean tales productos en la región.

39. Entonces, estiman que no es cierto que el evento empleado cumpla con los tres requisitos desarrollados; en tanto que el Consorcio es el único responsable de no haber garantizado con la debida anticipación (antes de presentar su propuesta técnica) que los productos locales se entregarán a las entidades educativas.

40. Al respecto, el artículo 1325 del Código Civil señala que “El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario”. Es decir, frente a una hipotética negativa de los proveedores locales a la venta de sus productos, el Consorcio es el único responsable de lo sucedido, más aún porque con Carta N°036-2019-CONSORCIO KDH/HCHC de 20 de mayo de 2020, el Consorcio renunció al contrato porque existían dificultades y situaciones que configurarían caso fortuito que debían ser evaluadas por el PNAEQW.

- **Respecto de los pronunciamientos contradictorios en la entidad y sobre la notificación de las penalidades**

41. El PNAEQW señala que, conforme a la cláusula décimo sexta del Contrato, las penalidades se aplican previa evaluación y opinión favorable de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos, que resulta vinculante y obligatoria para la Unidad Territorial y el Comité. Asimismo, en caso de discrepancia prima la opinión de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos.

42. Pese a que existieron opiniones de la Unidad Territorial en favor de la inaplicación de penalidades, finalmente la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos se pronunció en contra de la inaplicación de penalidades, emitiendo el pronunciamiento del 6 de mayo de 2019 que considera que el evento señalado por el contratista no es un evento extraordinario, imprevisible ni irresistible, en atención a los medios probatorios presentados y a cómo debe entenderse cada requisito.

43. Las penalidades fueron notificadas a través de la publicación de la Resolución Jefatural N°T-05731-2019-MIDIS/PNAEQW-UA en el portal web, y a través de la notificación de la Carta notarial N°05-2019-CC HUANCAVELICA 02.

44. La resolución contractual se efectuó por la acumulación de penalidades tal como se dispone en el literal a) del numeral 17.2.1 de la cláusula décimo séptima del Contrato. Asimismo, precisan que al Consorcio se le aplicaron tres penalidades: i) Por no haber entregados los alimentos de origen regional conforme al compromiso asumido en el Formato N°16; ii) Por no registrar la entrega de productos en el aplicativo informático el día que se realiza; iii) Por no subsanar las observaciones a la documentación para la supervisión y liberación de los productos. Las penalidades no han sido cuestionadas por el Consorcio, salvo la primera respecto del hecho generador, y suman S/85,056.18, monto que supera el 10% del Contrato.
45. Todos los informes y documentos necesarios para resolver el contrato fueron acreditados en el escrito de contestación de demanda.

A.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

46. En el presente punto controvertido, se debe determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución del Contrato N° 003-2019-CC-Huancavelica 2/ Productos – Item Anchonga realizada por la entidad y contenida en la carta notarial notificada el 29 de mayo de 2019, por haberse acumulado el monto máximo del 10% de monto de penalidades.
47. Para determinar ello, se analizarán los hechos y la normativa aplicable. De acuerdo a la cláusula vigésima del Contrato, es aplicable el Manual del Proceso de Compras y las Bases Integradas del Proceso de Compras aprobado por el PNAEQW. Asimismo, la referida cláusula señala que, en defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, es de aplicación supletoria las disposiciones emitidas por el PNAEQW para su regulación especial y, las disposiciones del Código Civil, en tanto no se contradiga o se oponga a la normativa del PNAEQW.

El Compromiso de entregar productos de origen regional

48. El numeral 101 del Manual de Compras establece que forman parte del contrato, el documento que lo contiene y sus anexos, la propuesta técnica y la propuesta económica, el Manual, las Bases Integradas del Proceso de Compras, sus anexos, formatos y documentos normativos emitidos por el PNAEQW relacionados al proceso de compras.
49. En las bases se estableció que el postor debía alcanzar un puntaje mínimo de 60 puntos de 100 posibles en la evaluación de la propuesta técnica, para acceder a la apertura y evaluación de la propuesta económica; donde 70 de 100 puntos estaba referidos a la experiencia del postor y al cumplimiento de la prestación. Asimismo, se otorgaban 15 de 100 puntos posibles en los factores de evaluación a la promesa de entrega de alimentos de origen regional por cada entrega (Formato N°16). Es decir, para pasar a la etapa de evaluación de la propuesta económica no era

necesario presentar el compromiso de entrega de alimentos de origen regional si se cumplía con los requisitos relacionados a la experiencia y a la entrega del producto.

50. El Consorcio presentó el Formato N°16, con lo cual su propuesta técnica obtuvo 15 puntos adicionales. De esta manera el Consorcio obtuvo un beneficio concreto de la presentación del referido formato y se comprometió a la entrega de los productos de origen regional, independientemente de la importancia de dicho puntaje para obtener la buena pro.
51. El referido formato contiene un compromiso de entrega de tres productos de origen regional, suscrito voluntariamente por el proveedor, respecto de cuyo cumplimiento el mismo se somete a las “responsabilidades, administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar si se comprueba su falsedad”, como se señala en el penúltimo párrafo del citado formato.

Cabe recordar que, como señala Morón Urbina, “en el contrato estatal el consentimiento es formado a través de la fusión de la voluntad administrativa con la voluntad del contratista, ambas desarrolladas a lo largo de procedimientos sustancialmente reglados en los que ambas manifestaciones de voluntad se van sucediendo hasta concretar el acuerdo dentro del marco legal”; así, “la oferta del postor está sujeta al criterio de la vinculatoriedad continuada o de mantenimiento obligado a favor de la Administración convocante por todo el plazo necesario hasta el dictado del acto definitivo de adjudicación”¹.

52. Asimismo, para el referido autor, en el contrato administrativo las partes se sujetan al marco normativo, no teniendo libertad contractual propiamente dicha, puesto que la entidad tiene prerrogativas en la formación del contrato y en la ejecución del mismo, mientras que el contratista soporta el control de la administración sobre el cumplimiento de las prestaciones “exigiendo al contratista la diligencia ordinaria y especial”². Sobre la diligencia, Juan Espinoza señala que “la diligencia constituye una calificación de un comportamiento humano”, asimismo dicha calificación “opera en el sentido de la conformación del comportamiento a un modelo inspirado en el cuidado, la atención, la cautela, a un conjunto de características desarrolladas de manera que el comportamiento humano pueda ser valorizado positivamente, en cuanto adecuado al fin que este debe obtener”³.
53. En atención a la posición de los autores revisados, la diligencia implica cuidado, cautela y atención; siendo estas cualidades del comportamiento exigibles como

¹ MORÓN, Juan Carlos. La contratación estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, pp. 269-271.

² MORÓN, Juan Carlos y Aguilera, Zita. Aspectos jurídicos de la contratación estatal. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2017, p.29.

³ ESPINOZA, Juan. El principio de buena fe. Revista Advocatus, Año 2011, número 24245-260.

estándar mínimo para los contratistas del Estado, a los que en ciertos supuestos podría exigírseles incluso una diligencia especial.

54. Desde el punto de vista civil, un contrato es el acuerdo de dos o más partes, que una vez suscrito adquiere obligatoriedad de cumplimiento para las partes que lo suscriben. Dicho acuerdo surte efectos entre ellas respecto de lo estipulado en el mismo, conforme se establece en el artículo 1361 del Código Civil, denominado de la obligatoriedad del contrato: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos (...)”.
55. Siendo esto así, y considerando que el Manual de Compras considera como partes integrantes del contrato, los anexos del mismo, la propuesta técnica, las bases integradas y sus formatos y anexos; tanto las obligaciones principales, como las obligaciones complementarias contenidas en los formatos del Contrato son de obligatorio cumplimiento por las partes signatarias.
56. La referida responsabilidad no puede trasladarse a un tercero, primero porque el contratista adoptó voluntariamente un compromiso que no era imprescindible para que su propuesta económica se evalúe y se comprometió formalmente a su cumplimiento al suscribir el formato N°16; segundo, porque la figura de la sesión contractual y la subcontratación está expresamente prohibida en el numeral 136 del Manual de Compras, incluso en el negado caso de que fuera posible la subcontratación se debe considerar que el artículo 1325 del Código Civil dispone la responsabilidad del deudor que ejecuta la obligación valiéndose de terceros, respecto de los hechos dolosos o culposos de estos últimos.

