

Exp. N° 2592-554-19

NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C. – COMITÉ DE COMPRA CAJAMARCA 7 y PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACION ESCOLAR QALI WARMA

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE:	Negociaciones y Agroindustrias Royers S.A.C. (en adelante, NEAGROINDUSTRIAS, demandante o contratista, indistintamente)
DEMANDADO:	Comité de Compra Cajamarca 7 (en adelante, demandado o Comité, indistintamente)
PARTE NO SIGNATARIA:	Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en adelante, PNAEQW)
TIPO DE ARBITRAJE:	Institucional y de Derecho
TRIBUNAL ARBITRAL:	Rómulo Morales Hervias José Antonio Corrales Gonzales Mary Ann Zavala Polo (Presidenta)
SECRETARIA ARBITRAL:	Paula Ruth Rojas Lara

DECISIÓN N° 9

En Lima, a los 20 días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales con arreglo a ley y a las reglas establecidas por las partes, valorado las pruebas ofrecidas, admitidas y actuadas en este arbitraje, escuchado los argumentos en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente Laudo para poner fin, por decisión de las partes, a las controversias planteadas:

VISTOS:

I. EL CONVENIO ARBITRAL

El Convenio Arbitral se encuentra incorporado en la Cláusula Vigésimo Segunda del Contrato N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS suscrito el 28 de febrero de 2019, cuyo objeto es la prestación del servicio alimentario en la modalidad de

productos a favor de los usuarios del PNAEQW de los niveles Inicial, Primaria y Secundaria (de corresponder) del Item TABACONAS (en adelante, el CONTRATO), entre Negociaciones y Agroindustrias Rogers S.A.C. (en adelante, demandante, contratista o NEAGROINDUSTRIAS, indistintamente) y el Comité de Compra Cajamarca 7 (en adelante, demandado o Comité, indistintamente), cuyo texto es el siguiente:

“CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

22.1 Toda y cualquier discrepancia, litigio o controversia resultante del contrato o relativo a éste, se resolverá por un tribunal arbitral conformado por tres (03) integrantes, mediante el arbitraje con aplicación de la legislación nacional vigente, de derecho, organizado y administrado por la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú o por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de conformidad con los reglamentos vigentes de dichas instituciones. El arbitraje tendrá como sede, la ciudad de Lima.

*Cualquier controversia relacionada con la ejecución del contrato podrá ser sometida por **EL CONTRATISTA** a arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la comunicación de la resolución de contrato y/o aplicación de penalidad. Vencido este plazo sin que se haya iniciado algún procedimiento, se entenderá que la resolución y/o aplicación de penalidades ha quedado consentida.*

22.2 El laudo arbitral que se emita conforme a los numerales precedentes es definitivo e inapelable, teniendo el valor de cosa juzgada y debe ejecutarse como una sentencia.

*22.3 El presente contrato establece los mecanismos de intervención que resulten necesarios para la defensa de los intereses del **PNAEQW**.”*

II. DESIGNACIÓN, ACEPTACIÓN E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y DETERMINACIÓN DE LAS REGLAS APLICABLES A LAS ACTUACIONES ARBITRALES

2.1 Designación y aceptación del tribunal arbitral

Mediante escrito presentado con fecha 16 de diciembre de 2019, el contratista solicitó al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el CENTRO) el inicio de un arbitraje de derecho; y, mediante escrito del 04 de setiembre de 2020 designó como árbitro de parte al abogado Rómulo Morales Hervias.

Mediante escrito presentado el 9 de enero de 2020, el Comité contestó la solicitud de arbitraje y designó como árbitro de parte al abogado José Antonio Corrales Gonzales.

Mediante comunicaciones de fecha 17 y 18 de agosto del año 2020, los árbitros de parte remitieron al CENTRO sus aceptaciones a la designación efectuada.

Mediante correo electrónico de fecha 30 de octubre de 2020, la Secretaría Arbitral comunicó a la abogada Mary Ann Zavala Polo, la designación como Presidenta del Tribunal Arbitral que efectuó la Corte de Arbitraje del CENTRO.

Mediante correo electrónico de fecha 6 de noviembre de 2020, la abogada Mary Ann Zavala Polo se dirigió a la Secretaría Arbitral con el objeto de adjuntar su aceptación a la designación realizada; comunicación con la que el Tribunal Arbitral quedó constituido.

2.2 Determinación de las reglas aplicables a las actuaciones arbitrales

Mediante Comunicación N° 8, notificada a las partes el 16 de noviembre de 2020, la Secretaría Arbitral otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que, de considerarlo pertinente, informen alguna modificación a las reglas aplicables al proceso contenidas en el Reglamento de Arbitraje del CENTRO del año 2017 (en adelante, el REGLAMENTO).

Ninguna de las partes presentó propuesta de modificación a las reglas aplicables; y, el Tribunal Arbitral, mediante Decisión N° 1 de fecha 22 de marzo de 2021, notificada a las partes el 23 de marzo de 2021, aprobó las reglas arbitrales y, entre otros, otorgó un plazo de diez (10) días hábiles al contratista para que presente su demanda.

III. DEMANDA ARBITRAL

El contratista presentó su escrito de demanda arbitral el 8 de abril de 2021, la cual fue subsanada con escrito del 10 de agosto de 2021.

3.1 Sobre el petitorio

Se transcribe seguidamente el texto de su petitorio:

“4. **PETITORIO:**

4.1 **PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

4.1.1 *El Tribunal Arbitral declare fundado la **ACCIÓN DE ANULABILIDAD DEL CONTRATO N° 003-2019-CC-CAJAMARCA7/PRODUCTOS**, específicamente sobre el propósito del compromiso asumido en el Proceso de*

Compras, según FORMATO N° 17 - Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04 A) por ítem, ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO QUE DEBE HACERSE EFECTIVA POR LA CAUSAL DE VICIO RESULTANTE DE ERROR CONFORME AL ARTÍCULO 221 INCISO 2) DEL CÓDIGO CIVIL, DEBIENDO DEJARSE SIN EFECTO LA APLICACIÓN DE LA PENALIDAD AL MENCIONADO CONTRATO.

4.1.2 *Se reintegre el monto dinerario ascendente a S/. 195,101.10, impuesto como penalidad, además de intereses legales y las costas y costos del proceso de arbitraje.*

4.2 **PRETENSIÓN SUBORDINADA:**

4.2.1 *Que el Tribunal Arbitral se sirva **dejar sin efecto la aplicación de penalidad al CONTRATO N° 003-2019-CC-CAJAMARCA7/PRODUCTOS, AL EXISTIR FUERZA MAYOR NO IMPUTABLE A MI REPRESENTADA, por no cumplir con el propósito del compromiso asumido, según FORMATO N° 17 - Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04A) por ítem.***

4.2.2 *Se reintegre el monto dinerario ascendente a S/. 195,101.10, impuesto como penalidad, además de intereses legales y las costas y costos del proceso de arbitraje (...)."*

3.2 Sobre los fundamentos de hecho y de derecho

Los fundamentos de hecho y derecho de las pretensiones del contratista, obran en dicho escrito de demanda, los mismos que seguidamente se transcriben y que, al menos en lo que corresponde a los más relevantes, serán citados, reseñados o resumidos con motivo del análisis de las cuestiones controvertidas.

Sobre los fundamentos de hecho

“5.1 ANTECEDENTES:

5.1.1. *El 13 de Febrero del 2019, el Comité de Compra Cajamarca 7 de la Unidad Territorial Cajamarca 2 del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (PNAEQW), realizó la **TERCERA CONVOCATORIA DEL PROCESO DE COMPRAS N° 001-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS**, para la prestación del servicio alimentario por un período de atención de 175 días a los usuarios de las instituciones educativas*



públicas del **ÍTEM TABACONAS**, del ámbito del **DISTRITO DE TABACONAS** de la **PROVINCIA DE SAN IGNACIO** y del **DEPARTAMENTO DE CAJAMARCA**.

5.1.2. A la citada **TERCERA CONVOCATORIA DEL PROCESO DE COMPRAS N° 001 - 2019- CC CAJAMARCA 7/PRODUCTOS**, la empresa **NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.** resultó adjudicada, de conformidad con el **ACTA DE ADJUDICACIÓN - PROCESO DE COMPRA N° 001-2019-CC-CAJAMARCA 7-PRODUCTOS (TERCERA CONVOCATORIA) - ACTA N° 009-2019-CC-CAJAMARCA 7 DE FECHA 22 DE FEBRERO DEL 2019**.

5.1.3. Con fecha 28 de Febrero del 2019, en mi condición de postor adjudicado firme el contrato N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA7/PRODUCTOS, el cual tenía como objeto el contemplado en la cláusula segunda del mismo: "... la prestación del servicio alimentario en la modalidad de productos por parte del PROVEEDOR a favor de los usuarios de PNAEQW de los niveles de inicial, primaria y secundaria (de corresponder) del ítem **TABACONAS**, según especificaciones, características y cantidades establecidas en los Anexos que se detallan:

ANEXO N° 01 – Listado de Instituciones Educativas Públicas.

ANEXO N° 02 – Valor Adjudicado.

ANEXO N° 03-A – Especificaciones técnicas de alimentos modalidad productos.

ANEXO N° 03-B – Tabla de alimentos para la modalidad productos.

ANEXO N° 04-A – Requerimiento de volumen de productos por ítem.

ANEXO N° 04-B – Requerimiento de volumen de productos por institución educativa.

ANEXO N° 05 – Acta de Entrega y recepción de productos.

5.1.4. La empresa adjudicada **NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.**, presentó en su propuesta técnica, entre otros documentos, el **Formato N° 17 - Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04) por ítem**, en el cual, se comprometió: **entregar para seis (06) entregas**, un (01) alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo) de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el **PNAEQW**, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas. **En virtud de este compromiso, el Comité de Compra Cajamarca 7, le asignó indebidamente cinco (5) puntos** en la sub-etapa de evaluación, calificación y selección de las propuestas técnicas (Sobre N° 01).

5.1.5. Mediante Carta N° 071-2019-Negociaciones y Agroindustrias Royers SAC, de fecha 15 de octubre de 2019, el Proveedor **NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.**, solicita al Comité de Compra Cajamarca 07, Inaplicación de penalidad respecto al ítem: Tabaconas, por la causal de caso fortuito o fuerza mayor.

5.1.6. Mediante *INFORME TÉCNICO DE SOLICITUD DE INAPLICACIÓN DE PENALIDAD (EXPEDIENTE N° 0001567-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP)*, de fecha 23 de octubre de 2019, el Supervisor de Compras del Comité de Compra Cajamarca 07, emite opinión técnica favorable respecto a la solicitud de inaplicación de penalidad por caso fortuito o fuerza mayor, presentada por el Proveedor *NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.*, en lo que respecta al Ítem: *Tabaconas*.

5.1.7. Mediante *INFORME LEGAL DE SOLICITUD DE INAPLICACIÓN DE PENALIDAD (EXPEDIENTE N° 0001567-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP)*, de fecha 25 de octubre de 2019, el Asesor Legal del Comité de Compra Cajamarca 07, emite opinión legal favorable respecto a la solicitud de inaplicación de penalidad por caso fortuito o fuerza mayor, presentada por el Proveedor *NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.*, en lo que respecta al Ítem: *Tabaconas*.

5.1.8. Mediante *Pronunciamiento de solicitud de inaplicación de penalidad (EXPEDIENTE N° 0001567-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP)*, de fecha 08 de Noviembre de 2019, la Unidad de Gestión y Contrataciones y transferencias de recursos, emite opinión desfavorable respecto a la solicitud de inaplicación de penalidad por caso fortuito o fuerza mayor, presentada por el Proveedor *NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.*, en lo que respecta al Ítem: *Tabaconas*.

5.1.9. Mediante Carta N° 206-2019-MIDIS/PNAEQW-UTCJMR2 (*EXPEDIENTE N° 0001567-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP*), de fecha 14 de Noviembre de 2019, el Jefe de Unidad Territorial Cajamarca 2, remite al Presidente del Comité de Compras Cajamarca 7, la opinión desfavorable de la Unidad de Gestión y Contrataciones y transferencias de recursos, respecto a la solicitud de inaplicación de penalidad por caso fortuito o fuerza mayor, presentada por el Proveedor *NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.*, en lo que respecta al Ítem: *Tabaconas*.

5.1.10. Mediante Acta N° 048-2019-CC CAJAMARCA N°7, (*EXPEDIENTE N° 0001567-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP*), de fecha 14 de Noviembre de 2019, el Comité de Compras Cajamarca 7, dispone en acuerdo colegiado: *Primero: Dar cumplimiento al pronunciamiento de solicitud de inaplicación de penalidad emitida por la UGCTR del PNAE Qali Warma y comunicado por el Jefe de la Unidad Territorial Cajamarca 2, con Carta N° 206-2019-MIDIS/PNAEQW-UTCJMR2. SEGUNDO: Notificar al Proveedor NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., respecto al pronunciamiento de la UGCTR sobre la solicitud de inaplicación de penalidad presentada por el proveedor en la novena entrega del ítem Tabaconas.*

5.1.11. Mediante Carta N° 174-2019-CC-CAJAMARCA7 (*EXPEDIENTE N° 0001567-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP*), de fecha 15 de Noviembre de 2019, el Presidente del Comité de Compras Cajamarca 7, notifica al recurrente



con fecha 18 de Noviembre del 2019, la improcedencia respecto a la solicitud de inaplicación de penalidad por caso fortuito o fuerza mayor, presentada por el Proveedor NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., en lo que respecta al Ítem: Tabaconas.

5.2 EN CUANTO A LA PENALIDAD:

5.2.1 La penalidad que la demandada me impone es correspondiente a la Entrega N° 07 del CONTRATO N° 0003-2019- CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, Ítem: Tabaconas, suscrito con el Comité de Compra Cajamarca 7, respecto a la obligación contenida en la Cláusula Novena, numeral 9.26 que establece: J Cumplir los compromisos y/o promesas asumidos durante la fase de selección de proveedores (...) b) Entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17).

5.2.2 Asimismo la improcedencia tiene como amparo, lo establecido en el numeral 146 del Manual del Proceso de Compras, concordante con el numeral 3.7.1 de las Bases Integradas del Proceso de Compras N° 001-2019- CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, y el numeral 16.1 de la Cláusula Décimo Sexta del Contrato N° 003-2019-CC- CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, ítem: Tabaconas; a consecuencia de que mi representada no ha podido demostrar de que dicho evento haya sido extraordinario, imprevisible e irresistible.

5.2.3 La penalidad “(...) es un medio de fijar por anticipado los daños y perjuicios que deberán pagarse al acreedor en caso de incumplimiento. Se evitan así todas las cuestiones relativas a la prueba de la existencia del daño y su monto”¹

5.2.4 Asimismo se puede determinar que es “(...) El mejor remedio para el incumplimiento, asegura un compromiso óptimo con el contrato, lo que causa la formación, el desempeño y la confianza eficientes”²

5.2.5 Esos conceptos respetan lo que establece el artículo 62° de la Constitución Política del Perú, que garantiza a las partes la posibilidad de pactar libremente su reglamentación contractual, de acuerdo y en respeto de las normas vigentes al tiempo del Contrato.

5.2.6 La penalidad se ejecuta en virtud al Pronunciamiento de solicitud de inaplicación de penalidad (EXPEDIENTE N° 0001567-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP), de fecha 08 de Noviembre de 2019, expedido por la Unidad de Gestión y Contrataciones y transferencias de recursos, quien emite opinión desfavorable respecto a la solicitud de inaplicación de penalidad por caso fortuito o fuerza mayor, presentada por el Proveedor NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., en lo que respecta al Ítem: Tabaconas.

¹ Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil* (Buenos Aires: Perrot, 1983), 197.

² Robert Cooter y Thomas Ulen, “Temas del análisis económico de la teoría de los contratos,” en *Derecho y Economía* (México DF: Fondo de Cultura Económica, 2008), 345.



5.2.7 PRONUNCIAMIENTO DE LA UNIDAD DE GESTIÓN Y CONTRATACIONES Y TRANSFERENCIA DE RECURSOS

5.2.8 La Unidad de Gestión y Contrataciones y transferencias de recursos ampara su pronunciamiento en lo siguiente:

“(...) el proveedor incumplió su obligación contractual de: “(...) Cumplirlos compromisos y/o promesas asumidos durante la fase de selección de proveedores (...) b) Entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17) (...)”; en el marco de la ejecución del CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, ítem: Tabaconas, aseverando que según la programación establecida es imposible que pueda cumplir con su compromiso asumido a través del Formato 17.”

“(...) durante la fase de selección de proveedores, el proveedor NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., suscribió el siguiente formato:

Formato N° 17 - Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04) por ítem

Señor

Presidente del Comité de Compra <Nombre y N° del Comité de Compra>

Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

Presente. -

De mi consideración:

Yo, _____, de nacionalidad _____, identificado/a con DNI N° _____, en mi condición de postor, representante legal o apoderado legal o representante común del Consorcio (de corresponder) _____ (integrado por: _____, con RUC _____), con RUC N° _____, con domicilio legal o común (en caso de consorcio) en

_____, en relación al Proceso de Compra N° XXX-2019-CC-<Nombre y N° del Comité de Compra>-Productos, declaro bajo juramento:

Me comprometo a entregar para: _____ (Indicar cantidad de entregas en letras y números) entregas el producto arroz fortificado de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas.

Me comprometo a entregar para: _____ (Indicar cantidad de entregas en letras y números) un (01) alimento fortificado (utilizando

harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo) de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas (...)”

“Adicionalmente, cabe precisar que en el marco del Proceso de Compras 2019, en las Bases Integradas para la Modalidad Productos, se establecieron los siguientes factores de evaluación:

Factores de evaluación		Puntaje máximo
a)	<i>Experiencia</i>	30
b)	<i>Cumplimiento de la prestación</i>	40
c)	<i>Promesa de entrega de alimentos de origen regional por cada entrega, de acuerdo con el requerimiento de productos para todas las Instituciones Educativas (Anexo N° 04).</i>	15
d)	<i>Promesa de entrega de alimentos fortificados, de acuerdo con el requerimiento de productos para todas las Instituciones Educativas (Anexo N° 04).</i>	13
e)	<i>Contar con la Certificación o Promesa de Implementar la Norma ISO 9001:2015 con alcance en el proceso de Almacenamiento y Distribución de Productos o Almacenamiento de Productos.</i>	2
Total		100

Asimismo, según las bases Integradas de la modalidad Productos la evaluación de la oferta de entrega de alimentos fortificados, se realizó de la siguiente forma:

Factor	Criterio	Puntaje
1	<i>Postor que se comprometa a entregar para tres (03) entregas, arroz fortificado, de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas.</i>	4
	<i>Postor que se comprometa a entregar para seis (06) entregas, arroz fortificado, de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas.</i>	8 (*)
2	<i>Postor que se comprometa a entregar para tres (03) entregas, un (01) alimento fortificado</i>	3

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

“En atención a lo antes expuesto, se evidencia que el proveedor NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., previamente al comprometerse a lo señalado en el Formato N° 17, ha verificado el requerimiento de Productos (Anexo 04) establecido en las Bases Integradas del Proceso de Compra 001-2019; por lo cual no puede argumentar que su compromiso asumido no lo pueda realizar debido a que en la programación de las entregas correspondientes a las Instituciones Educativas Públicas del ítem: Tabaconas, en el marco de la ejecución del CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, no se ha considerado la entrega de productos fortificados concordante con su compromiso asumido.”

*“En consecuencia, los mencionados hechos no constituyen como caso de fuerza mayor respecto al incumplimiento de la obligación *(...) Cumplir los compromisos y/o promesas asumidos durante la fase de selección de proveedores (...) b) Entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17) (...); en el marco de la ejecución del CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, ítem: Tabaconas, Entrega N° 07, dado que el incumplimiento de la misma es responsabilidad del proveedor NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.”*

Sobre la pretensión principal

“a) Con relación al acto anulable, “(...) se verifica esta cuando el negocio, que ha producido sus efectos desde el principio, puede posteriormente ser declarado inválido (nulo) a consecuencia de la impugnación propuesta por el sujeto legitimado para ello. Esto nos refleja el carácter incompleto de la anulabilidad como forma de ineficacia estructural, que, incluso, se revela en

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

la existencia de un sistema taxativo de anulabilidades (...). A diferencia de la nulidad que por la calidad del vicio estructural del negocio interesa al orden público, pudiendo ser solicitada su declaración por cualquiera que tenga interés, en el caso de la anulabilidad el pedido es de parte, dado que existe una gradación de menor gravedad por la comisión de este vicio estructural, el cual debe estar taxativamente regulado.

b) Nuestro ordenamiento distingue dos clases de nulidades, las que tienen por principio el interés público (absoluta) y la que se conceden a favor de ciertas personas o intereses privados (relativa). Cuarto. La nulidad relativa conduce al acto anulable, y esta se produce cuando en el acto concurren los requisitos esenciales, pero que adolecen de algún vicio, tal como lo prescribe el artículo 221 del Código Civil. (Casación N.º 1522-96-La Libertad, de 24-02-1998, ff. jj. 3 y 4. Sala Civil [EP, 12-05-1998, p. 1002]

5.3.1 EL ERROR EN LA EVALUACIÓN:

Hay error en la evaluación del compromiso plasmado en el Formato N° 17, debido a la imposibilidad material de cumplir el mismo, el Comité de Compra Cajamarca 7 **no debió otorgarle ningún puntaje a la empresa adjudicada NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.**, por las disposiciones y condiciones establecidas en las propias **BASES INTEGRADAS de la TERCERA CONVOCATORIA DEL PROCESO DE COMPRAS N° 001- 2019- CC CAJAMARCA 7/PRODUCTOS**, que a continuación se señalan:

A. En el **literal d) Promesa de entrega de alimentos fortificados por cada entrega de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04) para todas las Instituciones Educativas: (Formato N° 17) del numeral 2.2.4.2 Evaluación, calificación y selección de las Propuestas Técnicas (Sobre N° 01), entre otros, se establecía el siguiente factor, criterio y puntaje de evaluación:**

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

Fuente: Bases Integradas de la tercera CONVOCATORIA DEL PROCESO DE COMPRAS N° 001- 2019- CC CAJAMARCA 7/PRODUCTOS

B. En el Anexo N° 03-B “Tabla de alimentos de la modalidad productos - Unidad Territorial Cajamarca 2”, que se deriva del Anexo N° 03-A “Especificaciones técnicas de los alimentos que forman parte de la prestación del servicio alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma”, se establecía que, durante la



prestación del servicio alimentario, los proveedores debían entregar solamente las siguientes harinas:

Grupo	Alimento	Precisiones de Cumplimiento Obligatorio
Harinas	Almidón de maíz	- La entrega de HARINAS será de acuerdo a la asistencia técnica de la o el Especialista Alimentario.
	Harina de plátano	
	Harina de quinua	
	Harina de trigo fortificada	
	Mezclas de harinas	

Fuente: Anexo N° 03-B “Tabla de alimentos de la modalidad productos - Unidad Territorial Cajamarca 2”

De estas cinco (5) harinas, sólo era factible entregar la harina de quinua, por lo siguiente: 1) El almidón de maíz y la harina de plátano no estaban considerados en el Anexo N° 01 Harinas Extruidas (HAR-HE), 2) La harina de trigo fortificada no se podía entregar como alimento fortificado, por estar exceptuada según las Bases Integradas, y 3) Las mezclas de harinas no era un alimento (harina) fortificada según el Anexo N° 01 Harinas Extruidas (HAR-HE).

