

**CENTRO DE ARBITRAJE DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

Expediente N° 4000-293-22

NIISA CORPORATION S.A.

Vs.

COMITÉ DE COMPRA LIMA 6

PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA

LAUDO ARBITRAL

Tribunal Arbitral

JAIME MIRANDA GÓMEZ
JORGE LUIS CASTRO CÁRDENAS
LUIS PUGLIANINI GUERRA

Secretaria Arbitral

SHEYLA JACKELINE OJEDA ROJAS

Lima, 12 de setiembre de 2023

DECISIÓN N° 7

En Lima, a los 12 días del mes de setiembre del año dos mil veintitrés, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas; escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. EL CONVENIO ARBITRAL

Se encuentra contenido en la cláusula vigésimo segunda del Contrato N° 0014-2022-CC-LIMA 6/PRODUCTOS.

Conforme a dicha cláusula el presente arbitraje es organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú conforme el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, el Reglamento) y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (en adelante, simplemente LA).

II. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El 13 de julio de 2022, el árbitro Luis Puglianini Guerra remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandante.

El 11 de julio de 2022, el árbitro Jorge Luis Castro Cárdenas remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandada.

El 6 de octubre de 2022, el árbitro Jaime Miranda Gómez, remite su aceptación como presidente del Tribunal Arbitral, quedando entonces el Tribunal Arbitral válidamente constituido.

III. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES DECISIONES ARBITRALES

- III.1. Mediante Decisión N° 1, de fecha 27 de octubre de 2022 se fijaron las reglas del presente arbitraje, asimismo se otorgó a NIISA CORPORATION S.A. (en adelante, NIISA) el plazo de veinte (20) días hábiles para la presentación de su demanda arbitral.

- III.2. Mediante Decisión N° 2, de fecha 8 de febrero de 2023 se admitieron a trámite los escritos de demanda, contestación de demanda, reconvencción y contestación de la reconvencción. Adicionalmente, se tuvo por deducida la Excepción de Incompetencia, se determinaron las cuestiones controvertidas, se admitieron pruebas y se convocó a Audiencia Única de Excepción e Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones y Pruebas para el 28 de febrero de 2023.
- III.3. Mediante Decisión N° 3, de fecha 27 de febrero de 2023 se aceptó el desistimiento de la Excepción de Incompetencia presentado por el PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA (en adelante, la ENTIDAD), se precisó que la audiencia programada mediante la Decisión N° 2 se llevaría a cabo excluyendo los temas vinculados a la Excepción.
- III.4. El 28 de febrero de 2023 se llevó a cabo la Audiencia Única de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones y Pruebas.
- III.5. Mediante Decisión N° 4 de fecha 9 de junio de 2023 se otorgó a ambas partes el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que presenten sus alegatos finales escritos.
- III.6. Mediante Decisión N° 5 de fecha 27 de junio de 2023, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales, se fijó el plazo para emitir el laudo arbitral en cuarenta (40) días hábiles; plazo que quedó prorrogado automáticamente por dicha decisión por un plazo de diez (10) días hábiles.
- III.7. Mediante Decisión N° 6 de fecha 11 de agosto de 2023, se tuvo por modificada la regla del arbitraje respecto a la presentación de los escritos, ello en virtud a la implementación de la Mesa de Partes Virtual del Centro.

IV. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES

- IV.1. Mediante Comunicación de Secretaría Arbitral de fecha 27 de octubre de 2022 se efectuó una primera liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/. 27,272.00 neto correspondiendo a cada árbitro s/. 9,090.66 neto más impuesto de ley.
Tasa administrativa del Centro	S/. 9,951.00 más IGV.