Sobre si resulta imputable o no al Consorcio el incumplimiento en la entrega de los alimentos de origen regional

57. No obstante que el Consorcio reconoce que suscribió el Formato N°16 y que el mismo lo obligaba a la entrega de tres productos de origen regional, pretende que el incumplimiento en la entrega de los productos no le sea imputable en vista a que hubo una negativa no previsible de los proveedores regionales a la venta de los productos regionales.
58. Como hemos señalado, la responsabilidad del cumplimiento de la entrega de los alimentos de origen regional recae en todo contratista que además del contrato suscribe el Formato N°16.
59. Sin perjuicio de ello, de acuerdo al Código Civil, que es aplicable supletoriamente a este tipo de Contratos, existen determinados supuestos en los que el incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación no le es imputable al obligado. Entre estos casos tenemos los casos de la inimputabilidad por diligencia ordinaria (artículo 1314 del Código Civil) o los casos de caso fortuito

o fuerza mayor (artículo 1315 del Código Civil), entre otros. En atención a ello, corresponde analizar si en el presente caso el Consorcio fue diligente en el despliegue de acciones para el cumplimiento del contrato o si el hecho constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

60. Al respecto, Felipe Osterling y Mario Castillo, sostienen que "(...) si el deudor no hubiese incumplido por causa imputable, tendría el derecho de probar en juicio que su incumplimiento obedeció a una causa no imputable, vale decir, que actuó con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, o que incumplió por haberse producido un caso fortuito o de fuerza mayor"⁴.
61. El Consorcio señala que desplegó las acciones necesarias para asegurar la provisión de bienes de origen regional que les permitiera cumplir con el compromiso asumido en el Formato N°16; y que solo incumplió con la referida obligación cuando los proveedores regionales, interesados en manipular el valor de referencia del concurso, se negaron injustificadamente a venderle.
62. Pese a la severidad de dicha afirmación, para el Tribunal existen algunos elementos que demuestran que el incumplimiento en la entrega de los alimentos de origen regional es de entera responsabilidad del Consorcio, que pasamos a enumerar:
 - i) El Consorcio, en su calidad de postor, no formuló a la entidad consulta alguna relacionada con el supuesto de una posible negativa de los proveedores de alimentos regionales a vender los mismos.
 - ii) El Consorcio no ha realizado gestión ante la propia entidad, la Cámara de Comercio de la región, la Dirección de Desarrollo Económico del Gobierno Regional o cualquier entidad pública o privada que le haya permitido identificar la relación de proveedores de alimentos regionales registrados en la zona en la que se ejecuta el contrato.
 - iii) El Consorcio suscribió voluntariamente el Formato N°16, asumiendo la obligación de entrega de los alimentos de origen regional, cuando la fórmula de evaluación no hacía imprescindible su suscripción para pasar a la etapa de evaluación de propuesta económica.
 - iv) Pese a que el 12 de marzo de 2019 se admitieron sus propuestas y el 14 de marzo de 2019 se le adjudicó la buena pro, no inició gestiones para proveerse de los referidos bienes hasta el 19 de marzo de 2019, un día antes de la suscripción del contrato.

⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de Derecho de las Obligaciones. Segunda Edición. Lima: ECB Ediciones. Thomson Reuters. Volumen V, 2014 p. 2302.

- v) Respecto del proveedor Industria de Alimentos Sebastián EIRL transcurrieron siete días entre la primera comunicación y la segunda, mientras que respecto de Corporación Alimentaria Huancavelica SAC transcurrieron cinco días entre la segunda comunicación y la tercera.
 - vi) Las respuestas recibidas por las dos empresas proveedoras identificadas por el Consorcio no constituyen negativas expresas a la provisión de los alimentos requeridos; constituyen sin embargo documentos que se refieren una imposibilidad temporal para la entrega de los referidos bienes por la poca antelación con la que los requerimientos fueron enviados.
63. Cabe señalar que el artículo 1314 del Código Civil establece que “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. Por tanto, se tiene que demostrar un actuar diligente de acuerdo a circunstancias de tiempo y lugar, para para poder identificar una ausencia de culpa del obligado, que lo exonera de la responsabilidad frente al incumplimiento de la obligación.
64. En el presente caso, el Tribunal considera que el Consorcio no ha desplegado las cautelas y previsiones necesarias para poder demostrar que ha actuado con una diligencia ordinaria en el objetivo de proveerse de los alimentos de origen regional, por el contrario, ha desplegado acciones con demora e insuficientes para intentar proveerse de los bienes a los que se comprometió a entregar.

¿Constituye el evento que alega el Consorcio un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor?

65. Sobre el tema, debe considerarse que la cláusula vigésima del Contrato señala lo siguiente:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA: CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

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

Cuando por caso fortuito o fuerza mayor el PROVEEDOR se encuentre imposibilitado de cumplir con las condiciones establecidas en el contrato, puede solicitar la inaplicación de penalidades mediante la presentación al COMITÉ de un escrito, adjuntando los elementos probatorios correspondientes, en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles de

suscitado el evento, caso contrario no será admitido. El COMITÉ debe trasladar el pedido a la Unidad Territorial y el PNAEQW evalúa la solicitud y emite su pronunciamiento de acuerdo al instructivo aprobado.

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

66. Asimismo, el artículo 1315 del Código Civil establece que el “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. Conforme a dicha disposición, la causa no imputable ya no se enfoca en el actuar del obligado (como es el caso del artículo 1314) sino que se centra en el hecho, evento o acontecimiento que causa el incumplimiento, el cual de acuerdo a la norma debe ser extraordinario, imprevisible e irresistible para que sea procedente la exoneración de la responsabilidad.
67. Osterling señala que “Los casos fortuitos o de fuerza mayor tienen iguales características. Teóricamente, sin embargo, cabe hacer una distinción. Así, se considera que el caso fortuito alude solo a los accidentes naturales (...); en cambio, la fuerza mayor involucra tanto los actos de terceros como los atribuibles a la autoridad (...)”⁵.
68. Dicha distinción es irrelevante respecto de sus efectos en nuestro Código Civil. Lo relevante es que, para configurarse, el caso fortuito tiene que reunir tres características: debe ser extraordinario, imprevisible e irresistible; si no reúne las tres no estaríamos frente a un caso fortuito o de fuerza mayor⁶.
69. Mario Castillo señala que un hecho o evento es imprevisible porque no se puede prever, en vista a que supera la aptitud normal de previsión del deudor⁷. En el presente caso el Consorcio ha afirmado que el accionar de las empresas proveedoras de alimentos de origen regional en la primera, segunda y tercera convocatoria, denotan la intención de las mismas de afectar el valor de referencia del proceso forzando la declaratoria de desierto de las diferentes etapas del proceso. La pregunta

⁵ OSTERLING PARODI, Felipe. Las obligaciones. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2007, 8ª edición actualizada, p. 233.

⁶ CASTILLO FREYRE, Mario. Derecho de las obligaciones. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2017, p. 142.

⁷ CASTILLO FREYRE, Mario, Op. Cit. P.143

que surge es, si el Consorcio identificó en dichas acciones u omisiones una práctica anticompetitiva, asumiendo la misma lógica ¿no podía prever que las referidas empresas podrían emplear cualquier justificación para no venderle o retrasar la venta de los referidos productos con el fin de perjudicarlos y liberarse de su competencia?

70. Sin embargo, asumiendo que resulta complejo asumir supuestos respecto de la voluntad no manifestada por competidores empresariales, analicemos si se trata de un evento extraordinario, es decir, que se trata de un acontecimiento anormal, que se presenta en circunstancias extraordinarias. Teniendo un evento extraordinario dichas características ¿sería extraordinario que un proveedor haya asumido compromisos de venta que afecten su stock o simplemente se niegue a venderme considerando que soy una empresa competidora? Consideramos que se configure dicha situación resulta probable en un contexto de competencia empresarial, especialmente en un nicho con una cantidad de empresas proveedoras reducido. Por dicha razón consideramos que el evento no es extraordinario.
71. Finalmente, el evento tendría que ser irresistible, es decir, el proveedor no puede impedir su acontecimiento pese a los esfuerzos que despliegue para evitarlo⁸. Para analizar este punto debemos empezar recordando que la suscripción del Formato N°16 no era imprescindible para pasar a la evaluación de la propuesta económica. Sin perjuicio de ello, el Consorcio pudo desplegar acciones de coordinación para proveerse de los alimentos regionales necesarios para cumplir con la prestación, entre el 12 de marzo de 2019, en que se admitió su propuesta, y el 9 de mayo de 2019, día en que empezaba el primer período de entrega.
72. De esta manera, el Tribunal Arbitral considera que el evento alegado por la demandante, bajo ningún supuesto constituye un caso fortuito o fuerza mayor, de acuerdo a los requisitos y previsiones del Código Civil, norma aplicable al presente caso en forma supletoria.