- C. El Anexo N° 01 HARINAS EXTRUIDAS (HAR-HE), que es parte integrante del Anexo N° 03-A “Especificaciones Técnicas de los alimentos que forman parte de la prestación del servicio alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma”, contenía un listado de trece (13) harinas. De estas trece (13) harinas, solamente la harina de quinua y la harina de trigo fortificado se encuentran establecidos y aprobados en el Anexo N° 03-B “Tabla de alimentos de la modalidad productos - Unidad Territorial Cajamarca 2”; en tal sentido, bajo ningún motivo, las otras once (11) harinas podían ser entregadas por los proveedores de la Unidad Territorial Cajamarca 2 a las instituciones educativas públicas de sus respectivos ítems, por el hecho categórico de no estar programadas para la Unidad Territorial Cajamarca 2.

De las dos (2) harinas (harina de quinua y harina de trigo fortificada), la harina de trigo fortificado no debió ser evaluada por el Comité de Compra Cajamarca 7, como alimento fortificado que se podía entregar en cumplimiento del compromiso, por ser un alimento exceptuado según el compromiso declarado en el Formato N° 17, es decir, las Bases Integradas no permitía la evaluación de la harina de trigo fortificada, por ser un alimento cuya fortificación está regulada por Ley.

Siendo así, la harina de quinua se constituyó en la única harina fortificada que debió ser evaluada por el Comité de Compra Cajamarca 7, como alimento fortificado que se podía entregar en cumplimiento de un compromiso; sin embargo, el Comité de Compra Cajamarca 7 no evaluó tal como lo exige las Bases Integradas, el compromiso del Formato N° 17 de la empresa NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., cometiendo así un error



categórico que debió haber generado la anulación del **CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS - ÍTEM TABACONAS.**

Anexo N° 01 HARINAS EXTRUIDAS (HAR-HE)

Código	Nombre del Alimento	Contenido de Hierro (Mg)	Valor de Fortificación Hierro (Mg) (Min)
HAR-HE-001	Harina de arroz	0.35 ²	0.40
HAR-HE-002	Harina de kiwicha	5.30 ¹	6.10
HAR-HE-003	Harina de cebada	9.60 ¹	11.04
HAR-HE-004	Harina de maíz	2.00 ¹	2.30
HAR-HE-005	Harina de quinua	9.65 ¹	11.10
HAR-HE-006	Mezcla de harinas	-	-
HAR-HE-007	Harina de trigo fortificado	5.50 ¹	-
HAR-HE-008	Harina de haba	4.63 ¹	5.32
HAR-HE-009	Harina de tarwi	1.38 ¹	1.59
HAR-HE-010	Harina de arveja	4.36 ¹	5.01
HAR-HE-011	Mezcla de harina de arroz fortificado	0.40 ¹	-
HAR-HE-012	Harina de cañihua	15.20 ¹	17.48
HAR-HE-013	Harina de maca	7.97 ¹	9.17

Fuente: Anexo N° 03-A “Especificaciones Técnicas de los Alimentos que forman parte de la prestación del servicio alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma”

- D. *En el Anexo N° 04-A “Requerimiento de Volumen de Productos por Ítem” y en el Anexo N° 04-B “Requerimiento de Volumen de Productos por Instituciones Educativas”, se programaron las mismas cinco (5) harinas señaladas en el Anexo N° 03-B “Tabla de alimentos de la modalidad productos - Unidad Territorial Cajamarca 2”, para ser entregadas a las instituciones educativas públicas del **ÍTEM TABACONAS.** Dichas cinco (5) harinas son las que se indican en el siguiente cuadro:*

Alimentos	Unidad (Kg/L/Unid.)
Almidón de maíz	Kg.
Harina de plátano	Kg.
Harina de quinua	Kg.
Harina de trigo fortificada	Kg.
Mezclas de harinas	Kg.

Fuente: Anexo N° 04-A “Requerimiento de Volumen de Productos por Ítem” y Anexo N° 04-B “Requerimiento de Volumen de Productos por Instituciones Educativas”

De estas cinco (5) harinas, sólo era factible entregar la harina de quinua, por lo siguiente: 1) El almidón de maíz y la harina de plátano no estaban considerados en el Anexo N° 01 Harinas Extruidas (HAR-HE), 2) La harina de trigo fortificada no se podía entregar como alimento fortificado, por estar exceptuada según las Bases Integradas, y 3) Las mezclas de harinas no era un alimento (harina) fortificada según el Anexo N° 01 Harinas Extruidas (HAR-HE).



5.3.2 ERROR QUE DEVIENE EN LA IMPOSIBILIDAD DE LA EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C. PARA CUMPLIR CON EL COMPROMISO DE ENTREGAR PARA SEIS (6) ENTREGAS UN ALIMENTO FORTIFICADO (UTILIZANDO HARINAS EXTRUIDAS O LA COMBINACIÓN DE HARINAS A EXCEPCIÓN DE LA HARINA DE TRIGO:

5.3.2.1 El **CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS ÍTEM TABACONAS** suscrito con el Comité de Compra Cajamarca 7 y la **EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.**, contemplaba según el numeral 5.1 un total de nueve (9) entregas de productos a las instituciones educativas públicas del **ÍTEM TABACONAS**, hecho éste que implicaba la entrega de harinas fortificadas distintas en seis (6) entregas del 2019.

5.3.2.2 Siendo así, la **EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.**, sólo contaba con una única harina fortificada, es decir con la harina de quinua, motivo por el cual, no podía cumplir el compromiso de entregar para seis (6) entregas del 2019, un alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo) distinto en cada entrega, toda vez que, como se repite, la única harina fortificada posible de entregar para las tres (3) entregas, era la harina de quinua.

5.3.2.3 Como podrá observarse, las condiciones sobre las harinas que debían entregarse a las instituciones educativas públicas de la Unidad Territorial Cajamarca 2, establecidas en el Anexo N° 03-B “Tabla de alimentos de la modalidad productos - Unidad Territorial Cajamarca 2”, en el Anexo N° 01 HARINAS EXTRUIDAS (HAR-HE) que es parte integrante del Anexo N° 03-A “Especificaciones Técnicas de los alimentos que forman parte de la prestación del servicio alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma”, en el Anexo N° 04-A “Requerimiento de Volumen de Productos por Ítem” y en el Anexo N° 04-B “Requerimiento de Volumen de Productos por Instituciones Educativas”, **HAN IMPOSIBILITADO** que la **EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.** cumpla con el compromiso señalado en el Formato N° 17 de su propuesta técnica.

5.3.2.4 Se debe dejar claramente establecido que, la **PENALIDAD INJUSTA** aplicada a la **EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.**, se ha derivado de la indebida (incorrecta) evaluación realizada por el Comité de Compra Cajamarca 7 al compromiso señalado en el Formato N° 17; en tal sentido, el **CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS - ÍTEM TABACONAS** debió anularse, POR SER EL RESULTADO DE UN PROCESO VICIADO o ser convalidado con actos que subsanen el error que conlleva a la anulabilidad del formato 17.

5.3.3 ACCIONES EJECUTADAS POR LA EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C. PARA CONVALIDAR Y

SALVAGUARDAR LA VIGENCIA DEL CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS - ÍTEM HUARANGO:

La **EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.**, con la única finalidad de salvaguardar la vigencia del **CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS - ÍTEM TABACONAS** y a pesar de tener pleno conocimiento que el Contrato se derivaba de un “vicio de acto administrativo” por la indebida evaluación del Comité de Compra Cajamarca 7 al Formato N° 17, realizó las siguientes acciones y gestiones:

- A. *Presentación de la Carta N° 056-2019-Negociaciones y Agroindustrias Royers SAC, de fecha 31 de Julio del 2019, dirigida al Comité de Compra Cajamarca 7, mediante la cual, se solicitó intercambio de productos con la finalidad de entregar otro alimento fortificado que sea determinado por el Especialista Alimentario de la Unidad Territorial Cajamarca 2; sin embargo, el Comité de Compra Cajamarca 7, por recomendación de la Unidad Territorial Cajamarca 2 y de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos del PNAEQW, no aceptó nuestra solicitud de intercambio. En la respuesta, la empresa NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C. no recibió ninguna justificación técnica, por la cual fue rechazada la solicitud de intercambio.*
- B. *Presentación de la Carta N° 071-2019-Negociaciones y Agroindustrias Royers SAC, de fecha 15 de Octubre del 2019, dirigida al Comité de Compra Cajamarca 7, mediante la cual, se solicitó la inaplicación de penalidad por “fuerza mayor” no imputable a la empresa **NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.**, que no le permitió cumplir con el compromiso asumido en el Formato N° 17 “Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04) por ítem”; sin embargo, el Comité de Compra Cajamarca 7, por recomendación de la Unidad Territorial Cajamarca 2 y de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos del PNAEQW, no aceptó nuestra solicitud de inaplicación de penalidad. En la respuesta, la empresa NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C. no recibió ninguna justificación técnica, por la cual fue rechazada la solicitud de inaplicación de penalidad.*

5.3.4 ACCIONES EJECUTADAS POR LA EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C. PARA QUE EL COMITÉ DE COMPRA CAJAMARCA 7 REALICE LA ENMIENDA DE LA EVALUACIÓN INDEBIDA DEL FORMATO N° 17:

La **EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.**, habiendo identificado y verificado la indebida evaluación del Comité de Compra Cajamarca 7 al Formato N° 17, presentó al Comité de Compra Cajamarca 7 la Carta N° 040-2019-Negociaciones y Agroindustrias Royers SAC, mediante la cual, solicitó la **ENMIENDA DEL ACTA DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE PROPUESTAS - PROCESO DE COMPRA N° 001-2019-**



CC-CAJAMARCA 7-PRODUCTOS (CUARTA CONVOCATORIA) - ACTA N° 08-2019-CC-CAJAMARCA 7, para “rectificar” la indebida evaluación del Formato N° 17 y de esta manera “no otorgar” ningún puntaje al compromiso señalado en dicho Formato; sin embargo mediante CARTA N° 154-2019-CC-CAJAMARCA 7-PRODUCTOS, “DE MANERA EXTRAÑA E INSÓLITA” y “SIN NINGÚN FUNDAMENTO TÉCNICO NI LEGAL”, el Comité de Compra Cajamarca 7, por recomendación de la Unidad Territorial Cajamarca 2, emitió respuesta rechazando la justa petición, señalando textualmente lo siguiente: “.....**no existe documento normativo que exprese la posibilidad de efectuar enmienda, corrección u otro al Acta de Evaluación, en forma posterior y fuera de la etapa de evaluación y selección de propuestas**”.

La **NEGATIVA** a la solicitud de **ENMIENDA DEL ACTA DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE PROPUESTAS - PROCESO DE COMPRA N° 001-2019-CC-CAJAMARCA 7-PRODUCTOS (TERCERA CONVOCATORIA) - ACTA N° 08-2019-CC-CAJAMARCA 7**, ha quebrantado los principios de igualdad de trato y transparencia establecidos en el numeral 5. del Manual del Proceso de Compras vigente para el Proceso de Compras 2019, aprobado según Resolución de Dirección Ejecutiva N° 397-2018-MIDIS/PNAEQW de fecha 08 de noviembre del 2018, en virtud de los cuales, y de las leyes que gobiernan nuestro país, debió realizarse la enmienda del **ACTA DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE PROPUESTAS - PROCESO DE COMPRA N° 001-2019-CC-CAJAMARCA 7-PRODUCTOS (TERCERA CONVOCATORIA) - ACTA N° 08-2019-CC-CAJAMARCA 7**.

5.3.5 Los vicios de la voluntad resultante de error, se sustenta en lo siguiente:

- A. *Mi representada, así como cualquier otro proveedor de la Unidad Territorial Cajamarca 2, durante la prestación del servicio alimentario, solamente podía entregar los productos establecidos en el anexo N° 03-B “Tabla de alimentos de la modalidad productos - Unidad Territorial Cajamarca 2”, los cuales se derivan del anexo N°03-A “Especificaciones técnicas de los alimentos que forman parte de la prestación del servicio alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.*
- B. *El anexo N° 01 - Harinas Extruidas (HAR-HE), del anexo N°03-A “Especificaciones Técnicas de los alimentos que forman parte de la prestación del servicio alimentario del programa nacional de alimentación escolar Qali Warma”, contiene un listado de trece (13) harinas de las cuales doce (12) son fortificadas. De estas doce (12) harinas fortificadas solamente la harina de quinua y la harina de trigo fortificado, se encuentran establecidos y aprobados en el anexo N°03-B “Tabla de alimentos de la modalidad productos - Unidad Territorial Cajamarca 2”, de las cuales, la harina de trigo fortificado es un alimento que no corresponde su evaluación como alimento fortificado a entregar de manera facultativa. Siendo así, el único alimento*



fortificado que se puede entregar mi representada es la harina de quinua.

- C. Precisamente el vicio de la voluntad resultante del error, se debe al hecho de que mi representada, durante la ejecución contractual, no puede cumplir con el compromiso de entregar para seis (6) entregas un alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo), toda vez que la única harina fortificada que es posible entregar para las tres (3) entregas, es la harina de quinua.*
- D. Cabe señalar que, mi representada ha realizado para tres (3) entregas, la entrega del alimento fortificado harina de quinua, a todas las instituciones educativas publicas correspondientes al contrato de la referencia a).*
- E. El vicio de la voluntad, resultante de error, no imputable a mi representada señalada anteriormente, es de pleno conocimiento del comité de compra Cajamarca 7 bajo su presidencia y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, a través de las Unidades de Organización de las Prestaciones y Gestión de contrataciones y Transferencia de Recursos.*
- F. Para dar solución a este vicio de la voluntad resultante del error, mediante la carta N°056-2019-Negociaciones y Agroindustrias SAC, mi representada solicito el intercambio de productos, habiendo emitido su presidencia, la carta de la referencia b), mediante la cual, entre otros, señala lo siguiente:*
- G. “Que se debe cautelar que los postores que suscribieron el formato N°017, y fueron adjudicados en el proceso de compra 2019. en el ámbito de la Unidad Territorial a su cargo, cumplan con su compromiso asumido a través del mencionado formato”*
- H. Se debe tener en cuenta que en razón de la referida respuesta, al amparo del numeral 1. BASE LEGAL, solicitamos la inaplicación de penalidad por “Fuerza Mayor no imputable a mi representada (debiendo también ser solicitada como inaplicación de penalidad por anulabilidad de acto jurídico por vicio de la voluntad por razón de error), que no permitió cumplir con el compromiso asumido según el formato N°017 "Declaración Jurada de entrega de alimentación Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N°04) por Item”*
- I. Estos argumentos se sustentaron con los siguientes documentos:*
 - a. Carta N° 158-2019-CC-CAJAMARCA 7-PRODUCTOS, de fecha 01 de Octubre del 2019 sobre el pronunciamiento respecto al intercambio de producto para el cumplimiento del formato N° 017 de las bases de proceso de compra 2019.*

- b. Carta N° 056-2019-Negociaciones y Agroindustrias SAC, de fecha 31 de Julio del 2019, donde presenta solicitud de intercambio de productos para entregar la harina que determine el especialista alimentario en lugar de la Harina del formato N°17 de la propuesta técnica.
- c. Cartas N° 017, 043 y 068 -2019-CC7-TAB-NEAR/RSS, de presentación de expediente de liberación de la segunda, quinta y octava entrega, así como actas de liberación donde se evidencia la liberación de la Harina de Quinoa Fortificada
- d. Anexo N° 01 - Harinas Extruidas (HAR-HE) del anexo N° 03-A “Especificaciones Técnicas de los alimentos que forman parte de la prestación del servicio alimentario del PNAE Qali Warma.
- e. Anexo N° 03-B “Tabla de alimentos de la modalidad Productos - Unidad Territorial Cajamarca 2”.
- f. Anexo N° 04-A “Requerimiento de volumen de productos por ítem”.
- g. Anexo N° 04-B “Requerimiento de volumen de productos por institución educativa”.
- h. Memorando N° D0001752-MIDIS-PNAEQW-UGCTR, de fecha 25 de setiembre del 2019, de la Unidad de Gestión y Transferencia de Recursos, indicando que las penalidades aplicadas son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, bajo responsabilidad, cuando concurren conjuntamente: a) Una causal de incumplimiento prevista en el contrato; y, b) Que responda a circunstancias imputables al proveedor.
- J. Además con el informe N° D000131-2019-MIDIS/PNAEQW-UTCJMR2-CSC₁ de fecha 17 de octubre del 2019, se evidencia que como Proveedor he cumplido con entregar dos (3) entregas, según lo programado en el anexo N° 04 – A “Requerimiento de volúmenes por ítem”, en la segunda, quinta y octava entrega, del producto Harina de Quinoa Fortificada en la marca “La Perla del Oriente”

CUADRO N° 01: HARINA DE QUINUA FORTIFICADA							
PROVEEDOR	ITEM	TOTAL, DE ENTREGAS	MARCA	LOTE	CERTIFICADO DE CALIDAD	NUMERO DE ENTREGA	OBSERVACIONES
NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.	TABACONAS	3	LA PERLA DEL ORIENTE	0219HQF	190210.01GO	SEGUNDA ENTREGA	Según Declaración Jurada (formato N° 17) se compromete* la entrega de 6 producto fortificada de» en 6 entregas
			LA PERLA DEL ORIENTE	419HQF	190411.08GO	QUINTA ENTREGA	
			LA PERLA DEL ORIENTE	619HQF	190624.08GO	OCTAVA ENTREGA	

En consecuencia es factible determinar que:

- a. *De conformidad con el Contrato N° 003-2019-CC-CAJAMARCA 07/Productos, según Anexo 4 - A "Requerimiento de volúmenes por ítem", solo la Harina de Quinoa es considerada como fortificada y en la cual según contrato se programó para las entregas 2, 5 y 8 (tres entregas).*
- b. *Con fecha 31 de julio del 2019, el Proveedor EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., presenta la Carta N° 056-2019; en la cual solicita entregar productos adicionales fortificados a partir de la septima entrega para así cumplir con el compromiso contractual del formato N°17, de entregar alimentos fortificados.*
- c. *Mediante Informe N° D000109-2019/PNAEQW-UTCJMR2-FHC, de fecha 05 de agosto del 2019, del especialista alimentario, donde realiza la propuesta de intercambio para cumplimiento de formato N°17 de las bases integradas del proceso de compra de productos para la prestación del servicio alimentario 2019, considerando dos propuestas:*

Propuesta N°01: Intercambio de alimentos Harina de trigo fortificado y mezcla de harinas por harina de Kiwicha y/o harina de cebada y/o harina de maíz y/o harina de quinoa y/o harina de haba y/o harina de tarwi y/o harina de cañihua y/o harina de maca.

Propuesta N° 02: Considerar la entrega de dos alimentos fortificados a través de intercambios y considerar cada alimento como una entrega.

- d. *Con Memorando N° D001752-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR, de fecha 24 de setiembre, la Unidad De Gestión De Contratación Y Transferencia De Recursos; da respuesta sobre el intercambio de alimentos indicando que se solicita a su despacho cautelar que los postores que suscribieron el formato N° 17 y fueron adjudicados; cumplan con su compromiso asumido a través del mencionado formato.*
- e. *Informe N° D000131-2019-MIDIS/PNAEQW-UTCJMR2-CSC, donde indica que el proveedor EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., cumplió con las dos (3) entregas de producto fortificado según la programación del Anexo N° 04-A y 04-B: Requerimiento de Volumen de Productos / Requerimiento de Raciones referente al contrato N° 003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, ítem Tabaconas.*
- f. *El proveedor EMPRESA NEGOCIACIONES Y*



AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., fue diligente, considerando que la programación de productos según Anexo N° 03B- Tabla De Alimentos De La Modalidad Productos (Unidad Territorial Cajamarca 2), Anexo N° 04A - Requerimiento de volumen de producto por ítem y Anexo N° 04B - Requerimiento de volumen de producto por institución educativa, cumplió con las tres (3) entregas programadas según contrato, sin embargo no permite que el proveedor pueda cumplir lo indicado en el formato N° 17, en cuanto al compromiso de las seis (6) entregas de un alimento fortificado.

- g. No se puede efectuar la ejecución de la obligación contractual, toda vez que, el hecho que se haya programado solo tres (3) entregas de producto fortificado según Anexo N° 03B- Tabla De Alimentos De La Modalidad Productos; deviene de un vicio de la voluntad resultante de error, que imposibilita el poder cumplir con las entregas precisadas en el Formato N° 17 - Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04) para todas las Instituciones Educativas.