- IV.2. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes.
- IV.3. Sobre los pagos de la primera liquidación, se tiene que NIISA cumplió con acreditar el pago de los gastos arbitrales a su cargo. Las constancias de dichos pagos se encuentran contenidos en la Comunicación N° 17.
- IV.4. Posteriormente, mediante Comunicación emitida por la Secretaría General de Arbitraje de fecha 21 de marzo de 2023, se realizó la Liquidación Separada de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

Gastos arbitrales a cargo de NIISA	
Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 27,272.00 neto Corresponde a cada árbitro: S/9,090.66 neto
Tasa Administrativa del Centro	S/9,951.00 más IGV

Gastos arbitrales a cargo de la ENTIDAD	
Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 16,252.00 neto Corresponde a cada árbitro: S/5,417.33 neto
Tasa Administrativa del Centro	S/6,732.00 más IGV

- IV.5. En dicho documento, se señaló que las sumas canceladas en virtud de la liquidación inicial realizada por la Secretaría Arbitral debían ser restadas de las sumas que se consignaban en este reajuste.
- IV.6. En ese sentido, se tiene que los montos adicionales a cancelar luego de la resta de las sumas ya pagadas fueron los siguientes:

NIISA						
	HONORARIOS ARBITRALES (S/. 27,272.00 neto)			TASA ADMINISTRATIVA (S/ 9,951.00)		
	Liquidado	Monto abonado	Saldo por pagar	Liquidado	Monto abonado	Saldo por pagar
Liquidaciones separadas	S/. 9,090.66 neto para cada árbitro	S/. 4,545.33 neto para cada árbitro	S/. 4,545.33 neto para cada árbitro	S/. 9,951.00 (más IGV)	S/. 4,975.50 (más IGV)	S/. 4,975.50 (más IGV)

ENTIDAD						
	HONORARIOS ARBITRALES (S/. 16,252.00 neto)			TASA ADMINISTRATIVA (S/ 6,732.00)		
	Liquidado	Monto abonado	Saldo por pagar	Liquidado	Monto abonado	Saldo por pagar
Liquidacion es separadas	S/. 5,417.33 neto para cada árbitro	No acreditó pago	S/. 5,417.33 neto para cada árbitro	S/. 6,732.00 (más IGV)	No acreditó pago	S/. 6,732.00 (más IGV)

IV.7. Dichos montos debían ser cancelados por ambas partes respectivamente.

IV.8. Sobre los pagos de la Liquidación Separada de los gastos arbitrales, se tiene que ambas partes han cumplido con acreditar el pago correspondiente a las pretensiones formuladas en sus escritos de fondo. Las constancias de dichos pagos se encuentran contenidos en las Comunicaciones N° 25, 26, 27, 31 y 32.

V. ANÁLISIS DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y VALORACIÓN PROBATORIA

V.1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

"Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar ineficaz, arbitraria, nula y/o invalida la aplicación de penalidades, en consecuencia, que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no reconsiderar la exigencia para hacer viable el bien superior del objeto contractual".

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL:

1. Teniendo en cuenta que la pretensión objeto de análisis se reduce a determinar si la penalidad aplicada por el PNAEQW tiene sustento o no, lo que corresponde -para efectos de resolver el presente punto controvertido- es resolver las siguientes dos interrogantes:
 - En primer lugar, ¿cuál es la obligación que incumplió el Contratista y que dio lugar a la aplicación de la penalidad?¹ y;

¹ Cabe precisar que el incumplimiento en el que incurrió el Contratista es un hecho admitido por ambas partes y que, por tanto, constituye un aspecto no controvertido. No está en discusión entonces el hecho de que el Contratista incurrió en incumplimiento.

- En segundo lugar, ¿El incumplimiento en el cual incurrió el Contratista se encuentra justificado?

Las respuestas a estas dos interrogantes permitirán resolver este punto controvertido sobre la base de un razonamiento lógico-jurídico adecuado. Veamos:

¿Cuál es la obligación que incumplió el Contratista y que dio lugar a la aplicación de la penalidad de parte del PNAEQW?