Causal y Procedimiento de Resolución de Contrato

73. La cláusula décimo sexta del Contrato señala sobre las penalidades que:

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: PENALIDADES

16.1. Las penalidades son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial cuando concurren conjuntamente:

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

⁸ CASTILLO FREYRE, Mario, Op. Cit. P.143

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

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

(...)

16.3. El proveedor puede solicitar la inaplicación de penalidades mediante la presentación al Comité de un escrito, adjuntando los elementos probatorios correspondientes (...)

74. Asimismo, el literal a) del numeral 17.2.1 del Contrato, establece que, constituye una causal de resolución, cuando el proveedor acumule 10% del monto total del contrato como resultado de penalidades.

A su vez, el último párrafo de la cláusula décimo séptima del Contrato señala que, para proceder con la resolución del Contrato, la Unidad Territorial emite previamente un informe técnico que sustente los fundamentos de dicha decisión, los mismos que, con la opinión favorable de la jefa o el jefe de la Unidad Territorial serán remitidos a la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencias para su pronunciamiento.

Finalmente, la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencias de Recursos evalúa y emite su pronunciamiento, poniendo de conocimiento a la jefa o al jefe de la Unidad Territorial, quien debe garantizar que el Comité notifique vía carta notarial la decisión de resolver el contrato.

75. Debe considerarse que, en el numeral 3.7.9 de las Bases Integradas y en la cláusula décimo sexta, numeral 16.9 del Contrato se señala que es causal de incumplimiento “no acreditar la entrega de alimentos de origen regional durante el período de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el Formato N°16, adjunto en su Propuesta Técnica”, la penalidad por esta causal asciende a 7% del monto total del contrato.
76. Al respecto, el artículo 1361 del Código Civil, dispone que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. No obstante, existen supuestos en los que se pueden producir incumplimientos totales o parciales justificados, como en el caso fortuito y fuerza mayor, o cuando el deudor ha actuado con la diligencia debida. Sin embargo, existen supuestos en los que el incumplimiento no

puede ser justificado por alguna causa eximente de responsabilidad, en dichos casos dicho incumplimiento puede conllevar consecuencias que afectan la subsistencia de la relación jurídica creada por el contrato.

77. Sobre el tema, Manuel De la Puente considera que “es eficaz la cláusula general que permite convenir que el contrato se resuelva cuando la contraparte no cumple determinada prestación, establecida con toda precisión”⁹. El supuesto que activa dicha cláusula resolutoria tiene que estar precisamente establecido y el procedimiento de resolución escrupulosamente establecido para declarar resuelta la relación jurídica creada por el contrato.
78. En este punto es importante señalar que el Consorcio presentó la Carta N°017-2019-CONSORCIO KDH/HCHC del 2 de abril de 2019, por la que solicitó la inaplicación de la penalidad vinculada al incumplimiento en la entrega de los alimentos de origen regional a la que se había comprometido en el Contrato con la suscripción del Formato N°16.
79. Dicha solicitud ameritó la emisión del pronunciamiento del 6 de mayo de 2019 de la Unidad de Gestión de Contratos y Transferencia de Recursos – UGCTR (Expediente N°000419-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP), que refiere en sus antecedentes que: i) Con Informe Técnico de Solicitud de Inaplicación de la Penalidad, del 29 de abril de 2019, emitido por la Supervisora de Compras del Comité de Compra Huancavelica 2, se emite opinión favorable respecto de la solicitud; ii) Con Informe Legal del 5 de marzo de 2019, la abogada de la Unidad Territorial emite opinión favorable a la solicitud evaluada; y iii) Mediante documento del 29 de abril de 2019, el Jefe de la Unidad Territorial de Huancavelica emitió opinión declarando procedente la inaplicación de penalidad.
80. Pese a los antecedentes descritos, el referido pronunciamiento del 6 de mayo de 2019 considera que los medios probatorios aportados por el proveedor no acreditan de manera fehaciente que se haya producido un evento no atribuible al proveedor que le imposibilite cumplir con la obligación. En consecuencia, consideran que no es viable autorizar la solicitud de inaplicación de penalidades.
81. La decisión fue puesta en conocimiento del Comité de Compra Huancavelica 2 mediante Carta N°D000188-2019-MIDIS/PNAEQW-UTHVCA del 9 de mayo de 2019, documento que consideró la solicitud improcedente; notificada al Consorcio con Carta N°0030-2019-CC-HUANCAVELICA 2 del 10 de mayo de 2019.

⁹ DE LA PUENTA Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Lima: Palestra Editores SAC, 2007. Tomo I. p.787.

82. Asimismo, con Informe N°D000025-2019-UTHVCA-MEM del 14 de mayo de 2019 se informa la aplicación de la penalidad por no acreditar la entrega de alimentos de origen regional ascendente al 7% del Contrato = S/ 61,400.88.
83. No podemos dejar de mencionar que efectivamente hay discrepancias entre los pronunciamientos, sin embargo, tanto el numeral 16.1 de la cláusula décimo sexta del contrato como el numeral 146 del Manual del Proceso de Compras, disponen que los pronunciamientos de la UGCTR sobre la materia son vinculantes y en caso de discrepancia priman sobre los demás.
84. Asimismo, el numeral 153 del Manual del Proceso de Compras dispone que “Ante cualquier controversia respecto a la aplicación de penalidades, se aplica únicamente la cláusula de solución de controversias del contrato correspondiente”. Es decir, el Consorcio no activo el mecanismo previsto en el marco normativo aplicable al contrato para cuestionar lo decidido por la UGCTR, dejando consentir el referido pronunciamiento.
85. Respecto de las otras penalidades, mediante Informe N°D000026-2019-UTHVCA-MEM del 14 de mayo de 2019 se comunica la aplicación de la penalidad por no registrar la entrega de productos en el aplicativo informático el día en que se realizó la entrega de los productos (primera entrega), ascendente al 0.2% del total de la entrega = S/ 6,469.80, en atención a que la entrega ascendió a S/ 124,419.20.
86. Asimismo, a través de la Carta N°036-2019-CONSORCIO KDH/HCHC del 20 de mayo de 2019, el proveedor comunica su renuncia al contrato por haberse presentado dificultades e inconvenientes para la adquisición de productos locales.
87. En razón de la Carta N°036-2019-CONSORCIO KDH/HCHC, con Informe N°D000026-2019-MIDIS/PNAEQW-UTHVCA-MEM del 20 de mayo de 2019, se solicita a través de la jefa de la Unidad Territorial a la Coordinadora Técnica Territorial informe respecto a los incumplimientos en que hubiera incurrido el proveedor en la etapa de liberación de la segunda entrega.
88. La Coordinadora Técnica Territorial emitió el Informe N°D000223-2019-MIDIS/PNAEQW-UTHVCA-LOS del 21 de mayo de 2019, en el cual se informó que el proveedor no presentó la documentación relacionada a los requisitos de certificación obligatoria correspondiente a los productos locales, ni a la harina extruida fortificada. Tampoco presentó los documentos que subsanan las observaciones notificadas el día 14 de mayo de 2019, razón por la que habría incurrido en la causal de incumplimiento “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 en los Establecimientos de Alimentos”, que genera una penalidad equivalente a 3% del

monto total de la entrega establecida en el contrato por día de incumplimiento, que asciende a S/ 17,185.50 en razón a que el monto de la entrega fue de S/ 114,570.00.