Se debe tomar en cuenta que existe JURISPRUDENCIA a fin de que se pueda subsanar el vicio de voluntad por error, como el CASO DE MODIFICACIÓN DEL CRITERIO DEL FACTOR DE EVALUACIÓN EN LAS BASES INTEGRADAS DE LA QUINTA CONVOCATORIA DEL PROCESO DE COMPRAS N° 001-2019-CC-AMAZONAS 3/PRODUCTOS), en el que se sostiene:

En el literal d) Promesa de entrega de alimentos fortificados por cada entrega de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04) para todas las Instituciones Educativas: (Formato N° 17) del numeral 2.2.4.2 Evaluación, calificación y selección de las Propuestas Técnicas (Sobre N° 01), de las BASES INTEGRADAS DE LA QUINTA CONVOCATORIA DEL PROCESO DE COMPRAS N° 001-2019-CC-AMAZONAS 3/PRODUCTOS), respecto de las primeras convocatorias del 2019, se realizó la modificación del factor, criterio y puntaje de evaluación, según se indica en el párrafo resaltado y subrayado del siguiente cuadro:

Factor	Criterio	Puntaje
2	<i>Postor que se comprometa a entregar para dos (02) entregas, un (01) alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo) de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones</i>	3



	Educativas	
--	------------	--

Fuente: Bases Integradas de la QUINTA CONVOCATORIA DEL PROCESO DE COMPRAS N° 001- 2019- CC AMAZONAS 3/PRODUCTOS

Nótese que, en la CUARTA CONVOCATORIA DEL PROCESO DE COMPRAS N° 001-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, SE OTORGÓ 3 PUNTOS para un compromiso de entregar para tres (03) entregas un (01) alimento fortificado, y en el caso de la QUINTA CONVOCATORIA DEL PROCESO DE COMPRAS N° 001- 2019- CC AMAZONAS 3/PRODUCTOS, SE OTORGÓ EL MISMO PUNTAJE (3 PUNTOS), pero para un compromiso de entregar para dos (02) entregas (una entrega menos) un (01) alimento fortificado.

Dejamos claramente establecido que, la reducción del compromiso de entregar un (01) alimento fortificado para tres (03) entregas, con puntaje 3, estableciendo en su lugar el compromiso de entregar un (01) alimento fortificado sólo para dos (02) entregas, con el mismo puntaje 3, ocurrido para la QUINTA CONVOCATORIA DEL PROCESO DE COMPRAS N° 001-2019-CC-AMAZONAS 3/PRODUCTOS, fue determinada por el PNAEQW con la finalidad de ADECUAR EL COMPROMISO A LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EL ANEXO N° 03-B, EN EL ANEXO N° 01 DEL ANEXO N° 03-A, EN EL ANEXO N° 04-A Y EN EL ANEXO N° 04-B DE LAS BASES INTEGRADAS DE LA CITADA QUINTA CONVOCATORIA, Y DE ESTA MANERA LOS POSTORES PUEDAN CUMPLIR CUALQUIER COMPROMISO QUE ADOPTEN, sin tener ningún temor de no cumplir a causa de alguna disposición establecida en la BASES INTEGRADAS, de manera restrictiva y contraria a toda posibilidad de propuesta que siempre deben tener los participantes en un proceso de compra.”

Sobre la pretensión subordinada

“Es cierto que como proveedor se incumplió la obligación contractual de: “(...) Cumplirlos compromisos y/o promesas asumidos durante la fase de selección de proveedores (...) b) Entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17) (...); en el marco de la ejecución del CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, ítem: Tabaconas, porque con la programación establecida fue imposible que pueda cumplir con su compromiso asumido a través del Formato 17, CONFIGURANDO UN CASO DE FUERZA MAYOR.

Para fundamentar la fuerza mayor es necesario señalar lo establecido en los puntos 3.7.2 y 3.7.3 del numeral 3.7 “Aplicación de Penalidades” de las Bases Integradas del Proceso de Compras 2019, concordante con lo



contemplado en el numeral 16.3 de la Cláusula Décimo Sexta del Contrato N° 003-2019-CC-CAJAMARCA 07/PRODUCTOS, en los cuales se establece, entre otros aspectos lo siguiente:

“No se consideran incumplimiento de obligaciones y en consecuencia no se aplicará penalidades, por supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, que imposibiliten al proveedor el cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato.”

“El proveedor puede solicitarla inaplicación de penalidades mediante la presentación al COMITÉ DE COMPRA de un escrito, adjuntando los elementos probatorios correspondientes, en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles de suscitado el evento caso contrario no será admitido. El COMITÉ DE COMPRA debe trasladar el pedido a la Unidad Territorial.”

Por otra parte, cabe precisar que en el literal h) del Anexo N° 01 “Definición de Términos” del Manual del Proceso de Compras vigente, concordante con la Cláusula Vigésimo del Contrato N° 003-2019-CC-CAJAMARCA 07/PRODUCTOS, se define al caso fortuito o fuerza mayor como causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El caso fortuito es aquél provocado por la naturaleza, o aquél hecho imprevisible, mientras que la fuerza mayor es el acto del hombre o el acto irresistible. No obstante, los efectos jurídicos son idénticos.

Por otro lado, el Artículo 1315° del Código Civil señala lo siguiente: 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.

Extraordinario es aquello fuera de lo común, imprevisible es aquello que no puede ser previsto en el orden normal de los sucesos y del pensamiento humano, e irresistible es aquello a lo que no se puede oponer por ser superior a los recursos y posibilidades de contención.

Cuando ocurre la causa no imputable señalada (fuerza mayor) el efecto es la extinción de la relación obligatoria, según lo señalado en el artículo 1316 del Código Civil.

Señor Presidente, se debe dejar sin efecto la penalidad y declararla nula, porque como “Proveedor” me encontraba imposibilitado de “Cumplir con los compromisos y/o promesas asumidos durante la fase de selección de proveedores: b) Entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17)”,

Y es cierto que previamente me comprometí a lo señalado en el Formato N° 17, y al firmar se verificó el documento para que en un futuro dar cumplimiento al requerimiento de Productos (Anexo 04) establecido en las Bases Integradas del Proceso de Compra 001-2019; sin embargo si es



factible argumentar que a pesar de que existe un compromiso asumido, el mismo no lo pude realizar debido a una fuerza mayor, es decir que en la programación de las entregas correspondientes a las Instituciones Educativas Públicas del Item: Tabaconas, en el marco de la ejecución del CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, no se ha considerado la entrega de productos fortificados concordante con su compromiso asumido

La fuerza mayor se sustenta en lo siguiente:

Mi representada, así como cualquier otro proveedor de la Unidad Territorial Cajamarca 2, durante la prestación del servicio alimentario, solamente podía entregar los productos establecidos en el anexo N° 03-B "Tabla de alimentos de la modalidad productos - Unidad Territorial Cajamarca 2", los cuales se derivan del anexo N°03-A "Especificaciones técnicas de los alimentos que forman parte de la prestación del servicio alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

El Anexo N° 01 - Harinas Extruidas (HAR-HE), del anexo N°03-A "Especificaciones Técnicas de los alimentos que forman parte de la prestación del servicio alimentario del programa nacional de alimentación escolar Qali Warma", contiene un listado de trece (13) harinas de las cuales doce (12) son fortificadas. De estas doce (12) harinas fortificadas solamente la harina de quinua y la harina de trigo fortificado, se encuentran establecidos y aprobados en el anexo N°03-B "Tabla de alimentos de la modalidad productos - Unidad Territorial Cajamarca 2", de las cuales, la harina de trigo fortificado es un alimento que no corresponde su evaluación como alimento fortificado a entregar de manera facultativa. Siendo así, el único alimento fortificado que se puede entregar mi representada es la harina de quinua.

Precisamente la "Fuerza Mayor" se debe al hecho de que mi representada, durante la ejecución contractual, no puede cumplir con el compromiso de entregar para seis (6) entregas un alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo), toda vez que la única harina fortificada que es posible entregar para las tres (3) entregas, es la harina de quinua.

Cabe señalar que, mi representada ha realizado para tres (3) entregas, la entrega del alimento fortificado harina de quinua, a todas las instituciones educativas publicas correspondientes al contrato de la referencia a).

La "Fuerza mayor", no imputable a mi representada señalada anteriormente, es de pleno conocimiento del comité de compra Cajamarca 7 bajo su presidencia y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, a través de las Unidades de Organización de las Prestaciones y Gestión de contrataciones y Transferencia de Recursos.

Para dar solución a esta "Fuerza Mayor", mediante la carta N° 056-2019-Negociaciones y Agroindustrias SAC, de fecha 31 de Julio del 2019, mi

representada solicito el intercambio de productos, habiendo emitido su presidencia, la carta de la referencia b), mediante la cual, entre otros, señala lo siguiente:

“Que se debe cautelar que los postores que suscribieron el formato N°017, y fueron adjudicados en el proceso de compra 2019. en el ámbito de la Unidad Territorial a su cargo, cumplan con su compromiso asumido a través del mencionado formato”

En razón de la referida respuesta, al amparo del numeral 1. BASE LEGAL, solicitamos la inaplicación de penalidad por “Fuerza Mayor no imputable a mi representada, que no permitió cumplir con el compromiso asumido según el formato N°017 "Declaración Jurada de entrega de alimentación Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N°04) por Ítem”

Estos argumentos son sustentados con los siguientes documentos:

- a. *Carta N° 158-2019-CC-CAJAMARCA 7-PRODUCTOS, de fecha 01 de Octubre del 2019 sobre el pronunciamiento respecto al intercambio de producto para el cumplimiento del formato N° 017 de las bases de proceso de compra 2019.*
- b. *Carta N° 056-2019-Negociaciones y Agroindustrias SAC, de fecha 31 de Julio del 2019, donde presenta solicitud de intercambio de productos para entregar la harina que determine el especialista alimentario en lugar de la Harina del formato N°17 de la propuesta técnica*
- c. *Cartas N° 017, 043 y 068 -2019-CC7-TAB-NEAR/RSS, de presentación de expediente de liberación de la segunda, quinta y octava entrega, así como actas de liberación donde se evidencia la liberación de la Harina de Quinoa Fortificada*
- d. *Anexo N° 01 - Harinas Extruidas (HAR-HE) del anexo N° 03-A “Especificaciones Técnicas de los alimentos que forman parte de la prestación del servicio alimentario del PNAE Qali Warma.*
- e. *Anexo N° 03-B ‘Tabla de alimentos de la modalidad Productos - Unidad Territorial Cajamarca 2”.*
- f. *Anexo N° 04-A “Requerimiento de volumen de productos por Ítem”.*
- g. *Anexo N° 04-B “Requerimiento de volumen de productos por institución educativa”.*
- h. *Memorando N° D0001752-MIDIS-PNAEQW-UGCTR, de fecha 25 de setiembre del 2019, de la Unidad de Gestión y Transferencia de Recursos, indicando que las penalidades aplicadas son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, bajo responsabilidad, cuando*



concurran conjuntamente: a) Una causal de incumplimiento prevista en el contrato; y, b) Que responda a circunstancias imputables al proveedor.

Además con el informe N° D000131-2019-MIDIS/PNAEQW-UTCJMR2-CSC₁ de fecha 17 de octubre del 2019, se evidencia que como Proveedor he cumplido con entregar dos (3) entregas, según lo programado en el anexo N° 04 – A “Requerimiento de volúmenes por ítem”, en la segunda, quinta y octava entrega, del producto Harina de Quinoa Fortificada en la marca “La Perla del Oriente”

CUADRO N° 01: HARINA DE QUINUA FORTIFICADA							
PROVEEDOR	ITEM	TOTAL, DE ENTREGAS	MARCA	LOTE	CERTIFICADO DE CALIDAD	NUMERO DE ENTREGA	OBSERBACIONES
NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.	TABACONAS	3	LA PERLA DEL ORIENTE	0219HQF	190210.01GO	SEGUNDA ENTREGA	Según Declaración Jurada (formato N° 17) se compromete* la entrega de 6 producto fortifica de» en 6 entregas
			LA PERLA DEL ORIENTE	419HQF	190411.08GO	QUINTA ENTREGA	
			LA PERLA DEL ORIENTE	619HQF	190624.08GO	OCTAVA ENTREGA	

En consecuencia es factible determinar que:

- a. De conformidad con el Contrato N° 003-2019-CC-CAJAMARCA 07/Productos, según Anexo 4 - A “Requerimiento de volúmenes por ítem”, solo la Harina de Quinoa es considerada como fortificada y en la cual según contrato se programó para las entregas 2, 5 y 8 (tres entregas).
- b. Con fecha 31 de julio del 2019, el Proveedor EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., presenta la Carta N° 056-2019; en la cual solicita entregar productos adicionales fortificados a partir de la séptima entrega para así cumplir con el compromiso contractual del formato N°17, de entregar alimentos fortificados.
- c. Mediante Informe N° D000109-2019/PNAEQW-UTCJMR2-FHC, de fecha 05 de agosto del 2019, del especialista alimentario, donde realiza la propuesta de intercambio para cumplimiento de formato N°17 de las bases integradas del proceso de compra de productos para la prestación del servicio alimentario 2019, considerando dos propuestas:

Propuesta N°01: Intercambio de alimentos Harina de trigo fortificado y mezcla de harinas por harina de Kiwicha y/o harina de cebada y/o harina de maíz y/o harina de quinoa y/o harina de haba y/o harina de tarwi y/o harina de cañihua y/o harina de maca.

Propuesta N°02: Considerar la entrega de dos alimentos fortificados a través de intercambios y considerar cada alimento como una entrega



- d. Con Memorando N° D001752-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR, de fecha 24 de setiembre, la Unidad De Gestión De Contratación Y Transferencia De Recursos; da respuesta sobre el intercambio de alimentos indicando que se solicita a su despacho cautelar que los postores que suscribieron el formato N° 17 y fueron adjudicados; cumplan con su compromiso asumido a través del mencionado formato.
- e. Informe N° D000131-2019-MIDIS/PNAEQW-UTCJMR2-CSC, donde indica que el proveedor EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., cumplió con las dos (2) entregas de producto fortificado según la programación del Anexo N° 04-A y 04-B: Requerimiento de Volumen de Productos / Requerimiento de Raciones referente al contrato N° 003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, ítem Tabaconas.
- f. El proveedor EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., fue diligente, considerando que la programación de productos según Anexo N° 03B- Tabla De Alimentos De La Modalidad Productos (Unidad Territorial Cajamarca 2), Anexo N° 04A - Requerimiento de volumen de producto por ítem y Anexo N° 04B - Requerimiento de volumen de producto por institución educativa, cumplió con las tres (3) entregas programadas según contrato, sin embargo no permite que el proveedor pueda cumplir lo indicado en el formato N° 17, en cuanto al compromiso de las tres (3) entregas de un alimento fortificado.
- g. No se puede efectuar la ejecución de la obligación contractual, toda vez que, el hecho que se haya programado solo dos (2) entregas de producto fortificado según Anexo N° 03B- Tabla De Alimentos De La Modalidad Productos; deviene de un vicio de la voluntad resultante de error, que imposibilita el poder cumplir con las entregas precisadas en el Formato N° 17 - Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04) para todas las Instituciones Educativas.

En conclusión en el presente proceso existe “fuerza mayor” por lo siguiente:

Lo extraordinario se juzga, principalmente, de acuerdo con las circunstancias temporales y espaciales. Y en el presente caso lo ordinario era “Cumplir con los compromisos y/o promesas asumidos durante la fase de selección de proveedores: b) Entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17)”, SIN EMBARGO EXISTIÓ EL EVENTO EXTRAORDINARIO porque durante la ejecución contractual, no pude cumplir con el compromiso de entregar para seis (6) entregas un alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo), toda vez que la única harina fortificada que es posible entregar para las dos (2) entregas, es la harina de quinua, porque era un imposible fáctico.



***Lo imprevisible,** se juzga cuando ocurren hechos que no se pueden prevenir. Y en el presente caso, no teníamos previsto que el formato 17 elaborado por el Estado, tenía contenido de imposible cumplimiento.*

***Lo irresistible,** se juzga cuando el que incumple no adopta las medidas posibles, en concreto, para superar el impedimento. Y en el presente caso, hemos adoptado medidas posibles, como cumplir con todo lo establecido en las bases y el contrato, sin embargo ha sido irresistible el cumplimiento del formato 17 porque no se adoptaron las medidas posibles en su contenido por parte de la demandada.”*

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante escrito presentado el 15 de setiembre de 2021, el PNAEQW formuló contestación a la demanda arbitral, con la que solicitó que la demanda sea declarada infundada.

Los fundamentos de hecho y derecho de la contestación de demanda obran en dicho escrito, los mismos que seguidamente se transcriben y que, al menos en lo que corresponde a los más relevantes, serán citados, reseñados o resumidos con motivo del análisis de las cuestiones controvertidas.

Sobre el marco normativo

“1.1.1 A fin de proporcionar al Tribunal Arbitral los elementos necesarios para laudar en estricto derecho la presente controversia, consideramos necesario brindar el marco normativo para la resolución de las controversias derivadas de la ejecución del Contrato materia del proceso.

1.1.2 Al respecto, la Cláusula Octava del Contrato estipula:

«El presente contrato está conformado por sus Anexos, las Bases Integradas del Proceso de Compra con sus Anexos y Formatos, la Propuesta Técnica y Económica del PROVEEDOR, disposiciones establecidas en el Manual de Proceso de Compras y normativa complementaria.

Las partes reconocen expresamente que ninguno de los documentos que conforman el presente contrato puede contener estipulaciones, condiciones o alcances inferiores a los contenidos en las Bases Integradas del Proceso de Compra. Todo contenido que intente reducir los alcances o exigencias de las Bases Integradas no será válido, siendo en tal circunstancia, de aplicación el requerimiento en las Bases Integradas.»

1.1.3 La Cláusula Vigésimo Primera del Contrato estipula:

«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, las disposiciones del Código Civil, en tanto no contradiga o se oponga a la normativa del PNAEQW.»

1.1.4 Asimismo, la Cláusula Novena del Contrato señala expresamente que:

«EL PROVEEDOR está obligado a cumplir lo siguiente:

9.26 Cumplir los compromisos y/o promesas asumidos durante la fase de selección de proveedores:

(...)

b. Entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17)»

1.1.5. Por lo tanto, en el presente proceso el accionar de las partes debe ser acorde a lo establecido en el Contrato N° 003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, el Manual de Compras del PNAEQW, las Bases Integradas, las disposiciones emitidas por el PNAEQW y supletoriamente a las disposiciones del Código Civil.

1.1.6. En esa línea, dejamos constancia que **bajo ningún supuesto será aplicable para la presente controversia las disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento, ni mucho menos las disposiciones contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General Nro. 27444.**

1.1.7. Por otro lado, el artículo 1361° del Código Civil peruano establece que: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.

En esta norma encontramos positivizado el principio de la obligatoriedad del contrato o *pacta sunt servanda*, conforme al cual los contratos obligan a las partes contratantes y, por lo tanto, los pactos deben cumplirse. Este principio es consustancial al origen del derecho contractual, lo cual hace que no se cuestione su presencia, por lo que las partes eran conscientes y conforme a la cláusula décimo sexta de la referencia que incumplimientos serían pasibles de aplicación de penalidades.

1.1.8 Por lo que, no resulta procedente discutir en el presente proceso arbitral las condiciones, procedimientos, obligaciones y derechos asumidos por ambas partes con la suscripción del contrato.

Al respecto, solicitamos al Tribunal Arbitral tener en cuenta que:

- *La parte demandante ha consentido en la suscripción del contrato las penalidades y sus porcentajes establecidas en la cláusula Décimo Sexta.*
- *Las penalidades y porcentajes son las mismas que están reguladas en el Manual de Compras, que es el régimen legal aplicable al contrato (conforme a cláusula vigésimo primera).*
- *Las penalidades y porcentajes son las mismas que fueron parte de las Bases del Proceso de Compra.*
- *Las partes establecimos los procedimientos para aplicación, así como inaplicación de penalidades.*

1.1.9 Como vemos, las penalidades, sus porcentajes y procedimientos de aplicación son parte del régimen legal especial del contrato suscrito en el ámbito del Manual de Compras de Qali Warma; y que fue y es de conocimiento de todos los proveedores a nivel nacional en el Manual de Compras, en el proceso (Bases) y al momento de suscribir el contrato. En ese entender, la parte demandante no tiene asidero legal para - luego de haber participado en el proceso de compras, presentado propuesta en la cual acepta las condiciones establecidas en las Bases y firmado el contrato – pretender desconocer los procedimientos acordados para la aplicación de penalidades y su formalidad.”

Sobre la pretensión principal de la demanda

“2.1 Conforme lo señala el exordio de la demanda el contratista pretende se anule el compromiso asumido mediante el Formato N° 17 – Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados (Anexo N° 04-A) por la causal de «vicio resultante de error conforme al artículo 221 inciso 2) del Código Civil» supuesto que acreditaremos no puede ser amparado por cuanto nos encontramos ante un falta y ausencia de debida diligencia imputable al contratista.

2.2 DEL PROCEDIMIENTO DE COMPRAS Y DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN EL MARCO NORMATIVO. -

Que, a efecto de establecer el sustento sobre la falta de diligencia del contratista, queremos señalar al colegiado, que los hechos materia de controversia se retrotraen a la convocatoria del Proceso de Compras 2019 – Tercera Convocatoria de fecha 13.02.19, mediante la cual se dieron a conocer a los posibles postores cuales eran los requisitos, condiciones, obligaciones y alcances de la futura relación contractual.

Que, conforme el procedimiento existe diferentes etapas y un cronograma preestablecido para su realización:

Calendario del Proceso de Compra	
SUB ETAPAS DEL PROCESO DE COMPRAS	CALENDARIO (HASTA 12 DÍAS HÁBILES)
Convocatoria	El 13 de Febrero del 2019
Difusión de Bases del Proceso de Compras	El 13 de Febrero del 2019
Registro de Participantes	Del 13 al 19 de Febrero del 2019
Formulación de Consultas u Observaciones	El 14 de Febrero del 2019
Absolución de Consultas u Observaciones y Publicación	Del 15 al 18 de Febrero del 2019
Integración de Bases del Proceso de Compras y Publicación	El 18 de Febrero del 2019
Presentación de Propuestas Técnicas y Económicas (lugar, fecha y hora)	El 20 de Febrero del 2019 a las 09:30 horas en Calle Pardo Miguel N° 105 (Restaurant AMOJU 2° Piso) – Distrito y Provincia de Jaén – Región Cajamarca.
Evaluación y Selección de Propuestas Técnicas y Económicas.	El 20 de Febrero del 2019
Supervisión Inicial de Almacenes	Del 21 al 22 de Febrero del 2019
Adjudicación de Postores	Del 21 al 22 de Febrero del 2019
Notificación a Postores Adjudicados	Del 21 al 25 de Febrero del 2019
Presentación de Documentos para la Firma del Contrato	Del 26 al 27 de Febrero del 2019
Firma de Contrato (*)	Del 26 al 28 de Febrero del 2019

De lo señalado es claro entonces que el contratista desde el 13.02.19 inclusive tenía conocimiento de las obligaciones contenidas en el proceso que de resultar ganador se obligaba a cumplir.

