

Exp. 2277-239-19

SERVICIOS DE CONCESIONARIO SAN FRANCISCO DE ASIS S.A.C. - COMITÉ DE COMPRA LIMA 7 Y PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: **SERVICIOS DE CONCESIONARIO SAN FRANCISCO DE ASIS S.A.C.** (en adelante, el Proveedor o el Demandante)

DEMANDADOS: **COMITÉ DE COMPRA LIMA 7 (en adelante, el COMITÉ DE COMPRA) Y PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA (en adelante QALI WARMA).** Cabe indicar que, a ambos, conjuntamente se les denominará **LOS DEMANDADOS**

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: **Gustavo Adolfo De Vinatea Bellatín**
(Presidente del Tribunal Arbitral, designado por los co-árbitros)
July Anne Carol Escajadillo Lock
(Árbitro designado por el Demandante)
Mario Alexander Atarama Cordero
(Árbitro designado por el Demandado)

SECRETARIA ARBITRAL: **Piero Ordoñez Jáuregui**
Secretario Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Resolución N° 13

En Lima, a los 20 días del mes de julio del año dos mil veintidós, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.1. El Convenio Arbitral

Las partes celebraron un convenio arbitral contenido en la Cláusula Vigésimo Primera de los Contratos N° 0009-2018-C.C.LIMA 7/RACIONES y N° 0010-2018-C.C.LIMA 7/RACIONES (Contratos de Provisión de Servicio Alimentario en la modalidad de raciones), en adelante los CONTRATOS, suscritos con fecha 28 de febrero de 2018, cuyo texto literal es el siguiente:

“CLÁUSULA VIGÉSIMO PRIMERA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

- 21.1 *Toda y cualquier controversia contractual, será resuelta por un Tribunal Arbitral conformado por tres (03) árbitros, mediante el arbitraje de derecho organizado y administrado por la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de conformidad con los reglamentos vigentes de dicha institución y lo establecido en la presente cláusula.*
- 21.2 *La parte interesada debe presentar su solicitud de arbitraje al Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, incluyendo el árbitro de parte designado. Posteriormente, la parte demandada responderá la solicitud, incluyendo el árbitro de parte designado; ambos árbitros de común acuerdo designaran al tercero, quien será el Presidente del Tribunal Arbitral. En caso los árbitros designados no se pongan de acuerdo en el nombramiento del Presidente del Tribunal Arbitral, éste será designado por el Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*
- 21.3 *El laudo arbitral que se emita conforme a los numerales precedentes es definitivo e inapelable, teniendo el valor de cosa juzgada y debe ejecutarse como una sentencia.*
- 21.4 *El presenta contrato establece los mecanismos de intervención que resultan necesarios para la defensa de los intereses del PNAEQW.”*

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

Son de aplicación las siguientes normas: Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el REGLAMENTO), Disposiciones de la Ley de Arbitraje (en adelante Ley de Arbitraje), Manual de Compras, Normativa del Código Civil.

III. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL DEMANDANTE

- 3.1 Con fecha 3 de marzo de 2020, el Proveedor presentó su demanda arbitral, señalando las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal. – Se declare la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad y/o se deje sin efecto de la imposición de las penalidades económicas por un monto de S/. 183,327.85 soles (ciento ochenta y tres mil trescientos veintisiete con 85/100 nuevos soles), por el supuesto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato N° 0009-2018-C.C.LIMA 7/RACIONES; Contrato N° 0010-2018-C.C.LIMA 7/RACIONES, referidas a la provisión del servicio alimentario en la modalidad de raciones destinado a los usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal. – Se ordene al Comité de Compra Lima 7/Raciones y/o al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia y/o invalidez y/o nulidad y/o se deje sin efecto de la imposición de las penalidades económicas por un monto de S/. 183,327.85 soles (ciento ochenta y tres mil trescientos veintisiete con 85/100 nuevos soles), por el supuesto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato N° 0009-2018-C.C.LIMA 7/RACIONES; Contrato N° 0010-2018-C.C.LIMA 7/RACIONES, referidas a la provisión del servicio alimentario en la modalidad de raciones destinado a los usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, el reintegro y/o devolución del monto de S/. 183,327.85 soles, como consecuencia del amparo de la primera pretensión principal.

Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal. – Se ordene al Comité de Compra Loreto 7/Raciones y/o al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma el pago de intereses legales que el monto de S/. 183,327.85 soles hubiese generado desde la fecha en que debió realizarse el pago hasta la fecha de expedición del laudo arbitral, como consecuencia del amparo de la primera pretensión principal.

Segunda Pretensión Principal. – Se ordene al Comité de Compra Loreto 7/Raciones y/o al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, el pago de los gastos arbitrales que genere el procedimiento arbitral, tales como honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, gastos administrativos del Centro de Arbitraje y los honorarios de la defensa legal.

Respecto de la controversia, el Proveedor sostuvo lo siguiente:

Fundamentos de hecho:

- 3.2. Con fecha 28 de febrero de 2018, firmaron los CONTRATOS, los cuales, en la cláusula segunda, establecieron como objeto: "... la provisión del servicio alimentario en la modalidad de raciones por parte del PROVEEDOR a los usuarios del PNAEQW de los niveles inicial y primaria del ítem SAN MIGUEL y

la VICTORIA, respectivamente, según las especificaciones, características y cantidades establecidas en los Anexos que se detallan:

Anexo N° 01 – Relación de Instituciones Educativas Públicas

Anexo N° 2 – Valor Adjudicado

Anexo N° 03 A – Especificaciones Técnicas de Alimentos de la Modalidad Raciones

Anexo N° 03 B – Tablas de Alternativas para la provisión de Alimentos de la modalidad Raciones

Anexo N° 04 A – Requerimiento de Raciones por Ítem

Anexo N° 04 B – Requerimiento de Raciones por Institución Educativa

Anexo N° 05 – Acta de Entrega y Recepción de Raciones”.

- 3.3. El Proveedor sostiene que, durante la ejecución de los CONTRATOS, el Programa ha procedido a imponerle una serie de penalidades de manera automática, descontándolas de sus facturaciones, como consecuencia de supuestos incumplimientos de sus obligaciones contractuales.
- 3.4. Así, con fecha 18 de setiembre de 2018, el Proveedor habría solicitado a la Jefatura de Gestión de Contratación y Transferencia de Recursos del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma – MIDIS la inaplicación de dichas penalidades.
- 3.5. Sin embargo, mediante Carta N° 032-2018-MDIIS/PNAEQW-UGCTR de fecha 2 de octubre de 2018, se les habría comunicado la aplicación de penalidades por supuesto incumplimiento en la programación de la semana del 02 al 06 de abril de 2018, en respuesta a su solicitud de inaplicación de penalidades, la cual concluye lo siguiente:

“no se configuran caso de fuerza mayor, siendo estos hechos atribuibles al proveedor. (...) El proveedor SERVICIO DE CONCESIONARIOS SAN FRANCISCO DE ASIS S.A.C. , considere que no corresponde la aplicación de penalidad por causas no imputables al mismo, deberá seguir el procedimiento establecido en el numeral 156) Solución de Controversias del Manual del Proceso de Compras vigente y Cláusula Vigésimo Segunda del Convenio Arbitral establecida en los CONTRATOS N° 0009 y 0010-2018-C.C.LIMA 7/RACIONES (Ítems: San Miguel y La Victoria 2) y N° 0011-2018-C.C.LIMA 5/RACIONES (Ítem: Ate 3)”.

- 3.6. Con fecha 19 de noviembre de 2018 mediante Carta N° 019-2018/CC Lima 7, se les notifica la aplicación de penalidades por supuestos incumplimientos contractuales derivados de los CONTRATOS.
- 3.7. El monto total de las penalidades que se detallan en cada uno de los sub puntos precedentes, arrojan una penalidad económica total ascendente a S/. 183,327.85 soles, sanción que resultaría totalmente carente de sustento fáctico y jurídico, y lo más importante, violaría el propio procedimiento de aplicación de penalidades establecidos en la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS.

IV. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR EL MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL (MIDIS)

- 4.1. El 19 de agosto de 2020, la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social- MIDIS, en representación de QALI WARMA presentó su escrito de contestación de demanda arbitral contra el Proveedor, sosteniendo lo siguiente:

Consideraciones Previas:

- 4.2. QALI WARMA señala el marco normativo para la aplicación de penalidades materia de controversias derivadas de la ejecución de los CONTRATOS.
- 4.3. Al respecto, precisa que, la Cláusula Vigésima de los CONTRATOS estipula lo siguiente:

*“El presente Contrato se rige por el **Manual del Proceso de Compras y las Bases Integradas** del Proceso de Compras aprobados por el **PNAEQW**. Las partes acuerdan que, en defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, se puede aplicar supletoriamente las disposiciones emitidas por el **PNAEQW** para su regulación especial y, supletoriamente el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y las disposiciones del Código Civil, en tanto no contradiga o se oponga a la normativa del PNAEQW.”*

- 4.4. Siendo ello así, manifiesta que la presente controversia deberá de ser resuelta con el siguiente marco normativo:

- El Contrato
- El Manual de Compras del Programa Nacional de Alimentación Escolar
- Qali Warma.
- Las Bases Integradas
- Las disposiciones emitidas por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma,

Asimismo, la normativa señala la aplicación supletoria y siempre y cuando no se oponga a la normativa del programa de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Civil.

- 4.5. Además, indica que, conforme lo señala la cláusula octava de los CONTRATOS, el contratista estaba, entre otros actos, obligado a:

“CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DE EL PROVEEDOR

EL PROVEEDOR está obligado a cumplir lo siguiente:

8.1. Cumplir con lo dispuesto en el Manual del Proceso de Compras, las Bases Integradas del proceso de Compra y sus anexos,

(...)

8.3. Garantizar la liberación de las raciones en los plazos establecidos e el contrato.

8.4. *Entregar las raciones de acuerdo con el Cronograma de Entrega establecido en el contrato, dentro de las Instituciones Educativas, en cantidades completas, respetando estrictamente las condiciones contractuales, durante los días de labores escolares, los días no hábiles (sábados, domingos o feriados y días no laborables declarados por el Gobierno) y, dispuestos por la Autoridad Educativa, en una o en todas las IIEE del ítem.*

(...)

8.7. *Garantizar la calidad sanitaria de las raciones que entrega a cada una de las Instituciones Educativas, sin perjuicio de la responsabilidad civil frente a terceros y penal de ser el caso.*

(...)

8.9. *Realizar la georreferenciación y sincronización de información de todas las entregas utilizando el respectivo aplicativo informático, de acuerdo con el Protocolo de Uso de Herramientas Informáticas aprobado por el PNAEQW. La sincronización debe realizarse de forma previa a la presentación del Expediente de Conformidad de Entrega.»*

4.6. Asimismo, conjuntamente con la presentación de su propuesta técnica y económica, el Contratista adjuntó las siguientes declaraciones juradas:

- **Formato N° 04** Declaración Jurada de Cumplimiento de Condiciones Higiénico Sanitarias y Capacidad de Producción y Almacenamiento para la Supervisión Inicial.
- **Formato N° 06** Declaración Jurada respecto a las características de los productos.
- **Formato N° 12** Declaración Jurada de Uso de Herramientas Informáticas del PNAEQW, en donde el postor indica que cumplirá con el Protocolo de Uso de Herramientas informáticas, para la provisión del servicio alimentario.
- **Formato N° 13** Declaración Jurada de cumplimiento de especificaciones técnicas de alimentos, tablas alternativas para la provisión de alimentos, requerimiento de raciones, cantidades y presentaciones de alimentos de la modalidad raciones.

En ese sentido, afirma que era de pleno conocimiento desde la publicación de las bases del proceso de compras del cual resultó ganador, así como de la **entera responsabilidad del Proveedor** cumplir con el marco normativo de los CONTRATOS materia de prestación, asumiendo la responsabilidad contractual por su incumplimiento que devino en la aplicación de penalidades materia de la presente controversia.

Con respecto a la Primera Pretensión Principal:

4.7. QALI WARMA señala que las pretensiones del Proveedor se basan en las siguientes afirmaciones no acreditadas ni explicadas:

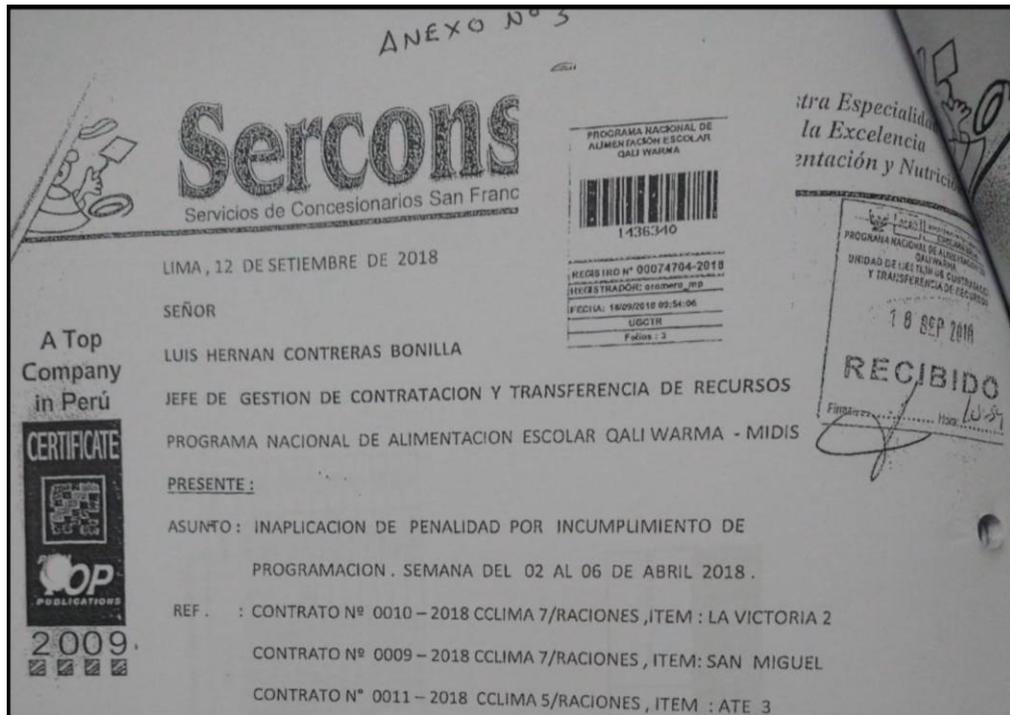
«6. Durante la ejecución de los contratos antes detallados, el programa ha procedido a imponernos una serie de penalidades de manera automática, descontándolas de nuestras facturaciones, como consecuencia de supuestos incumplimientos a nuestras obligaciones contenidas en los contratos que se mencionan en el sub punto que antecede.