89. En lo que respecta al proceso de resolución en específico, con Informe N°D000028-2019-MIDIS/PNAEQW – UTHVCA-MEM del 22 de mayo de 2019, el Supervisor de Compras del Comité de Compras Huancavelica 2 de la Unidad Territorial Huancavelica concluye que, el proveedor no subsanó las observaciones de acuerdo a lo establecido en el numeral 9.4 del Contrato, en consecuencia, ha incumplido sus obligaciones contractuales y, por ende, le corresponde la aplicación de la penalidad de acuerdo a lo establecido en la cláusula décimo sexta del Contrato, la cual ascendería a S/ 17,185.50 o 2.1% del monto total del contrato. Con la referida penalidad, el monto total de estas supera el 10% del monto total del contrato.
90. A través del Informe D°000019-2019-MIDIS/PNAEQW-UTHVCA-YPD del 23 de mayo de 2019, la abogada de la Unidad Territorial Huancavelica concluyó que el Consorcio habría incurrido en la causal expresa de resolución contractual estipulada en el literal a) del numeral 17.2.1 de la cláusula décimo sexta del Contrato. Agrega la abogada que, con la Carta N°036-2019-CONSORCIO KDH/HCHC, el Consorcio ha dejado constancia expresa que ha incurrido en la causal de resolución contenida en el literal g) del numeral 17.2.1 del Contrato “Cuando el proveedor no realice la entrega de productos en una o más Instituciones Educativas IIEE para tres (03) días de atención continuos o por un período de diez (10) días de atención acumulados durante la ejecución contractual, siempre que se trate de hechos imputables al proveedor”. Recuerda adicionalmente que el marco normativo del Contrato no regula el supuesto del “desistimiento contractual”, razón por la que, opina, que resultaría factible la resolución contractual al amparo de los literales a) y g) del numeral 17.2.1 de la cláusula décimo séptima del Contrato.
91. Mediante Memorando N°D000263-2019-MIDIS/PNAEQW-UTHVCA del 23 de mayo de 2019, la jefa de la Unidad Territorial de Huancavelica remite los Informes N°D000028-2019-MIDIS/PNAEQW – UTHVCA-MEM y D°000019-2019-MIDIS/PNAEQW-UTHVCA-YPD a la UGCTR, los mismos que hace suyos.
92. El Informe N°D000072-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR-CGCSEC del 24 de mayo del 2019, concluye que el Consorcio ha incumplido sus obligaciones contractuales, habiendo acumulado penalidades superiores al 10% del monto del contrato, razón por la cual corresponde la resolución del Contrato.
93. Con Memorando N°D000774-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR del 24 de mayo de 2019, la UGCTR hace suyo el Informe N°D000063-2019-MIDIS/PNAEQW-CGCSEC de la Coordinación de Gestión de Contrataciones y Seguimiento de Ejecución Contractual que concluye que “El proveedor Consorcio KDH, ha incumplido con sus obligaciones contractuales establecidos en el Contrato N°0003-2019-CC-HUANCAVELICA 2/PRODUCTOS – Item Anchonga, suscrito con el

Comité de Compra Huancavelica 2 y el citado proveedor, por lo que ha acumulado penalidades superiores al 10% del monto del Contrato en mención, razón por lo cual corresponde la resolución del referido Contrato, en mérito a lo estipulado en el literal a) del numeral 156 del Manual del Proceso de Compra, concordante con el numeral 17.2.1 del Citado Contrato”.

94. Con Carta notarial N°003-2019-CC-HUANCAVELICA 2 del 29 de mayo de 2019, se comunicó la resolución del contrato al Consorcio.
95. Sobre el referido proceso de resolución contractual, primero debemos señalar que el Consorcio no cuestionó ninguna de las tres penalidades aplicadas siguiendo el mecanismo establecido en el numeral 153 del Manual del Proceso de Compras que dispone la aplicación de la cláusula de solución de controversias del Contrato. El Contratista recurre al arbitraje para cuestionar el proceso de resolución contractual.
96. También debemos precisar que, conforme se ha señalado, la Adenda N°2 al Contrato, redujo el monto contractual a S/ 817,567.70; en consecuencia, el 10% del monto contractual asciende a S/ 81,756.77.
97. Asimismo, las penalidades aplicadas implican las siguientes sumas de dinero: i) S/61,400.88 por no acreditar la entrega de alimentos de origen regional; ii) S/ 6,469.80 por no registrar la entrega de productos en el aplicativo informático; y iii) S/ 17,185.50 por no subsanar las observaciones de la documentación para la supervisión y liberación de los productos dentro del plazo establecido en el Protocolo. Las sumatoria de las penalidades aplicadas asciende a S/ 85,056.18, monto que supera el 10% del monto del contrato.
98. En lo que respecta al procedimiento en sí, conforme a lo establecido en el numeral 17.2.4 de la cláusula 17 del contrato, para proceder a la resolución del contrato se activa el siguiente procedimiento:
 - i) La Unidad Territorial emite un informe técnico que sustenta los fundamentos de dicha decisión.

Al respecto, como se ha indicado, con Informe D°000019-2019-MIDIS/PNAEQW-UTHVCA-YPD del 23 de mayo de 2019, la abogada de la Unidad Territorial Huancavelica concluyó que el Consorcio habría incurrido en la causal expresa de resolución contractual estipulada en el literal a) del numeral 17.2.1 de la cláusula décimo sexta del Contrato.

Asimismo, con Informe N°D000028-2019-MIDIS/PNAEQW – UTHVCA-MEM del 22 de mayo de 2019, el Supervisor de Compras del Comité de Compras Huancavelica 2 de la Unidad Territorial Huancavelica concluye

que el monto total de las penalidades supera el 10% del monto total del contrato.

- ii) El referido(s) informe(s), con la opinión favorable de la jefa o el jefe de la Unidad Territorial, serán remitido a la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos.

Con Memorando N°D000263-2019-MIDIS/PNAEQW-UTHVCA del 23 de mayo de 2019, la jefa de la Unidad Territorial de Huancavelica hace suyos los referidos informes y los remite a la UGCTR.

- iii) La UGCTR evalúa y emite su pronunciamiento poniendo de conocimiento a la jefa o jefe de la Unidad Territorial.

Con Memorando N°D000774-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR del 24 de mayo de 2019, la UGCTR hace suyo el Informe N°D000063-2019-MIDIS/PNAEQW-CGCSEC de la Coordinación de Gestión de Contrataciones y Seguimiento de Ejecución Contractual que concluye que corresponde la resolución del Contrato.

- iv) La UGCTR debe garantizar que el Comité notifique vía carta notarial al proveedor la decisión de resolver el contrato.

Con Carta notarial N°003-2019-CC-HUANCAVELICA 2 del 29 de mayo de 2019, se comunicó la resolución del contrato al Consorcio.

- 99. Revisado las etapas del procedimiento, se ha demostrado el cumplimiento exhaustivo de lo dispuesto en el numeral 17.2.4 de la cláusula 17 del Contrato, respecto a la resolución del mismo.
- 100. Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral llega a la conclusión que: i) Se ha acreditado que el incumplimiento en la entrega de los alimentos de origen regional no constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor; ii) Se ha acreditado que las penalidades impuestas al Consorcio se han aplicado dentro de lo establecido en el marco normativo; iii) Se ha acreditado que el Consorcio no activó el procedimiento establecido en el Contrato para cuestionar las penalidades impuestas; iv) Se ha acreditado que la sumatoria de los montos correspondientes a las penalidades impuestas superan el 10% del monto contractual, lo que constituye causal de resolución del mismo de acuerdo al ordenamiento vigente; v) Se ha acreditado que el procedimiento de resolución contractual ha sido seguido conforme a lo dispuesto en el numeral 17.2.4 de la cláusula 17 del Contrato, respecto a la resolución del mismo.

101. Teniendo en cuenta lo señalado hasta este punto, el Tribunal Arbitral verifica que no existe fundamento para declarar la nulidad y/o invalidez y/o ineficacia del acto de resolución del Contrato, adoptado por el Comité con Carta notarial N°003-2019-CC-HUANCAVELICA 2 del 29 de mayo de 2019. Por tanto, corresponde declarar INFUNDADA la primera pretensión principal.

B. SOBRE EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LAS CUATRO (04) PRETENSIONES FORMULADAS DE FORMA ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.