2. A través del Contrato, el Contratista se había obligado a lo siguiente:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO	
El objeto del presente contrato, es la entrega de alimentos para la prestación del servicio alimentario en la modalidad productos por parte del/de la PROVEEDOR/A a favor de las/los usuarias/os del PNAEQW de los niveles Inicial, Primaria y Secundaria (de corresponder) del Ítem EL AGUSTINO 2 , según las especificaciones técnicas, 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 Alimentos.

3. Como se observa, el Contratista se obligó a realizar la entrega de determinados productos alimenticios, los mismos que fueron destinados para la alimentación de estudiantes de los niveles: inicial, primaria y secundaria.
4. Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en la cláusula 9.32 del Contrato, el Contratista se obligó no solo a cumplir las obligaciones derivadas de dicho Contrato, **sino también aquellas derivadas del denominado "Formato N° 16"** que **ella misma suscribió**. Dicha cláusula del Contrato establece textualmente lo siguiente:

9.32	Cumplir los compromisos y/o promesas asumidas durante la etapa de selección de proveedoras/es:
a)	Certificación con la Norma ISO 9001:2015 (Formato N° 15)
b)	Entrega de alimentos de origen macrorregional (Formato N° 16)

5. Ahora bien, a través de dicho Formato N° 16, el Contratista se obligó a realizar la entrega de alimentos de origen macrorregional (en adelante, los "**Alimentos**"). En dicho Formato, además, se estableció lo siguiente: **(i)** el número de Alimentos a ser entregados, **(ii)** el número de entregas a ser realizadas y **(iii)** el número de Alimentos que deben ser suministrados por cada entrega. A continuación, insertamos el extracto pertinente del Formato

N° 16 que refleja lo antes señalado:

PERU		Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social		Viceministerio de Prestaciones Sociales		de Alimentación Escolar QALI WARMA			
Formato N° 16 - Compromiso de Entrega de Alimentos de origen macroregional de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexos N° 04 -A y 04 -B)									
LIMA, 4 de noviembre del 2021									
Señor/a Presidente/a del Comité de Compra LIMA 6 Proceso de Compras 2022-CC-LIMA 6-PRODUCTOS Presente.-									
Yo, HUACACHI SORAS, TOMAS ARTURO, de nacionalidad PERUANA, identificada/o con DNI N° 08806345, con domicilio en ASENTAMIENTO HUMANO HUAYCAN Mz. OTROS S/N Lote 59, en el distrito de ATE, provincia LIMA departamento de LIMA, en mi condición de representante legal de NIISA CORPORATION S.A., con RUC N° 20502503180, con domicilio legal sito: AV. LA MAR 308 ASC. LOT. INDUSTRIAL LA MOLINA, en el distrito de ATE provincia LIMA, departamento de LIMA, en relación al Proceso de Compras 2022-CC-LIMA 6-PRODUCTOS Convocatoria No 1, me comprometo a entregar alimentos de origen macroregional por cada ítem para todas las Instituciones Educativas Públicas en las cuales haya sido programado dicho alimento de acuerdo a lo establecido en los Anexos 04-A y 04-B, conforme al siguiente detalle:									
Para ítems con periodo de atención por entrega regular (7 entregas)									
N°	ITEM	Entrega							Suma del número de alimentos de origen macroregional ofrecidos
		1	2	3	4	5	6	7	
1	SAN JUAN DE LURIGANCHO 3	9	9	9	9	10	10	9	65
2	SAN JUAN DE LURIGANCHO 5	9	9	9	9	10	10	9	65
3	EL AGUSTINO 1	9	9	9	9	10	10	9	65
4	EL AGUSTINO 2	9	9	9	9	10	10	9	65