7. Así tenemos que, nuestra parte con fecha 12 de setiembre pero recepcionada con fecha 18 de setiembre del 2018, nuestra parte solicita a la jefatura de Gestión de Contratación y Transferencia de Recursos del Programa Nacional de Alimentación escolar Qali Warma -MIDIS la inaplicación de dichas penalidades»

- 4.8. Así, indica que lo señalado por el Proveedor realmente sería una reconsideración no regulada por las normas que vinculan a las partes.
- 4.9. Además, QALI WARMA manifiesta que el Proveedor no ofrece ni detalla hecho alguno que acredite la supuesta ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de las penalidades impuestas, sus causales, ni mucho menos cuales son los hechos con los cuales contradice la imposición de cada una de estas penalidades, las mismas que fueron aplicadas y puestas a su conocimiento conforme al procedimiento establecido dentro del marco normativo de los CONTRATOS.
- 4.10. Asimismo, solicita que se tenga presente que tanto en las bases, el manual y los CONTRATOS se establece cual es procedimiento para solicitar la inaplicación de penalidades en concordancia con la cláusula 15.5. de los CONTRATOS la misma que se reproducen literalmente en los numerales 3.7. literal e) y 146 de las bases y manual, respectivamente.

« 15.5 No se aplican penalidades cuando, por caso fortuito o fuerza mayor el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con las condiciones establecidas en el contrato, debe presentar al COMITÉ dentro de los dos (02) días hábiles de cesado el evento, un escrito solicitando la inaplicación de penalidades, adjuntando los elementos probatorios correspondientes.»

Entonces, señala que los CONTRATOS establecen el procedimiento válido para la presentación de la solicitud de inaplicación de penalidades, hecho del cual el Proveedor no presenta prueba alguna, adjuntando más bien la carta de fecha 12.09.18 dirigida al señor Luis Hernán Contreras Bonilla – Jefe de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos del PNAEQW **solicitando una reconsideración a la declaración de improcedencia a su solicitud de inaplicación de penalidades** (solicitud de reconsideración no contemplada dentro del marco normativo), misiva que resulta por si sola insuficiente para acreditar su supuesto derecho.



- 4.11. En ese sentido, indica que lo señalado en el punto 8 de la demanda: «sin embargo, mediante Carta N° 032-2018-MIDIS/PNAEQW-UGCTR de fecha 02 de octubre del 2018 se nos comunica la aplicación de penalidades por el supuestos incumplimiento en la programación de la semana del 02 al 06 de abril del 2018, en respuesta a nuestra solicitud de inaplicación de penalidades», se trata en realidad de la respuesta a la solicitud de reconsideración del Proveedor y no a la inaplicación de penalidades, queriendo por tanto sorprender al Tribunal con información totalmente inexacta en los hechos vertidos, y debido a esta incongruencia hace de conocimiento el procedimiento establecido para la aplicación de penalidades, conforme lo señala la cláusula 15.1 de los CONTRATOS:

«15.1. Las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el contrato respectivo, y aquella 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 Transferencias de Recursos.

15.2. Cada penalidad se calcula de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas de los pagos parciales o del pago final, conforme a lo señalado en el contrato.»

Asimismo, el numeral 28 literal h) del Manual de compras vigente Resolución de Dirección Ejecutiva N° 432-2017-MIDIS/PNAEQW señala en cuanto a la formalidad de su comunicación lo siguiente:

«Funciones de la Presidenta o Presidente del Comité de Compra
28) Son funciones de la Presidenta o Presidente del CC:

(...)

h) Suscribir cartas notariales, en las que se comunica a los proveedores la resolución del contrato o aplicación de

penalidades. En tales cartas notariales se debe especificar el concepto, monto, porcentaje, número de entrega de la aplicación de la penalidad y otros fatos que considere pertinente.»

- 4.12. Por tanto, QALI WARMA indica que el Proveedor no señala en forma clara cuales serían los fundamentos de esta primera pretensión, siendo que la Carta N° 032-2018-MIDIS/PNAEQW-UGCTR de fecha 02 de octubre del 2018 mediante la cual la UGCTR remite respuesta a su solicitud de reconsideración de inaplicación de penalidades, se remite al Informe N° 145-2018-MIDIS/PNAEQW-UGCTR-OGCSEC que establece las siguientes conclusiones:

4.1 Con respecto al incumplimiento N° 12: "No cumplir con lo establecido en el...y/o Anexo 3B-Tabla de Alternativas para la Provisión de Alimentos de la Modalidad Raciones- de las Bases", los hechos que impidieron al proveedor SERVICIOS DE CONCESIONARIOS SAN FRANCISCO DE ASIS SAC, cumplir con la ejecución de su obligación contractual establecida en los CONTRATOS N° 0009 y 0010-2018-C.C. LIMA 7/RACIONES (ítems: San Miguel y La Victoria 2) y N° 0011-2018-C.C. LIMA 5/RACIONES (ítem: Ate 3); en el Anexo N° 4A "Requerimiento de Raciones por ítem" y/o Anexo 3B "Tabla de Alternativas para la Provisión de Alimentos de la Modalidad Raciones" con respecto a la combinación programada para los días del 02 al 06.04.2018, no se configuran caso de fuerza mayor, siendo estos hechos atribuibles al proveedor.

4.2 El proveedor SERVICIOS DE CONCESIONARIOS SAN FRANCISCO DE ASIS SAC, considere que no corresponde la aplicación de la penalidad por causas no imputables al mismo, deberá seguir el procedimiento establecido en el numeral 156) "Solución de Controversias" del Manual del Proceso de Compras vigente y Clausula Vigésimo Segunda del Convenio Arbitral establecida en los CONTRATOS N° 0009 y 0010-2018-C.C. LIMA 7/RACIONES (ítems: San Miguel y La Victoria 2) y N° 0011-2018-C.C. LIMA 5/RACIONES (ítem: Ate 3)

Además, precisa que el Proveedor en su carta de reconsideración **solo discute el incumplimiento de programación**, quedando excluidas de su contradicción cualquier otra penalidad aplicada, las cuales habrían quedado consentidas.

- 4.13. Así, en el numeral 9 de la demanda se indica: «Con fecha 19 de noviembre del 2018 mediante Carta N° 019-2018/CCLIMA7, se nos notifica la aplicación de penalidades por supuestos incumplimientos contractuales derivados de los contratos referidos en el 5.1 y 5.2 de los presentes fundamentos de hecho». Se trata de la aplicación de penalidades por incumplimientos establecidas en los numerales 3, 8, 10, 12 y 19 de la cláusula 15.8 de los CONTRATOS y puesta en conocimiento, de conformidad con lo establecido en el numeral 28 literal h) del Manual de compras:

3	Presentación de la documentación posterior al plazo establecido en el contrato o presentación de la documentación no conforme o incompleta para la supervisión, preparación y liberación de las raciones, según lo declarado en el Formato N° 06, de los requisitos obligatorios de las Bases.	0,5% del monto total del contrato por día de incumplimiento.
---	--	--

8	Entregar las raciones en una o más IIEE con un retraso que exceda el tiempo de tolerancia de 20 minutos y no mayor a 60 minutos, en relación con el horario establecido en el contrato.	20% del monto total contratado del día de atención y por turno.
---	---	---

10	No cumplir con registrar en el Aplicativo Informático en el día correspondiente, la georreferenciación que evidencie la entrega de raciones dentro de la ILEE, de conformidad a lo declarado en el Formato N° 12 (requisito obligatorio N° 19) y de las obligaciones del PROVEEDOR establecidas en las Bases, Contrato y en el protocolo correspondiente.	3% del monto total del día de atención contratado, por turno y por cada ILEE no registrada.
12	No cumplir con lo establecido en el Anexo N° 4A "Requerimiento de Raciones por ítem" y 4B "Requerimiento de Raciones por ILEE" y/o Anexo 3B "Tabla de Alternativas para la Provisión de Alimentos de la Modalidad Raciones" de las bases.	0.5% del monto total del contrato, por día y turno de incumplimiento.
19	Cuando el PNAEQW evidencie la presencia de algún animal tales como: perro, gato, roedor, ave, cucaracha, mosca y otros y/o se evidencie excremento, orina, pelo u otros de los mismos en las instalaciones de las plantas y/o almacenes.	1% del monto total del contrato, por cada supervisión.

- 4.14. Dichas penalidades aplicadas no habrían sido objetadas por el Proveedor, quien no ha presentado medio probatorio que fundamente la supuesta invalidez, ineficacia o nulidad y menos aún establecido en forma clara y precisa cual es el origen del monto demandado, ni individualizado el mismo por cada uno de los CONTRATOS materia de controversia, ni detallado por penalidad impuesta.
- 4.15. Asimismo, a efecto que el Tribunal Arbitral cuente con los elementos necesarios para la toma de una decisión en cuanto a esta pretensión, presenta lo resuelto en el otro proceso seguido Consorcio Ronnie Yudin Serna Olivas y Foucas Trading EIRL y el Comité de Compras Cusco 4 – Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, en el cual el Colegido integrado por los abogados Gonzalo García Calderón Moreyra, Juan Joans Christian Morales Yataco y Oscar Malca Naranjo, indicaron lo siguiente, en cuanto al extremo de la insuficiencia de los medios probatorios:

VIGÉSIMO SEGUNDO: Por otro lado, en relación al segundo requisito estipulado en la Cláusula Décimo Quinta del CONTRATO, el Tribunal considera que el mismo tampoco se habría cumplido, dado que se ha advertido que la documentación presentada por el CONSORCIO como elementos probatorios del hecho fortuito son de fecha ulterior a la Carta del 8 de abril de 2015, con lo cual, no habría cumplido con presentar en la oportunidad debida los medios probatorios exigidos contractualmente.

Nuevamente, sobre la base de lo anterior, la opinión del Tribunal es unánime al señalar por inferencia que la carta en mención no se encontraba acompañada de elementos probatorios que respaldaran suficientemente la solicitud del CONSORCIO.

- 4.16. Por lo señalado anteriormente, QALI WARMA manifiesta que esta pretensión sea declarada **INFUNDADA** en su oportunidad al no haberse acreditado fundamento ni derecho alguno que la ampare.

Con respecto a la Primera y Segunda Pretensiones Accesorias a la Primera Pretensión Principal:

- 4.17. Al tratarse de pretensiones accesorias a la primera principal y de conformidad con el artículo 87° del Código Procesal Civil, QALI WARMA indica que estas deben correr la suerte de la principal declarándose **INFUNDADAS**.
- 4.18. Además de ello, señala que las penalidades aplicadas se encontrarían firmes, por lo que pretender la inaplicación de las mismas conllevaría a una contravención de lo establecido en el Contrato, Bases Integradas, Manual de Compras y demás disposiciones de QALI WARMA, documentos a los que tuvo conocimiento el Proveedor desde el momento de su participación como postor hasta la adjudicación de la buena pro y suscripción de los CONTRATOS, habiéndose obligado a cumplir con sus disposiciones dentro de las que se encuentran la aplicación de penalidades.
- 4.19. Asimismo, en cuanto a la Segunda Pretensión Accesorio dado que el denominado Comité de Compra Loreto 7/raziones consignado es extraño a la presente controversia, por lo que esta pretensión debe ser desestimada de plano.
- 4.20. En ese sentido, QALI WARMA solicita que sean declaradas **INFUNDADAS** las pretensiones accesorias.

Con respecto a la Segunda Pretensión Principal:

- 4.21. QALI WARMA precisa que es el incumplimiento del Proveedor lo que conlleva al inicio del presente arbitraje, por lo que solicita que al momento de resolver se tenga en consideración ello y los costos y costas del proceso sean asumidos por SERCONSFA S.A.C. en su totalidad; asimismo reitera su solicitud de declarar esta pretensión improcedente de plano por cuanto el Comité de Compra Loreto 7/Raciones no es parte de la presente controversia.
- 4.22. Por último, en el específico caso de la presente pretensión, y en consideración a los argumentos expuestos en su escrito, QALI WARMA considera que todos los gastos de los costos arbitrales deben ser asumidos por la parte demandante, en atención a que el proceso arbitral fue iniciado careciendo de fundamentos de hecho y de derecho que sustenten la pretensión del demandante.

V.- DETERMINACIÓN DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

- 5.1. Mediante Decisión N° 7 de fecha 25 de junio de 2021, el Tribunal Arbitral determinó las cuestiones controvertidas del presente arbitraje, de conformidad con el artículo 48 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP 2017:

- **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde declarar la ineficacia y/o invalidez y/o se deje sin efecto la imposición de las penalidades económicas a SERCONSFA por parte de la Entidad por un monto de S/ **183,327.85 soles (Ciento ochenta y tres mil trescientos veintisiete con 85/100 soles)**, por el supuesto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato N° 0009-2018-CC-LIMA 7/RACIONES, Contrato N° 0010-2018-CC-LIMA

7/RACIONES, referidas a la provisión del servicio alimentario en la modalidad de raciones destinado a los usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

- **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el reintegro y/o devolución a SERCONSFA del monto de S/ 183,327.85 soles, como consecuencia del amparo de la primera pretensión principal.
- **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad a efectuar el pago a SERCONSFA de intereses legales que el monto de S/ 183,327.85 hubiese generado desde la fecha pactada de pago hasta la cancelación efectiva del mismo, como consecuencia del amparo de la primera pretensión principal.
- **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar a qué parte le corresponde asumir el pago de los costos y las costas del presente arbitraje.