B.1. POSICION DE LA DEMANDANTE

102. La demandante formula cuatro pretensiones accesorias a la primera pretensión principal de la demanda, en los términos siguientes:

Con respecto a la Primera Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:

- (i) Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare como consecuencia de la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución del contrato N°003-2019-CC-Huancavelica 2/ Productos – Item Anchonga realizada por la entidad y contenida en la carta notarial notificada el 29 de mayo de 2019, que no procede imponer penalidad económica alguna en contra del consorcio, por el incumplimiento de la entrega de alimentos de origen regional del contrato, asimismo, se declare que la imposibilidad de no entrega de productos regionales constituye causal de fuerza mayor.

Con respecto a la Segunda Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:

- (ii) Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare como consecuencia de la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución del contrato N°003-2019-CC-Huancavelica 2/ Productos – Item Anchonga realizada por la entidad y contenida en la carta notarial notificada el 29 de mayo de 2019, el Comité de Compra Huancavelica 2 y/o el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en su calidad de parte no signataria) no proceda a la retención del 10% del monto del contrato como garantía de fiel cumplimiento del negocio jurídico, ello por la condición de MIYPE del consorcio, y en caso se haya dispuesto esta retención se proceda a su devolución.

Con respecto a la Tercera Pretensión Accesorias a la Pretensión Principal de la Demanda:

- (iii) Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare como consecuencia de la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución del contrato N°003-2019-CC-Huancavelica 2/ Productos – Item Anchonga realizada por la entidad y contenida en la carta notarial notificada el 29 de mayo de 2019, que no procede imponer la penalidad por el 10% del monto del contrato, por el incumplimiento de entrega de alimentos de origen regional, y en caso de que durante la tramitación del procedimiento arbitral, hubieran aplicado la penalidad económica antes mencionada, se ordene que el Comité de Compra Huancavelica 2 y/o el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en su calidad de parte no signataria) cumpla con la devolución de la misma.

Con respecto a la Cuarta Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:

- (iv) Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare como consecuencia de la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución del contrato N°003-2019-CC-Huancavelica 2/ Productos – Item Anchonga realizada por la entidad contenida en la carta notarial N° 003-2019-CC-Huancavelica 2 fechada el 28 de mayo de 2019 y notificada notarialmente a la parte demandante el 29 de mayo de 2019, por el Comité de Compra Huancavelica 2, por no haber cumplido con los 3 productos de origen regional durante la primera y segunda entrega correspondiente a la ejecución del contrato antes señalado, se declare que el contrato ha recobrado plena vigencia, debiendo reiniciarse su ejecución hasta su total conclusión con la entrega de la conformidad respectiva, debiendo precisarse que el reinicio del plazo de la ejecución del contrato N°003-2019-CC-Huancavelica 2/ Productos – Item Anchonga, deberá de computarse a partir del día siguiente de emitida la comunicación efectuada por el Comité de Compra Huancavelica 2 en la que procede a la resolución del referido contrato, y sin que persista la obligación de entregar tres productos regionales, por tratarse de un caso de fuerza mayor.

103. La fundamentación de las estas pretensiones accesorias a la primera pretensión principal se encuentra en la demanda arbitral, específicamente en el cuerpo de fundamentos de hecho y de derecho de la primera pretensión principal de la misma.

B.2 POSICION DEL PNAEQW

104. En su contestación de demanda, el PNAEQW señala lo siguiente respecto a las cuatro (04) pretensiones accesorias formuladas respecto de la Primera Pretensión Principal de la demanda, en los términos siguientes:

(i) Primera Pretensión Accesoría:

El PNAEQW señala que, habiéndose planteado esta pretensión como accesoría a la primera pretensión principal, corresponde que siga la suerte de esta primera pretensión principal y consecuentemente se declare Infundada.

Sin perjuicio de ello estando a que se solicita la improcedencia de imponer penalidades al haberse constituido la causal de fuerza mayor, como hemos sostenido en los párrafos precedentes se encuentra acreditado que no se constituyó el supuesto de caso fortuito y fuerza mayor y por lo tanto es válida la penalidad aplicada por la no entrega de productos locales: razón por la cual nos remitimos a los argumentos desarrollados en cuanto a la primera pretensión principal en cuanto resulten pertinentes, debiéndose declarar INFUNDADA esta primera pretensión accesoría.

(ii) Segunda Pretensión Accesoría:

Respecto de la Segunda Pretensión Accesoría respecto de la Primera Pretensión Principal, el PNAEQW sostiene que, habiéndose planteado esta segunda pretensión como accesoría a la primera pretensión principal, corresponde que siga la suerte de esta primera pretensión principal y consecuentemente se declare Infundada.

Sin perjuicio de ello, estando a que se solicita la improcedencia de la retención del 10% del monto total del contrato por concepto de garantía de fiel cumplimiento y en caso se haya retenido se devuelva dicho importe, el PNAEQW indica que conforme a lo dispuesto en la cláusula duodécima del contrato en cuestión, referida a la Ejecución de Garantías, señala que:

“Qali Wama estará facultado a disponer definitivamente del fondo de garantía, cuando la Resolución del Contrato por causa imputable al proveedor haya quedado consentido de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del numeral 163 del Manual del proceso de Compras vigente o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponde íntegramente a Qali Warma, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado”.

En ese sentido en tanto el laudo arbitral a expedirse en el presente procedimiento arbitral no se encuentre firme respecto a la resolución de contrato, nuestra representada no se encuentra obligada a devolver el fondo de garantía decumplimiento retenido, conforme a lo pactado, que como es de vuestro conocimiento es ley entre las partes; monto (S/. 81, 756.77) que se ha sido retenido conforme a la Resolución Jefatural N° T-05731-2019-MIDIS/PNAEQW-UA que adjuntamos a la presente y que corresponde a parte del pago que se le debía realizar al demandante por la primera entrega y que es pretendido como segunda pretensión principal.

En consecuencia, el PNAEQW considera que la pretensión del demandante que se le devuelva la garantía de fiel cumplimiento deviene en INFUNDADA.

(iii) Tercera Pretensión Accesorio:

El PNAEQW considera que, habiéndose planteado esta tercera pretensión como accesoria a la primera pretensión principal, corresponde que siga la suerte de esta primera pretensión principal y consecuentemente se declare Infundada.

Sin perjuicio de ello estando a que se solicita la improcedencia de aplicar penalidades por el monto del 10% del monto total del contrato por el incumplimiento de entrega de alimentos de origen regional y en caso se haya retenido se devuelva dicho importe, debemos precisar que cuando se aplicó penalidades hasta el 10% del monto del contrato que motivó la resolución del contrato, estas penalidades no se refieren exclusivamente al incumplimiento de entrega de alimentos de origen regional como lo sostiene el demandante sinotambién se refieren a no registrar la entrega de productos en el aplicativo informático el día que se realiza y a no subsanar las observaciones a la documentación para la supervisión y liberación de los productos, dentro del plazo establecido en el Protocolo para la supervisión y liberación en los establecimientos de alimentos; es decir estas dos últimas penalidades que no han sido cuestionadas por el demandante aunada a la penalidad por la no entrega de productos locales constituyen el 10% del monto del contrato; razón por lo cual nos remitimos a los mismos argumentos desarrollados en cuanto a la primera pretensión principal en cuanto resulten pertinentes respecto al incumplimiento en la entrega de productos locales.

En ese sentido al haberse aplicado con arreglo a ley tales penalidades, la Entidad demandada sostiene que procedió a retener el importe de las mismas **hasta por la suma de S/. 42.662,43**(CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS CON 43/100 SOLES), conforme se

puede advertir de la mencionada Resolución Jefatural N° T-05731-2019-MIDIS/PNAEQW-UA, sin embargo, queda un saldo por cobrar ascendente a S/ S/. 39,094.34 (TREINTA Y NUEVE MIL NOVENTA Y CUATRO Y 34/100 SOLES), que será materia de nuestra pretensión reconvenzional en la que explicaremos detalladamente los importes de las tres penalidades aplicadas y el saldo que queda pendiente por cobrar.

En consecuencia, la pretensión del demandante que se le devuelva las penalidades aplicadas y retenidas parcialmente deviene en INFUNDADA.