- Como se observa, el Contratista se obligó a suministrar un total de 65 Alimentos a través de siete entregas. Ahora bien, para efectos de determinar cuál es la obligación incumplida por el Contratista y sobre la base del cual el PNAEQW le aplicó la penalidad que ahora es materia de análisis, **corresponde situarnos en la primera entrega del Ítem "El Agustino 2"**.
- Para dicha entrega -tal y como se advierte del Formato N° 16 antes proyectado- el Contratista se obligó a suministrar **nueve** Alimentos. Es precisamente en este escenario donde se produjo el incumplimiento que motivó la aplicación de la penalidad de parte del PNAEQW.
- En efecto, el Contratista únicamente cumplió con realizar la entrega de **siete** Alimentos con los requisitos y/o especificaciones exigidas por el señalado Formato N° 16, **siendo que los otros dos Alimentos restantes no cumplían con dichos requisitos** (este es un hecho admitido por ambas partes y por tanto un aspecto no controvertido).
- Específicamente, el Contratista realizó la entrega de los siguientes **siete** Alimentos (con los requisitos exigidos por el Formato N° 16):

COMPROMISO	CUMPLIÓ (SI/NO)	ACREDITACIÓN	OBSERVACIONES
(...)			
COMPROMISO 2	NO	Para el ítem El Agustino 2, NO CUMPLE con la entrega de nueve (09) productos macroregionales, en el expediente de liberación presentado liberación declara como productos macroregionales los siguientes: 1.- Mezcla de huevo 2.- Hojuela de avena con quintas 3.- Harina extruida de trigo 4.- Aceite vegetal 5.- Arroz fortificado 6.- Azúcar rubia 7.- Conserva de res	Compromiso asumido para la primera entrega (09 productos macroregionales)

(Página N° 5 del Informe del PNAEQW a través del cual resolvió la solicitud de inaplicación de penalidad del Contratista)

10. Los dos Alimentos que no contaban con algunas de las especificaciones exigidas por el Formato N° 16 (requisitos que serán analizados más adelante) fueron los siguientes: **(i)** Leche evaporada entera y **(ii)** Fideos.

Habiendo delimitado cuál es el incumplimiento cometido por el Contratista (entrega de solo siete de los nueve Alimentos prometidos con los requisitos exigidos por el Formato N° 16), corresponde ahora determinar si dicho incumplimiento se encuentra justificado o no. Veamos:

¿El incumplimiento en el cual incurrió el Contratista se encuentra justificado?

11. De los actuados del proceso se advierte que el análisis relacionado al incumplimiento del Contratista (y si el mismo tiene sustento o no), se reduce o gira en torno a un aspecto muy puntual y/o específico: la interpretación del número de requisitos exigidos por una de las cláusulas y/o disposiciones del Formato N° 16 para los Alimentos.

12. Específicamente, nos referimos a la siguiente estipulación de dicho Formato:

<p><u>Los alimentos de origen macroregional que me comprometo a entregar, pueden ser:</u></p> <p>1. Productos industrializados:</p> <p>a. Siempre que la fabricación del producto final se realice dentro del ámbito geográfico del departamento¹ al cual postula o de los departamentos colindantes geográficamente por una micro o pequeña empresa (MYPE), y se debe acreditar mediante:</p> <p>i. La Validación Técnica Oficial del Plan HACCP expedido por la DIGESA.</p> <p>ii. Constancia REMYPE del fabricante o productor.</p>
--

13. Es a partir de este texto que surge la controversia. Como se observa, en ella se indica que los "*Productos Industrializados*" -que, finalmente, forman parte de los Alimentos que el Contratista se obligó a entregar- para que sean catalogados como tales -es decir, "*Industrializados*"- deben ser fabricados: **(i)** "*dentro del ámbito geográfico del departamento al cual se postula*" (en este caso, Lima) o **(ii)** de los "*departamentos colindantes geográficamente por una micro o pequeña empresa (MYPE)*".
14. Ahora bien, **adicionalmente** a ello, el señalado Formato N° 16 indica que dichos "*Productos Industrializados*" (y es aquí donde precisamente se origina las discrepancias interpretativas) deben ser acreditados a través de los siguientes requisitos:
- La "*Validación Técnica Oficial del Plan HACCP expedido por la DIGESA*" (en adelante, la "**Certificación DIGESA**") y;
 - La "*Constancia REMYPE del fabricante o productor*" (en adelante, la "**Certificación REMYPE**").