5.2. Así pues, se dejó establecido que el Tribunal Arbitral se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido.

5.3. El Tribunal Arbitral dejó constancia de su facultad para emitir pronunciamiento sobre aquellas pretensiones conexas, accesorias y/o vinculadas que pudiera advertir en el curso de las actuaciones, conforme al artículo 40 de la Ley de Arbitraje. Asimismo, el Tribunal Arbitral declaró que, si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.

5.4. De otro lado, el Tribunal Arbitral admitió los siguientes medios probatorios:

- a. **Del escrito de demanda arbitral de fecha 03 de marzo de 2020, presentada por CONCESIONARIO SAN FRANCISCO DE ASIS S.A.C. – SERCONSFA**

Los medios probatorios detallados en el acápite “MEDIOS PROBATORIOS” identificados del 1 al 5, adjuntos como anexos a la solicitud de arbitraje.

- b. **Del escrito de contestación de demanda presentado por la PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL, en representación del PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA (en adelante, QALI WARMA) de fecha 19 de agosto de 2020; así como la subsanación de fecha 09 de octubre de 2020.**

Los medios probatorios detallados en el acápite “5 MEDIOS PROBATORIOS” identificados del 5.1 al 5.9, indicándose que los medios probatorios numerados del 5.3 al 5.8 fueron presentados por el demandante en el presente proceso.

- 5.5. Cabe precisar que el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de solicitar medios probatorios de oficio en cualquier momento, de considerarlo necesario, para el esclarecimiento de los hechos que sustentan la controversia que deberá ser materia de su decisión, de conformidad con las facultades conferidas por el artículo 48 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP y por el artículo 43 del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje.
- 5.6. Posteriormente, mediante Decisión N° 10 de fecha 6 de diciembre de 2021, el Tribunal Arbitral admitió los medios probatorios ofrecidos por el Proveedor a través de su escrito presentado el día 19 de julio de 2021, con excepción de los medios probatorios que no fueron exhibidos por QALI WARMA, de conformidad con lo resuelto en la Decisión N° 11 de fecha 16 de mayo de 2022.

VI.- ESCRITO DE FECHA 19 DE JULIO DE 2021 PRESENTADO POR EL PROVEEDOR

- 6.1 Con fecha 19 de julio de 2021, el Proveedor se pronuncia sobre el escrito de contestación de demanda de QALI WARMA, de acuerdo a las siguientes consideraciones.
- 6.2 El Proveedor indica que su escrito de fecha 12 de setiembre de 2018 no se trata de una reconsideración a su pedido de inaplicación de penalidades por “no cumplimiento de la programación, durante el período de suspensión de áreas de producción”, en tanto que dicha misiva reconoce expresamente la primera de las infracciones que acarrea la penalidad impuesta; es decir, **la presencia de un vector (cucaracha) durante la producción del sancocado de huevo** en su planta de producción el día 2 de abril de 2018; sino de una reiteración a su solicitud de inaplicación de penalidad presentada el día 3 de abril de 2018 ante el Comité de Compra Lima7, ya que no se había recibido respuesta alguna.
- 6.3 Asimismo, manifiesta que no han aceptado incurrir en la infracción referida al “no cumplimiento de la programación durante el período de suspensión de las áreas de producción”, porque se vieron impedidos de poder cumplir con la programación del menú escolar prevista para la semana del 2 al 6 de abril de 2018, a consecuencia inmediata y directa de la decisión del Supervisor de QALI WARMA de no autorizar el funcionamiento de su planta hasta no contar con el levantamiento de la suspensión a cargo de la Entidad.
- 6.4 Ante dicha situación, el Proveedor indica que optó por cumplir con la entrega de las raciones previstas para la semana del 2 al 6 de abril de 2018, pero cambiando (previa comunicación a la Entidad y respetando los factores nutricionales) la programación del menú de alimentos.
- 6.5 Asimismo, el Proveedor señala que se debe tener presente lo señalado en los numerales 11.10.1, 11.10.7, 11.10.6 del Protocolo para la liberación en los establecimientos de alimentos aprobado por Resolución de Dirección Ejecutiva 438-2018-MIDIS-PNAEQW; porque para que los alimentos pudieran ser liberados en su establecimiento durante la semana del 2 al 6 de abril de 2018, se tenía que

contar obligatoriamente con la Evaluación conforme del Superior de Planta de Alimentos de QALI WARMA.

- 6.6 Así, el Proveedor señala que fue penalizado por el no cumplimiento de la programación durante el período de suspensión de las áreas de producción desde el 2 al 6 de abril de 2018. Sin embargo, la suspensión de las áreas de producción se habría producido desde el 3 al 6 de abril de 2018, por 4 días.
- 6.7 Afirma que el 2 de abril de 2018 cumplió con la programación establecida; además, el supuesto de incumplimiento del 3 al 6 de abril se habría dado únicamente solo en la parte del componente sólido de la ración, usando nuevo stock de seguridad (galletería), lo cual fue informado al Presidente con la carta de fecha 3 de abril de 2018, siendo que la parte líquida de la misma se ha cumplido con la programación establecida.
- 6.8 Precisa que el Supervisor habría dispuesto la liberación de las raciones y, pese a ello, se pretenden penalizar, en tanto no se cumplió con la programación originalmente establecida.
- 6.9 Por otro lado, señala que han dado cumplimiento a lo establecido en el Manual de Compras de Qali Warma, ya que dentro del plazo previsto habrían presentado su solicitud de inaplicación de penalidades ante el Comité de Compra Lima 7 el día 03 de abril de 2018. Por tanto, no es correcto afirmar que recién mediante la Carta de fecha 12 de setiembre de 2018 solicitaron la inaplicación de la penalidad por haber incurrido supuestamente en la infracción de “no cumplimiento de la programación durante el período de suspensión de las áreas de producción”, cuando ello sería un reiterativo a su solicitud del día 03 de abril de 2018.
- 6.10 Asimismo, el Proveedor hace referencia a la solicitud de inaplicación de penalidad que presentaron al Comité de Compra Lima 5, por las mismas circunstancias que habrían originado la imposición de penalidades en el presente caso, la cual fue declarada improcedente por la Unidad Territorial de Lima Metropolitana y Callao a través del Memorando N° 1872-2018-MIDIS-PNAEQ/UTLM de fecha 23 de agosto de 2018.
- 6.11 Por otro lado, el Proveedor argumenta que en el Derecho Arbitral no existe el llamado “precedente” o la “jurisprudencia” arbitral, menos aun cuando se trata de distintas partes (Consortio Ronnie Yudin Sena Olivas y Foucas Trading EIRL contra el Comité de Compras Cusco 4) y controversias que no ha sido demostrado que sean iguales a las que son materia del presente caso; además, siendo que el Tribunal Arbitral es autónomo e independiente, nada obliga al Colegiado resolver el presente caso en el mismo sentido.
- 6.12 El Proveedor afirma que es falso que las penalidades que habrían sido arbitrariamente impuestas se encuentren firmes, ya que las mismas fueron cuestionadas dentro del plazo establecido en el numeral 15.5 del Manual de Compras y luego dentro del plazo contractual previsto para el inicio del presente proceso arbitral.
- 6.13 El Proveedor asegura que la decisión del Supervisor de Qali Warma de no autorizar el funcionamiento de su planta hasta no contar con el levantamiento de la suspensión constituye un caso fortuito:
 - **Causa no imputable:** los hechos que derivaron en la suspensión del establecimiento para el Proveedor constituyen una causa no imputable,

pues a consecuencia de un vector se quedó sin establecimiento para la producción de las raciones sólidas, debido a que constituye un caso fortuito.

VII. ESCRITO DE FECHA 6 DE AGOSTO DE 2021 PRESENTADO POR LA ENTIDAD

- 7.1 La Entidad absuelve el escrito del Proveedor dentro del plazo otorgado en la Decisión N° 9 de fecha 21 de julio de 2021, manifestando lo siguiente:
- 7.2 Principalmente, recalca que el Proveedor admite de forma expresa que en su planta de producción de alimentos fue hallado el vector, cucaracha (en realidad habrían sido varias cucarachas, primero tres en la zona de preparación de alimentos y unos días después algunas otras entre las jabas de huevo y una máquina de hielo). Estos hechos habrían determinado la generación de diversas consecuencias jurídicas establecidas en los Contratos.
- 7.3 Asegura que la suspensión del área de producción de la planta del Proveedor fue una sanción por insalubridad. Además, señala que el Proveedor no se encontraba impedido como consecuencia inmediata y directa de la decisión del supervisor del programa por no autorizar el funcionamiento de su planta hasta no contar con el levantamiento de la suspensión, este hecho es una consecuencia directa de una falta imputable a la propia Contratista, no se trata pues de un impedimento por factores externos, sino que dicha imposibilidad tiene origen en su propia conducta negligente.
- 7.4 Indica que, la liberación del stock de seguridad sirve precisamente para evitar la suspensión del servicio alimenticio a los beneficiarios del programa frente a una ocurrencia que impida la atención regular de la programación; sin embargo, esa aplicación del stock de seguridad **no significa de ninguna forma una convalidación tácita a una falta pasible de ser sancionada con penalidades**, pues para ello está previsto el procedimiento de inaplicación de penalidades precisamente para verificar si el incumplimiento se enmarca en un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor.
- 7.5 Así, sostiene que la fuerza mayor es un hecho que no puede ser evitado y tampoco se puede prever. Entonces, es perfectamente previsible que si se mantienen las condiciones mínimas de limpieza y de bioseguridad no habrá presencia de vectores potencialmente contaminantes al interior de la planta de producción de alimentos.
- 7.6 La comunicación previa a la Entidad respecto al cambio de la programación de los menús de alimentos no enerva en absoluto la comisión de la falta, tampoco es una forma de convalidación de un incumplimiento. Las condiciones para y los supuestos de incumplimiento son de pleno conocimiento previo de los contratistas antes de la suscripción del contrato.
- 7.7 Consecuentemente, señala que, la decisión del supervisor del programa de no autorizar el funcionamiento de la planta hasta no contar con el levantamiento de la suspensión no es un caso de fuerza mayor, sino es una consecuencia de su propia falta en el ejercicio de la potestad del programa otorgada por el propio contratista al suscribir los contratos.
- 7.8 Las alegaciones relacionadas a la conformidad para la liberación de alimentos que otorgó el supervisor de plantas y almacenes en virtud del protocolo de liberación

durante la semana del 2 al 6 de abril de 2018, no convalidaría la comisión de una falta sancionable con penalidades.

- 7.9 Respecto a la alegación del Proveedor de que solo reemplazaron la parte del componente sólido de la ración para lo cual utilizaron su stock de seguridad (galletería), mientras que la parte líquida de la ración si cumplió con la programación establecida, Qali Warma indica cada ración está constituida por dos componentes y el cumplimiento defectuoso o parcial no deja de ser un incumplimiento a la programación previamente establecida por los Contratos, configurándose la conducta sancionable con la penalidad.
- 7.10 El supervisor de Qali Warma autorizó la liberación de alimentos del stock de seguridad para garantizar la continuidad en la prestación del servicio alimenticio a los beneficiarios del programa.
- 7.11 Asimismo, indica que el Supervisor de Qali Warma no tiene competencia para pronunciarse sobre los hechos u ocurrencias contractuales (tipo caso fortuito o fuerza mayor) que impidan la atención regular de la programación contratada, su función tiene como objetivo verificar el cumplimiento de la normativa sanitaria vigente y cumplir con el protocolo de liberación, si el supervisor tuviese esa potestad entonces no tendría sentido el procedimiento previsto para inaplicación de penalidades, como tampoco tendría sentido que la demandante haya presentado un pedido de inaplicación de penalidades el 03 de abril de 2018 al Presidente del Comité de Compras y luego una reconsideración el 12 de setiembre de 2018 después de haber tomado conocimiento que su pedido de inaplicación no había procedido, conforme lo señala en la referida carta de reconsideración.
- 7.12 Respecto a los documentos adicionales que presentó el Proveedor, Qali Warma manifiesta que no fueron materia de la demanda y han sido sacados de contexto pues están vinculados al Contrato N.o 0011-2018-CC Lima 5/Raciones, el cual no es materia de este proceso.
- 7.13 Además, dichos documentos contendrían conclusiones de funcionarios de la UT Lima sobre una eventual procedencia de la inaplicación de penalidades por el incumplimiento en la programación, interpretando que la suspensión de la planta de producción por la presencia de cucarachas es un caso de fuerza mayor; sin embargo, son opiniones previas al pronunciamiento de la UGCTR.
- 7.14 Respecto al Principio de Unidad de la Prueba, Qali Warma señala que las pruebas deban ser evaluadas en su contexto y en conjunto; en este caso, afirma que el Proveedor convenientemente omitió mencionar que los documentos que ofrece como pruebas son informes previos al MEMORANDO N° 5168-2018-MIDIS/PNAEQW-UGCTR, de fecha 29 de agosto de 2018, emitido por el JEFE de la UGCTR, donde se resuelve que no se ha configurado un caso de fuerza mayor, siendo los hechos atribuibles al proveedor por lo que se declara improcedente la inaplicación de penalidades.
- 7.15 Sobre el **Caso Fortuito** y la **causa no imputable**, indica que el propio Proveedor ha referido que la razón principal del impedimento para no cumplir con su obligación contractual fue supuestamente una “*Fuerza Mayor*” proveniente de la decisión del supervisor del programa Qali Warma de suspender la planta de producción.
- 7.16 A pesar de ello, el Proveedor refiere que probará que la decisión del supervisor del programa constituye un caso fortuito, lo cual resulta un contrasentido porque

el caso fortuito y la fuerza mayor no son lo mismo, no resulta apropiado invocar por el mismo hecho ambos supuestos, ya que el caso fortuito implica un evento de la naturaleza que es impredecible mientras que la fuerza mayor implica un evento causado por el hombre que es inevitable.