2.2.1 En ese sentido, son las Bases Integradas que después de pasar por la etapa de consultas u observaciones de los postores resultan siendo las reglas definitivas mediante las cuales el postor presenta su propuesta técnica y económica valorando el costo beneficio de la futura ejecución contractual, salvo que el postor producto del estudio de las bases estandarizadas haga uso de la facultad de Formular Consultas u Observaciones establecidas en el numeral 2.2.2.2. y 2.2.2.3. de las bases que señalan:



2.2.2.2 Formulación de Consultas y Observaciones:

En la fecha establecida en el Calendario del Proceso de Compras, las personas naturales y jurídicas previamente registradas como participantes, pueden formular sus consultas u observaciones sobre el contenido de las Bases, por medio virtual a través del aplicativo informático habilitado y publicado en el Portal Web del **PNAEQW** (icono: Proceso de Compras), en el horario de atención de **08:30 a 17:30 horas**.

(...)

2.2.2.3 Absolución de Consultas u Observaciones y Publicación:

En la fecha establecida en el Calendario del Proceso de Compra, la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos del **PNAEQW**, recepciona y organiza las consultas u observaciones, las cuales son absueltas por las respectivas Unidades técnicas o de asesoría del **PNAEQW**, de acuerdo a sus competencias.

En la fecha establecida en el Calendario del Proceso de Compras, la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos, publica la absolución de las consultas u observaciones en el Portal Web del **PNAEQW** (www.qw.gob.pe).

Consultas u Observaciones que de ser amparadas son integradas a las Bases con las modificaciones que resulten de su acogimiento parcial o total que una vez publicada no podrá ser modificada. (numeral 66° del Manual de Compras y 2.2.2.4. de las Bases Integradas) y que ahora el contratista pretende cuestionar.

2.2.2.4 Integración de Bases del Proceso de Compras y Publicación:

En la fecha establecida en el Calendario del Proceso de Compra, el **PNAEQW** integra las bases, incorporando, de ser el caso, las modificaciones que resulten de la absolución de las consultas y del acogimiento parcial o total de las observaciones formuladas.

Las Bases Integradas son publicadas en el Portal Web del **PNAEQW** (www.qw.gob.pe), según el Calendario establecido en las Bases, las cuales podrán descargarse gratuitamente.

Una vez publicadas las Bases Integradas no pueden ser modificadas ni observadas posteriormente, siendo de cumplimiento obligatorio por los actores involucrados en el Proceso de Compra y en la prestación del servicio alimentario.

2.2.2 De lo señalado, es claro entonces que, cualquier participante con la debida diligencia y luego de la lectura y estudio de las Bases Estandarizadas



tiene la facultad de formular las consultas u observaciones que considere necesarias sobre el contenido de este documento, con el fin de, y de resultar justificado se realice la modificación de estas Bases, las mismas que integradas y publicadas fueron aquellas con las cuales el contratista **NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS SAC** suscribió el contrato y se comprometió a las obligaciones contenida en ella y a su marco normativo en integridad recibiendo por ello una contraprestación.

2.2.3 Un ejemplo claro de ello resulta, de la responsabilidad y debida diligencia que tuvo que tener el contratista tenemos que existe una consulta al respecto de los productos fortificados sobre el cumplimiento de lo establecido en el Formato N° 17- Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega (s) de acuerdo con el requerimiento de productos (anexo N° 4A y 04 B) para todas las Instituciones Educativas en la Unidad Territorial Ancash 1 – ANCASH 4, 5 y 6 Cuarta Convocatoria (consulta 2936) por la empresa **CONTRATISTAS GENERALES GAMBINI SRL**. en la cual se consulta al respecto:

CONSULTA / OBSERVACION
En la evaluación de la oferta de entrega de alimentos fortificados se otorga como máximo (05) cinco puntos para seis (06) entregas de un (01) alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo) de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas. No obstante, según el Anexo N° 04, en el caso de la harina de kiwicha (que sería la única harina a fortificar) solo tiene programado 02(dos) entregas bimensuales, que sería su equivalente a un total de (04) entregas mensuales como máximo. por lo que solicito se modifique el puntaje de acuerdo al número máximo de entregas. En este caso, puntaje máximo 05 puntos equivalente a 04 entregas, y 02 entregas equivalente a 03 puntos.

Indicándosele en la absolución que:

ABSOLUCIÓN DE CONSULTA U OBSERVACIÓN
No se acoge la observación, el postor debe evaluar el compromiso de entrega de alimentos fortificados antes de presentar su propuesta, según los criterios establecidos en las Bases.

Lo que determina que es total responsabilidad del proveedor la evaluación de los compromisos que va a asumir en la ejecución contractual de acuerdo a las bases dentro de las cuales está el Formato N° 17 y Anexo 4A y B entre



otros, asignándosele un puntaje en el proceso de compras, **debiendo realizar la evaluación de compromisos en la etapa previa al proceso de compras y de la presentación de su propuesta técnica y económica.**

2.2.4 Asimismo, y en el mismo proceso de compras del año 2019 pero realizado por el comité de compras Amazonas 3 (que ha sido presentado por el contratista como fundamento de sus pretensiones) la modificación realizada a las Bases Integradas del referido proceso fue motivada por la consulta realizada **conforme al cronograma y procedimiento establecido desde su convocatoria,** por el postor Industrias Alimentarias San Juan SAC (consulta N° 2967) conforme se puede acreditar de la Resolución Dirección Ejecutiva N° D000109-MIDIS/PNAEQW-DE de fecha 21.05.2019, que señala dentro de sus considerandos:

Que, mediante Memorando N° D000715-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos informa a la Unidad de Organización de las Prestaciones que se recibió la consulta a las Bases N° 2967, la misma que es absuelta por la Coordinación de Gestión de Contrataciones y Seguimiento de Ejecución Contractual, considerando el número de entregas programadas en esta convocatoria (05 entregas), proponiendo modificar el número de entregas del factor de evaluación del literal "d) Promesa de entregas de alimentos fortificados por cada entrega de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04) para todas las Instituciones Educativas (Formato N° 17)" correspondiente al numeral "2.2.4.2 Evaluación, calificación y selección de las propuestas técnicas (sobre N° 01)", en base a la consulta formulada;

Consulta la cual fue realizada como señalamos en el plazo establecido conforme al cronograma del proceso y del cual integramos un extracto:

2967	CONVOCATORIA 5	INDUSTRIAS ALIMENTARIAS SAN JUAN S.A.C.	Formato N° 17 - DJ de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04) para todas las Instituciones Educativas	CONSULTA	En el formato N° 17 establece el número de entregas de arroz fortificado y harinas extruidas, siendo esta convocatoria para cinco (5) entregas, ¿Cuántas entregas debo proponer para este proceso?	SU CONSULTA SE INTEGRARÁ
------	-------------------	--	--	----------	---	-----------------------------------

(Anexo 24-A de la modificación de demanda)

De lo señalado es claro entonces que el «ejemplo» con el cual el contratista desea acreditar su dicho, no es tal, por cuanto del proceso Amazonas 3 – 5° Convocatoria en comentario, la modificación de la misma se llevó conforme al procedimiento de integración de las bases establecido en el numeral 2.2.2.2. al 2.2.2.4. motivado por la consulta previa realizada por el contratista con la diligencia debida.



2.2.5 En ese sentido, y tomando en cuenta de la lectura de la demanda queremos señalar lo siguiente:

- Conforme al calendario del proceso de Compras con fecha 13.02.19 se realiza la convocatoria y el registro de participantes.
- El calendario señala que con fecha 14.02.19 los postores podrían realizar las consultas u observaciones a las Bases estandarizadas que consideren pertinentes, que de resultar procedentes se integraría las bases definitivas la cual fue publicada el 18.02.19.
- Con fecha 20.02.19 el contratista teniendo conocimiento ya de las obligaciones contenidas en las Bases Integradas presenta su propuesta técnica optando y comprometiéndose a entregar para tres entregas un alimento fortificado obteniendo y beneficiándose con el puntaje máximo por este criterio.
- Con fecha 28.02.19 el Comité de Compra Cajamarca 7 y el proveedor suscribieron los contratos materia de controversia.

De lo señalado es claro entonces, que con posterioridad a la etapa de presentación de consultas u observaciones de las Bases Estandarizadas y publicadas las definitivas Bases Integradas el contratista **tenía pleno conocimiento de las obligaciones contenidas en él y en base a ello presentó con fecha 20.02.19 su propuesta técnica y económica e inserta a ella el Formato N° 17 de «Entrega de alimentos fortificados»,** por lo que no puede argumentar ahora la anulabilidad de este compromiso que es parte del contrato por cuanto realizó su propuesta en base a las condiciones en ella pactadas y que ahora desconoce así como cuestionar tardíamente este extremo del proceso de compras del cual resultó ganador.



56


PERÚ Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social Viceministerio de Prestaciones Sociales Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA

**BASES INTEGRADAS DEL PROCESO DE COMPRAS
DE PRODUCTOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ALIMENTARIO 2019**

Formato N° 17 - Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04) por ítem

Señor
Presidente del Comité de Compra Cajamarca 7
Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma
Presente. -

De mi consideración:

Yo, Roger Elver Sánchez Saldaña, de nacionalidad Peruano, identificado/a con DNI N° 43655505, en mi condición de postor, representante legal o apoderado legal de Negociaciones y Agroindustrias ROYERS SAC, con RUC N° 20570566734, con domicilio legal en Av. "A" N° 805 sector Aromo Bajo - Jaén, en relación al Proceso de Compra N° 001-2019-CC- Cajamarca 7 - Productos, declaro bajo juramento:

Me comprometo a entregar para: 06 Seis (Indicar cantidad de entregas en letras y números) entregas el producto arroz fortificado de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas.

Me comprometo a entregar para: 06 Seis (Indicar cantidad de entregas en letras y números) un (01) alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo) de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas.

Se entiende que el producto fortificado, es aquel alimento industrializado al cual se le ha añadido micronutrientes, con el propósito de prevenir o reducir una deficiencia nutricional en la población. Los productos fortificados a entregar, deben incluir prioritariamente los nutrientes necesarios para contribuir a la reducción de la anemia, según los niveles mínimos de fortificación señalados en los siguientes documentos:

- Arroz Fortificado: R.M N° 745-2018/MINSA "Fichas de homologación de arroz fortificado grado extra, arroz fortificado grado superior".
- Harinas extruidas fortificadas: Anexo 1 "Harinas extruidas", de las Especificaciones Técnicas de Alimentos del PNAE Qali Warma.

Los productos fortificados se acreditan mediante el Registro Sanitario, la Validación Técnica Oficial del Plan HACCP o Certificación de Principios Generales de Higiene expedido por la DIGESA; así como los Certificados de Calidad que deben acreditar como mínimo los niveles de fortificación utilizados de hierro, de acuerdo a lo estipulado en el Anexo 01 de las Especificaciones Técnicas de Alimentos del PNAE Qali Warma, y en la Ficha de homologación de arroz fortificado, los cuales podrán ser verificadas por el PNAEQW.

Justifico la veracidad de la información contenida en el presente documento y me someto a las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar si se comprueba su falsedad.

Me firmo y me ratifico en lo expresado, en señal de lo cual, firmo el presente documento en la ciudad de San Ignacio, a los veinte días del mes de Febrero del año dos mil diecinueve.

Atentamente,


 Roger Elver Sánchez Saldaña
 DNI N° 43655505
 Representante legal o apoderado legal de la empresa
 NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C

Importante. -
- En caso de consorcio debe ser firmado por el representante común.

HECHOS PREVIOS A LA SUSCRIPCIÓN DE CONTRATO Y DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN EL MARCO NORMATIVO.-

Asimismo, y previo a establecer el sustento sobre los cuales acreditaremos la debida aplicación de penalidades (materia de primera pretensión), queremos señalar al colegiado que los hechos materia de controversia están relacionados con la publicación de las Bases Integradas del Proceso de Compras 2019 – Tercera Convocatoria de fecha 13.02.19, la cual recoge todas y cada una de las disposiciones generales y reglas del procedimiento de compra, etapas del proceso de selección de postores, disposiciones sobre ejecución contractual, formatos y modelo de contrato, entre otras.

Un ejemplo de ello es la consulta N° 2840 realizada por el contratista CONSORCIO SANTA CLARA quien en el mismo proceso de compras de la cual resultó ganador del ítem La Coipa, realiza la siguiente consulta:

DEL PRODUCTO MEZCLA DE HARINAS SEGÚN ANEXO N°01- LAS HARINAS EXTRUIDAS NO ES CONSIDERADO COMO ALIMENTO FORTIFICADO POR LO TANTO SE PODRÁ REALIZAR PERMUTA O INTERCAMBIO CON UNA HARINA EXTRUIDA QUE ESTE DENTRO DE LA LISTA DE ALIMENTOS DEL GRUPO DE HARINAS QUE SI SEA FORTIFICADO PUESTO QUE DENTRO DE LA PROGRAMACIÓN DEL FORMATO N° 12 Y Anexo N° 04-A y 04-B: Requerimiento de Volumen de Productos / Requerimiento de Raciones no hay mas opciones pero en la tabla de alimentos dentro del grupo si hay alternativas como es la harina de kiwicha, cañihua.

Indicándosele en la absolución que:

Si se puede realizar el referido intercambio de alimentos, siempre que se cumpla con el procedimiento y los requisitos establecidos en el "Protocolo para el intercambio de alimentos en la atención alimentaria de la modalidad Productos del PNAEQW", con código PRT-005-PNAEQW-UOP, versión 4, aprobado mediante la RDE 448-2018-MIDIS/PNAEQW de fecha 21/11/2018. En caso que la Unidad Territorial apruebe el intercambio, el nuevo alimento podrá ser considerado como alimento fortificado para el compromiso que haya asumido el proveedor.

Como podrá apreciar el colegiado la consulta realizada por ese contratista tiene directa referencia con el intercambio de alimentos, solicitud que si resulta procedente pero siendo necesario que sustente la limitada disponibilidad del producto de acuerdo a lo establecido en el Protocolo de Intercambio de Alimentos RDE 448-2018-MIDIS/PNAEQW «Protocolo para el intercambio de alimentos en la Atención Alimentaria de la Modalidad Productos del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma» y no el cumplimiento de lo establecido en el Formato N° 17- Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados.

2.2.6 Con fecha 20.02.19 el contratista y teniendo conocimiento ya de las obligaciones contenidas en las Bases Integradas presenta su propuesta técnica optando y comprometiéndose a entregar para seis entregas un alimento fortificado obteniendo y beneficiándose con el puntaje máximo por este criterio.



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

(*) Puntaje Máximo

Finalmente, y sin perjuicio de lo señalado, los documentos presentados como Anexos 03-A, 03-B y 04-A, acreditan el conocimiento que tenía el contratista de las condiciones establecidas en el proceso de compra y en sus bases integradas, lo que abona a nuestra posición de haber declarado en su oportunidad la improcedencia de la solicitud de inaplicación de penalidades por caso fortuito y fuerza mayor que se desarrollará posteriormente.

2.2.7 De lo señalado es claro entonces, que con posterioridad a la etapa de presentación de consultas u observaciones de las Bases Estandarizadas y publicadas las definitivas Bases Integradas el contratista tenía pleno conocimiento de las obligaciones contenidas en él y en base a ello presentó con fecha 20.02.19 su propuesta técnica y económica e inserta a ella el Formato N° 17 de «Entrega de alimentos fortificados», por lo que no puede argumentar la existencia de caso fortuito y/o fuerza mayor cuanto realizó su propuesta en base a las condiciones en ella pactadas y del cual resultó ganador (el mismo que resultó válido y eficaz al suscribirse en base a su resultado el contrato materia de controversia).

2.2.8 En cuanto a la solicitud de «Enmienda del Acta de Evaluación y Selección de Propuesta»

El presente extremo, queremos señalar que, conforme lo establecen los numerales 2.2.2.2. al 2.2.2.4. es durante el proceso de compras y conforme a la etapa de consultas u observación de las bases que el contratista podrá solicitar cualquier «rectificación» de la evaluación del Formato N° 17, por

lo que solicitarlo fuera de las etapas y plazos establecidos resultaba improcedente y totalmente extemporánea (presentado el 24.09.19).

2.3 DE LA EJECUCION CONTRACTUAL – DE LA APLICACIÓN DE PENALIDADES.

2.3.1 De lo señalado anteriormente y teniendo que la ejecución contractual se rige por las disposiciones establecidas en el Manual del Proceso de Compras del Modelo de Cogestión para la Prestación del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 397-2018-MIDIS/PNAEQW, en adelante “Manual del proceso de Compras” y las Bases Integradas de Raciones y Productos, Anexos y Formatos, del Proceso de Compra para la Prestación del Servicio Alimentario 2019.

En este contexto, el numeral 7° del Manual del Proceso de Compras, establece que:

“Es competencia del PNAEQW la planificación del proceso de compras para la prestación del servicio alimentario, así como el seguimiento, supervisión y monitoreo de la ejecución contractual de los proveedores, a través de las Unidades Técnicas de la Sede Central y/o las Unidades Territoriales.

Las opiniones técnicas que emite el PNAEQW, en el marco del convenio de cooperación suscrito con el CC, con cesión de actividades de supervisión, suspensión del servicio, aplicación de penalidades, nulidades, resolución de contrato, suscripción de adendas y otras, son de carácter vinculante y deben ser implementadas en forma obligatoria por el CC”.

2.3.2 Es importante indicar además que de acuerdo a lo establecido en el numeral 146) del Manual del Proceso de Compras, concordante con el numeral 3.7.1 de las Bases Integradas del Proceso de Compras N° 001-2019-CAJAMARCA2/PRODUCTOS, las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, cuando concurren conjuntamente.

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

En el contexto, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, ha previsto la inaplicación de penalidades, la cual se encuentra establecida en los numerales 147 y 148 del Manual del Proceso de Compra, en los cuales se prescribe lo siguiente:

«(...)



147 No se consideran incumplimiento de obligaciones y en consecuencia no se aplicará penalidades, por supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, que imposibiliten el proveedor el cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato.

148 El proveedor puede solicitar la inaplicación de penalidades mediante la presentación al CC de un escrito, adjuntando los elementos probatorios correspondientes, en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles de suscitado el evento, caso contrario no será admitid. El CC debe trasladar el pedido a la Unidad Territorial.

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

2.3.3 En ese sentido, el proveedor puede recurrir a la inaplicación de penalidad por caso fortuito o fuerza mayor, siempre y cuando haya presentado su solicitud de “Inaplicación de penalidad”, adjuntando los documentos que sustenten la referida inaplicación dentro del plazo previsto; correspondiendo al Programa – antes de aplicar o no la penalidad – determinar si se configura como causal de incumplimiento previsto en el contrato y que resulta imputable el proveedor.

Siendo así, tenemos que el numeral 3.1 de las Bases Integradas y lo establecido en el Contrato N° 0006-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, Ítem: La Coipa, en su cláusula novena, numeral 9.26), se desprende que el proveedor, tiene entre otras la siguiente obligación contractual:

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

(..)

b) Entrega de alimentos fortificados (Formato N°17). (...)».

2.3.4 Asimismo, en el numeral 3.7.9 de las Bases Integradas y en la cláusula décimo sexta, numeral 16.9) del citado contrato, se señala que la penalidad referida a la entrega de productos - Causal N°19 - es de acuerdo al detalle siguiente:

Causales referidas a la entrega de productos		
N°	Causales de incumplimiento	Penalidad
19	No acreditar la entrega de alimentos fortificados durante el periodo de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el Formato N° 17, adjunto en su propuesta técnica.	7% del monto del contrato



Ahora bien, en atención a la solicitud de inaplicación de penalidad por motivos de caso fortuito o fuerza mayor requerida por el demandante, resulta pertinente tener en consideración los conceptos de “caso fortuito o fuerza mayor” que contempla – el literal h) del Anexo N° 01: Definiciones de Términos – del Manual de Procesos de Compras, el cual establece que “caso fortuito o fuerza mayor: Causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determinar su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El caso fortuito es aquel provocado por la naturaleza, o aquel hecho imprevisible, mientras que la fuerza mayor es el acto del hombre o del acto irresistible. No obstante, los efectos jurídicos son idénticos.” (El subrayado es nuestro).

Al respecto, es necesario precisar que un hecho o evento extraordinario se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuerte de lo ordinario, es decir fuera del orden natural o común de las cosas; asimismo, un hecho o evento imprevisible cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible, por su parte, el que un hecho o evento sea irresistible significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento.

De esta manera, se advierte que la configuración de un “caso fortuito o fuerza mayor” exime de responsabilidad a las partes, especialmente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar las prestaciones a su cargo.

2.3.5 Habiendo definido los alcances normativos y conceptos propios del contrato materia de controversia, tenemos que mediante Carta N° 070-2019-CSC de fecha 15.10.19, el demandante solicitó la inaplicación de penalidad respecto al ítem Tabaconas por la causal de fuerza mayor «no imputable a mi representada que no permitió cumplir con el compromiso asumido según el Formato N° 17».

2.3.6 Que, conforme al Formato N° 17 presentado por el contratista de fecha 20.02.19 con su propuesta técnica y económica, este se comprometió a seis entregas de productos fortificados por las cuales obtuvo en proceso el puntaje máximo en cuanto al criterio de evaluación de compromiso de entrega.