Es respecto a la concurrencia y/o verificación de estas dos Certificaciones que las partes tienen distintas posiciones interpretativas.

15. En efecto, a juicio del PNAEQW, independientemente de si el Alimento se origina dentro del "*ámbito geográfico del departamento al cual se postula*" (en este caso, Lima) o de los "*departamentos colindantes*" al mismo, el Contratista -en cualquier caso- debe presentar la Certificación DIGESA **Y** la Certificación REMYPE para que el Alimento sea considerado "*Industrializado*" y macrorregional.
16. Contrariamente a ello, el Contratista señala que si bien el Alimento debe originarse dentro del "*ámbito geográfico del departamento al cual se postula*" (en este caso, Lima) o de los "*departamentos colindantes*" al mismo, lo cierto es que basta con la presentación de **CUALQUIERA** de las dos Certificaciones para que el Alimento sea considerado "*Industrializado*" y macrorregional.

Es decir, para el Contratista, el Formato N° 16 solo exigiría la presentación de solo **una** de las dos Certificaciones para que el respectivo Alimento sea considerado "*Industrializado*" y macrorregional, siendo que se trataría de requisitos alternativos y no conjuntivos.

17. En ese sentido, el Contratista señaló que no pudo completar la entrega de los dos Alimentos pendientes (leche evaporada entera y fideos) debido a que

era “*imposible*” para él contar con la Certificación REMYPE que acredite que los mismos fueron obtenidos por productores y/o fabricantes que precisamente tengan la calidad de “*Micro o Pequeños Empresarios (MYPES)*”.

18. En esa línea, indican que la penalidad aplicada por el PNAEQW es irregular, pues los dos Alimentos antes señalados (leche evaporada entera y fideos) ya cumplen con **uno** de los dos requisitos exigidos de manera alternativa por el Formato N° 16 para que sean considerados Alimentos “*Industrializados*” y macrorregionales, esto es, que ya cuentan con la Certificación DIGESA, siendo innecesario la exigencia de la Certificación REMYPE.
19. Estos argumentos del Contratista se encuentran desarrollados en su Escrito de Alegatos. Para efectos de una mejor ilustración, a continuación, pasamos a insertar los extractos pertinentes de dicho escrito en el que se ven reflejados toda su línea de argumentación sobre los alcances de los requisitos exigidos por el Formato N° 16:

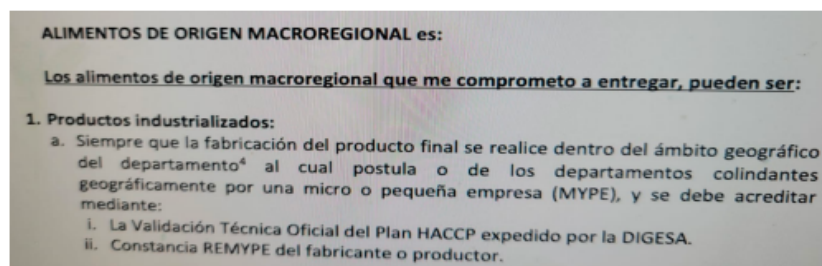
3. El sustento fue que, en el caso de los productos LECHE EVAPORADA ENTERA y FIDEOS, fue y es, materialmente **imposible**, toda vez que el sistema SIGDEL solicita la presentación de la “Constancia de **REMYPE**”, que, para dichos productos resulta imposible, por lo que se procedió a adjuntar una carta indicando la imposibilidad de cumplir con ello, ya que las Bases (página 24 – que trata el tema de ALIMENTOS DE ORIGEN MACROREGIONAL), estableció dos supuestos para considerar productos de origen macrorregional

- 1) Siempre que la fabricación del producto final se realice dentro del ámbito geográfico del departamento al cual postula, o
- 2) De los departamentos colindantes geográficamente por una micro o pequeña empresa (**MYPE**).