- 7.17 Finalmente, señala que la presencia de un vector se debe a la falta de limpieza e higiene (lo cual es completamente predecible y evitable) y esa es precisamente la causa imputable al Proveedor que determinó la suspensión del local. Un establecimiento que mantiene sus condiciones de higiene apropiadas no tiene presencia de plagas.
- 7.18 En tal sentido, en el marco de los Contratos celebrados, para que se trate de un caso fortuito no solamente basta con señalar que el hecho califica como tal, sino en su caso cumplir con presentar la solicitud de inaplicación de penalidades dentro del plazo, la probanza respecto de la ocurrencia de un evento de la naturaleza es fundamental para acreditar los elementos del caso fortuito.

VIII.- AUDIENCIA ÚNICA DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS Y SUSTENTACIÓN DE POSICIONES

- 8.1. Al respecto, el 18 de enero de 2022, el Tribunal Arbitral se reunió en la plataforma virtual Zoom; conformado por el abogado Gustavo Adolfo De Vinatea Bellatín, en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, los abogados July Anne Escajadillo Lock y Mario Alexander Atarama Cordero, en calidad de árbitros; y la abogada Daniela Ardiles Chávarry, en calidad de Secretaria Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 8.2. Asistió a la audiencia el Proveedor, representado por la abogada Selene Salome Meza Gómez, acompañada de los señores Anthony Orellana Rojas y Félix Yamada Gonzales.
- 8.3. De otro lado, se encontraba presente el COMITÉ DE COMPRA LIMA7 y QALI WARMA, representado por el Procurador Público del MIDIS, Carlos Aurelio Figueroa Ibérico, acompañado por los abogados Haydée Silvia Monzón Gonzáles, Martín Correa Pacheco y Andrea Elizabeth Pozo Horna.
- 8.4. Asimismo, el Tribunal Arbitral dio inicio a la audiencia señalando que ésta tiene como finalidad que las partes expongan sus posiciones respecto de la presente controversia.
- 8.5. De esta manera, se le otorgó el uso de la palabra a las partes, las cuales procedieron a exponer sus posiciones. Se les otorgó el uso de la réplica y dúplica, realizando sus apreciaciones y aclaraciones que consideraron pertinentes.
- 8.6. Finalmente, el Tribunal Arbitral otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que se presenten sus conclusiones o alegatos escritos.

IX.- ESCRITOS DE ALEGATOS FINALES Y PLAZO PARA LAUDAR-

- 9.1. Mediante escrito de fecha 28 de enero de 2022, QALI WARMA presentó sus conclusiones finales.

- 9.2. Mediante escrito de fecha 01 de febrero de 2022, el Proveedor presentó sus conclusiones finales.
- 9.3. Finalmente, mediante la Decisión N° 11 de fecha 16 de mayo de 2022, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de las actuaciones arbitrales y fijó el plazo para emitir el laudo arbitral en cuarenta (40) días hábiles, el cual podrá ser prorrogado hasta por diez (10) días hábiles, de conformidad con el artículo 53 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

X. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA. -

Marco Jurídico aplicable al presente proceso:

- 10.1. En primer término, es preciso señalar que el presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas entre las partes respecto a la aplicación de penalidades. En este sentido, y para un desarrollo metódico y exacto de la controversia, este Colegiado estima pertinente referirse, de manera previa, al marco jurídico que resulta aplicable al presente proceso.
- 10.2. Para tal efecto, es preciso hacer referencia a la Cláusula Vigésima de los CONTRATOS suscritos por las partes, la misma que señala literalmente lo siguiente:

CLÁUSULA VIGÉSIMA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

El presente Contrato se rige por el Manual del Proceso de Compras y las Bases Integradas del Proceso de Compras aprobados por el PNAEQW. Las partes acuerdan que, en defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, se puede aplicar supletoriamente las disposiciones emitidas por el PNAEQW para su regulación especial y, supletoriamente el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y las disposiciones del Código Civil, en tanto no contradiga o se oponga a la normativa del PNAEQW.

- 10.3. Por otra parte, de acuerdo con la Cláusula Octava de los CONTRATOS, se observa lo siguiente:

CLAUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR

El PROVEEDOR se sujetará a las siguientes obligaciones:

- 8.1 Cumplir con lo dispuesto en el Manual del Proceso de Compras y las Bases Integradas del proceso de Compra y sus anexos.

- 10.4. De otro lado, considerando que las normas de derecho privado se aplican de manera supletoria al presente caso, es preciso tener en cuenta el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que establece lo siguiente:

Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil. -

“Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

- 10.5. En atención a lo anterior, este Colegiado aprecia que la base jurídica para amparar sus consideraciones y evaluar los puntos controvertidos del presente proceso, se encuentra constituida por las disposiciones de los CONTRATOS, el Manual del Proceso de Compras, las Bases, las disposiciones establecidas por

QALI WARMA, y supletoriamente, las normas de derecho privado, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

- 10.6. Teniendo en consideración el marco jurídico antes expuesto, corresponde al Tribunal analizar cada una de las cuestiones controvertidas fijadas en el presente proceso, teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje para determinar, con base en la valoración conjunta de ellas, así como a los fundamentos expuestos por cada parte, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del arbitraje.
- 10.7. Debe tenerse en cuenta, en relación con las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.

Primera Pretensión Principal de la Demanda:

- **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** *Determinar si corresponde declarar la ineficacia y/o invalidez y/o se deje sin efecto la imposición de las penalidades económicas a SERCONSFA por parte de la Entidad por un monto de S/ 183, 327.85 soles (Ciento ochenta y tres mil trescientos veintisiete con 85/100 soles), por el supuesto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato N° 0009-2018-CC-LIMA 7/RACIONES, Contrato N° 0010-2018-CC-LIMA 7/RACIONES, referidas a la provisión del servicio alimentario en la modalidad de raciones destinado a los usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.*
- 10.8. El Tribunal Arbitral procederá a realizar el análisis para determinar si corresponde declarar la ineficacia y/o invalidez y/o dejar sin efecto las penalidades aplicadas por incumplimiento de obligaciones por parte del Proveedor.
 - 10.9. Dado que la controversia referida a la presente pretensión está relacionada con la figura de penalidades por incumplimiento de obligaciones, corresponde tener en cuenta las precisiones jurídicas que se desarrollan a continuación.

Respecto de las penalidades

- 10.10. El Código Civil peruano, en su artículo 1341, señala lo siguiente sobre la cláusula penal:

“Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere, salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores”.

- 10.11. La cláusula penal «establece una indemnización *forfait* [monto indemnizatorio invariable e indiscutible, superior o inferior al valor real del daño]: presenta una innegable simplicidad, lo que explica su éxito: evita al acreedor la lentitud y las dificultades de una reparación judicial de los daños y perjuicios. Esta suma global puede ser menor que la pérdida sufrida, lo que resulta una exoneración parcial de la responsabilidad. En la mayoría de los casos, cuando es superior, la cláusula penal juega un rol disuasorio, lo que incentiva al deudor a ejecutar el contrato»¹. En doctrina nacional se sostiene que: *“La cláusula penal es un acuerdo que permite a las partes pactar una indemnización de manera anticipada, sin tener información cierta sobre la ocurrencia de un incumplimiento, pero que precisamente por ello permite tomar precauciones para evitar los costos de probanza de los daños generados”*².
- 10.12. Conforme con lo anterior, las penalidades deben estar previstas contractualmente.
- 10.13. De acuerdo con las alegaciones formuladas en su escrito de demanda, este Colegiado aprecia que el Proveedor solicita que se declare la ineficacia y/o invalidez y/o se deje sin efecto las penalidades aplicadas por el Demandado, derivado de los supuestos incumplimientos incurridos durante la ejecución de los siguientes CONTRATOS:
- Contrato N° 0009-2018-CC-LIMA 7/RACIONES (ítem San Miguel)
 - Contrato N° 0010-2018-CC-LIMA 7/RACIONES (ítem La Victoria 2)
- 10.14. Para sustentar su posición, el Proveedor ha enlistado una serie de cartas y/o comunicaciones a través de las cuales, el Demandado le aplicó diversas penalidades, cuya materia en controversia asciende a la suma de S/. 183, 327.85 soles (Ciento ochenta y tres mil trescientos veintisiete con 85/100 soles), solicitando que se declare su ineficacia y/o invalidez y/o se deje sin efecto, por tratarse de un caso fortuito o de fuerza mayor el hecho de verse impedido de cumplir con la programación de raciones ante la decisión de la Supervisión de QALI WARMA de suspender el funcionamiento de sus instalaciones de producción.
- 10.15. Por su parte el Demandado al momento de contestar la demanda ha señalado, entre otros argumentos, que el Proveedor no ofrece ni detalla hecho alguno que acredite la supuesta ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de las penalidades impuestas, sus causales, ni mucho menos los hechos por los cuales contradice la imposición de cada una de estas penalidades, las cuales habrían sido aplicadas de acuerdo al procedimiento establecido en el marco normativo de los CONTRATOS.

¹ CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 12e édition. Paris: Dalloz. 2016 p. 171.

² O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. “La cláusula penal. ¿Debe servir para proteger al deudor de sus propias decisiones?”. En: AA.VV. *Derecho de Obligaciones. Modalidades, efectos e inexecución*. Lima: Editorial UPC. 2016. p. 377.

- 10.16. De otro lado, en cuanto a la solicitud de que se declare la ineficacia y/o invalidez y/o se deje sin efecto las penalidades, el Demandado sostiene que la suspensión del área de producción del Proveedor no constituye un caso fortuito o de fuerza mayor, sino que el mismo es consecuencia de una negligencia y responsabilidad imputable al Demandante.
- 10.17. Tomando en cuenta las posiciones entre las partes, y con la finalidad de analizar esta primera cuestión controvertida del proceso, es preciso señalar que el proceso se deriva de las controversias de los CONTRATOS, suscritos para la provisión del servicio alimentario en la modalidad de raciones por parte del Proveedor a los usuarios de QALI WARMA de los niveles de inicial y primaria.
- 10.18. En ese sentido, de conformidad con la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS, es preciso tener en consideración lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: PENALIDADES

- 15.1 Las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el contrato respectivo, y aquella 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 Transferencias de Recursos.
- 15.2 Cada penalidad se calcula de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas de los pagos parciales o del pago final, conforme a lo señalado en el contrato.
- 15.3 Excepcionalmente, para aquellos contratos en los que se suscriba una adenda para la adscripción de uno o más ítems, el cálculo para la aplicación de la penalidad se realiza sobre la base del monto del ítem en los cuales se produjo el incumplimiento contractual.
- 15.4 En caso el monto de las penalidades aplicadas en un determinado contrato supere los montos pendientes de pago, estas serán deducidas de la garantía de fiel cumplimiento.
- 15.5 No se aplican penalidades cuando, por caso fortuito o fuerza mayor el **PROVEEDOR** se encuentre imposibilitado de cumplir con las condiciones establecidas en el contrato, debe presentar al **COMITÉ** dentro de los dos (02) días hábiles de cesado el evento, un escrito solicitando la inaplicación de penalidades, adjuntando los elementos probatorios correspondientes. El **COMITÉ** debe trasladar el pedido como máximo hasta el día hábil siguiente a la Unidad Territorial, y la o el Jefe de la Unidad Territorial, previo informe técnico, eleva el expediente a la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencias de Recursos en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles para su pronunciamiento. Dicho pronunciamiento es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del **COMITÉ**.

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.

- 15.6 La opinión del **PNAEQW** es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del **COMITÉ**. Éste notifica al **PROVEEDOR** las penalidades impuestas vía carta notarial dentro de los cinco (05) días hábiles de haberse validado su determinación por parte de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencias de Recursos.
- 15.7 Ante cualquier controversia respecto a la aplicación de penalidades, se aplica la cláusula de solución de controversias del contrato correspondiente.

SORCONSAS A.C.