56

	PERÚ	Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social	Viceministerio de Prestaciones Sociales	Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA
--	------	--	--	--

**BASES INTEGRADAS DEL PROCESO DE COMPRAS
DE PRODUCTOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ALIMENTARIO 2019**

**Formato N° 17 - Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el
requerimiento de productos (Anexo N° 04) por ítem**

Señor
Presidente del Comité de Compra Cajamarca 7
Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma
Presente. -

De mi consideración:

Yo, Roger Elver Sánchez Saldaña, de nacionalidad Peruano, identificado/a con DNI N° 43655505, en mi condición de postor, representante legal o apoderado legal de Negociaciones y Agroindustrias ROYERS SAC, con RUC N° 20570566734, con domicilio legal en Av. "A" N° 805 sector Aromo Bajo - Jaén, en relación al Proceso de Compra N° 001-2019-CC- Cajamarca 7 - Productos, declaro bajo juramento:

Me comprometo a entregar para: 06 Seis (Indicar cantidad de entregas en letras y números) entregas el producto arroz fortificado de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas.

Me comprometo a entregar para: 06 Seis (Indicar cantidad de entregas en letras y números) un (01) alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo) de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas.

Se entiende que el producto fortificado, es aquel alimento industrializado al cual se le ha añadido micronutrientes, con el propósito de prevenir o reducir una deficiencia nutricional en la población. Los productos fortificados a entregar, deben incluir prioritariamente los nutrientes necesarios para contribuir a la reducción de la anemia, según los niveles mínimos de fortificación señalados en los siguientes documentos:

- Arroz Fortificado: R.M N° 745-2018/MINSA "Fichas de homologación de arroz fortificado grado extra, arroz fortificado grado superior".
- Harinas extruidas fortificadas: Anexo 1 "Harinas extruidas", de las Especificaciones Técnicas de Alimentos del PNAE Qali Warma.

Los productos fortificados se acreditan mediante el Registro Sanitario, la Validación Técnica Oficial del Plan HACCP o Certificación de Principios Generales de Higiene expedido por la DIGESA; así como los Certificados de Calidad que deben acreditar como mínimo los niveles de fortificación utilizados de hierro, de acuerdo a lo estipulado en el Anexo 01 de las Especificaciones Técnicas de Alimentos del PNAE Qali Warma, y en la Ficha de homologación de arroz fortificado, los cuales podrán ser verificadas por el PNAEQW.

Justifico la veracidad de la información contenida en el presente documento y me someto a las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar si se comprueba su falsedad.

Me afirmo y me ratifico en lo expresado, en señal de lo cual, firmo el presente documento en la ciudad de San Ignacio, a los veinte días del mes de Febrero del año dos mil diecinueve.

Atentamente,

Roger Elver Sánchez Saldaña
DNI N° 43655505
Representante legal o apoderado legal de la empresa
NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C

Importante. -
- En caso de consorcio debe ser firmado por el representante común.

En atención a lo antes expuesto, es evidente que el contratista previamente a comprometerse a lo señalado en el Formato N° 17, había verificado el requerimiento de Productos (Anexo 04) establecido en las Bases Integradas del Proceso de Compra; por lo cual, no puede argumentar que el compromiso asumido no pueda ser realizado por cuanto la presentación de su propuesta fue sobre las obligaciones contenidas en las Bases Integradas publicadas el 18.02.19.

2.3.7 De igual forma, resulta necesario señalar que en el marco del proceso de compras para el año 2019 se establecía la facultad de los postores de formular sus consultas y observaciones sobre el contenido de las bases, consulta que, como hemos desarrollado anteriormente se realizó en base al intercambio de alimentos y no sobre el compromiso de entrega de alimentos fortificados.

2.3.8 En consecuencia, los mencionados hechos no constituyen como caso de fuerza mayor respecto al incumplimiento de la obligación "(...) Cumplir los compromisos y/o promesas asumidas durante la fase de selección de proveedores (...) b) Entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17) (...)" dado que el incumplimiento de la misma es responsabilidad del contratista.

2.3.9 Se debe tener presente que, el proceso de compras del cual el contratista resulto ganador se rigió por las disposiciones del Manual del Proceso de Compras vigente al momento de la convocatoria (RDE N°397-2018-MIDIS/PNAEQW) y las Bases Integradas, anexos y formatos ya señalados.

Conforme a lo establecido en el numeral 146) del Manual de Compras 2019, en concordancia con el numeral 3.7 de las Bases Integradas

«(...) Los pronunciamientos de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos sobre la materia son vinculantes y de obligatorio cumplimiento por parte de la Unidad Territorial y el Comité. En caso de discrepancias entre la opinión de la Unidad Territorial y el pronunciamiento de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos prima el pronunciamiento de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos».

2.3.10 En ese sentido, conforme al pronunciamiento de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos – UGCTR en el expediente N° 001567-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP declara la improcedencia de esta solicitud basado en lo siguiente:

4.18 En atención a lo antes expuesto, se evidencia que el proveedor NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., previamente al comprometerse a lo señalado en el Formato N° 17, ha verificado el requerimiento de Productos (Anexo 04) establecido en las Bases Integradas del Proceso de Compra 001-2019; por lo cual no puede argumentar que su compromiso asumido no lo pueda realizar debido a que en la programación de las entregas correspondientes a las Instituciones

Educativas Públicas del Ítem Tabaconas en el marco de la ejecución del CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, no se ha considerado la entrega de productos fortificados concordante con su compromiso asumido.

4.19 En consecuencia, los mencionados hechos no constituyen como caso de fuerza mayor respecto al incumplimiento de la obligación "(...) Cumplir los compromisos y/o promesas asumidos durante la fase de selección de proveedores (...) b) Entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17) (...)" en el marco de la ejecución del CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, Ítem: Tabaconas, Entrega N° 09, dado que el incumplimiento de la misma es responsabilidad del proveedor NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.

Como podrá apreciar el colegiado y del estudio de su solicitud de inaplicación de penalidades, UGCTR señala que previo a realizar el compromiso de entrega de 06 alimentos fortificados señalado en el Formato



17 ha verificado los requerimientos señalados en el anexo A-4 establecido en las bases integradas del proceso de compras 2019 por lo que los hechos con los cuales fundamenta su solicitud no constituyen como un caso de fuerza mayor, motivo por el cual UGCTR concluye:

V. CONCLUSIONES:

De acuerdo a lo expuesto en el análisis del presente informe se concluye en lo siguiente:

- 5.1 La solicitud de inaplicación de penalidad, fue presentada por el proveedor NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C. dentro del plazo previsto, conforme a lo establecido en el numeral 148 del Manual del Proceso de Compras, en el punto 3.7.3 de las Bases Integradas y del contenido de la Cláusula Décimo Sexta y del acápite 16.3 del CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, Ítem: Tabaconas, Entrega N° 09.
- 5.2 Por lo expuesto, la solicitud de inaplicación de penalidad, presentada por el proveedor NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C. correspondiente a la Entrega N° 09 del CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, Ítem: Tabaconas, suscrito entre el Comité de Compra Cajamarca 7 y el referido proveedor, respecto a la obligación contenida en la Cláusula Novena, numeral 9.26 que establece: "(...) *Cumplir los compromisos y/o promesas asumidos durante la fase de selección de proveedores (...)* b) *Entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17) (...)*"; es **IMPROCEDENTE**, por lo que la Unidad Territorial Cajamarca 2 debe proceder de acuerdo a lo establecido en el numeral 146 del Manual del Proceso de Compras, Compras, concordante con el numeral 3.7.1 de las Bases Integradas del Proceso de Compras N° 001-2019-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, y el numeral 16.1 de la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, Ítem: Tabaconas, Entrega N° 09.

*2.3.11 Téngase presente que, conforme al concepto de “caso fortuito o fuerza mayor” que contempla – el literal h) del Anexo N° 01: Definiciones de Términos – del Manual de Procesos de Compras, el “caso fortuito o fuerza mayor: **Causa no imputable** consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determinar su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El caso fortuito es aquel provocado por la naturaleza, o aquel hecho imprevisible, mientras que la fuerza mayor es el acto del hombre o del acto irresistible. No obstante, los efectos jurídicos son idénticos.”; por lo que los hechos materia de la solicitud de inaplicación de penalidades y al ser de pleno conocimiento del contratista desde la publicación de las Bases Integradas las condiciones establecidas tanto en el Anexo A4 (Requerimiento de Productos) como en el Formato N° 17 presentado como parte de su propuesta técnica y económica no puede sustentarse la existencia de caso fortuito o fuerza mayor.*

2.3.12 En tal sentido, el Tribunal Arbitral podrá apreciar que existieron razones más que suficientes que dieron lugar a declarar improcedente la solicitud de inaplicación de penalidad, pues no estamos ante un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que catalogue al incumplimiento del contratista como un caso de fuerza mayor.



Además, el Colegiado podrá notar que **la parte demandante sólo ha cuestionado la aplicación de la penalidad, más no el pronunciamiento a la solicitud de inaplicación de penalidad**, dos aspectos que deben diferenciarse al momento de resolver la presente controversia.

2.3.13 SOBRE LAS SOLICITUDES DE INTERCAMBIO DE ALIMENTOS .-

Carta N° 056-2019 de fecha 31.07.19

Mediante la cual, el contratista presentó solicitud de intercambio de alimentos planteando se programe la entrega de dos harinas fortificadas tanto en la séptima como en la octava entrega, así como de una harina fortificada en la novena entrega con el fin de cumplir con el compromiso asumido en el Formato N° 17

En ese sentido y mediante Carta N° 158-2019-CC-CAJAMARCA7-PRODUCTOS el presidente del Comité de Compra Cajamarca 7 comunica el pronunciamiento con respecto a su solicitud, lo establecido en el Memorando N° 1752-2019-MIDIS/PNAEQW-UGCTR del 25.09.19, unidad competente para emitir pronunciamiento responde al Jefe de la Unidad Territorial Cajamarca 2:

« ..., se solicita a su Despacho, cautelar que los postores que suscribieron el Formato N° 17 y fueron adjudicados en el Proceso de Compra 2019, en el ámbito de la Unidad Territorial a su cargo, **cumplan con su compromiso asumido a través del mencionado Formato.**

Finalmente, cabe indicar que el numeral 146 del Manual del Proceso de Compras Modelo de Cogestión para la Prestación del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, establece que las penalidades aplicadas son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, bajo responsabilidad, cuando concurren conjuntamente: a) Una causal de incumplimiento prevista en el contrato; y, b) Que responda a circunstancias imputables al proveedor; **por lo que, de evidenciarse algún incumplimiento por parte de los proveedores deberán evaluar teniendo en consideración lo establecido en el numeral anteriormente citado**».

(énfasis nuestro)

2.3.14. En ese sentido, se ha evidenciado que pese a existir un compromiso del contratista como parte de su propuesta técnica y económica obteniendo con ello los puntajes máximos (tenga presente el colegiado arbitral que el contratista no realizó observación ni impugnación alguna a las bases ni al proceso de compras mismos, obteniendo más bien beneficios económicos en su ejecución), suscribiendo los contratos 006-2019 CC CAJAMARCA 7, ha presentado una serie de solicitudes de las cuales era consiente su improcedencia con el fin de incumplir con su obligación contractual.



2.3.15. Se ha acreditado entonces, que no se ha solicitado en ningún momento dentro de la ejecución contractual se elabore un nuevo cronograma de entrega que comprenda la totalidad de sus obligaciones, sino más bien, presentando solicitudes a todas luces improcedentes como el intercambio de productos (entre uno no fortificado por uno fortificado) o la entrega de producto fortificado no contemplado dentro del cronograma de entregas (queriendo forzar una modificación de una obligación contractual) a pesar de reconocer su improcedencia.

2.3.16. Por tanto, habiendo sido desestimadas las solicitudes de intercambio de alimentos y/o entrega de alimentos fortificados, o la enmienda del acto administrativo del «Acta N° 009-2019-CC-Cajamarca 07» acta de evaluación de selección de propuestas técnicas y económicas en tercera convocatoria, por cuanto estas solicitudes corresponden al ámbito de ejecución contractual, lo que correspondía en el presente caso era la aplicación de la penalidad por no acreditar la entrega de alimentos fortificados.

2.4 DE LA APLICACIÓN DE PENALIDADES:

Conforme a lo acontecido en el presente caso y al haberse declarado la improcedencia de la solicitud de inaplicación presentada, mediante Informes de Validación de Aplicación de Penalidad – UGCTR (Expediente N° 010982-2019-MIDIS/PNAEQW-TRANSF) correspondió aplicar la siguiente penalidad establecida en el numeral 16.9 – penalidad 19 de los contratos:

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

- Contrato 0003-2019-CC-CAJAMARCA7/PPRODUCTOS por la suma de S/. 195,101.10

De acuerdo a lo establecido en el numeral 146 del Manual del Proceso de Compras vigente y la Cláusula Décimo Sexta de los contratos.

Por todo lo expuesto, reafirmamos nuestra posición de que **EL COMITÉ** y el **PNAEQW** han actuado conforme a lo establecido en el MANUAL DE COMPRAS y lo pactado por las partes en **EL CONTRATO** por lo que solicitamos al colegiado arbitral se declare Infundada en su oportunidad esta pretensión al no existir vicio alguno de anulación del compromiso asumido mediante Formato Nro. 17.”

Sobre la pretensión subordinada de la demanda

“Conforme lo establece el artículo 87° del Código Procesal Civil al tratarse esta pretensión de una subordinada a la principal, y con el fin de no ser reiterativos, solicitamos al colegiado tomar en cuenta todas y cada una de las fundamentaciones realizadas en el principal a efecto declarar en su oportunidad Infundada esta pretensión.

Sin perjuicio de ello, y en cuanto al extremo de la solicitud de costos y costas del proceso señalamos que es evidente que los gastos que viene incurriendo el proveedor devienen por causas atribuibles a él mismo y no a la Entidad; por ende, dicha pretensión de pago de costas y costos debe ser declarada Infundada y atribuirle íntegramente dicho pago a la parte demandante.”

V. RECONVENCION

Con el escrito de contestación de la demanda presentado el 15 de setiembre de 2021, el PNAEQW también reconviene la demanda del contratista.

5.1 Sobre el petitorio

Se transcribe la pretensión de la reconvención:

“PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral declare la validez y eficacia de la declaración de improcedencia a la solicitud de inaplicación de penalidades contenida en el expediente N° 001567-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP; y como consecuencia válida la aplicación de penalidades materia del presente proceso arbitral.

5.2 Sobre los fundamentos de hecho y de derecho

Los fundamentos de hecho y derecho de la pretensión reconvencional, obran en el escrito de contestación a la demanda y reconvención, los mismos que seguidamente se transcriben y que, al menos en lo que corresponde a los más relevantes, serán citados, reseñados o resumidos con motivo del análisis de las cuestiones controvertidas.

*“Con el fin de evitar ser reiterativos, fundamentamos la presente pretensión en los señalado en nuestra contestación de la primera pretensión principal de la demanda conforme a los numerales 2.3. y siguientes sobre **«DE LA EJECUCION CONTRACTUAL – DE LA APLICACIÓN DE PENALIDADES»**”.*

VI. CONTESTACION A LA RECONVENCION

Mediante Decisión N° 5 de fecha 10 de febrero de 2022, y notificada a las partes en la misma fecha, se tuvo por no contestada la reconvenición, al no haber absuelto el contratista el traslado de la reconvenición dispuesto mediante Decisión N° 4, notificada a las partes de 5 de octubre de 2021.

VII. DETERMINACION DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

7.1 Determinación de las cuestiones controvertidas

Mediante Decisión N° 6 de fecha 19 de mayo de 2022, notificada a las partes en la misma fecha, considerando las pretensiones y posiciones de ambas partes, el Tribunal Arbitral, entre otros, determinó como cuestiones controvertidas las siguientes:

“PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA CORRESPONDIENTE A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: *Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar fundada la acción de anulabilidad del Contrato N° 003-2019-CC-CAJAMARCA7/PRODUCTOS, específicamente sobre el propósito del compromiso asumido en el Proceso de Compras, según FORMATO N° 17 – Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04 A) por ítem, por la causal de vicio resultante de error conforme al artículo 221 inciso 2) del Código Civil, y dejar sin efecto la aplicación de la penalidad al mencionado contrato.*

Asimismo, que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reintegrar a NEAGROINDUSTRIAS el monto dinerario ascendente a S/. 195,101.10, impuesto como penalidad, además de intereses legales y las costas y costos del proceso de arbitraje.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA CORRESPONDIENTE A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: *Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la aplicación de penalidad al Contrato N° 003-2019-CC-CAJAMARCA7/PRODUCTOS, al existir fuerza mayor no imputable a NEAGROINDUSTRIAS, por no cumplir con el propósito del compromiso asumido, según FORMATO N° 17 – Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04 A) por ítem.*

Del mismo modo, que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reintegrar a NEAGROINDUSTRIAS el monto dinerario ascendente a S/. 195,101.10 impuesto como penalidad, además de intereses legales y las costas y costos del proceso de arbitraje.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA CORRESPONDIENTE A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN: *Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la declaración de improcedencia a la solicitud de inaplicación de penalidades contenida en el expediente N° 001567-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP, y como consecuencia válida la aplicación de penalidades materia del presente proceso arbitral.”*

7.2 Admisión de Medios Probatorios

Mediante escrito de contestación a la demanda de fecha 15 de setiembre de 2021, se formuló oposición contra los documentos presentados con el escrito de demanda arbitral que no fueron ofrecidos como medios probatorios. Y con Decisión N° 4 de fecha 5 de octubre de 2021 se corrió traslado de la oposición, la cual no fue absuelta por el contratista.

Mediante Decisión N° 5 de fecha 10 de febrero de 2022, notificada a las partes en la misma fecha, se declaró infundada la oposición.

Así, en relación con la admisión de los medios probatorios, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 del REGLAMENTO, mediante Decisión N° 6 de fecha 19 de mayo de 2022, se dispuso admitir los siguientes medios probatorios:

“a. Respecto a la Demanda Arbitral presentada por NEAGROINDUSTRIAS el 08 de abril de 2021:

Los documentos consignados en el acápite “7. MEDIOS PROBATORIOS”

b. Respecto a la Contestación de Demanda Arbitral y reconvencción presentada por PNAEQW el 15 de septiembre de 2021:

Los documentos consignados en el acápite “3. MEDIOS PROBATORIOS”.” (El subrayado es agregado).

VIII. AUDIENCIAS

Con fecha 11 de octubre de 2022 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos, la misma que fuera programada, primero, mediante Decisión N° 6 de fecha 19 de mayo de 2022 y, luego reprogramada a pedido del PNAEQW mediante Comunicaciones N° 17 y N° 18 de fechas 13 de junio y 6 de setiembre de 2022.

En dicha audiencia, además de los miembros del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral, se contó con la asistencia de los representantes del PNAEQW. No participó el contratista pese a haber sido correctamente notificado de la programación de la referida audiencia, tal y como consta en el Acta de Audiencia de Ilustración de Hechos del 11 de octubre de 2022, notificada a las partes el 12 de octubre de 2022, junto con el audio y video correspondiente.

En la referida audiencia, los representantes del PNAEQW expusieron los hechos vinculados a la controversia, luego de lo cual, respondieron las preguntas del Tribunal Arbitral.

Posteriormente, con fecha 23 de enero de 2023 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, la misma que fuera programada mediante Decisión N° 7 de fecha 5 de enero de 2023.

En dicha audiencia, además de los miembros del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral, se contó con la asistencia de los representantes del PNAEQW. No participó en la misma el contratista pese a haber sido correctamente notificado, como consta en el Acta de Audiencia de Informes Orales del 23 de enero de 2023, notificada a las partes en la misma fecha, junto con el audio y video correspondiente.

En la referida audiencia, los representantes del PNAEQW expusieron su posición respecto a la controversia. No hubo preguntas del Tribunal Arbitral.

IX. ALEGATOS ESCRITOS

En la Audiencia de Informes Orales del 23 de enero de 2023, cuya acta, audio y video fue notificado a las partes en la misma fecha, el Tribunal Arbitral otorgó a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles a fin que presenten por escrito sus alegatos finales.

En relación con dicha disposición, PNAEQW mediante escrito presentado con fecha 30 de enero de 2023 presentó sus alegatos finales, sin embargo, el contratista no presentó escrito de alegatos, cuestión de la que se dejó constancia mediante Decisión N° 08 de fecha 8 de febrero de 2023.

9.1 Los alegatos de PNAEQW

Con motivo de la presentación de su escrito de alegatos finales de fecha 30 de enero de 2023, PNAEQW ha señalado lo siguiente:

“1. Desde el 13-02-2019 (fecha de la convocatoria y publicación de Bases), el contratista tenía conocimiento de los términos y condiciones del proceso. Así, habiendo el contratista evaluado los documentos normativos emitidos por Qali Warma presentó el Formato No 17, documento optativo, que en su caso le otorgó un puntaje adicional para finalmente resultar ganador del proceso de compras.

2. Reiteramos que el Formato No 17 es un documento optativo, a través del cual el contratista a fin de obtener el puntaje adicional se comprometió a entregar para seis (6) entregas un alimento fortificado de conformidad a las especificaciones técnicas de alimentos de acuerdo al requerimiento de productos, para todas las instituciones educativas.

3. De acuerdo al numeral 3.1 de las Bases Integradas, concordante con el numeral 9.26 del Contrato, el contratista tiene, entre otras, la obligación de “(...) Cumplir los compromisos y/o promesas asumidas durante la fase de selección de proveedores: (...) b) Entrega de alimentos fortificados (Formato N°17). (...)”. Frente al incumplimiento de dicha obligación, en el numeral 3.7.9 de las Bases Integradas, concordante con el numeral 16.9) del Contrato, se ha establecido la aplicación de la siguiente penalidad:

Causales referidas a la entrega de productos		
N°	Causales de incumplimiento	Penalidad
19	No acreditar la entrega de alimentos fortificados durante el periodo de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el Formato N° 17, adjunto en su propuesta técnica.	7% del monto del contrato

4. En este caso, hemos demostrado que el contratista entregó para 3 entregas un alimento fortificado, en lugar de las seis entregas a las que se había comprometido de acuerdo al Formato No 17.

CUADRO N° 01: HARINA DE QUINUA FORTIFICADA							
PROVEEDOR	ITEM	TOTAL DE ENTREGAS	MARCA	LOTE	CERTIFICADO DE CALIDAD	NUMERO DE ENTREGA	OBSERVACIONES
NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C	TABACONAS	3	LA PERLA DEL ORIENTE	0219HQF	190210.01 GO	SEGUNDA ENTREGA	Según Declaración Jurada (formato N°17) se compromete a la entrega de 6 producto fortificados en 6 entregas
			LA PERLA DEL ORIENTE	0419HQEF	190411.08 GO	QUINTA ENTREGA	
			LA PERLA DEL ORIENTE	0619HQEF	190624.08 GO	OCTAVA ENTREGA	

5. Entonces, a pesar que el contratista conocía los términos en los que contrataría de resultar ganador, optó por comprometerse al mayor número de entregas de alimento fortificado (seis entregas) que le otorgó el máximo puntaje, para finalmente no realizar tres de ellas aduciendo su imposibilidad de cumplimiento.