(iv) Cuarta Pretensión Accesorio:

Sostiene el PNAEQW que, habiéndose planteado esta cuarta pretensión como accesoria a la primera pretensión principal, corresponde que siga la suerte de esta primera pretensión principal y consecuentemente se declare Infundada.

Sin perjuicio de ello, señala el PNAEQW que el demandante pretende que el contrato válidamente resuelto deba ejecutarse íntegramente desde el día siguiente de comunicada la resolución del contrato, y sin que persista la obligación de entregar los productos regionales por tratarse de fuerza mayor; lo cual evidentemente constituye un imposible jurídico, pues ante la resolución del contrato se tuvo que convocar en primer lugar al Consorcio Fortaleza Pasco quien firmó la Adenda N°06 del Contrato N°001-2019-CC-Huancavelica 02/Productos que adjuntamos a la presente, la cual permitió incorporar a los usuarios del ítem Anchonga dentro del ámbito de cobertura del ítem Congalla del Comité de Compra Huancavelica 2, a fin de atender a los usuarios desde el 28 de junio al 03 de septiembre de 2019, para después ser atendidos por el contratista Cereales Andinos Alonso, quien se adjudicó la buena pro para atender el ítem Anchonga desde el 04 de septiembre al 11 de diciembre de 2019, conforme al Contrato N° 004-2019-CC-Huancavelica 02/Productos, que acompañamos a la presente.

En ese orden de ideas queda demostrado que el objeto del contrato materia sublitis fue cumplido por el servicio que brindaron otros contratistas con posterioridad a la resolución del contrato, motivo por el cual resulta imposible jurídicamente que se reanude un contrato cuyo objeto ya fue satisfecho por otros proveedores.

En consecuencia, el PNAEQW manifiesta que la pretensión del demandante que se ejecute el contrato sin la entrega de los productos locales deviene en INFUNDADA

B.3 POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

105. Apreciamos que la demandante ha formulado cuatro (04) pretensiones accesorias a la primera pretensión principal. En ese sentido, es necesario establecer qué es una pretensión accesoria y cuál es el alcance del pronunciamiento arbitral respecto de las mismas, habida cuenta que la Primera Pretensión Principal, a criterio de este Tribunal, resulta infundada.

106. En ese sentido, debido a que ni el Decreto Legislativo N°1071, ni tampoco el Reglamento de Arbitraje de la CCL regulan tal figura, el Tribunal Arbitral deberá aplicar de manera supletoria lo previsto en el Código Procesal Civil (en adelante el CPC).

107. La figura de la pretensión accesoria forma parte de la regulación jurídica de la acumulación de pretensiones. Al respecto, el artículo 83° del CPC señala:

"Artículo 83.- En un proceso pueden haber más de una pretensión, o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda, una acumulación subjetiva. La acumulación objetiva y la subjetiva pueden ser originarias o sucesivas, según se propongan en la demanda o después de iniciado el proceso, respectivamente".

108. Por lo tanto, al ser ésta una acumulación de pretensiones arbitrales nos encontramos frente a una acumulación objetiva, la cual puede ser originaria o sucesiva. La diferencia entre ambas, conforme a la regulación del CPC, es precisa: la primera se presenta cuando existen más de dos pretensiones en la presentación de la demanda; y la segunda, se presenta cuando se incorporan al proceso pretensiones procesales con posterioridad a la presentación, admisión y notificación con la demanda.

Así las cosas, en el presente caso nos encontramos frente a una acumulación objetiva originaria pues la pretensión bajo análisis se formuló en la presentación de la demanda arbitral y no con posterioridad.

109. Respecto a esta acumulación objetiva originaria el artículo 87° del CPC indica lo siguiente:

"Artículo 87.- Acumulación objetiva originaria

*La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoria. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; **es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.***

Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante.

Si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento procesal. Cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda." (Resaltado y subrayado, agregados)

110. En el caso de las pretensiones accesorias, el demandante propone varias pretensiones advirtiendo que una de ellas tiene la calidad de principal y las otras son pretensiones accesorias, esto es que dependen de la suerte de la propuesta como principal, tal como ocurre con las cuatro (04) pretensiones bajo análisis.
111. Es por ello que, de acuerdo a lo indicado por el CPC al declararse fundada la principal se ampararán también todas las demás; contrario sensu, si se declara infundada la principal todas las demás también deberán ser declaradas infundadas.
112. Sobre el particular, conviene citar a Reggiardo, que señala al respecto lo siguiente:

*“De acuerdo al artículo 87 del Código Procesal Civil y a la mayoría de la doctrina, las pretensiones accesorias se presentan cuando el demandante propone una pretensión principal cuya suerte determina la de una pretensión accesorio que depende de aquella. Si la principal es fundada, la accesorio lo es también. **Si la principal es infundada, la accesorio también es infundada. La suerte de una determinaría automáticamente la suerte de la otra. Recogiendo la opinión casi unánime de la doctrina, Apolín sostiene que el juez que declara fundada la pretensión principal no tendría incluso que analizar las pretensiones accesorias pues correrían la “misma suerte” que las primeras**”¹⁰. (Resaltado y subrayado, agregados).*

113. Así las cosas, dado que, a criterio del Tribunal Arbitral, dado que se estima que la Primera Pretensión Principal es INFUNDADA, entonces, todas las pretensiones accesorias a dicha pretensión procesal, siguen su misma suerte, es decir, devienen en Infundadas. Sin embargo, conviene explicitar la motivación que fundamenta el no acogimiento de cada una de éstas, y su respectiva conexión con el amplio razonamiento fáctico y jurídico que este Tribunal ha señalado para motivar amplia y detalladamente lo ya declarado en relación a la Primera Pretensión Principal de la demanda.

¹⁰ Reggiardo, Mario: Aplicación práctica de la acumulación en el proceso civil. En: THEMIS – Revista de Derecho. N° 58. Página 153.

114. Respecto de la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, conviene tener en cuenta que la demandante solicita que en caso se declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución contractual declarada por el PNAEQW, no procede imponer penalidad económica alguna en contra del Consorcio, por el incumplimiento de la entrega de alimentos de origen regional del contrato, asimismo, se declare que la imposibilidad de no entrega de productos regionales constituye causal de fuerza mayor.

Al respecto, conviene tener en cuenta que, como se ha fundamentado extensamente en la sección A) de la presente parte del Laudo, uno de los fundamentos para declarar infundada la primera pretensión principal de la demandante, a criterio de este Tribunal, es que no se ha configurado la causal de fuerza mayor invocada por dicha parte. En tal sentido, el Consorcio debió cumplir con entregar los productos regionales conforme a su obligación contractual. Así, dado que los hechos invocados por el Consorcio no son constitutivos de fuerza mayor de acuerdo a lo previsto en la cláusula Vigésima del Contrato, las penalidades contractuales fueron correctamente impuestas y, por ende, se justificaba plenamente la resolución contractual efectuada por el PNAEQW, tal como se ha expuesto extensamente en la fundamentación de este Tribunal para pronunciarse respecto de la Primera Pretensión Principal a la cual cabe remitirnos. Por tanto, dado que los hechos invocados por el Consorcio como fuerza mayor no son constitutivos de la misma y, por ende, tanto las penalidades impuestas como la resolución contractual son válidos, entonces, corresponde declarar Infundada la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda.

115. Respecto de la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, conviene tener en cuenta que la demandante solicita que en caso se declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución contractual declarada por el PNAEQW, el Comité de Compra Huancavelica 2 y/o el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en su calidad de parte no signataria) no proceda a la retención del 10% del monto del contrato como garantía de fiel cumplimiento del negocio jurídico, ello por la condición de MYPE del consorcio, y en caso se haya dispuesto esta retención se proceda a su devolución.

Al respecto, conviene insistir en lo señalado respecto de la amplia fundamentación que ha llevado a este Tribunal a declarar Infundada la Primera Pretensión Principal: dado que las penalidades contractuales han sido correctamente aplicadas, entonces la resolución contractual es lícita y ajustada al texto contractual y a la normativa prevista en la cláusula vigésimo primera del mismo. Por ende, corresponde declarar que, al haberse declarado Infundada la Primera Pretensión Principal, no procede ordenar la no retención de la garantía de fiel cumplimiento ni tampoco ordenar su devolución, sino que corresponde declarar Infundada la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, por los fundamentos ya expresados.