15.8 Las penalidades se aplicarán de acuerdo con el siguiente detalle:

Causales referidas a la Liberación de Raciones		
N°	Causales de Incumplimiento	Penalidad
1	Utilizar envases o empaques que no cumplan con las Especificaciones Técnicas de Alimentos (Anexo N° 03-A de las Bases).	0.5% del monto total del contrato por cada día de entrega y turno.
2	No contar con el profesional y/o técnico titulado, responsable de control de calidad en la planta y/o almacén(es) de raciones del PROVEEDOR declarado en el Formato N° 05 de los requisitos obligatorios de las Bases.	0.5% del monto total del contrato por cada día de incumplimiento.
3	Presentación de la documentación posterior al plazo establecido en el contrato o presentación de la documentación no conforme o incompleta para la supervisión, preparación y liberación de las raciones, según lo declarado en el Formato N° 06, de los requisitos obligatorios de las Bases.	0.5% del monto total del contrato por día de incumplimiento.
4	No presentar los resultados de los controles médicos del personal manipulador de alimentos, según lo declarado en el Formato N° 08 de los requisitos obligatorios de las Bases.	0.5% del monto total del contrato, por día de incumplimiento.
5	Impedir el ingreso del supervisor u otro personal acreditado por el PNAEQW a las instalaciones de las plantas y/o almacenes, para que verifique el cumplimiento de las obligaciones contractuales del PROVEEDOR.	0.5% del monto total del contrato, por turno.
Causales referidas a la entrega de las raciones		
N°	Causales de incumplimiento	Penalidad
6	No entregar las raciones en una o más IIEE del Ítem, por turno y durante los días de labores escolares aprobados por la Autoridad Educativa.	1% del monto total del contrato, por día de incumplimiento.
7	Entregar una cantidad menor de raciones en una o más IIEE, de acuerdo a lo establecido en el contrato.	20% del monto total del día de atención contratado y por turno.
8	Entregar las raciones en una o más IIEE con un retraso que exceda el tiempo de tolerancia de 20 minutos y no mayor a 60 minutos, en relación con el horario establecido en el contrato.	20% del monto total contratado del día de atención y por turno.
9	No disponer de un espacio dentro de la unidad de transporte, para que el personal del PNAEQW realice la verificación de la distribución, según lo declarado en el Formato N° 09.	10% del monto total contratado del día de atención y por turno
10	No cumplir con registrar en el Aplicativo Informático en el día correspondiente, la georeferenciación que evidencie la entrega de raciones dentro de la IIEE, de conformidad a lo declarado en el Formato N° 12 (requisito obligatorio N° 19) y de las obligaciones del PROVEEDOR establecidas en las Bases, Contrato y en el protocolo correspondiente.	3% del monto total del día de atención contratado, por turno y por cada IIEE no registrada.
11	No cumplir con las condiciones sanitarias de los vehículos para la distribución de las raciones declarados en el literal f) del Formato N° 06 (requisito obligatorio N° 13) establecidas en las Bases.	0.5% del monto total del contrato por cada vehículo que incumpla.
12	No cumplir con lo establecido en el Anexo N° 4A "Requerimiento de Raciones por Ítem" y 4B "Requerimiento de Raciones por IIEE" y/o Anexo 3B "Tabla de Alternativas para la Provisión de Alimentos de la Modalidad Raciones" de las bases.	0.5% del monto total del contrato, por día y turno de incumplimiento.
13	No cumplir con la ejecución del Plan de Distribución de Materiales para la Gestión de Residuos Sólidos generados en las IIEE a consecuencia de la entrega de raciones.	2% del monto total por día de atención contratado, por cada IIEE.

Causales referidas al Pago		
N°	Causales de incumplimiento	Penalidad
14	Presentar el Expediente de Conformidad de Entrega fuera del Plazo establecido en el contrato y/o sin la totalidad de la documentación señalada en la Forma de Pago y/o cuyo contenido es observado por el Supervisor de Compras.	40% del monto total de un (01) día de atención contratado de la entrega.
15	No subsanar las observaciones realizadas por el supervisor de compras dentro del plazo establecido en la Forma de Pago (02 días hábiles).	5% del monto total del día de atención contratado, por cada día de retraso, calculado desde el día siguiente de vencido el plazo de la subsanación (*).
(*) Si el proveedor ingresa el levantamiento de observaciones sin que las mismas cumplan en su totalidad con lo requerido, el Jefe de la Unidad Territorial notifica al PROVEEDOR la persistencia de las observaciones, para lo cual, la penalidad seguirá contabilizándose hasta que se cumpla con la correcta presentación del mencionado expediente.		
Causales referidas a la Supervisión		
N°	Causales de incumplimiento	Penalidad
16	No cumplir con los requisitos establecidos en las especificaciones técnicas de alimentos para la modalidad raciones, comprobados por parte de un organismo de inspección (contratado por el PNAEQW) y/o autoridad sanitaria competente y/o CENAN, que no estén relacionadas a aspectos de inocuidad.	0.5% del monto total del contrato, por cada producto que no cumpla.
17	No subsanar las observaciones formuladas en la Ficha de Supervisión – Modalidad Raciones, que no estén relacionadas a aspectos de inocuidad, en un plazo máximo de 20 días calendarios.	20% del monto total contratado del día de atención, por cada observación no subsanada.
18	No realizar el saneamiento ambiental de plantas y/o almacenes, según las condiciones y frecuencia establecidas en el requisito obligatorio N° 12 de las Bases.	1% del monto total del contrato, por cada incumplimiento.
19	Cuando el PNAEQW evidencie la presencia de algún animal tales como: perro, gato, roedor, ave, cucaracha, mosca y otros y/o se evidencie excremento, orina, pelo u otros de los mismos en las instalaciones de las plantas y/o almacenes.	1% del monto total del contrato, por cada supervisión.
20	No mantener en su almacén el stock de seguridad de alimentos industrializados listos para el consumo, según lo establecido en el Manual del Proceso de Compras y en las Bases.	1% del monto total del contrato por día de incumplimiento.
21	No presentar en el plazo establecido el Certificado o la Constancia de recomendación para la Certificación del Sistema de Gestión bajo la Norma ISO 9001:2015.	7% del monto total del contrato
22	No acreditar la entrega de productos locales por cada periodo de 10 días de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el Formato N° 17, adjunto en su Propuesta Técnica.	7% del monto total del contrato.

10.19. Como podemos apreciar, de conformidad con la citada Cláusula, se advierte que, en caso se configure una situación de incumplimiento prevista en los CONTRATOS, en las Bases o en el Manual de Proceso de Compras, la Entidad aplicará una penalidad al Proveedor, cuyo procedimiento de aplicación se encuentra además regulado en el Manual de Compras:

“Aplicación de Penalidades:

- 141) Las causales de incumplimiento y los montos de las penalidades para la modalidad de raciones y productos son establecidas en las **Bases del Proceso de Compras** y en el contrato correspondiente.

- 142) Las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el contrato respectivo, y aquella responda a circunstancias imputables al proveedor. Las penalidades se aplican sin perjuicio de la resolución del contrato y/o de las acciones legales que correspondan, previa evaluación y opinión favorable de la UGCTR.
- 143) Cada penalidad se calcula de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas de los pagos parciales o del pago final, conforme a lo señalado en el contrato.
- 144) Excepcionalmente, para aquellos contratos en los que se suscriba una adenda para la adscripción de uno o más ítems, el cálculo para la aplicación de la penalidad se realiza sobre la base del monto del ítem en los cuales se produjo el incumplimiento contractual.
- 145) En caso el monto de las penalidades aplicadas en un determinado contrato supere los montos pendientes de pago, éstas serán deducidas de la **Garantía de Fiel Cumplimiento**.
- 146) No se aplican penalidades cuando, por caso fortuito o fuerza mayor el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con las condiciones establecidas en el contrato. En este caso, el proveedor debe presentar al CC un escrito solicitando la inaplicación de penalidades, adjuntando los elementos probatorios correspondientes. El CC debe trasladar el pedido como máximo hasta el día hábiles siguiente de la Unidad Territorial, y la o el JUT, previo informe técnico, eleva el expediente a la UGCTR en un plazo máximo de cinco (05) días días para su pronunciamiento. Dicho pronunciamiento es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del CC. El proveedor debe presentar la referida solicitud en los siguientes plazos, según corresponda:
- a) En la modalidad Raciones, no más de dos (02) días hábiles de cesado el evento.
 - b) En la modalidad Productos, no menos de cinco (5) días hábiles antes de presentar su **Expediente de Solicitud de Pago**.
- 147) La opinión del PNAEQW es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del CC. Éste notifica al proveedor las penalidades impuestas vía carta notarial dentro de los cinco (05) días hábiles de haberse validado su determinación por parte de la UGCTR.

148) Ante cualquier controversia respecto a la aplicación de penalidades, se aplica la cláusula de solución de controversias del contrato correspondiente.”

10.20. Tal y como se aprecia de la lectura de la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS, así como del Manual de Proceso de Compras, la configuración de una situación de incumplimiento prevista en los CONTRATOS e imputable al Proveedor se repele mediante sanciones de carácter económico, dependiendo del evento ocurrido.

10.21. En ese sentido, dado que el Demandado ha considerado aplicar al Proveedor retenciones por el incumplimiento en la programación de las entregas de raciones establecida en los CONTRATOS, en principio correspondería a este Colegiado analizar si el Proveedor incurrió efectivamente en dichos incumplimientos y si estos fueron injustificados, pues no se aplicaban penalidades si estos se producían por caso fortuito o fuerza mayor.

10.22. Cabe indicar que, conforme se aprecia de la lectura del escrito de demanda, así como de la posición sostenida por el Proveedor en la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones, **no es materia controvertida del presente proceso, analizar la aplicación de la penalidad identificada en la causal N° 19 del numeral 15.8 de la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS, referida a la presencia del vector (cucaracha) durante la producción del sancochado de huevo; debido a que ambas partes han manifestado que ello efectivamente ocurrió, producto de lo cual la Supervisión de QALI WARMA dispuso la suspensión del área de producción del Proveedor e incluso aquel ha aceptado, en estricto, la aplicación de esta penalidad tanto en la referida diligencia, como mediante los escritos presentados en el presente arbitraje.** Así, tenemos que la materia en controversia se encuentra en estudiar si el incumplimiento en la programación de las entregas de raciones establecida en los CONTRATOS configura un caso fortuito o fuerza mayor, entre otros aspectos.

10.23. Así, para el caso en concreto, tenemos que, los CONTRATOS han previsto la aplicación de penalidad por no cumplir con lo establecido en el Anexo N° 4A “Requerimiento de Raciones por ítem” y 4B “Requerimiento de Raciones por IIEE” y/o Anexo 3B “Tabla de Alternativas para la Provisión de Alimentos de la Modalidad Raciones” de las bases, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: PENALIDADES

(...)

15.8. *Las penalidades se aplicarán de acuerdo con el siguiente detalle:*

(...)

Causales referidas a la Entrega de los Raciones

	<i>Causales de incumplimiento</i>	<i>Penalidad</i>
12	<i>No cumplir con lo establecido en el Anexo N° 4A “Requerimiento de Raciones por ítem” y 4B “Requerimiento de Raciones por IIEE” y/o Anexo 3B “Tabla de Alternativas para la Provisión de Alimentos de la Modalidad Raciones” de las Bases.</i>	<i>0.5% del monto total del contrato, por día y turno de incumplimiento.</i>

(...).

10.24. Sobre la cláusula penal, en doctrina nacional, se señala que ella contiene dos obligaciones:

“(...) por un lado, tenemos a la obligación cuyo cumplimiento in natura es buscado por las partes, en tanto que, por otro lado, tenemos a la penalidad pactada, la misma que solo será susceptible de ser reclamada por el acreedor ante el incumplimiento de la obligación pactada.”³

Respecto del incumplimiento de la obligación

10.25. Como se ha señalado en líneas anteriores, la penalidad solo podrá ser exigida por el acreedor cuando se configure el incumplimiento de obligaciones.

10.26. Existe incumplimiento de obligaciones cuando la obligación no es cumplida conforme con lo pactado. Es decir, cuando el deudor no ejecuta su prestación de manera total o cuando existe una ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación convenida.

10.27. En el presente caso, se encuentra acreditado que el acreedor impone la penalidad pactada en el numeral 12 de las “Causales referidas a la entrega de raciones” de la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS. Es decir, el acreedor aplica una penalidad al Proveedor por “*No cumplir con lo establecido en el Anexo N° 4A “Requerimiento de Raciones por ítem” y 4B “Requerimiento de Raciones por IIEE” y/o Anexo 3B “Tabla de Alternativas para la Provisión de Alimentos de la Modalidad Raciones” de las Bases”*”.

10.28. La penalidad establecida en el numeral 12 de las “Causales referidas a la entrega de raciones” de la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS, tiene relación con la Cláusula Octava de los CONTRATOS “Obligaciones del Proveedor” que, establece lo siguiente:

“CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR
El PROVEEDOR se sujetará a las siguientes obligaciones:

³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones. Primera edición. Volumen XVI. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. p. 2474.

- 8.1. *Cumplir con lo dispuesto en el Manual del Proceso de Compras, las Bases Integradas del proceso de Compra y sus anexos, (...)*
- 8.3. *Garantizar la liberación de las raciones en los plazos establecidos en el contrato.*
- 8.4. *Entregar las raciones de acuerdo con el Cronograma de Entrega establecido en el contrato, dentro de las Instituciones Educativas, en cantidades completas, respetando estrictamente las condiciones contractuales, durante los días de labores escolares, los días no hábiles (sábados, domingos o feriados y días no laborables declarados por el Gobierno) y, dispuestos por la Autoridad Educativa, en una o en todas las IIEE del ítem. (...)*

10.29. Conforme con lo anterior, el incumplimiento expresado por el Proveedor constituye una de las causales de penalidad pactadas expresamente por las partes (numeral 12 de las “Causales referidas a la entrega de raciones” de la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS).

10.30. Conforme con lo acreditado, mediante la Carta N° 032-2018-MIDIS/PNAEQW-UGCTR fecha 02 de octubre de 2018 y el Informe 1543-2018- MIDIS/PNAEQW-UGCTR-CGCSEC de fecha 02 de octubre de 2018, y la Carta N° 019-2018/CCLIMA7 de fecha 19 de noviembre de 2018, se desprende que el Demandado impone, entre otros, las penalidades de la siguiente forma:

0009-2018-CC-LIMA 7/RACIONES	2,148,807.20	107,440.36	02/04/2018	4	No cumplir con lo establecido en el Anexo N°4A “Requerimiento de Raciones por ítem” y 4B “Requerimiento de Raciones por IIEE” y/o Anexo 3b “Tabla de Alternativas para la Provisión de Alimentos de la Modalidad Raciones” de las bases.	0.5% del monto total del contrato, por día y turno de incumplimiento.
---------------------------------	--------------	------------	------------	---	--	---

0010-2018-CC-LIMA 7/RACIONES	1,517,749.76	75,887.49	02.04.2018	4	No cumplir con lo establecido en el Anexo N°4A “Requerimiento de Raciones por ítem” y 4B “Requerimiento de Raciones por IIEE” y/o Anexo 3b “Tabla de Alternativas para la Provisión de Alimentos de la Modalidad Raciones” de las bases.	0.5% del monto total del contrato, por día y turno de incumplimiento.
---------------------------------	--------------	-----------	------------	---	--	---

Es decir, el Demandado aplicó al Proveedor la penalidad pactada en el numeral 12 de las “Causales referidas a la entrega de raciones” de la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS para los dos (2) CONTRATOS por el monto ascendente a S/. 183,327.85.