6. Sobre el particular, resaltamos que el contratista presentó una solicitud de inaplicación de penalidad, la misma que fue declarada improcedente, toda vez que el incumplimiento del contratista no es un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, al no concurrir la existencia de un evento extraordinario (contratista pudo haber evitado esta situación de incumplimiento adoptando medidas razonables y oportunas), evento imprevisible (contratista pudo prever de manera oportuna la supuesta imposibilidad que tendría para ejecutar las otras tres entregas) y evento irresistible (si el contratista hubiese actuado de modo diligente en el marco del proceso de compras habría contrarrestado a tiempo la supuesta imposibilidad de cumplimiento que se le presentó en la ejecución del Contrato).

7. Así pues, existiendo el incumplimiento y siendo que éste no obedece a un caso fortuito o fuerza mayor, se procedió legalmente con la aplicación de la siguiente penalidad:

ITEM	MONTO CONTRACTUAL S/.	PORCENTAJE DE PENALIDAD	MONTO DE PENALIDAD	CAUSAL DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
TABACONAS	2,787,158.60	7%	195,101.10	Clausula Décimo Sexta, Numeral 16.9), Inciso 19

8. Ahora bien, en relación a la de anulabilidad del formato No 17 planteada por el contratista por la causal de vicio resultante de error conforme al artículo 221 inciso 2) del Código Civil, resaltamos que de una lectura del artículo 221 y 222 del Código Civil, la **anulabilidad solo la puede interponer quien incurrió en error**. Por tanto, siendo que en el entender del contratista el Comité es quien cometió el error, tenemos que el contratista no está legitimado para formular una pretensión en ese extremo, por lo que no resultan amparables las pretensiones del demandante.

9. Finalmente, como señalamos en la audiencia de informes orales, de manera similar a los hechos y argumentos del presente caso contamos con procesos ya laudados a favor nuestro, en los que si bien intervienen otros contratistas en la gran mayoría de los casos han participado los árbitros de parte del presente proceso:

- **Laudo arbitral de fecha 29-04-2022:** a juicio del contratista el error que invoca lo habría cometido el demandado, por lo que el demandante no está legitimado procesalmente para formular la anulabilidad del Formato No 17.



- **Laudo de fecha 09-03-2022:** *el demandante alegaba que existía un evento de fuerza mayor que impidió que realizara la totalidad de entregas. Ante ello, el tribunal arbitral determinó que el motivo que alegan no es un obstáculo para el cumplimiento de las entregas pendientes de alimento fortificado.*
- **Laudo de fecha 24-02-2022:** *se señala que el contratista indicó expresa e inequívocamente que el error que invoca lo habría cometido la entidad y no él. Esto determina que el contratista no está legitimado procesalmente para formular la anulabilidad del Formato No 17.”*

X. FIJACIÓN DEL PLAZO PARA LAUDAR

Mediante la Decisión N° 8 de fecha 8 de febrero de 2023, notificada a las partes en la misma fecha, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de las actuaciones arbitrales y fijó en cuarenta (40) días hábiles el plazo para laudar, el mismo que puede ser prorrogado por única vez por el plazo de diez (10) días hábiles adicionales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 del REGLAMENTO.

Asimismo, se recordó a las partes que en atención al estado del arbitraje, y lo establecido por el artículo 53 del REGLAMENTO, no se encuentran facultadas para presentar escrito alguno, salvo requerimiento expreso del Tribunal Arbitral.

En este orden de ideas, el presente laudo se está emitiendo dentro del plazo para laudar establecido previamente.

CONSIDERANDO:

XI. CUESTIONES PRELIMINARES

11.1 Antes de iniciar el análisis de la materia controvertida, corresponde confirmar, como en efecto se hace, lo siguiente:

- Que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes.
- Que en momento alguno se recusó al Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las reglas del proceso.
- Que el contratista presentó su demanda dentro del plazo establecido en las reglas del proceso, habiendo ejercido plenamente su derecho a accionar por una tutela jurisdiccional efectiva.



- Que el Comité y el PNAEQW fueron debidamente emplazados con la demanda y tuvieron la oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa.
- Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como para presentar alegatos.
- Que el proceso arbitral, en todo momento, se ha llevado a cabo respetando el derecho de ambas partes al debido proceso como garantía jurisdiccional, no habiéndose formulado impugnación alguna en ese sentido.
- Que el Tribunal Arbitral ha procedido a dictar el presente Laudo dentro del plazo acordado con las partes.

11.2 De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio y análisis previo a la emisión del presente laudo se ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados y admitidos, haciendo un análisis y una valoración conjunta de los mismos, así como utilizando una apreciación razonada, buscando en todos los casos esclarecer las cuestiones controvertidas, de manera que, aunque en el análisis contenido en los siguientes considerandos no se haga mención a algún argumento o medio probatorio admitido y actuado, esto no debe interpretarse como una ausencia de valoración de dicho argumento o medio probatorio por el Tribunal Arbitral, sino tan solo como una priorización de las referencias a aquéllos que a juicio del Tribunal Arbitral han sido considerados como más relevantes.

XII. MARCO LEGAL APLICABLE

- 12.1 El Tribunal Arbitral considera necesario delimitar las normas aplicables al presente arbitraje, considerando las referencias hechas por las partes en relación a este tema.
- 12.2 Desde el punto de vista sustantivo, la normativa aplicable al presente arbitraje es el Manual del Proceso de Compras y las Bases Integradas del Proceso de Compras aprobados por el PNAEQW. En defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, se puede aplicar supletoriamente las disposiciones emitidas por el PNAEQW y el Código Civil peruano.

XIII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

13.1 Hechos No Controvertidos

En el presente extremo del Laudo, y previo a dar inicio con el análisis de fondo sobre la materia controvertida, corresponde que el Tribunal Arbitral resuma los hechos que, a su juicio, se constituyen como los principales y que no han sido objeto de controversia entre las partes:

1. Con fecha 13 de febrero de 2019, el Comité realizó la Tercera Convocatoria de Proceso de Compra N° 001-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS “COMPRA DE PRODUCTOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ALIMENTARIO 2019 DEL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA” Unidad Territorial Cajamarca 2 (en adelante, el PROCESO DE COMPRA).
2. NEAGROINDUSTRIAS participó en el PROCESO DE COMPRA presentando propuesta técnica y económica, siendo adjudicado el 22 de febrero de 2019.
3. Con fecha 28 de febrero de 2019, el Comité y NEAGROINDUSTRIAS suscribieron el CONTRATO por el Item TABACONAS, el mismo que estableció un cronograma de entrega por un periodo de atención de ciento setenta y cinco (175) días, y un monto contractual de S/ 2 807,325,50 (dos millones ochocientos siete mil trescientos veinticinco y 50/100 Soles).
4. Con fecha 05 de junio de 2019, mediante Carta N° 040-2019-Negociaciones y Agroindustrias SAC de la misma fecha, el contratista se dirige al Comité con el objeto de solicitar la enmienda del Acta de Evaluación y Selección de Propuestas del PROCESO DE COMPRA.
5. Con fecha 31 de julio de 2019, mediante Carta N° 056-2019-Negociaciones y Agroindustrias Royers SAC de la misma fecha, el contratista se dirige al Comité con el objeto de solicitar el intercambio de productos.
6. Con fecha 24 de setiembre de 2019, mediante Carta N° 154-2019-CC-CAJAMARCA 7-PRODUCTOS de la misma fecha, el Comité se dirige al contratista con el objeto de dar respuesta a la solicitud de enmienda del Acta de Evaluación y Selección de Propuestas del PROCESO DE COMPRA.
7. Con fecha 07 de octubre de 2019, mediante Carta N° 158-2019-CC-CAJAMARCA 7-PRODUCTOS de fecha 01 de octubre de 2019, el Comité se dirige al contratista con el objeto de emitir pronunciamiento respecto a la



solicitud de intercambio de productos.

8. Con fecha 15 de octubre de 2019, mediante Carta N° 071-2019-Negociaciones y Agroindustrias Royers SAC de la misma fecha, el contratista se dirige al Comité con el objeto de solicitar la inaplicación de penalidades respecto al Item TABACONAS.
9. Con fecha 19 de noviembre de 2019, mediante Carta N° 174-2019-CC-CAJAMARCA 7-PRODUCTOS de fecha 15 de noviembre de 2019, el Comité se dirige al contratista con el objeto de comunicar la improcedencia de la solicitud de inaplicación de penalidades respecto al Item TABACONAS.

13.2 **Cuestión previa sobre la carga probatoria**

1. Antes de entrar al análisis de las cuestiones controvertidas, el Tribunal Arbitral subraya que las partes deben tener presente que es a ellas a quienes corresponde probar los hechos que aleguen, de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 44 del REGLAMENTO, el que señala lo siguiente:

“Demanda, reconvención y contestaciones

Artículo 44.-

Salvo acuerdo de partes, la presentación de la demanda, su contestación, la reconvención y su contestación, se registrarán por las siguientes reglas:

(...)

*c) **Las pruebas deberán ser ofrecidas en la demanda, reconvención y sus contestaciones**, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 48° del presente Reglamento. Al ofrecer las pruebas, las partes deberán indicar el hecho o situación que se pretende probar con ésta.*

(...)”.

(el subrayado y negrita son nuestros)

2. En el mismo sentido, el numeral 2 del artículo 39 de la LA señala que:

“Artículo 39.- Demanda y contestación.

(...)

*2. Las partes, al plantear su demanda y contestación, **deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes** o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.*

(...)”.

(el subrayado y negrita son nuestros)

3. En relación con la carga de la prueba, Montezuma Chirinos³ señala lo siguiente:

“El principio de la carga de prueba descansa en el criterio que explica que este es un gravamen que recae sobre las partes a quienes se les impone el deber de facilitar el material probatorio para que el juzgador, llámese juez o árbitro, pueda formar sus convicciones acerca de los hechos alegados y resolver acerca de la procedencia de las pretensiones propuestas. Este principio de carga de prueba como lo hemos dicho recae sobre quien propone las pretensiones, es decir sobre aquel que demanda, y también sobre aquel que niega o rechaza los términos de la demanda propuesta en su contra. La prueba generada será recibida por el Juez para su apreciación y se reconoce que, ante la falta de ella, es decir ante el incumplimiento de este deber de probar, la pretensión será desestimada.”

4. En consecuencia, la carga de la prueba respecto de las alegaciones que efectúen las partes como parte del proceso recae en ellas y debe efectuarse a través de medios probatorios idóneos, no pudiendo trasladarse dicha carga a los árbitros, los que, sin perjuicio de la posibilidad de ordenar la realización de pruebas de oficio, deben ceñir su actuación a los principios de independencia e imparcialidad.

13.3 **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA**

“PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA CORRESPONDIENTE A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar fundada la acción de anulabilidad del Contrato N° 003-2019-CC-CAJAMARCA7/PRODUCTOS, específicamente sobre el propósito del compromiso asumido en el Proceso de Compras, según FORMATO N° 17 – Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04 A) por ítem, por la causal de vicio resultante de error conforme al artículo 221 inciso 2) del Código Civil, y dejar sin efecto la aplicación de la penalidad al mencionado contrato.

Asimismo, que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reintegrar a NEAGROINDUSTRIAS el monto dinerario ascendente a S/. 195,101.10, impuesto como penalidad, además de intereses legales y las costas y costos del proceso de arbitraje.”

Posición del demandante:

³ MONTEZUMA CHIRINOS, Alberto. Uso de la prueba de oficio por parte del Tribunal Arbitral y su relación con carga de la prueba. En: Revista de Arbitraje PUCP. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/download/16693/17024/>

1. La posición del demandante puede resumirse de la siguiente manera:
 - Existe un error en la evaluación del compromiso plasmado en el Formato N° 17 – Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados (en adelante, el Formato N° 17), ya que era imposible materialmente cumplir con lo estipulado en el mismo.
 - En ese sentido, el Comité no debió otorgarle ningún puntaje por las disposiciones y condiciones establecidas en las Bases Integradas de la Tercera Convocatoria del Proceso de Compra N° 001-2019-CC-CAJAMARCA7/PRODUCTOS (en adelante, las BASES INTEGRADAS).
 - En el Anexo N° 03-B “Tabla de Alimentos de la modalidad productos – Unidad Territorial Cajamarca 2” (en adelante, Anexo N° 03-B), se estableció que los proveedores solo debían entregar las siguientes harinas:

Grupo	Alimento	Precisiones de Cumplimiento Obligatorio
Harinas	Almidón de maíz	
	Harina de plátano	- La entrega de HARINAS será de acuerdo a la asistencia técnica de la o el Especialista Alimentario.
	Harina de quinua	
	Harina de trigo fortificada	
	Mezclas de harinas	

Fuente: Anexo N° 03-B “Tabla de alimentos de la modalidad productos - Unidad Territorial Cajamarca 2”

El contratista indica que de las cinco (5) harinas solo era factible entregar la harina de quinua por las siguientes razones:

1. El almidón de maíz y la harina de plátano no estaban considerados en el Anexo N° 01 – Harinas Extruidas del Anexo N° 03-A “Especificaciones Técnicas de los Alimentos Modalidad Productos” (en adelante, el Anexo 01).
 2. La harina de trigo fortificada no se podía entregar como alimento fortificado, por estar exceptuado según las BASES INTEGRADAS.
 3. La mezcla de harinas no era un alimento fortificado según el Anexo N° 01.
- Respecto al Anexo N° 01, alega que esta contenía un listado de trece (13) harinas, de las cuales solo la harina de quinua y la harina de trigo fortificado se encontraban establecidos y aprobados en el Anexo N°03-B. Es por ello que, ninguna de las otras once (11) harinas podían ser entregadas por los proveedores de la Unidad Territorial de Cajamarca 2, por no estar programadas para dicha unidad.
 - El demandante acota que la harina de trigo fortificado no debió ser evaluada por el Comité como alimento fortificado por ser un alimento exceptuado según el compromiso declarado en el Formato N° 17, es decir, las BASES INTEGRADAS no permitían la evaluación de la harina de trigo fortificada, por ser un alimento cuya fortificación está regulada por ley.



- El demandante enfatiza que la harina de quinua era la única harina fortificada que debió ser evaluada por el Comité, sin embargo, el Comité no evaluó el Formato N° 17 como lo exigen las BASES INTEGRADAS, cometiendo un error categórico que debió generar la anulación del CONTRATO.
- Sostiene además que, el referido error devino en la imposibilidad de cumplir con el compromiso de entregar un alimento fortificado en seis (6) entregas, pues la única harina fortificada posible de entregar era la harina de quinua.
- Asimismo, acota que las condiciones sobre harinas establecidas en el Anexo N° 03-B, el Anexo N° 01 y el Anexo N° 04-A “Requerimiento de volúmenes por ítem” (en adelante, Anexo N° 04-A) son las que han imposibilitado que el contratista cumpla con el compromiso del Formato N° 17 de su propuesta técnica.
- En ese sentido, la penalidad aplicada se habría derivado de una indebida evaluación realizada por el Comité al compromiso señalado en el Formato N° 17, por lo que el CONTRATO debió anularse al ser resultado de un proceso viciado o ser convalidado con actos que subsanen el error.
- Asimismo, indica que hizo todo lo posible para salvaguardar la vigencia del CONTRATO, a pesar de tener pleno conocimiento que el CONTRATO derivaba de un “vicio de acto administrativo” por la indebida evaluación del Comité.
- Sostiene que las acciones que realizó para tal efecto fueron las siguientes:
 - a) Presentación de la Carta N° 056-2019-Negociaciones y Agroindustrias Royers SAC dirigida al Comité, mediante la cual solicitó el intercambio de productos para que el contratista pueda cumplir con sus obligaciones; sin embargo, tal pedido fue rechazado por el Comité, sin justificación técnica.
 - b) Presentación de la Carta N° 071-2019-Negociaciones y Agroindustrias Royers SAC dirigida al Comité, solicitando la inaplicación de penalidad por “fuerza mayor”, siendo rechazada la misma, sin justificación técnica.
- Precisa además que, el contratista presentó la Carta N° 040-2019-Negociaciones y Agroindustrias Royers SAC, mediante la cual solicitó la enmienda del Acta de Evaluación y Selección de Propuestas, pidiendo la rectificación de la indebida evaluación del Formato N° 17, a fin que se no se le otorgue puntaje por el compromiso señalado en el referido formato. Y que el Comité rechazó la petición, sin fundamento.
- Para el demandante los vicios de la voluntad resultante de error, se sustentan en los siguientes hechos:
 - a) Solo se podía entregar los productos establecidos en el ANEXO N° 03-B.
 - b) El anexo N°01 contiene un listado de trece (13) harinas de las cuales doce (12) son fortificadas, y de ellas solo la harina de quinua y harina de trigo fortificada se encuentran aprobados en el Anexo 03-B; sin

embargo, la harina de trigo es un alimento que no es evaluado como alimento fortificado.

- c) El vicio resultante de error radica en la imposibilidad de cumplir con el compromiso de entregar seis (6) entregas de un alimento fortificado, pues solo es posible entregar harina de quinua.
- d) El contratista agrega que realizó tres (3) entregas del alimento fortificado (harina de quinua fortificada marca La Perla del Oriente) según lo programado en el Anexo N° 04-A, en la segunda, quinta y octava entrega.

CUADRO N° 01: HARINA DE QUINUA FORTIFICADA							
PROVEEDOR	ITEM	TOTAL, DE ENTREGAS	MARCA	LOTE	CERTIFICADO DE CALIDAD	NUMERO DE ENTREGA	OBSERVACIONES
NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.	TABACONAS	3	LA PERLA DEL ORIENTE	0219HQF	190210.01GO	SEGUNDA ENTREGA	Según Declaración Jurada (formato N° 17) se compromete* la entrega de 6 producto fortifica de» en 6 entregas
			LA PERLA DEL ORIENTE	419HQF	190411.08GO	QUINTA ENTREGA	
			LA PERLA DEL ORIENTE	619HQF	190624.08GO	OCTAVA ENTREGA	

- e) No se puede cumplir lo indicado en el Formato N° 17, es decir, el compromiso de realizar seis (6) entregas de un alimento fortificado, por el hecho que se ha programado solo tres (3) entregas de dicho producto según el Anexo N° 03-B y el Anexo N° 04.
- Existe jurisprudencia que permite subsanar el vicio resultante de error como es el caso de modificación del criterio del factor de evaluación en las Bases Integradas de la Quinta Convocatoria del Proceso de Compra N° 001-2019-CC-AMAZONAS 3/PRODUCTOS.

Posición del Comité:

- 2. El Comité no contestó el escrito de demanda arbitral.

Posición del PNAEQW:

- 3. Como puede apreciarse, los argumentos que sustentan la posición del PNAEQW pueden resumirse de la siguiente manera:
 - PNAEQW alega que, con fecha 13 de febrero de 2019 se produjo la tercera convocatoria del PROCESO DE COMPRA, mediante la cual se da a conocer a todos los postores los requisitos, condiciones, obligaciones y alcances de la futura relación contractual.

- En este sentido, argumenta que el contratista desde la fecha mencionada tenía conocimiento de las obligaciones contenidas en el PROCESO DE COMPRA, las cuales, al resultar ganador, se comprometió a cumplir.
- De acuerdo al calendario del PROCESO DE COMPRA, los proveedores podían formular consultas y observaciones, correspondiendo dicha acción a un participante diligente, ya que luego de la integración a la bases estas se constituyen en las reglas definitivas -que no se pueden modificar-, en base a las cuales los proveedores interesados formulan propuesta.
- Por tanto, es total responsabilidad del proveedor la evaluación previa de los compromisos que va a asumir al presentar su propuesta para la ejecución contractual.
- Con fecha 20 de febrero de 2019, el contratista teniendo conocimiento de las obligaciones contenidas en las BASES INTEGRADAS presenta su propuesta técnica, insertando el Formato N° 17, optando y comprometiéndose a entregar un alimento fortificado en seis (6) entregas, obteniendo y beneficiándose con el puntaje máximo para ese criterio; por lo que con fecha 28 de febrero de 2019 se suscribe el CONTRATO.
- No puede ahora argumentar la anulabilidad del compromiso del Formato N° 17 por cuanto realizó su propuesta en base a las condiciones establecidas en el PROCESO DE COMPRA, y que ahora desconoce y cuestiona tardíamente.
- La solicitud de enmienda al Acta de Evaluación y Selección de Propuestas fue solicitada fuera de las etapas y plazos del PROCESO DE COMPRAS, por lo que resultó improcedente y extemporánea.
- El numeral 3.7.9 de las BASES INTEGRADAS y el numeral 16.9 de la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO, establecen la penalidad aplicable por la no entrega de los alimentos fortificados:

Causales referidas a la entrega de productos		
N°	Causales de incumplimiento	Penalidad
19	No acreditar la entrega de alimentos fortificados durante el periodo de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el Formato N° 17, adjunto en su propuesta técnica.	7% del monto del contrato

- PNAEQW manifiesta que al haberse declarado la improcedencia de la solicitud de inaplicación de penalidades presentada por el contratista, correspondió aplicar la penalidad antes señalada.

- Agrega que, el contratista no ha solicitado dentro de la ejecución contractual se elabore un nuevo cronograma de entrega que comprenda la totalidad de obligaciones, sino más bien ha presentado solicitudes a todas luces improcedentes como el intercambio de productos (entre uno no fortificado por uno fortificado) o la entrega de producto fortificado no contemplado dentro del cronograma de entregas, queriendo forzar una modificación contractual a pesar que reconocer su improcedencia.
- En este sentido, alega que tanto el Comité como PNAEQW han actuado conforme a lo establecido en el Manual del Proceso de Compras y lo pactado por las partes dentro del CONTRATO.
- Los demás argumentos esgrimidos por PNAEQW respecto la aplicación de penalidades son los mencionados en el acápite IV. CONTESTACION DE LA DEMANDA del presente Laudo.
- Asimismo, en la Audiencia de Informes Orales el PNAEQW ha señalado: (i) De acuerdo al Código Civil, la anulabilidad solicitada no procede por que solo la puede interponer quien incurrió en el error; y, (ii) se encuentra de acuerdo con el contratista en que según el CONTRATO (Anexo N° 3-B y Anexo N 01) el único alimento fortificado que se podía entregar era la harina de quinua.