116. Respecto de la Tercera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, conviene tener en cuenta que la demandante solicita que en caso se declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución contractual declarada por el PNAEQW, entonces no procede imponer la penalidad por el 10% del monto del contrato, por el incumplimiento de entrega de alimentos de origen regional, y en caso de que durante la tramitación del procedimiento arbitral, hubieran aplicado la penalidad económica antes mencionada, se ordene que el Comité de Compra Huancavelica 2 y/o el PNAEQW (en su calidad de parte no signataria) cumpla con la devolución de la misma.

Al respecto, cabe remitirse a la fundamentación ya efectuada respecto de la primera pretensión principal: se ha verificado, tal como consta en los numerales 78 a 97 del presente Laudo, que la penalidad excedió el 10% del valor del Contrato, motivo por el cual se incurrió en la causal de resolución establecida en el texto contractual y su normativa aplicable conforme a su cláusula vigésimo primera. En tal sentido, habiéndose acreditado la correcta aplicación de la penalidad y la consiguiente resolución del Contrato por dicha causal, entonces procede declarar Infundada esta pretensión accesorio, que sigue la suerte y fundamentación de la primera pretensión principal de la demanda.

117. Finalmente, conviene tener en cuenta, respecto de la Cuarta Pretensión Accesorio a la Principal, que, la misma solicita que en caso que se declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución contractual declarada por el PNAEQW, se declare que el contrato ha recobrado plena vigencia debiendo reiniciarse su ejecución hasta la total conclusión del mismo.

Al respecto, cabe remitirse a la fundamentación ya efectuada por este Tribunal respecto de la primera pretensión principal: la resolución contractual efectuada por el PNAEQW fue lícita, legítima y ajustada al texto contractual y al marco legal aplicable al presente Contrato. En tal sentido, dado que la resolución no ha sido invalidada por esta decisión arbitral, entonces corresponde que la suerte de esta cuarta pretensión siga lo resuelto por este Tribunal respecto de la Primera pretensión principal y, por tanto, deviene en Infundada.

C. RESPECTO DE LA SEGUNDA PRETENSÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Se ordene el pago pendiente por la prestación del servicio alimentario correspondiente a la primera entrega ascendente a S/. 124,419.20.

C.1. POSICION DEL CONSORCIO

118. Para sustentar la segunda pretensión principal de la demanda, el

Consortio por escrito ampliatorio de fecha 01 de marzo de 2021 (y sus medios probatorios adjuntos), señaló lo siguiente:

Según lo establecido en el numeral 115 inciso e) Del Manual de Compras del Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA, aprobado por Resolución de Dirección Ejecutiva No. 397-2018-MIDIS/PNAEQW, indica las obligaciones del proveedor del Servicio Alimentario en la modalidad de productos en la cual se exige la presentación del expediente de solicitud de pago al Comité de Compra a fin de ejecutar el pago de su contraprestación económica.

A su vez en el numeral 120 del Manual de Compras del Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA refiere respecto a la conformidad de la prestación que, *“120. El PNAEQW solo autoriza el pago de las raciones o productos que cumplan las especificaciones técnicas aprobadas y que cuenten con la conformidad de un integrante del CAE en el Acta de Entrega y Recepción de Raciones o Productos, de acuerdo al formato establecido en las Bases integradas del Proceso de Compras”*.

Asimismo, el numeral 122 del Manual de Compras del Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA indica que, *“122. Las Actas de Entrega y Recepción de Raciones o Productos presentadas por el proveedor para efectos del pago tienen carácter de declaración jurada”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Consortio demandante sostiene que ha cumplido cabalmente el procedimiento que se detalla en el punto 1 de su escrito complementario, con el objeto de conseguir el pago de la contraprestación económica correspondiente a la prestación del servicio alimentario, respecto de la primera entrega, derivada de la ejecución del contrato No. 003-2019-CC-HUANCAVELICA2/PRODUCTOS, y que asciende a la suma de S/124,419.20, como a continuación lo acredita:

- Con fecha 08 de abril de 2019 se cumplió con la presentación de Expediente para la liberación respecto a la PRIMERA ENTREGA. Asimismo, cabe precisar que el expediente de liberación se incluye aquella documentación de los productos según las exigencias de Qali Warma. Sin embargo, con fecha 15 de abril del 2019 se notificó vía correo electrónico la Carta N° D00018-2019-MIDIS/PNAEWQ-UTHVCA (medio probatorio 1 y anexo 1.A del escrito complementario) en la cual indica la conformidad de la revisión de documentos obligatorios para liberación de productos del Item Anchonga (Primera Entrega) y a su vez adjuntando el Informe N° D000122-2019-MIDIS/PNAEQW-UTHVCA-LQS (medio probatorio 2 y anexo 1.B del escrito complementario) y el Informe N° D000022-2019-MIDIS/PNAEQW-UTHVCA-LQS (medio probatorio 3 y anexo 1.C de su escrito complementario).

- Por otro lado, el plazo máximo de liberación era hasta el 23 de abril de 2019 según cronograma establecido en el Contrato N°0003-2019 CCHUANCAVELICA2/PRODUCTOS. En este aspecto, la liberación se realizó los días 16, 17, 18 y 23 de abril del 2019 dando la respectiva conformidad y en consecuencia otorgaron las actas de supervisión y liberación PRT-001-PNAEQW-USME-FOR-006 de fechas 16, 17, 18 y 23 de abril del 2019 (medio probatorio 4 al 7 y anexo 1.D hasta el 1-G del escrito complementario).
- Conforme lo indica el Contrato N°0003-2019 CCHUANCAVELICA2/PRODUCTOS, el plazo de distribución es del día 24 de abril hasta el 03 de mayo del 2019, iniciándose la distribución el 24 de abril del 2019 según la guía de remisión y actas de entrega, culminado con la entrega el 30 de abril del 2019.
- Según lo estipulado en el Contrato N°0003-2019 CCHUANCAVELICA2/PRODUCTOS, el Consorcio KDH cumplió dentro del plazo con remitir la Carta N°032-2019-CONSORCIO KDH/HCHC de fecha 13 de mayo de 2019 (medio probatorio 8 y anexo 1.H del escrito complementario) en la que se indica que se culminó la entrega programada de productos en las Instituciones Educativas que fueron programadas y como consecuencia se remite el expediente de conformidad de entrega en la que se adjunta a su vez la Factura N°001-000133 (medio probatorio 9 y anexo 1.I del escrito complementario) por el monto ascendente a S/. 124,419.20 (Ciento veinticuatro mil cuatrocientos diecinueve con 20/100 soles).

C.2. POSICION DEL PNAEQW

119. Refiere la entidad demandada en su escrito de contestación de demanda que, tal como lo indicó cuando contestó la segunda pretensión accesoria planteada respecto de la primera pretensión principal de la demandante, se ha retenido la garantía de fiel cumplimiento que debía pagar el demandante del pago que debía realizar la Entidad como contraprestación por la primera entrega que efectuó el demandante, prueba de ello es la Solicitud de Transferencia de Recursos Financieros que adjuntamos a la presente y la mencionada Resolución Jefatural N°T-05731-2019-MIDIS/PNAEQW-UA, en el que se puede advertir la retención realizada tanto por la garantía de fiel cumplimiento como por las penalidades aplicadas de manera parcial, en tanto las penalidades aplicadas ascienden a un monto mayor.
120. En ese sentido, de acuerdo a la cláusula undécima del contrato, el demandante al haber acreditado ser una empresa MYPE presentando su

constancia de REMYPE se le otorga la facilidad para pagar la garantía de fiel cumplimiento mensualmente, a través de los descuentos que deberá realizarse respecto de los pagos que se van realizando por cada entrega conforme se va ejecutando el contrato; de igual modo el numeral 16.4 la cláusula décimo sexta del contrato establece que las penalidades aplicadas serán deducidas de los pagos parciales que se realizan o de la garantía de la garantía de fiel cumplimiento; con lo cual se encuentra acreditado que la Entidad conforme a lo pactado por las partes procedió a retener S/. 81, 756.77 por garantía de fiel cumplimiento y S/. 42.662,43 por concepto de penalidades, que hacen la suma pretendida por el demandante de S/. 124,419.20 de acuerdo; razón por la cual no se le transfirió monto alguno al contratista.