10.31. Al respecto, tenemos que, a través de las siguientes cartas del Proveedor, dicha parte indicó expresamente lo siguiente:

- **Carta 0043-2018-SERCONSPA de fecha 04.04.2018**



Nuestra Especialidad
es la excelencia
en Alimentación y Nutrición

CRP

Lima 04 de abril del 2018.

CARTA 0043-2018-SERCONSFA

Señor: **JUAN CARLOS RONDÓN CÁCERES**
JEFE DE LA UNIDAD TERRITORIAL LIMA METROPOLITANA
PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALIWARMA
Av. Domingo Cueto N° 539-lince

Referencia: **Acta de supervisión y liberación - turno mañana - 03/04/18 - SPA Jorge Orlando Vasquez Torres**

Asunto: **Cambio de raciones por motivos de suspensión.**

Me dirijo a usted para solicitar el cambio de ración para el día 05/04/2018 que según programación aprobada es Pan con quinua pasas y leche, sin embargo por motivos de suspensión del establecimiento según indica el documento de referencia, solicitó el cambio de ración por galletería y así garantizar la atención a los usuarios del PNAE QALIWARMA.

Es todo cuanto informo para conocimiento y fines.

Atentamente,

Mariana D. Castañeda López
Serconsfa S.A.C.
Mariana D. Castañeda López
APODERADA LEGAL
DNI 42773317



- Carta 0045-2018-SERCONSFA de fecha 04.04.2018

*Nuestra Especialidad
es la excelencia
en Alimentación y Nutrición*

Lima 04 de abril del 2018.

CARTA 0045-2018-SERCONSFA

Señor: **JUAN CARLOS RONDÓN CÁCERES**
JEFE DE LA UNIDAD TERRITORIAL LIMA METROPOLITANA
PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALIWARMA
Av. Domingo Cueto N° 539-lince

Asunto: Uso stock seguridad de Galleta de quinua 48 gr y galleta de kiwicha 30gr.

Es grato a usted para saludarlo cordialmente y al mismo tiempo hacer de nuestro conocimiento, que dado el conocimiento en nuestra planta se encuentra suspendida motivos por el cual se dispuso hacer uso de stock del seguridad de Galleta de quinua 48 gr y galleta de kiwicha 30gr., con cuyo componente sólido se realizó la atención de los dos turnos del servicio alimentario el día 04/04/2018, en lugar del Pan con queso y leche, en razón la suspensión según se indica en el documento adjunto.

Es todo cuanto informo para conocimiento y fines.

Atentamente,

Serconsfa S.A.C.
Mariana D. Castellanos López
ABOGADA LEGAL
DNI 42773317

PERÚ	Ministerio de Desarrollo de Inclusión Social	Programa Nacional de Alimentación Escolar QALIWARMA
UNIDAD TERRITORIAL METROPOLITANA		
TRÁMITE DOCUMENTARIO		
04 ABR 2018		
Registro N°	22316	Folios 03
Firma:		Hora: 11:32

- Carta 0054-2018-SERCONSFA de fecha 06.04.2018

Nuestra Especie
es la excelencia
en Alimentación y Nutrición

C. C. C.



Lima 06 de abril del 2018.

CARTA 0054-2018-SERCONSEFA

Señor: **JUAN CARLOS RONDÓN CÁCERES**
JEFE DE LA UNIDAD TERRITORIAL LIMA METROPOLITANA
PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALIWARMA
Av. Domingo Cueto N° 539-lince

Referencia: **Acta de supervisión y liberación - 05/04/18 - SPA Eduardo Talavera Castro**

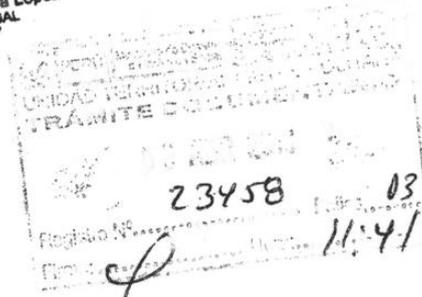
Asunto: **Uso stock seguridad de Galletería.**

Es grato a usted para saludarlo cordialmente y al mismo tiempo hacer de su conocimiento, que dado el conocimiento en nuestra planta se encuentra suspendida según documento de referencia por el cual se dispuso hacer uso de stock del seguridad de Galletería, con cuyo componente sólido se realizó la atención de los dos turnos del servicio alimentario el día 06/04/2018, en lugar del Pan integral.

Es todo cuanto informo para conocimiento y fines.

Atentamente,

Serconsfa S.A.C.
Miriana D. Castañeda López
APODERADA LEGAL
DNI 42773317



De acuerdo a lo anterior, se tiene que el Proveedor comunicó al Jefe de la Unidad Territorial de Lima Metropolitana de QALI WARMA, sobre su decisión de cambiar las raciones programadas por el uso del stock de seguridad, compuesto por galletería, atendiendo a la suspensión de su área de producción (lo que será analizado más adelante).

10.32. Además, de conformidad con la Carta de fecha 3 de abril de 2018⁴, al momento de que **Proveedor solicitó al Demandado la inaplicación de penalidad por el uso de stock de seguridad para la semana del 02 al 06 de abril de 2018**, señaló lo siguiente:

“1. Durante la ejecución contractual del día 02 de abril de año en curso, durante el proceso de producción de huevo sancochado, la Supervisión del PNAEQW, advirtió la presencia de un vector en la pared de las instalaciones del área de cocina, motivando la paralización automática del proceso productivo, procediendo dicho profesional a levantar el Acta de Suspensión de las instalaciones de nuestra área de producción.

(...)

4. En efecto, desde el martes 03 de abril hasta el levantamiento de la suspensión de nuestras instalaciones de producción, mi representada hará uso del stock de seguridad en lo que respecta al componente sólido (galletería), esto debido a la imposibilidad de producir pan y/o sancochar huevo.

(...)

Por lo expuesto y considerando que nuestro pedido se enmarca en un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, según lo establecido por el numeral 3.7 Aplicación de penalidades de las Bases del proceso de compra, solicitamos a vuestro despacho, inaplicación de las penalidades por el cambio de programación durante los días de suspensión de nuestras instalaciones de producción.”

10.33. Conforme con lo anterior, según lo sostenido por el Proveedor, no se cumplió con la obligación de entregar las raciones originalmente programadas, debido a estar imposibilitado de usar sus áreas de producción de pan y sancochado de huevo por decisión de la Supervisión de QALI WARMA; situación que, desde su posición, se trataría de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

10.34. Asimismo, en la referida comunicación, el Proveedor no alega que haya cumplido la obligación por la cual se le aplicó la penalidad sino que, por el contrario, reconoce que hará uso del stock de seguridad (galletería) para mantener la continuidad del servicio por el tiempo que dure la suspensión; lo cual no acredita el cumplimiento de las obligaciones pactadas, respecto de la programación de las raciones a los beneficiarios de QALI WARMA⁵.

⁴ Anexo 1 del escrito presentado por SERCONSFA el día 19 de julio de 2021.

⁵ Numeral 8.9 de la cláusula octava del CONTRATO.

- 10.35. Entonces, cabe preguntarse a quién corresponde probar que el Proveedor no ejecutó la prestación a su cargo o lo hizo parcial, tardía o defectuosamente.
- 10.36. Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes en un proceso, judicial o arbitral.
- 10.37. Un hecho destacado por la doctrina arbitral: «... la ley se toma el cuidado de evitar la aplicación de las normas del Código Procesal Civil peruano estableciendo que, a falta de disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral, o en su defecto, por la ley peruana de arbitraje (que no define pero se entiende referida al artículo 3 de la ley), el tribunal arbitral puede recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral (artículo 34.2)»⁶. Otra doctrina también lo resalta y al respecto señala comentando el artículo 34 de la Ley de Arbitraje: «Es más, este dispositivo (artículo 34.3) establece que si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral o, en su defecto, en la LA, los árbitros podrán recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral, negando así cualquier posible (e indebida) aplicación de las normas del Código Procesal Civil peruano»⁷.
- 10.38. Por su parte, otra doctrina, comentando el artículo 43.1 de la Ley de Arbitraje señala «que la aplicación de los usos y costumbres se refiere a un conjunto de buenas prácticas, medidas, disposiciones, etc., que han sido percibidas como legítimas y que cuentan con la aceptación generalizada de los interesados en el funcionamiento del arbitraje nacional e internacional»⁸.
- 10.39. Sobre esta base, el Tribunal Arbitral considera como regla general que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos. Esta regla ha sido percibida como legítima y cuenta con la aceptación generalizada de los interesados en el funcionamiento del arbitraje nacional e internacional. Así esta regla general ha sido recogida por diversos reglamentos arbitrales internacionales, por ejemplo, en el numeral 1 del artículo 27 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)⁹ que establece:

«Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas».

- 10.40. En tal sentido, frente a la regla general de la carga de la prueba debe tomarse en consideración la regla general de la prueba del pago prevista en el artículo 1229 del Código Civil. Al respecto, una doctrina asevera: «Sin embargo, debe

⁶ MANTILLA-SERRANO, Fernando. «Breves comentarios sobre la nueva ley peruana de arbitraje». En: *Lima Arbitration*. N° 4, 2010/2011. p. 37.

⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 7, 2008, pp. 64-65.

⁸ KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Comentario al artículo 34 de la Ley de Arbitraje». En: *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Tomo I. Coordinadores: Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 395-396.

⁹ Revisado en 2010.

considerarse que el principio de carga de la prueba solo opera en defecto de normas que precisen una carga de prueba diferente, y debe ser aplicado razonablemente para no conducirnos a resultados absurdos o contrarios a la lógica, tal como lo reconoce la doctrina. Así, de determinarse que existe una imposibilidad o seria limitación de que una de las partes pueda probar como ocurrió el accidente, debe evaluarse si existen reglas que intervienen la carga de la prueba sobre aquella de las partes que está en control de la actividad causante del daño» y luego agrega: «Si bien es un principio general del Derecho que cada parte debe probar sus alegaciones, este debe ser concordado con lo establecido por los artículos 1229 del Código Civil, 1329 y 1969 del mismo cuerpo legal»¹⁰.

10.41. El artículo 1229 del Código Civil, referida a la prueba del pago, señala lo siguiente:

«La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado».

10.42. Para una doctrina italiana¹¹ la prueba del pago es por regla una carga del deudor¹² y precisa que el incumplimiento no requiere ser específicamente probado pues la presunción de persistencia del derecho importa que el crédito se presume aún existente, por tanto, se presume no pagado. En tal sentido, de acuerdo con el artículo 1229 es carga del deudor probar el hecho extintivo y el acreedor debe acreditar la existencia de la relación obligatoria; por tanto, el acreedor debe limitarse a probar el título; es decir, la fuente del crédito).

10.43. En el Perú, una doctrina indica: «Toca al acreedor, [...], demostrar la existencia de la obligación, tratándose de las obligaciones de dar y de hacer y, en el caso de las obligaciones de no hacer, probar además el incumplimiento. En la misma medida, toca al deudor, en las obligaciones de dar y hacer, demostrar el cumplimiento; así lo exige el artículo 1229 del Código Civil [...]]»¹³.

10.44. El artículo 1229 del Código Civil señala: «*La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado*». El artículo citado se refiere a la carga de la prueba del deudor y se desprende, implícitamente, que si el acreedor pretende el pago (pretensión de cumplimiento) incumbe al deudor probar el pago. Si esto es así, parece claro, como lo señalan los textos extranjeros citados, que incumbe al acreedor probar el hecho constitutivo de la obligación cuyo cumplimiento se pretende. En otras palabras, si el acreedor prueba que el deudor le debe, este debe probar que ha pagado; si no lo hace, se asume que la obligación no ha sido cumplida (incumplimiento).

¹⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil». En: *Themis, Revista de Derecho*. N° 50. p. 228.

¹¹ BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Tomo 4. Milano: Giuffrè. 1993. pág. 319. Sobre la «presunción de persistencia» del derecho pretendido por el acreedor ver: RINALDI, Manuela. «Inadempimento delle obbligazioni». Bajo la dirección de Luigi Viola. Padova: CEDAM. 2010. p. 86.

¹² BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Tomo 4. Milano: Giuffrè. 1993. p. 319 («*La prova del pagamento è di regola un onere a carico del debitore*»).

¹³ OSTERLING PARODI, Felipe. «La indemnización de daños y perjuicios». En: *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Tomo I. Director: Carlos Soto Coaguila. Lima: Instituto Pacífico. 2015. p. 398.