Posición del Tribunal Arbitral

4. A través de la primera pretensión, el demandante solicita, entre otros, que el Tribunal Arbitral declare la anulabilidad del Formato N° 17 que suscribió y que forma parte de su propuesta técnica y económica, se deje sin efecto la penalidad aplicada al CONTRATO, así como declare el reintegro al contratista del monto impuesto como penalidad, además de los intereses legales y las costas y costos del arbitraje.
5. Al respecto, cabe precisar que la declaración de anulabilidad que el demandante pretende se limita únicamente al Formato N° 17 y no a todo el CONTRATO, conforme se advierte del tenor de la pretensión principal del escrito de demanda:



4.1. PRETENSIÓN PRINCIPAL:

4.1.1. El Tribunal Arbitral declare fundado la ACCIÓN DE ANULABILIDAD DEL CONTRATO N° 003-2019-CC-CAJAMARCA7/PRODUCTOS, específicamente sobre el propósito del compromiso asumido en el Proceso de Compras, según FORMATO N° 17 - Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04 A) por ítem, ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO QUE DEBE HACERSE EFECTIVA POR LA CAUSAL DE VICIO RESULTANTE DE ERROR CONFORME AL ARTÍCULO 221 INCISO 2) DEL CÓDIGO CIVIL,

DEBIENDO DEJARSE SIN EFECTO LA APLICACIÓN DE LA PENALIDAD AL MENCIONADO CONTRATO.

4.1.2. Se reintegre el monto dinerario ascendente a S/. 195,101.10, impuesto como penalidad, además de intereses legales y las costas y costos del proceso de arbitraje.

6. Ahora bien, al tratarse de una pretensión a través de la cual solicita se declare la anulación de un negocio jurídico, el demandante ha invocado el artículo numeral 2 del artículo 221 del Código Civil, el mismo que establece lo siguiente:

*“Artículo 221.- Causales de anulabilidad
El acto jurídico es anulable:
(...)
2. Por vicio resultante de error (...).
(...)”*

No obstante, dado el objeto de la pretensión, en primer lugar, es necesario verificar qué parte del negocio cuya anulación se pretende sea declarada es la que debe interponer dicha pretensión.

7. Al respecto, el artículo 201 del Código Civil señala lo siguiente:

*“Artículo 201.- Requisitos del error
El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y
conocible por la otra parte”*

8. Como se observa, el error, además de ser esencial, debe ser conocible por la parte que no incurrió en error, es decir, por la que pudo advertir el mismo.
9. Quien incurrió en error es precisamente el que puede solicitar la anulación del negocio y no quien pudo advertirlo. Esta última, más bien, será la parte demandada en el proceso respectivo. La parte demandante es quien deberá demostrar que el error en el cual él mismo incurrió fue esencial y conocible por la otra parte (es decir, por la parte demandada).



10. Ahora bien, en el presente caso, el contratista sostiene que el supuesto error que se habría producido lo habría cometido el demandado y no él. Esto se desprende de lo señalado en los numerales 5.3.1 y 5.3.2.4 del escrito de demanda, conforme se observa de las imágenes de las referidas partes de dicho escrito que seguidamente se insertan:

5.3.1. EL ERROR EN LA EVALUACIÓN:

Hay error en la evaluación del compromiso plasmado en el Formato N° 17, debido a la imposibilidad material de cumplir el mismo, el Comité de Compra Cajamarca 7 **no debió otorgarle ningún puntaje a la empresa adjudicada** NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., por las disposiciones y condiciones establecidas en las propias **BASES INTEGRADAS** de la **TERCERA CONVOCATORIA DEL PROCESO DE COMPRAS N° 001- 2019-CC CAJAMARCA 7/PRODUCTOS**, que a continuación se señalan:

(...)

Siendo así, la harina de quinua se constituyó en la única harina fortificada que debió ser evaluada por el Comité de Compra Cajamarca 7, como alimento fortificado que se podía entregar en cumplimiento de un compromiso; sin embargo, el Comité de Compra Cajamarca 7 no evaluó tal como lo exige las Bases Integradas, el compromiso del Formato N° 17 de la empresa NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., cometiendo así un error categórico que debió haber generado la anulación del **CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS - ÍTEM TABACONAS**.

(...)

5.3.2.4. Se debe dejar claramente establecido que, la **PENALIDAD INJUSTA** aplicada a la **EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.**, se ha derivado de la indebida (incorrecta) evaluación realizada por el Comité de Compra Cajamarca 7 al compromiso señalado en el Formato N° 17; en tal sentido, el **CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS - ÍTEM TABACONAS debió anularse, POR SER EL RESULTADO DE UN PROCESO VICIADO** o ser convalidado con actos que subsanen el error que conlleva a la anulabilidad del formato 17.



11. Como se observa, a juicio del contratista, el error que invoca lo habría cometido el demandado. Este error consistiría en la supuesta indebida evaluación del Comité respecto al compromiso que el contratista asumió al suscribir el Formato N° 17, pues indica era materialmente imposible cumplir el mismo, por lo que el Comité no debió otorgarle ningún puntaje adicional por ello.
12. Esta alegación del contratista no guarda correspondencia alguna con la pretensión que formuló. Y es que, conforme se ha señalado anteriormente, la solicitud de anulabilidad de un negocio jurídico la puede interponer únicamente la parte que incurrió en error y no la otra (es decir, quien pudo advertir dicho error).

Al respecto, debe tenerse en cuenta además que, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo de artículo 222 del Código Civil, la anulabilidad *“se pronunciará a petición de parte”*.

13. En el presente caso, el demandante ha indicado expresa e inequívocamente en su escrito de demanda que el error que invoca lo habría cometido el Comité y no él. Esto determina que el contratista no esté legitimado procesalmente para formular la pretensión objeto de análisis referida a la anulabilidad del Formato N° 17.
14. En base a los fundamentos expuestos, corresponde declarar INFUNDADO este extremo de la pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, no procede declarar la anulabilidad del Formato N° 17 suscrito por el contratista.
15. Ahora, bien, el contratista también ha solicitado como parte de la primera pretensión de la demanda que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad aplicada en el CONTRATO y declare el reintegro de S/. 195 101,00 soles impuesto como penalidad, además de los intereses legales correspondientes.
16. El contratista sustenta este extremo de la pretensión principal señalando que el Formato N° 17 sería anulable por vicio resultante de error. A juicio del demandante, al ser anulable dicho formato, entonces las obligaciones que ella contiene, entre las que se encuentra la que precisamente incumplió, serían inexigibles, y por tanto la penalidad que el Comité aplicó no tendría sustento.
17. Esta argumentación ha sido expresada por el demandante en su escrito de demanda arbitral, concretamente en los numerales 4.1 y 5.3.2.4, conforme se observa de las imágenes de las referidas partes del escrito de demanda que seguidamente se insertan:



4.1. PRETENSIÓN PRINCIPAL:

4.1.1. El Tribunal Arbitral declare fundado la **ACCIÓN DE ANULABILIDAD DEL CONTRATO N° 003-2019-CC-CAJAMARCA7/PRODUCTOS**, específicamente sobre el propósito del compromiso asumido en el Proceso de Compras, según **FORMATO N° 17 - Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04 A) por ítem, ANULABILIDAD DE ACTO JURÍDICO QUE DEBE HACERSE EFECTIVA POR LA CAUSAL DE VICIO RESULTANTE DE ERROR CONFORME AL ARTÍCULO 221 INCISO 2) DEL CÓDIGO CIVIL,**

DEBIENDO DEJARSE SIN EFECTO LA APLICACIÓN DE LA PENALIDAD AL MENCIONADO CONTRATO.

(...)

5.3.2.4. Se debe dejar claramente establecido que, la **PENALIDAD INJUSTA** aplicada a la **EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.**, se ha derivado de la indebida (incorrecta) evaluación realizada por el Comité de Compra Cajamarca 7 al compromiso señalado en el Formato N° 17; en tal sentido, el **CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS - ÍTEM TABACONAS** debió anularse, **POR SER EL RESULTADO DE UN PROCESO VICIADO** o ser convalidado con actos que subsanen el error que conlleva a la anulabilidad del formato 17.

18. En esa línea, el contratista ha indicado además que cumplió con las tres (3) entregas de alimento fortificado programadas en el CONTRATO, y tuvo la imposibilidad de ejecutar la obligación establecida por el Formato N° 17, debido a que la programación de entregas solo establecía tres (3) entregas de alimento fortificado.

Lo anterior se advierte de los literales f) y g) del numeral 5.3.5 del escrito de demanda, cuyas imágenes se insertan:



- f. El proveedor EMPRESA NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., fue diligente, considerando que la programación de productos según Anexo N° 03B- Tabla De Alimentos De La Modalidad Productos (Unidad Territorial Cajamarca 2), Anexo N° 04A - Requerimiento de volumen de producto por ítem y Anexo N° 04B - Requerimiento de volumen de producto por institución educativa, cumplió con las tres (3) entregas programadas según contrato, sin embargo no permite que el proveedor pueda cumplir lo indicado en el formato N° 17, en cuanto al compromiso de las seis (6) entregas de un alimento fortificado.
- g. No se puede efectuar la ejecución de la obligación contractual, toda vez que, el hecho que se haya programado solo tres (3) entregas de producto fortificado según Anexo N° 03B- Tabla De Alimentos De La Modalidad Productos; deviene de un vicio de la voluntad resultante de error, que imposibilita el poder cumplir con las entregas precisadas en el Formato N° 17 - Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04) para todas las Instituciones Educativas.

19. Por su parte, PNAEQW ha argumentado que el contratista se encontraba obligado a cumplir con el compromiso establecido en el Formato N° 17, sin embargo, en la ejecución contractual no solicitó se elabore un nuevo cronograma de entrega que comprenda la totalidad de sus obligaciones; sino que en su lugar, presentó solicitudes (enmienda del Acta de Evaluación y Selección de Propuestas, e intercambio de productos) a todas luces improcedentes, para forzar la modificación de su obligación contractual.

Asimismo, ha señalado que al declararse improcedente su solicitud de inaplicación de penalidades correspondía aplicar la penalidad de acuerdo al CONTRATO y el Manual del Proceso de Compras.

20. Respecto a lo argumentado por las partes, el Tribunal Arbitral advierte que, a través del Formato N° 17, el contratista se había obligado⁴ a realizar seis (6) entregas de un alimento fortificado.

⁴ El numeral 3.1.26 de las BASES INTEGRADAS y el numeral 9.26 de la Cláusula Novena del CONTRATO establecen que el proveedor tiene la obligación de cumplir los compromisos y/o promesas asumidas durante la fase de selección de productos, entre ellos, la entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17).



Formato N° 17 - Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04) por ítem

Señor
Presidente del Comité de Compra Cajamarca 7
Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma
Presente.

De mi consideración:

Yo, Roger Elver Sánchez Saldaña, de nacionalidad Peruano, identificado/a con DNI N° 43655505, en mi condición de postor, representante legal o apoderado legal de Negociaciones y Agroindustrias ROYERS SAC, con RUC N° 20570566734, con domicilio legal en Av. "A" N° 805 sector Aromo Bajo - Jaén, en relación al Proceso de Compra N° 001-2019-CC- Cajamarca 7 - Productos, declaro bajo juramento:

Me comprometo a entregar para: 06 SEIS (Indicar cantidad de entregas en letras y números) entregas el producto arroz fortificado de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas.

Me comprometo a entregar para: 06 SEIS (Indicar cantidad de entregas en letras y números) un (01) alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo) de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas

Se entiende que el producto fortificado, es aquel alimento industrializado al cual se le ha añadido micronutrientes, con el propósito de prevenir o reducir una deficiencia nutricional en la población. Los productos fortificados a entregar, deben incluir prioritariamente los nutrientes necesarios para contribuir a la reducción de la anemia, según los niveles mínimos de fortificación señalados en los siguientes documentos:

- Arroz Fortificado: R.M N° 745-2018/MINSA "Fichas de homologación de arroz fortificado grado extra, arroz fortificado grado superior".
- Harinas extruidas fortificadas: Anexo 1 "Harinas extruidas", de las Especificaciones Técnicas de Alimentos del PNAE Qali Warma.

Los productos fortificados se acreditan mediante el Registro Sanitario, la Validación Técnica Oficial del Plan HACCP o Certificación de Principios Generales de Higiene expedido por la DIGESA; así como los Certificados de Calidad que deben acreditar como mínimo los niveles de fortificación utilizados de hierro, de acuerdo a lo estipulado en el Anexo 01 de las Especificaciones Técnicas de Alimentos del PNAE Qali Warma, y en la Ficha de homologación de arroz fortificado, los cuales podrán ser verificadas por el PNAEQW.

• ratifico la veracidad de la información contenida en el presente documento y me someto a las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar si se comprueba su falsedad.

Me afirmo y me ratifico en lo expresado, en señal de lo cual, firmo el presente documento en la ciudad de San Ignacio, a los veinte días del mes de Febrero del año dos mil diecinueve.

Atentamente,



Roger Elver Sánchez Saldaña
DNI N° 43655505

Representante legal o apoderado legal de la empresa
NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C

21. Y de esas seis (6) entregas el contratista únicamente cumplió con tres (3) de ellas⁵.

El incumplimiento de las entregas restantes determinó que el Comité le aplique la penalidad contemplada en el numeral 3.7.9 de las BASES INTEGRADAS y en el numeral 16.9 de la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO que se detalla a continuación:

Causales referidas a la entrega de productos		
N°	Causales de incumplimiento	Penalidad

⁵ Afirmado por el contratista y no ha sido negado por PNAEQW en el presente arbitraje. Asimismo, se advierte de lo señalado por Supervisor de Compras del Comité en el Informe Técnico de Solicitud de Inaplicación de Penalidad (Exp. N° 0001567-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP) de fecha 13.10.2019.



19	No acreditar la entrega de alimentos fortificados durante el periodo de atención para todas las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el Formato N° 17, adjunto en su propuesta técnica.	7% del monto del contrato
----	---	---------------------------

22. Ahora bien, conforme a lo señalado precedentemente al analizar el primer extremo de la primera cuestión controvertida, este colegiado concluyó que no corresponde declarar la anulabilidad del referido Formato N° 17. Esto determina que dicho formato no sea inválido, es decir, que el mismo no adolece de ninguna patología estructural.

23. Teniendo en cuenta entonces que la argumentación en base a la cual el demandante pretende que se deje sin efecto la penalidad aplicada y el Comité le pague el monto aplicado como penalidad ya ha sido desestimada, corresponde declarar infundada también este extremo de la pretensión principal de la demanda.

Además de lo señalado, este Tribunal considera -mediante una interpretación sistemática⁶, que la coexistencia de los anexos del CONTRATO listados en la Cláusula Segunda⁷ y el Formato N° 17 definen en conjunto el alcance de las obligaciones del contratista, conforme a lo pactado en las Cláusulas Octava⁸ y Novena⁹ del CONTRATO.

24. En consecuencia, que la programación establecida en el Anexo N° 4-A¹⁰ no podía determinar la imposibilidad del contratista de cumplir con la obligación contractual contenida en el Formato N° 17 del CONTRATO, más aún cuando el ofrecimiento del contratista dado por la presentación del Formato N° 17 - en la propuesta técnica- era facultativo¹¹ y adicional a los requisitos y condiciones obligatorias establecidas en las BASES INTEGRADAS.

⁶ Artículo 169 del Código Civil.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

⁷ La Cláusula Segunda del CONTRATO establece que, es objeto del CONTRATO la prestación del servicio alimentario en la modalidad de productos según las especificaciones, características y cantidades establecidas en los Anexos 1, 2, 3-A, 3-B, 4-A, 4-B, y 5 que allí se detallan.

⁸ La Cláusula Octava del CONTRATO establece, el CONTRATO está conformado por los Anexos, las BASES INTEGRADAS y sus Anexos y Formatos, la propuesta técnica y económica del proveedor, entre otros.

⁹ La Cláusula Novena del CONTRATO establece que: "El PROVEEDOR está obligado a cumplir lo siguiente: (...) 9.7 Entregar los productos cumpliendo las especificaciones técnicas, de acuerdo al cronograma de entregas establecido en el CONTRATO (...) 9.26 Cumplir los compromisos y/o promesas asumidos en la fase de selección del proveedores: (...) b) Entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17). (...)".

¹⁰ La Cláusula Quinta del CONTRATO establece el cronograma de entregas y, en el numeral 5.3 que el proveedor debe entregar los productos según el Anexo N° 4-A bajo las condiciones predeterminadas en las BASES INTEGRADAS.

¹¹ Conforme a lo señalado el demandante y el PNAEQW en sus escritos de demanda y contestación de la demanda, respectivamente, y lo establecido en el numeral 2.2.4.2 de las BASES INTEGRADAS, la presentación del Formato N° 17 correspondía al factor de evaluación d) Promesa de entrega de alimentos fortificados, con asignación de puntaje.



25. En base a los fundamentos expuestos, corresponde declarar INFUNDADA este extremo de la primera pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, no procede dejar sin efecto la penalidad aplicada en el CONTRATO ni declarar el reitegro al contratista del monto impuesto por penalidad, además de los intereses legales.
26. Cabe señalar que el extremo de la pretensión de la demanda referido a las costas y costos del arbitraje será analizado más adelante.

13.4 **SEGUNDA Y TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA**

“SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA CORRESPONDIENTE A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: *Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la aplicación de penalidad al Contrato N° 003-2019-CC-CAJAMARCA7/PRODUCTOS, al existir fuerza mayor no imputable a NEAGROINDUSTRIAS, por no cumplir con el propósito del compromiso asumido, según FORMATO N° 17 – Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04 A) por ítem.*

Del mismo modo, que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reintegrar a NEAGROINDUSTRIAS el monto dinerario ascendente a S/. 195,101.10 impuesto como penalidad, además de intereses legales y las costas y costos del proceso de arbitraje.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA CORRESPONDIENTE A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN: *Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la declaración de improcedencia a la solicitud de inaplicación de penalidades contenida en el expediente N° 001567-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP, y como consecuencia válida la aplicación de penalidades materia del presente proceso arbitral.”*

Posición del Demandante

1. La posición del demandante puede resumirse de la siguiente manera:
 - El contratista menciona que es cierto que incumplió su obligación contractual asumida en el CONTRATO, sin embargo enfatiza que ello configura un supuesto de caso de fuerza mayor.
 - La fuerza mayor se debe al hecho que durante la ejecución contractual el contratista no puede cumplir el compromiso de entregar para seis (6)

- entregas un alimento fortificado, toda vez que la única harina programada por PNAEQW para tres (3) entregas era la harina de quinua.
- Para dar solución al caso de fuerza mayor, solicitó el intercambio de productos, solicitud que fue rechazada. Y luego de ello, presentó su solicitud de inaplicación de penalidad, argumentando que no podía cumplir con la obligación por causa de fuerza mayor que no permitió cumplir el compromiso asumido según el Formato N° 17.
 - En este sentido, el demandante solicita se deje sin efecto la penalidad por caso de fuerza mayor no imputable a él, señalando que existe fuerza mayor por lo siguiente:
 - a) **Lo extraordinario:** no puede cumplir con el compromiso de entregar para seis (6) entregas un alimento fortificado, toda vez que la única harina fortificada posible de entregar es la harina de quinua, por que era un imposible fáctico.
 - b) **Lo imprevisible:** no tenía previsto que el Formato N° 17 elaborado por el Estado, tenía contenido de imposible cumplimiento.
 - c) **Lo irresistible:** se adoptaron las medidas posibles para cumplir con la obligación, siendo irresistible el cumplimiento del Formato N°17 por que la demandada no adoptó las medidas posibles en su contenido.

Posición del Comité:

2. El Comité no contestó el escrito de demanda arbitral.

Posición del PNAEQW:

3. PNAEQW ha señalado que los argumentos formulados en relación a la pretensión principal de la demandada se tomen en cuenta también para la pretensión subordinada de la demanda, así como para el sustento de la reconvencción.
4. Como puede apreciarse, los argumentos que sustentan la posición del PNAEQW pueden resumirse de la siguiente manera:
 - PNAEQW hace referencia al numeral 3.7.9 de las BASES INTEGRADAS y a la cláusula 16.9 del CONTRATO, los cuales establecen la penalidad aplicable por la no entrega de los alimentos fortificados:

Causales referidas a la entrega de productos		
N°	Causales de incumplimiento	Penalidad
19	No acreditar la entrega de alimentos fortificados durante el periodo de atención para todas	7% del monto del contrato



	las IIEE, de acuerdo con lo declarado en el Formato N° 17, adjunto en su propuesta técnica.	
--	---	--

- Sostiene que el contratista solo puede recurrir a la inaplicación de penalidad por caso fortuito o fuerza mayor, siempre y cuando haya presentado una solicitud denominada “inaplicación de penalidad”, adjuntando los documentos que sustenten la referida inaplicación.
- Sostiene que los hechos señalados por el contratista en la solicitud de inaplicación de penalidad no se constituyen un evento extraordinario, imprevisible y/o irresistible (fuerza mayor) y que el contratista a través del Formato N° 17, se comprometió a seis (6) entregas de un alimento fortificado, sin embargo, el demandante no cumplió con dicha obligación siendo totalmente factible la aplicación de la penalidad.
- Por otro lado, para PNAEQW, el contratista era consciente de todos y cada uno de los documentos establecidos en las BASES INTEGRADAS, por lo que no puede argumentar que el compromiso asumido no podía ser realizado. Del mismo modo, el demandante contaba con la oportunidad de formular sus consultas y observaciones a las BASES INTEGRADAS; sin embargo, no lo hizo.
- De igual modo, PNAEQW alega que la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos, declaró improcedente la solicitud de inaplicación de penalidades:

V. CONCLUSIONES:

De acuerdo a lo expuesto en el análisis del presente informe se concluye en lo siguiente:

- 5.1 La solicitud de inaplicación de penalidad, fue presentada por el proveedor NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C. dentro del plazo previsto, conforme a lo establecido en el numeral 148 del Manual del Proceso de Compras, en el punto 3.7.3 de las Bases Integradas y del contenido de la Cláusula Décimo Sexta y del acápite 16.3 del CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, Ítem: Tabaconas, Entrega N° 09.
- 5.2 Por lo expuesto, la solicitud de inaplicación de penalidad, presentada por el proveedor NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C. correspondiente a la Entrega N° 09 del CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, Ítem: Tabaconas, suscrito entre el Comité de Compra Cajamarca 7 y el referido proveedor, respecto a la obligación contenida en la Cláusula Novena, numeral 9.26 que establece: “(...) *Cumplir los compromisos y/o promesas asumidos durante la fase de selección de proveedores (...)* b) *Entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17) (...)*”; es **IMPROCEDENTE**, por lo que la Unidad Territorial Cajamarca 2 debe proceder de acuerdo a lo establecido en el numeral 146 del Manual del Proceso de Compras, Compras, concordante con el numeral 3.7.1 de las Bases Integradas del Proceso de Compras N° 001-2019-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, y el numeral 16.1 de la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, Ítem: Tabaconas, Entrega N° 09.