121. Posteriormente, con escrito s/f de abril de 2021, el PNAEQW refiere que el contratista demandante sólo cuestiona el 7% de penalidades contractuales relativas al incumplimiento de entrega de productos regionales (siendo que otras penalidades han sido consentidas expresamente por éste) y que la información y documentación presentada en el escrito ampliatorio de fundamentos de la demanda, es irrelevante respecto a la entrega de dichos productos.

C.3. POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

122. Vista tanto la demanda y el escrito ampliatorio presentado por el Consorcio demandante (y sus respectivos medios probatorios anexos), así como la contestación del PNAEQW a ambos escritos (y los medios probatorios presentados), los cuales han sido integralmente evaluados, apreciados y merituados en su integridad, este Tribunal considera que, efectivamente, al margen de las penalidades impuestas en forma legítima por la entidad conforme a lo ya señalado en el razonamiento de lo resuelto respecto a la Primera Pretensión Principal, si ha quedado acreditado que el Consorcio cumplió con realizar la primera entrega de productos conforme al cronograma pactado en la cláusula quinta del Contrato, por la suma de S/. 124,419.20 soles. Contrariamente a lo que señala la entidad demandada, al haber cumplido la entrega de productos por dicha cantidad (claro está, exceptuando los regionales que no pudo cumplir), el Consorcio si cumplió con el resto de la prestación comprometida por dicho valor monetario, entregando los productos en función a dicha suma. Hecho que no ha sido controvertido por el PNAEQW. Por tanto, corresponde que efectivamente se ordene el Pago al Consorcio por la prestación del servicio alimentario detallado en su demanda y escrito ampliatorio por la suma de S/. 124,419.20 soles, correspondientes a la Primera Entrega de productos alimentarios realizada conforme al cronograma del Contrato y a los procedimientos del Programa Qali Warma, tal como consta del escrito de ampliación de fundamentos de demanda y sus medios probatorios.

123. En tal sentido, en la liquidación que la entidad practique al presente Contrato, tendrá que considerarse que, efectivamente, el Consorcio ha cumplido con entregar los productos correspondientes a la Primera Entrega del cronograma del Contrato sin que medie observación alguna por parte de la Entidad por el monto de S/. 124,419.20 (Ciento veinticuatro mil cuatrocientos diecinueve y 20/100 soles), debiendo efectuarse la referida liquidación considerando el pago que le corresponde al Consorcio por la primera entrega de productos realizada en las fechas indicadas en su escrito ampliatorio de fundamentos de la demanda presentado con fecha 01 de marzo de 2021.

124. En consecuencia, dado que se ha acreditado que el Consorcio cumplió con la primera entrega de productos alimentarios detallada en la segunda pretensión principal de la demanda, entonces a criterio de este Tribunal, corresponde ordenar que la entidad pague a la demandante la suma de S/. 124 419.20 soles, cifra que deberá ser considerada a favor del Consorcio demandante en el momento de la liquidación del Contrato.

D. SOBRE LA PRETENSION ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

D.1 POSICION DEL CONSORCIO.

125. En su escrito de demanda, el Consorcio plantea que se ordene el pago de intereses legales que la suma detallada en la Segunda Pretensión Principal hubiere generado hasta el momento de la expedición del correspondiente Laudo Arbitral.

D.2 POSICION DEL PNAEQW

126. El PNAEQW sostiene en su contestación de demanda, que, habiéndose planteado esta pretensión como accesoria a la segunda pretensión principal, corresponde que siga la suerte de esta segunda pretensión principal y consecuentemente se declare Infundada.

D.3 POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

127. El Tribunal se remite al razonamiento señalado en la sección B) de esta parte III del Laudo respecto a las pretensiones accesorias, su naturaleza y efectos. En tal sentido, resolviendo en derecho y luego de haber analizado los fundamentos de ambas partes y sus medios probatorios correspondientes, conforme al artículo

87 del CPC, aplicable supletoriamente a la presente controversia arbitral, al haberse declarado fundada la segunda pretensión principal, corresponde declarar fundada la Primera Pretensión accesoria a la misma, vale decir, que se ordene el pago de los intereses legales generados por dicha prestación no pagada, los cuales deberán ser calculados hasta el momento de la emisión del presente Laudo Arbitral.

E. RESPECTO DE LA TERCERA PRETENSION PRINCIPAL: PAGO DE COSTAS, COSTAS Y GASTOS DEL PRESENTE ARBITRAJE

128. Los artículos 69 y 73 de la Ley de Arbitraje disponen lo siguiente:

“Artículo 69.- Libertad para determinar costos.

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título (...).”

“Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

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

129. Por su parte, el artículo 42° del REGLAMENTO al que se han sometido las partes en su convenio arbitral, establece lo siguiente:

Artículo 42°.- “Decisión sobre los costos del arbitraje

(...)

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

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

(...)”.

130. En el presente caso de la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las partes no convinieron nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Tribunal Arbitral de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
131. El Tribunal Arbitral considera que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, cada una en ejercicio legítimo de su derecho de acción y defensa de sus respectivos intereses, lo que ha sido demostrado mediante sus declaraciones contenidas en los diversos actuados que obran en el expediente arbitral y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, por lo que corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje en partes iguales.
132. En consecuencia, corresponde declarar Infundada la Tercera Pretensión Principal de la demanda, y, en consecuencia, ordenar que cada parte asuma el pago de la mitad de los gastos arbitrales establecidos en este arbitraje (entiéndase los honorarios de los árbitros y del secretario del Tribunal); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

133. En tal sentido, por los argumentos expuestos en puntos anteriores y de acuerdo al orden de las pretensiones expuestas, el Tribunal Arbitral **EN DERECHO LAUDA:**

PRIMERO.- Declarar **INFUNDADA** la **PRIMERA PRETENSIÓN** de la **DEMANDA**.

SEGUNDO.- Declarar **INFUNDADA** la **PRIMERA PRETENSION ACCESORIA** a la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**.

TERCERO.- Declarar **INFUNDADA** la **SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA** a la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**.

CUARTO.- Declarar **INFUNDADA** la **TERCERA PRETENSIÓN ACCESORIA** a la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**.

QUINTO.- Declarar **INFUNDADA** la **CUARTA PRETENSIÓN ACCESORIA** a la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**.

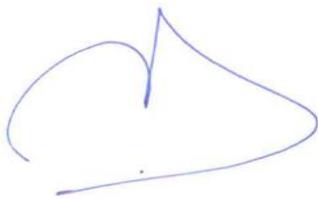
SEXTO.- Declarar **FUNDADA** la **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA** y en consecuencia se ordena el pago pendiente de cancelación a favor del Consorcio KDH por la suma de S/ 124,419.20 soles, por la prestación del servicio alimentario correspondiente a la primera entrega durante la ejecución del Contrato N°0003-2019-CC-HUANCAVELICA 2/ PRODUCTOS – Item Anchonga.

SÉPTIMO.- Declarar **FUNDADA** la **PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA** a la **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**, y como consecuencia se

ordena el pago de intereses legales que la suma dineraria detallada en la segunda pretensión principal de la demanda hubiese generado hasta el momento de la expedición del correspondiente laudo arbitral, la misma que deberá ser liquidada por la secretaría arbitral, en la etapa de ejecución arbitral.

OCTAVO.- Declarar **INFUNDADA** la **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**, respecto a que el Tribunal Arbitral ordene al PDAEQW asumir las costas y costos del presente Arbitraje; y, en consecuencia, se **DECLARA** que cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales establecidos en este arbitraje (entiéndase los honorarios de los árbitros y del secretario del Tribunal); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del mismo.

NOVENO.- Se fijan los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de S/ 25,012.50 (Veinticinco mil doce con 50/100 Soles) más IGV y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en la suma de S/ 8,337.50 (Ocho Mil trescientos treinta y siete con 50/100 Soles) más IGV, según las respectivas liquidaciones practicadas por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.



RAMON HUAPAYA TAPIA

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL



MARIO ATARAMA CORDERO

ARBITRO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jose Herrera Robles', written in a cursive style.

JOSE HERRERA ROBLES

ARBITRO