- 10.45. Adviértase que el artículo 1229 solo se refiere a uno de los medios extintivos de las obligaciones: el pago (o cumplimiento de la obligación o ejecución de la prestación). En estricto, al deudor incumbe la prueba liberatoria; así, por ejemplo, podría no haberse dado el pago, pero la obligación podría haberse extinguido por haberse tornado imposible la prestación por causa no imputable al deudor (artículo 1316 del Código Civil).
- 10.46. En conclusión, incumbe la prueba de la existencia de la obligación (y de su exigibilidad) al que reclama su cumplimiento y la de su extinción, al que la opone. Como ya se dijo, el incumplimiento no requiere ser específicamente probado pues la presunción de persistencia del derecho importa que el crédito se presume aún existente, por tanto, se presume no pagado¹⁴. Esto significa entonces que al deudor se le considera incumplidor hasta que este pruebe el cumplimiento. Es carga del deudor probar el hecho extintivo o modificativo.
- 10.47. Conforme con el artículo 1229 del Código Civil, el Proveedor no cumplió con acreditar el cumplimiento de su obligación o la ejecución de la prestación, y en ese sentido, el Tribunal Arbitral concluye que la obligación ha sido incumplida por el Proveedor.
- 10.48. Además, para este Colegiado se tiene acreditado por el propio dicho del Proveedor que **sí existió un cambio en las raciones originalmente programadas por el uso del stock de seguridad (galletería). Con ello, lo cierto y concreto es que, efectivamente, existió un incumplimiento por parte del Proveedor sobre la programación en la entrega de las raciones a los beneficiarios de QALI WARMA.**
- 10.49. Así, en segundo lugar, se deberá analizar si el incumplimiento tuvo lugar por un caso fortuito o fuerza mayor, a efectos de determinar la inaplicación de la penalidad.

Respecto de la imputabilidad para la aplicación de penalidades

- 10.50. El numeral 15.1 de la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS (Penalidades) establece que las penalidades son aplicables cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el contrato respectivo “y aquella responda a circunstancias imputables al Proveedor”.
- 10.51. En similar sentido, el segundo párrafo del artículo 1343° del Código Civil establece que solamente puede exigirse la penalidad “cuando el incumplimiento obedece a causa imputable del deudor, salvo pacto en contrario”.
- 10.52. Al respecto, una doctrina nacional sostiene que: “(...) siendo la imputabilidad a título de culpa o dolo uno de los requisitos para la procedencia de la acción de

¹⁴ BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Tomo 4. Milano: Giuffrè. 1993. p. 319.

daños y perjuicios del Derecho común, lo es también para la aplicación de la cláusula penal”.¹⁵

- 10.53. Como se verifica de lo pactado, la imputabilidad es uno de los requisitos que las partes han previsto en los CONTRATOS, lo cual resulta concordante con lo dispuesto en el artículo 1343 del Código Civil. Por ende, el incumplimiento debe ser imputable por dolo o culpa grave para que el acreedor pueda exigir la aplicación de penalidad al Proveedor.
- 10.54. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1329 del Código Civil, que establece que “se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”. De lo expresado, el Proveedor incumplió su obligación por culpa leve por la presunción *iuris tantum* establecida. QALI WARMA no cumplió con la carga de prueba de demostrar que el incumplimiento fue por dolo o culpa grave.
- 10.55. Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1329 del Código Civil, habiéndose verificado el incumplimiento de la obligación relativa a la georreferenciación de la entrega, se presume que dicho incumplimiento resulta imputable al Proveedor por culpa leve.

Respecto del caso fortuito o fuerza mayor

- 10.56. En el presente caso, el Proveedor sostiene que incumplió su obligación por caso fortuito o fuerza mayor.
- 10.57. El Código Civil peruano, regula el caso fortuito o fuerza mayor, expresando lo siguiente:

*“Artículo 1315 del Código Civil.- Caso fortuito o fuerza mayor
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”.*

- 10.58. De acuerdo con el citado artículo 1315 del Código Civil, para que se cumpla con el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, el evento debe cumplir con tres requisitos: el evento debe ser extraordinario, imprevisible e irresistible.
- 10.59. Un evento extraordinario, es entendido como hecho fuera de lo común u ordinario. Así pues, una doctrina lo consideran como:

¹⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones. Primera edición. Volumen XV. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. p. 685

“(...) lo que atenta o irrumpe en el curso de lo natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos. Invade temporalmente el espacio de lo común, de lo ordinario (...).”¹⁶

10.60. Para una doctrina, lo imprevisible se configura cuando:

“(...) supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. En otras palabras, el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, lo que equivale a decir que el acreedor puede exigir un nivel mínimo de previsión.”¹⁷

10.61. Lo irresistible, según una doctrina, se origina cuando:

“(...) la persona (en este caso el deudor) es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento.”¹⁸

10.62. La Cláusula Décimo Novena de los CONTRATOS, establece lo siguiente respecto al caso fortuito o fuerza mayor:

*“(...) Cuando por caso fortuito o fuerza mayor el **PROVEEDOR** se encuentre imposibilitado de cumplir con las condiciones establecidas en el contrato, debe presentar al **COMITÉ** dentro de los dos (2) días hábiles de cesado el evento, un escrito solicitando la inaplicación de penalidades, adjuntando los elementos probatorios correspondientes. El **COMITÉ** debe trasladar el pedido como máximo hasta el día hábiles siguiente a la Unidad Territorial, y la o el Jefe de la Unidad Territorial, previo informe técnico, eleva el expediente a la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencias de Recursos en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles para su pronunciamiento. Dicho pronunciamiento es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del **COMITÉ**.*

Los elementos probatorios pueden ser: fotografías y videos visibles (con fecha y hora), resoluciones y constancias emitida por la autoridad competente u otros, reportes periodísticos, denuncia policial o acta de constancia policial, reporte del registro SIGO Proveedores, documentos que acreditan la compra de productos (órdenes de compras 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.”

Procedimiento pactado por las partes

¹⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las obligaciones*. Primera edición. Volumen XVI. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. p. 625.

¹⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las obligaciones*. Primera edición. Volumen XVI. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. p. 626.

¹⁸ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las obligaciones*. Primera edición. Volumen XVI. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. p. 631.

- 10.63. Se debe tener en cuenta que, en los CONTRATOS las partes pactaron un procedimiento para la aplicación de penalidades y otro procedimiento para solicitar la inaplicación de estas.
- 10.64. En el numeral 15.6 de la Cláusula Décimo Quinta de los CONTRATOS, se establece el siguiente procedimiento de aplicación de penalidades:
- “15.6 La opinión del **PNAEQW** es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del **COMITÉ**. Este notifica al **PROVEEDOR** las penalidades impuestas vía carta notarial dentro de los cinco (5) días hábiles de haberse validado su determinación por parte de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencias de Recursos”.*
- 10.65. Asimismo, en la Cláusula Décimo Novena de los CONTRATOS se establece un procedimiento para que el Proveedor solicite la inaplicación de penalidades, de la siguiente manera:
- “Cuando por caso fortuito o fuerza mayor el **PROVEEDOR** se encuentre imposibilitado de cumplir con las condiciones establecidas en el contrato, debe presentar al **COMITÉ** dentro de los dos (2) días hábiles de cesado el evento, un escrito solicitando la inaplicación de penalidades, adjuntando los elementos probatorios correspondientes.”*
- 10.66. En el presente arbitraje, en la primera pretensión de la demanda, el Proveedor solicita al Tribunal Arbitral que declare la ineficacia y/o la invalidez y/o se deje sin efecto por existencia de caso fortuito o fuerza mayor la aplicación de la penalidad. Por ello, conforme con lo expresado en su primera pretensión y en los argumentos fácticos y jurídicos de la misma, el Proveedor solicita la inaplicación de penalidades.
- 10.67. Como consecuencia de lo planteado en la primera pretensión de la demanda, el Tribunal Arbitral debe analizar y pronunciarse sobre la inaplicación de penalidades y el cumplimiento del procedimiento pactado por las partes para dichos efectos.
- 10.68. Cabe precisar que, no corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie respecto del cumplimiento del procedimiento de aplicación de penalidades dado que no es parte de las pretensiones del presente arbitraje, ni Punto Controvertido planteado por las partes. Por tal motivo, no corresponde al Tribunal Arbitral emitir un pronunciamiento respecto del cumplimiento o no del procedimiento de aplicación de penalidades pues, *“Como bien dice Roque Caivano los árbitros deben resolver todos los puntos litigiosos que se sometieron a su conocimiento y deben resolver sin extenderse a otras materias que las partes no han consentido en someterlas a su conocimiento. El fundamento de esta posición es el origen voluntario de la jurisdicción de los árbitros. Esto significa que los árbitros no pueden pronunciarse sobre aquello que no hubiere sido sometido por las*

*partes a su conocimiento, puesto que depende de ellas la decisión de lo que quieren o no que los árbitros resuelvan (...)*¹⁹.

- 10.69. Respecto del procedimiento de inaplicación de penalidades, pactado por las partes en la Cláusula Décimo Novena de los CONTRATOS, el Tribunal Arbitral verifica que, dicho pacto implica que se deben cumplir concurrentemente los siguientes requisitos: (i) El Proveedor debe informar la existencia de Caso Fortuito o Fuerza Mayor, (ii) El Proveedor debe *presentar al COMITÉ dentro de dos (2) días hábiles de cesado el evento, un escrito solicitando la inaplicación de penalidades y (iii) El Proveedor debe adjuntar los elementos probatorios correspondientes.*

Respecto del cumplimiento o no del procedimiento para la inaplicación de penalidades

Análisis de la Carta de fecha 3 de abril de 2018 presentada por el Proveedor

- 10.70. El Proveedor afirma que, mediante carta de fecha 3 de abril del 2018²⁰, cumplió con comunicar al Comité de Compra Lima 7 acerca de la existencia del caso fortuito o fuerza mayor. Dicha carta expresa literalmente lo siguiente:

¹⁹ CAIVANO, Roque J. "Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad". En: Jurisprudencia argentina N° 5869. Buenos Aires, 23 de febrero de 1994. p. 8. Citado por: ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. Comentarios al artículo 58 de la Ley de Arbitraje. En: AA.VV. SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2011. p. 668.

²⁰ Anexo 1 del escrito presentado por SERCONSFA el 19 de julio de 2021

Serconsfa

Servicios de Concesionarios San Francisco de Asís

*Nuestra Especialidad
es la Excelencia
en Alimentación y Nutrición*

A Top
ompany
in Perú

CERTIFICATE

2009

LIMA, 03 DE ABRIL DE 2018

SEÑOR

PRESIDENTE DEL COMITÉ DE COMPRA LIMA 7

PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACION ESCOLAR QALI WARMA - MIDIS

PRESENTE

ASUNTO: INAPLICACION DE PENALIDAD POR USO DE STOCK DE SEGURIDAD
SEMANA DEL 02 AL 06 DE ABRIL 2018 .

REF. : CONTRATO N° 0010 – 2018 CCLIMA 7/RACIONES ,ITEM : LA VICTORIA 2
N° 0009 – 1018 CCLIMA 7/RACIONES,ITEM: SAN MIGUEL

ES GRATO DIRIGIRME A USTED , PARA SALUDARLO CORDIALMENTE Y AL MISMO TIEMPO, SOLICITAR AL COMITÉ DE COMPRA BAJO SU PRESIDENCIA QUE EN EL MARCO DE LO ESTABLECIDO POR LAS BASES DEL PROCESO DE COMPRA DE RACIONES PARA EL SERVICIO ALIMENTARIO 2018 DEL PNAE QALI WARMA , CUYA APLICACIÓN SE DA A PARTIR DE LA SEGUNDA CONVOCATORIA DEL PRESENTE AÑO , DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO (02 DIAS HABILDES DE OCURRIDO EL EVENTO) , INVOCAMOS LA INAPLICACION DE PENALIDAD CONTRA MI REPRESENTADA SERVICIOS DE CONCESIONARIO SAN FRANCISCO DE ASIS - SERCONSFA SAC , EXPLICAMOS NUESTRO PEDIDO DEL SIGUIENTE MODO :

- 1.- DURANTE LA EJECUCION CONTRACTUAL DEL DIA 02 DE ABRIL DEL AÑO EN CURSO , DURANTE EL PROCESO DE PRODUCCION DE HUEVO SANCOCHADO , LA SUPERVISION DEL PNAEQW , ADVIRTIO LA PRESENCIA DE UN VECTOR EN LA PARED DE LAS INSTALACIONES DEL AREA DE COCINA , MOTIVANDO LA PARALIZACION AUTOMATICA DEL PROCESO PRODUCTIVO , PROCEDIENDO DICHO PROFESIONAL A LEVANTAR EL ACTA DE SUSPENSIÓN DE LAS INSTALACIONES DE NUESTRA AREA DE PRODUCCION.
- 2.- LA REFERIDA ACTA , PRECISA QUE SE OTORGA EL PLAZO PERTINENTE PARA EFECTUAR EL PROCESO INTENSO DE SANEAMIENTO EN TODAS LAS INSTALACIONES DE PRODUCCION A FIN DE LEVANTAR LA MEDIDA SUSPENSIVA; PARA TAL EFECTO , EN EL MARCO DE NUESTRO PROGRAMA DE HIGIENE Y



Serconsfa

Servicios de Concesionarios San Francisco de Asís

*Nuestra Especialidad
es la Excelencia
en Alimentación y Nutrición*

**A Top
Company
in Perú**

CERTIFICATE



PERU
TOP
PUBLICATIONS

2009



AL MÉRITO

SANEAMIENTO, SE EJECUTARA UN PERIODO RIGUROSO DE DESINSECTACION DE 04 DIAS, PARA LUEGO SOLICITAR INMEDIATAMENTE LA HABILITACION DE NUESTRAS INSTALACIONES DE PRODUCCION.

3.- DURANTE EL PERIODO DE SUSPENSION Y EN TANTO CULMINE EL TRABAJO DE SANEAMIENTO INTEGRAL DE NUESTRAS INSTALACIONES DE PRODUCCION, MI REPRESENTADA CONTINUARA CON EL CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, ENTREGANDO A LAS IJEE LAS RACIONES CONFORMADAS POR PRODUCTOS INDUSTRIALIZADOS UBICADOS EN NUESTRO ALMACEN CENTRAL: BEBIBLE (DE ACUERDO A LA PROGRAMACION) MAS COMPONENTE SOLIDO (GALLETERIA); EN RAZON A QUE NUESTRAS AREAS DE PRODUCCION, SE ENCUENTRAN SUSPENDIDAS.