Acota que se declaró improcedente la aplicación de penalidades por que los hechos acontecidos no constituyeron un caso de fuerza mayor, pues no existió ningún evento extraordinario, imprevisible y/o irresistible.

4.18 En atención a lo antes expuesto, se evidencia que el proveedor NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C., previamente al comprometerse a lo señalado en el Formato N° 17, ha verificado el requerimiento de Productos (Anexo 04) establecido en las Bases Integradas del Proceso de Compra 001-2019; por lo cual no puede argumentar que su compromiso asumido no lo pueda realizar debido a que en la programación de las entregas correspondientes a las Instituciones

Educativas Públicas del Ítem Tabaconas en el marco de la ejecución del CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, no se ha considerado la entrega de productos fortificados concordante con su compromiso asumido.

4.19 En consecuencia, los mencionados hechos no constituyen como caso de fuerza mayor respecto al incumplimiento de la obligación "(...) *Cumplir los compromisos y/o promesas asumidos durante la fase de selección de proveedores (...)* b) *Entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17) (...)*"; en el marco de la ejecución del CONTRATO N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS, Ítem: Tabaconas, Entrega N° 09, dado que el incumplimiento de la misma es responsabilidad del proveedor NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C.

- Precisa que el demandante solo ha cuestionado la aplicación de la penalidad, más no el pronunciamiento a la solicitud de inaplicación de penalidad.
- Asimismo, en la Audiencia de Informes Orales el PNAEQW señaló encontrarse de acuerdo con el contratista en que, según el CONTRATO (Anexo N° 3-B y Anexo N 01), el único alimento fortificado que se podía entregar era la harina de quinua.

Posición del Tribunal Arbitral

5. A través de la pretensión subordinada de la demanda objeto de análisis, el demandante pretende que se deje sin efecto la penalidad que el Comité le aplicó, esta vez, bajo el argumento de que se habría producido un evento de fuerza mayor que impidió que pueda cumplir con lo estipulado en el Formato N° 17. Por su parte, el demandado pretende con la reconvención se declare la validez y eficacia de la declaración de improcedencia a la solicitud de inaplicación de penalidades, y con ello se declare la validez de la aplicación de penalidades.
6. En atención a la evidente vinculación de la materia de ambas pretensiones, este Colegiado abordará el análisis de las mismas de manera conjunta, considerando además que, como se ha indicado, la pretensión principal de la demanda ha sido desestimada por ser INFUNDADA.
7. El Formato N° 17 establece lo siguiente:



Formato N° 17 - Declaración Jurada de Entrega de Alimentos Fortificados por entrega(s) de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexo N° 04) por ítem

Señor
Presidente del Comité de Compra Cajamarca 7
Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma
Presente.

De mi consideración:

Yo, Roger Elver Sánchez Saldaña, de nacionalidad Peruano, identificado/a con DNI N° 43655505, en mi condición de postor, representante legal o apoderado legal de Negociaciones y Agroindustrias ROYERS SAC, con RUC N° 20570566734, con domicilio legal en Av. "A" N° 805 sector Aromo Bajo - Jaén, en relación al Proceso de Compra N° 001-2019-CC- Cajamarca 7 - Productos, declaro bajo juramento:

Me comprometo a entregar para: 06 SEIS (Indicar cantidad de entregas en letras y números) entregas el producto arroz fortificado de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas.

Me comprometo a entregar para: 06 Seis (Indicar cantidad de entregas en letras y números) un (01) alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo) de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, de acuerdo al requerimiento de Productos (Anexo N° 04), para cada entrega y en todas las Instituciones Educativas

Se entiende que el producto fortificado, es aquel alimento industrializado al cual se le ha añadido micronutrientes, con el propósito de prevenir o reducir una deficiencia nutricional en la población. Los productos fortificados a entregar, deben incluir prioritariamente los nutrientes necesarios para contribuir a la reducción de la anemia, según los niveles mínimos de fortificación señalados en los siguientes documentos:

- Arroz Fortificado: R.M N° 745-2018/MINSA "Fichas de homologación de arroz fortificado grado extra, arroz fortificado grado superior".
- Harinas extruidas fortificadas: Anexo 1 "Harinas extruidas", de las Especificaciones Técnicas de Alimentos del PNAE Qali Warma.

Los productos fortificados se acreditan mediante el Registro Sanitario, la Validación Técnica Oficial del Plan HACCP o Certificación de Principios Generales de Higiene expedido por la DIGESA; así como los Certificados de Calidad que deben acreditar como mínimo los niveles de fortificación utilizados de hierro, de acuerdo a lo estipulado en el Anexo 01 de las Especificaciones Técnicas de Alimentos del PNAE Qali Warma, y en la Ficha de homologación de arroz fortificado, los cuales podrán ser verificadas por el PNAEQW.

Me ratifico la veracidad de la información contenida en el presente documento y me someto a las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar si se comprueba su falsedad.

Me afirmo y me ratifico en lo expresado, en señal de lo cual, firmo el presente documento en la ciudad de San Ignacio, a los veinte días del mes de Febrero del año dos mil diecinueve.

Atentamente,


Roger Elver Sánchez Saldaña
DNI N° 43655505
Representante legal o apoderado legal de la empresa
NEGOCIACIONES Y AGROINDUSTRIAS ROYERS S.A.C

8. Como se observa, a través del referido Formato N° 17 el demandante se había obligado a realizar seis (6) entregas de un alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo) de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Alimentos aprobadas por el PNAEQW, y de acuerdo al Requerimiento de Productos (Anexo N° 04-A).
9. Ahora bien, el demandante cumplió con realizar tres (3) entregas de alimento fortificado¹². En cada una de ellas el alimento fortificado que entregó fue harina de quinua.

¹² Se advierte de lo señalado por Supervisor de Compras del Comité en el Informe Técnico de Solicitud de Inaplicación de Penalidad (Exp. N° 0001567-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP) de fecha 13.10.2019, así como del



Las entregas restantes no las cumplió pues indica que ellas fueron imposibles de realizar debido a un evento de fuerza mayor, el mismo que se habría configurado a raíz de la supuesta imposibilidad de cumplir con el compromiso asumido en el Formato N° 17, pues el Anexo 04-A únicamente permite que se realice tres (3) entregas de harina de quinua.

10. Al respecto, debemos señalar que tanto el Manual del Proceso de Compras (numerales 146 y 147), el numeral 3.7 de las BASES INTEGRADAS, como la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO reconocen que las penalidades del CONTRATO corresponden ante el incumplimiento contractual que responda a circunstancias imputables al proveedor; no siendo posible aplicar penalidades ante supuestos caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el cumplimiento de las condiciones del CONTRATO.
11. Asimismo, el Colegiado debe precisar que de acuerdo a lo establecido en el CONTRATO y en el Manual del Proceso de Compras, existe un procedimiento que el demandante debió cumplir para efectos de que sea exonerado de responsabilidad por la supuesta configuración de un evento de caso fortuito o de fuerza mayor.
12. Este procedimiento se encuentra establecido en el artículo 148 del Manual del Proceso de Compra y en la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO, el cual establece lo siguiente:

16.2 No se consideran incumplimiento de obligaciones y en consecuencia no se aplicará penalidades, por supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, que imposibiliten al proveedor el cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato.

16.3 El proveedor puede solicitar la inaplicación de penalidades mediante la presentación al **COMITÉ** de un escrito, adjuntando los elementos probatorios correspondientes, en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles de suscitado el evento, caso contrario no será admitido. **El COMITÉ** debe trasladar el pedido a la Unidad Territorial.

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

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

13. El demandante invoca el artículo 1315 del Código Civil y, en base al mismo, sostiene que los eventos indicados en el numeral 7 precedente constituyen una causa no imputable que lo eximiría de responsabilidad, por lo que la penalidad que el Comité le aplicó carecería de sustento jurídico.



14. A juicio del demandante, los requisitos que el señalado artículo 1315 establece para que se configure un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor sí se habrían verificado. El sustento de esta alegación se encuentra en los últimos párrafos del numeral 5.4 de su escrito de demanda en el cual indica lo siguiente:

Lo extraordinario se juzga, principalmente, de acuerdo con las circunstancias temporales y espaciales. Y en el presente caso lo ordinario era "Cumplir con los compromisos y/o promesas asumidos durante la fase de selección de proveedores: b) Entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17)", SIN EMBARGO EXISTIÓ EL EVENTO EXTRAORDINARIO porque *durante la ejecución contractual, no pude cumplir con el compromiso de entregar para seis (6) entregas un alimento fortificado (utilizando harinas extruidas o la combinación de harinas a excepción de la harina de trigo), toda vez que la única harina fortificada que es posible entregar para las dos (2) entregas, es la harina de quinua, porque era un imposible fáctico.*

Lo imprevisible, se juzga cuando ocurren hechos que no se pueden prevenir. Y en el presente caso, no teníamos previsto que el formato 17 elaborado por el Estado, tenía contenido de imposible cumplimiento.

Lo irresistible, se juzga cuando el que incumple no adopta las medidas posibles, en concreto, para superar el impedimento. Y en el presente caso, hemos adoptado medidas posibles, como cumplir con todo lo establecido en las bases y el contrato, sin embargo ha sido irresistible el cumplimiento del formato 17 porque no se adoptaron las medidas posibles en su contenido por parte de la demandada.

15. Al respecto, debemos señalar que la Cláusula Vigésima del CONTRATO define al caso fortuito y la fuerza mayor de la siguiente manera:

CLÁUSULA VIGÉSIMO: CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

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

Cuando por caso fortuito o fuerza mayor el PROVEEDOR se encuentre imposibilitado de cumplir con las condiciones establecidas en el contrato, puede solicitar la inaplicación de penalidades mediante la presentación al COMITÉ de un escrito, adjuntando los elementos probatorios correspondientes, en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles de suscitado el evento, caso contrario no será admitido. El COMITÉ debe trasladar el pedido a la Unidad Territorial y el PNAEQW evalúa la solicitud y emite su pronunciamiento de acuerdo al instructivo aprobado.

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

16. Como se advierte, el propio CONTRATO¹³ regula el denominado caso fortuito o fuerza mayor como eximentes de responsabilidad. Ahora, si bien las consecuencias prácticas de ambos eventos es la misma (imposibilidad de cumplir la prestación respectiva), ambos son teóricamente distintos. En efecto, como lo señala EL CONTRATO, el caso fortuito está constituido por un hecho de la naturaleza y la fuerza mayor por un hecho de terceros, de la autoridad o del “príncipe”.
17. En ese sentido, la doctrina al abordar ambas figuras recogidas también en el artículo 1315 del Código Civil, ha señalado lo siguiente:

Los efectos de caso fortuito y fuerza mayor “serán siempre los mismos, es decir, exoneran de responsabilidad al deudor que incumple su obligación. Las delgadísimas líneas divisorias entre ambos conceptos resultan, a los fines del fundamento de ambos, irrelevantes”¹⁴.
18. Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, el Tribunal Arbitral advierte que, en el presente caso, no existe un evento de fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de la obligación establecida en el Formato N° 17, pues no se ha acreditado la existencia de algún hecho de tercero ajeno al CONTRATO o de una autoridad (como sería el caso del dictado de una disposición normativa de urgencia) y mucho menos un hecho de la naturaleza que hayan impedido al demandante realizar las tres (3) entregas de alimento fortificado que se encontraban pendientes.
19. Como se ha indicado al abordar el análisis de la primera cuestión controvertida, la coexistencia de los anexos del CONTRATO listados en la Cláusula Segunda¹⁵ y el Formato N° 17 definen en conjunto el alcance de las obligaciones del contratista, conforme a lo pactado en las Cláusulas Octava¹⁶ y Novena¹⁷ del CONTRATO.

¹³ De acuerdo a la Cláusula Vigésimo Primera del CONTRATO, este se rige por el Manual de Manual del Proceso de Compras y las Bases Integradas del Proceso de Compras aprobados por el PNAEQW. En defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, se puede aplicar supletoriamente las disposiciones emitidas por el PNAEQW y el Código Civil peruano, en tanto no se contradiga u oponga a la normativa del PNAEQW.

¹⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. Lima: Palestra Editores. 2008. p. 827.

¹⁵ La Cláusula Segunda del CONTRATO establece que, es objeto del CONTRATO la prestación del servicio alimentario en la modalidad de productos según las especificaciones, características y cantidades establecidas en los Anexos 1, 2, 3-A, 3-B, 4-A, 4-B, y 5 que allí se detallan.

¹⁶ La Cláusula Octava del CONTRATO establece, el CONTRATO está conformado por los Anexos, las BASES INTEGRADAS y sus Anexos y Formatos, la propuesta técnica y económica del proveedor, entre otros.

¹⁷ La Cláusula Novena del CONTRATO establece que: “*El PROVEEDOR está obligado a cumplir lo siguiente: (...) 9.7 Entregar los productos cumpliendo las especificaciones técnicas, de acuerdo al cronograma de entregas establecido en el CONTRATO (...) 9.26 Cumplir los compromisos y/o promesas asumidos en la fase de selección del proveedores: (...) b) Entrega de alimentos fortificados (Formato N° 17). (...)*”.

En consecuencia, la programación establecida en el Anexo N° 4-A^{18 19} no podía determinar la imposibilidad del contratista de cumplir con la obligación contractual contenida en el Formato N° 17 del CONTRATO.

20. Asimismo, tampoco se ha acreditado la existencia de alguna imposibilidad física que le impida cumplir dicha obligación. Por el contrario, habiendo el contratista y el PNAEQW manifestado en el presente arbitraje²⁰ que, de acuerdo a los términos del CONTRATO, para el Ítem TABACONAS solo era posible entregar la harina de quinua como alimento fortificado, se tiene que el contratista incumplió tres (3) de las seis (6) entregas de alimento fortificado (harina de quinua) estipuladas en el Formato N° 17 del CONTRATO.
21. Siendo ello así, no es factible considerar la configuración de un evento de fuerza mayor, por lo que no se ha acreditado ningún evento de este tipo que permita al demandante excusarse legítimamente del cumplimiento del Formato N° 17.

En ese sentido, se tiene que, la declaración de improcedencia a la solicitud de inaplicación de penalidades (Carta N° 071-2019-Negociaciones y Agroindustrias Royers SAC) efectuada con la Carta N° 174-2019-CC-CAJAMARCA 7²¹ se ajusta a los términos del CONTRATO.

22. En base a los fundamentos expuestos, corresponde declarar INFUNDADA este extremo de la pretensión subordinada de la demanda, y en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la penalidad aplicada, así como tampoco declarar el reintegro del monto penalizado, además de los intereses legales. Asimismo, corresponde declarar FUNDADA la pretensión principal de la reconvenición, y en consecuencia, declarar la validez y eficacia de la declaración de improcedencia a la solicitud de inaplicación de penalidades, y la validez de la aplicación de la penalidad aplicada.
23. El extremo de la pretensión subordinada de la demanda referido a las costas y costos del arbitraje será analizado en los párrafos siguientes.

13.5 **COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE**

¹⁸ La Cláusula Quinta del CONTRATO establece el cronograma de entregas y, en el numeral 5.3 que el proveedor debe entregar los productos según el Anexo N° 4-A bajo las condiciones predeterminadas en las BASES INTEGRADAS.

¹⁹ El Anexo N° 4-A considera que la entrega de alimento fortificado en la segunda, quinta y octava entregas.

²⁰ El contratista lo ha señalado en el escrito de demanda, y el PNAEQW en la Audiencia de Informes Orales.

²¹ Que se sustenta en Pronunciamiento de Solicitud de Inaplicación de Penalidad de la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos del PNAEQW (Exp. 001567-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP).



1. Aunque el demandante ha solicitado en la pretensión principal y la pretensión subordinada de la demanda el reintegro de los costos del arbitraje, la determinación de la asunción de los costos arbitrales en un laudo constituye una obligación legal y reglamentaria de los árbitros.
2. En efecto, el artículo 70 de la Ley de Arbitraje dispone que el Tribunal Arbitral se debe pronunciar en el Laudo Arbitral sobre los costos del arbitraje comprendidos en dicho artículo.

“Artículo 70.- Costos.

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. *Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
 - b. *Los honorarios y gastos del secretario.*
 - c. *Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
 - d. *Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
 - e. *Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
 - f. *Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.”*
3. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73 del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, 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 estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
 4. Por su parte, el artículo 56 del REGLAMENTO establece que el laudo arbitral debe contener “*La referencia sobre la asunción y distribución de los costos arbitrales*”. Y el artículo 76 del REGLAMENTO detalla los conceptos comprendidos en los costos arbitrales.

“Costos del arbitraje

Artículo 76°.-

Los costos de un arbitraje comprenden los siguientes conceptos:

- a) *Los gastos administrativos del Centro, por la gestión del arbitraje, compuesto por:*
 - *Tasa por presentación de la solicitud de arbitraje.*
 - *Tasa administrativa del Centro.*
- b) *Los honorarios de los árbitros.*

- c) *Los gastos de viaje y otros que con ocasión a éstos realicen los árbitros y el personal del Centro, de conformidad con las disposiciones de este Reglamento.*
- d) *Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por los árbitros, conforme a este Reglamento.*
- e) *Los honorarios razonables de las defensas de las partes.*
- f) *Otros gastos razonables derivados de las actuaciones arbitrales.*

La determinación y demás cuestiones referidas a los gastos administrativos del Centro y los honorarios de los árbitros, son de potestad exclusiva del Centro. Las partes y el tribunal arbitral no pueden pactar sobre estos conceptos y de hacerlo se considerará como no puesto.

Los procedimientos de cobranza y facturación de los gastos administrativos del Centro y honorarios de los árbitros no se consideran actos arbitrales. Ambos son tramitados directa y exclusivamente por el Centro, debiendo informarse a los árbitros el cumplimiento o no de las obligaciones económicas de las partes para que se proceda conforme corresponda.”

5. Atendiendo entonces a la base legal y reglamentaria, y que en el presente caso no existe un acuerdo entre las partes respecto a la forma cómo se van a imputar o distribuir los costos del arbitraje, corresponde que el Tribunal Arbitral, atendiendo a las circunstancias, evalúe si dichos costos deben ser asumidos exclusivamente por una de ellas o si deben ser distribuidos entre ambas.
6. Para tal efecto, corresponde indicar que la Secretaria Arbitral ha informado en el presente arbitraje se fijaron costos arbitrales, los que fueron asumidos en partes iguales por el demandante y PNAEQW:
 - Honorarios del Tribunal Arbitral: S/ 5,417.33 neto para cada árbitro.
 - Tasa Administrativa del CENTRO: S/ 6,732.00 más IGV.
7. Luego de evaluar las posiciones de las partes, considerando el resultado o sentido de este laudo y, al mismo tiempo, atendiendo a que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, y que precisamente motivó el presente arbitraje, el Tribunal Arbitral estima razonable que:
 - Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y,
 - Las partes asuman los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos (tasa administrativa del CENTRO) en partes iguales.



8. En consecuencia, corresponde declarar INFUNDADA este extremo de la pretensión principal y la pretensión subordinada de la demanda, y disponer la asunción y distribución de costos arbitrales conforme a lo señalado en el numeral precedente.

DECISIÓN FINAL:

Que, finalmente, estando a los considerandos precedentes, siendo que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y que ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, dejando constancia que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido 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**, en Derecho y conforme a lo siguiente:

LAUDA:

PRIMERO: DECLARANDO INFUNDADA la Pretensión Principal de la demanda, contenida como Primera Cuestión Controvertida, y, en consecuencia, **no corresponde** declarar la anulabilidad del Formato N° 17 que forma parte del Contrato N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS; **no corresponde** dejar sin efecto la penalidad aplicada; **no corresponde** declarar el reintegro de la suma de S/. 195 101,10 soles impuesto como penalidad e intereses legales; y **no corresponde** el reintegro de las costas y costos del presente arbitraje.

SEGUNDO: DECLARANDO INFUNDADA la Pretensión Subordinada de la demanda, contenida como Segunda Cuestión Controvertida, y, en consecuencia, **no corresponde** dejar sin efecto la penalidad aplicada al Contrato N° 0003-2019-CC-CAJAMARCA 7/PRODUCTOS al no haberse acreditado un evento de fuerza mayor; **no corresponde** declarar el reintegro de la suma de S/. 195 101,10 soles impuesto como penalidad e intereses legales; y **no corresponde** el reintegro de las costas y costos del presente arbitraje.

TERCERO: DECLARANDO FUNDADA la Pretensión Principal de la reconvención, contenida como Tercera Cuestión Controvertida, y, en consecuencia, **sí corresponde** declarar la validez y eficacia de la declaración de improcedencia a la solicitud de inaplicación de penalidades contenida en el expediente N° 001567-2019-MIDIS/PNAEQW-INAP, así como válida la aplicación de penalidades materia del presente arbitraje.

CUARTO: DISPONIENDO que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar, y que las partes asuman los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del CENTRO (tasa administrativa del CENTRO) en partes iguales.

Notifíquese a las partes.



Mary Ann Zavala Polo
Presidenta



Rómulo Morales Hervias
Árbitro



José Antonio Corrales Gonzáles
Árbitro