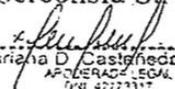
4.- EN EFECTO, DESDE EL MARTES 03 DE ABRIL HASTA EL LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSION DE NUESTRAS INSTALACIONES DE PRODUCCION, MI REPRESENTADA HARA USO DEL STOCK DE SEGURIDAD EN LO QUE RESPECTA AL COMPONENTE SOLIDO (GALLETERIA), ESTO DEBIDO A LA IMPOSIBILIDAD DE PRODUCIR PAN Y/O SANCOCHAR HUEVO. SITUACION QUE FUE COORDINADA CON LOS SUPERVISORES DEL PNAEQW EN PLANTA Y MEDIANTE LA PRESENTE EFECTUO FORMALMENTE EL PEDIDO ANTE SU DESPACHO.

POR LO EXPUESTO Y CONSIDERANDO QUE NUESTRO PEDIDO SE ENMARCA EN UN SUPUESTO DE CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR, SEGÚN LO ESTABLECIDO POR EL NUMERAL 3.7 APLICACIÓN DE PENALIDADES DE LAS BASES DEL PROCESO DE COMPRA, SOLICITAMOS A VUESTRO DESPACHO, INAPLICACION DE LAS PENALIDADES POR EL CAMBIO DE PROGRAMACION DURANTE LOS DIAS DE SUSPENSION DE NUESTRAS INSTALACIONES DE PRODUCCION.

SIN OTRO PARTICULAR

ATENTAMENTE

Serconsfa S.A.C.


 Mariana D. Castañeda López
 APODERADO LEGAL
 T°N° 47773317

10.71. De una revisión del referido documento, se concluye que únicamente invoca o esboza la existencia de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor y solicita la inaplicación de penalidades por las circunstancias que se describen en dicha comunicación. Se enuncia simplemente la imposibilidad de entregar las raciones programadas porque su área de producción está suspendida, sin explicar porqué dicha circunstancia sería un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, aún cuando la medida de suspensión tuvo lugar a raíz de que la Supervisión

advertirá un vector en la zona de producción, siendo una negligencia sanitaria a cargo del Proveedor.

- 10.72. Adicionalmente, **dicha comunicación no cumple con adjuntar los medios probatorios que acrediten el caso fortuito o fuerza mayor, conforme con lo establecido en la Cláusula Décimo Novena de los CONTRATOS**, que respalden la situación no imputable que el Proveedor invoca y que no le permitieron cumplir con la obligación de entregar la programación de raciones a los beneficiarios de QALI WARMA.
- 10.73. Conforme con lo anterior, la Carta de fecha 3 de abril de 2018 no cumple con todos los requisitos del procedimiento de inaplicación de penalidad previsto en la Cláusula Décimo Novena del CONTRATO, donde se establece que: (i) El Proveedor debe informar la existencia de **Caso Fortuito o Fuerza Mayor**, (ii) El Proveedor debe *presentar al COMITÉ dentro de dos (2) días hábiles de cesado el hecho, un escrito solicitando la inaplicación de penalidades* y (iii) **El Proveedor debe adjuntar los elementos probatorios correspondientes.**
- 10.74. Conforme con lo analizado en los numerales anteriores, el Tribunal Arbitral concluye que la Carta remitida por el Proveedor al Demandado, no cumple en su totalidad con los requisitos del procedimiento de inaplicación de penalidades. Es decir, el Proveedor no ha cumplido con los 3 requisitos pactados por las partes para que proceda la inaplicación de penalidades.
- 10.75. Adicionalmente, sin perjuicio de lo expresado anteriormente, el Tribunal Arbitral concluye que, en el presente arbitraje, el Proveedor tampoco ha cumplido con acreditar la existencia del caso fortuito o fuerza mayor que alega, por lo siguiente:

No se ha acreditado la existencia de un evento extraordinario

- 10.76. El Proveedor, en su escrito de fecha 19 de julio de 2021, señala que se ha configurado un caso fortuito; sin embargo, no ha acreditado la existencia de un evento extraordinario, dado que:

“SEGUNDO OTROSÍ DICE:

- 2.- *Estando a lo señalado por el propio PNAEQW en su **INSTRUCTIVO DE INAPLICACIÓN DE PENALIDAD**, a continuación, probaremos que, la decisión del Supervisor del PNAEQW de no autorizar el funcionamiento de nuestra planta, hasta no contar con el levantamiento de la suspensión a cargo del PNAEQW, constituye un **CASO FORTUITO**:*

2.1. CAUSA NO IMPUTABLE:

Los hechos acontecidos, que derivaron en la suspensión del establecimiento, evidentemente constituyen una causa NO IMPUTABLE a mi representada, habiéndose acreditado que, como consecuencia de la presencia de un vector, mi representa se quedó sin establecimiento para

*producción de las raciones solidas debido a la suspensión de las áreas de producción de panadería y cocina (sancochado de huevo) lo cual Constituye un **CASO FORTUITO**, de conformidad con lo que establece el 6.2 del numeral VI. (Definición de Términos), y a tenor de lo que señala el 8.3 de las Disposiciones Generales del **Instructivo para la evaluación de solicitudes de inaplicación de penalidades**, solicitamos dentro del plazo de 02 días hábiles de suscitado el evento, la **INAPLICACIÓN DE PENALIDADES**, debido a que tal incumplimiento no puede ser imputado a nuestra parte, al haberse acreditado que el mismo constituye un **CASO DE FORTUITO**”.*

- 10.77. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que lo afirmado por el Proveedor acerca que: *“el impedimento para cumplir con su obligación de entregar las raciones programadas por la suspensión del área de producción”*, no ha sido acreditado por el Proveedor de forma fáctica o técnica, para señalar que dicho impedimento derivado de la sanción por la existencia de un vector (cucaracha) en la cocina sea un evento que puedan catalogarse como un evento extraordinario.
- 10.78. A criterio del Tribunal Arbitral, para acreditar lo alegado por el Proveedor (*el impedimento para cumplir con su obligación de entregar las raciones programadas por la suspensión del área de producción*) no basta con la comunicación que el Proveedor remitió al acreedor dando cuenta de dicha situación²¹ pues, dicha comunicación fue elaborada por el propio Proveedor y porque, además, no adjunta ninguna prueba que lo demuestre.
- 10.79. Sin perjuicio de lo anterior, lo sostenido por el Proveedor respecto del impedimento a raíz de la suspensión de su área de producción por haberse encontrado un vector (cucaracha), resulta contradictorio y desvirtúa la existencia de caso fortuito o fuerza mayor pues, del relato de los hechos lo concreto es que se encontró un vector en la cocina y ello se debe a la falta de limpieza en las instalaciones del Proveedor, situación que es perfectamente predecible y debe ser prevenida; por lo que, la mera existencia de insectos como es el caso de cucarachas es una causal imputable al Proveedor, siendo que la consecuencia inmediata por su responsabilidad fue la suspensión de sus instalaciones donde brindaba el servicio de preparación de raciones; por tanto, dicha circunstancia descarta que se trate de un evento fuera de lo común o extraordinario.
- 10.80. Conforme con lo analizado, el Tribunal Arbitral concluye que la situación descrita por el Proveedor no ha sido acreditada y tampoco ha sido probado en el presente arbitraje que sea un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor porque no cumple con el requisito de ser extraordinario.

No se ha acreditado la existencia de un evento imprevisible

23. Comunicación de SERCONSFA del 03 de abril de 2018.

- 10.81. Una doctrina nacional cita a Ospina Fernández: “(...) *el criterio para el efecto debe ser la rareza y repentinidad del evento, pues ha de partirse del supuesto de que una persona diligente y cuidadosa en sus negocios debe prever los hechos normales, o frecuentes, o probables (...)*”.²²
- 10.82. En este punto, el Proveedor sostiene que el impedimento de usar su área de producción tuvo lugar por la medida que dispuso el Supervisor de QALI WARMA, quien no iba a levantar dicha suspensión hasta que no se levante las observaciones).
- 10.83. En ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que, lo afirmado por el Proveedor no respalda la imprevisibilidad del evento. Dado que, al igual que las afirmaciones señaladas en líneas anteriores no se encuentran respaldadas con medios probatorios que demuestren que tal circunstancia constituya un evento imprevisible.
- 10.84. Asimismo, debe considerarse además que el Manual del Proceso de Compras del Modelo de Cogestión para la Provisión del Servicio Alimentario, aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva n°432-2017-MIDIS/PNAEQW, señala en el numeral 149, literal i) que se suspende de manera inmediata las actividades en el establecimiento del proveedor (plantas y/o almacenes) cuando se detecte la presencia de cucarachas, ratones o similares en las instalaciones de la planta y/o almacén. Siendo esto así, la suspensión de actividades por presencia de vectores, al estar dispuesta normativamente, no podría ser imprevisible.
- 10.85. Considerando lo anterior, el Tribunal Arbitral concluye que no se ha acreditado la existencia del evento alegado y tampoco que sea imprevisible.

No se ha acreditado la existencia de un evento irresistible

- 10.86. Sobre si resulta irresistible, el Proveedor sostiene que el impedimento de usar su área de producción tuvo lugar por la medida que dispuso el Supervisor de QALI WARMA, quien no iba a levantar dicha suspensión hasta que no se levante las observaciones); sin embargo, se debe resaltar que ello tuvo lugar al haberse advertido la presencia de de cucarachas en la zona de producción, siendo ello una situación que puedo preveer, a efectos de mantener la continuidad del servicio en la entrega de raciones como originalmente estuvieron programadas.
- 10.87. Además, al igual que las afirmaciones señaladas en líneas anteriores no ha sido acompañada de pruebas que acrediten que el impedimento que alega el Proveedor constituya un evento irresistible o inevitable.
- 10.88. En ese sentido, el Tribunal Arbitral concluye que, no se ha acreditado la existencia del evento alegado por el Proveedor, ni tampoco se ha acreditado que

²² OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones. Primera edición. Volumen XVI. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. p. 629.

dicho evento sea irresistible. Por ende, no se ha cumplido con acreditar la existencia del evento irresistible que todo supuesto de caso fortuito o fuerza mayor requiere.

10.89. No habiéndose acreditado el cumplimiento de la totalidad de los requisitos del procedimiento de inaplicación de penalidades pactado por las partes en los CONTRATOS, no habiéndose acreditado el supuesto alegado por el Proveedor que imposibilitó el cumplimiento de la obligación de entregar las raciones programadas a los beneficiarios de QALI WARMA para la semana del 2 al 6 de abril de 2018, y no habiéndose acreditado la concurrencia de los tres elementos necesarios para sustentar la existencia de caso fortuito o fuerza mayor (evento extraordinario, imprevisible e irresistible), el Tribunal Arbitral concluye no corresponde dejar sin efecto la aplicación de penalidades a los CONTRATOS materia de la presente controversia. Por ello, corresponde declarar INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda.

Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda

- **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el reintegro y/o devolución a SERCONSFA del monto de S/ 183, 327.85 soles, como consecuencia del amparo de la primera pretensión principal.*

10.90. En relación a esta primera cuestión controvertida accesoria a la primera pretensión principal, es preciso señalar que, habiéndose desestimado la primera cuestión controvertida, consecuentemente debe desestimarse la pretensión accesoria que involucra a esta primera cuestión controvertida, máxime si en virtud de los principios generales del derecho, lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

10.91. Siendo así, el Tribunal Arbitral concluye que la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal deberá ser declarada improcedente.

Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda

- **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad a efectuar el pago a SERCONSFA de intereses legales que el monto de S/ 183, 327.85 hubiese generado desde la fecha pactada de pago hasta la cancelación efectiva del mismo, como consecuencia del amparo de la primera pretensión principal.*

10.92. En relación a esta segunda cuestión controvertida accesoria a la primera pretensión principal, es preciso señalar que, habiéndose desestimado la primera cuestión controvertida, consecuentemente debe desestimarse la pretensión accesoria que involucra a esta segunda cuestión controvertida, máxime si en

virtud de los principios generales del derecho, lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

10.93. Siendo así, el Tribunal Arbitral concluye que la Segunda Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal deberá ser declarada improcedente.

Segunda Pretensión Principal de la Demanda:

- **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** *Determinar a qué parte le corresponde asumir el pago de los costos y las costas del presente arbitraje.*

10.94. Por último, en relación a esta segunda y última cuestión controvertida, relativa a las costas y costos del proceso arbitral, de acuerdo con el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo No. 1071, Ley que norma el Arbitraje en el Perú, se dispone que el Tribunal Arbitral debe emitir pronunciamiento en el laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 del referido cuerpo legal.

10.95. En efecto, de conformidad con la citada disposición de la Ley de Arbitraje, se dispone lo siguiente:

“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”.

10.96. En atención a la citada disposición, considerando la conducta mostrada por ambas partes a lo largo del presente arbitraje, y no habiendo acuerdo previo entre las partes sobre la distribución de los gastos arbitrales, este Colegiado considera pertinente disponer que los mismos sean asumidos en partes iguales tanto por el Proveedor como por la Entidad, debiendo cada parte asumir los costos que involucran a sus respectivas defensas legales.

XI. DECISIÓN. –

Finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje.

En atención a ello y siendo que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no

han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda formulada por el Proveedor.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal formulada por el Proveedor.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal formulada por el Proveedor.

CUARTO: DISPONER que los gastos arbitrales sean asumidos en partes iguales tanto por el Proveedor como por la Entidad, debiendo cada parte asumir los costos que involucran a sus respectivas defensas legales.

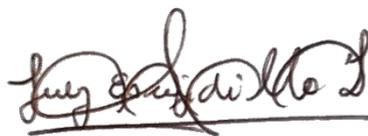
Notifíquese a las partes. -



Gustavo Adolfo De Vinatea Bellatín
Presidente de Tribunal Arbitral



Mario Alexander Atarama Cordero
Árbitro



July Anne Carol Escajadillo Lock
Árbitro