4. Que, al no estar estipulado en las Bases, ni el el contrato suscrito, que el origen del o los producto (s) dentro del ámbito geográfico al cual se postula, (en nuestro caso Lima Metropolitana), que el producto deba provenir o sea producido por una MYPE o por una empresa distinta a mediana o pequeña empresa, **se entiende que se debe acreditar con la respectiva Validación Técnica Oficial del plan HACCP expedido por DIGESA**, siendo que, en el caso de la LECHE EVAPORADA ENTERA y FIDEOS, **se cumplió la condición requerida**, es decir, fueron **producidos dentro del ámbito territorial de Lima Metropolitana** y contaron con la respectiva **Validación Técnica Oficial del plan HACCP expedido por DIGESA**, de manera que no se puede exigir un documento que

legalmente no es exigible a las empresas productoras por no ser, reiteramos, mediana o pequeña empresa; además de que en las Bases se estableció la acreditación mediante:

- a. La Validación Técnica Oficial del plan HACCP expedido por DIGESA.
- b. Constancia REMYPE del fabricante o productor.



5. Que, al no consignarse expresamente que la acreditación del origen macroregional de un producto con ambos documentos, PUES NO SE CONSIGNA LA CONJUNCION "Y", es que se entiende que, si una empresa ofrecía productos fabricados o producidos en Lima **NO TENIA QUE ADJUNTAR la "Constancia REMYPE", sino la Validación Técnica Oficial del plan HACCP expedido por DIGESA, y con ello por cumplido uno de los requisitos que sustentan en expediente.**
 6. En ese sentido, **NO se estableció expresamente en las bases, LA CONJUNCION DE AMBOS REQUISITOS** (certificación HACCP y constancia REMYPE), quedando así un margen de interpretación y un margen de DISCRECIONALIDAD al no haberse consignado un conector "Y", omisión que da lugar a interpretar que son **requisitos ALTERNATIVOS (uno u otro pero no ambos)**.
20. Al encontrarnos frente a una discrepancia de tipo interpretativa, el Tribunal Arbitral considera necesario -antes de resolver esta disputa hermenéutica- traer a colación uno de los criterios básicos de la interpretación contractual. Nos referimos a la Buena Fe.
21. Es un principio ínsito en el Derecho de los Contratos, que estos deben interpretarse de acuerdo con la señalada Buena Fe², en la acepción objetiva

² Incluso cierto sector de la doctrina considera que la Buena Fe es el criterio rector en materia de interpretación contractual, al cual deben someterse todas las demás reglas interpretativas. Véase **Borda, Alejandro**. «La interpretación de los Contratos en el Derecho Argentino». En: Soto, Carlos (Director), Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina. T. I. Grijley Editores. Lima, pp. 144.

de esta. Es decir, como regla de conducta³, principio recogido expresamente en el artículo 168 del Código Civil⁴.

22. Sobre el particular, el profesor Luis Diez-Picazo sostiene que la aplicación del Principio de la Buena Fe en materia de interpretación contractual implica lo siguiente:

"Los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y corrección en su misma elaboración; es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal de gentes honestas y no buscando confusiones deliberadas u oscuridades.

Los contratos deben ser interpretados manera que el sentido que se les atribuya sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones que de aquellos derivan"⁵. (Énfasis agregado)

23. Sobre la base del Principio de la Buena Fe antes señalado, el Tribunal Arbitral debe señalar de manera **enfática** que **no advierte ninguna "ambigüedad", "confusión" u "oscuridad" en la redacción del Formato N° 16** en cuanto al número de certificaciones que ella exige para acreditar que un Alimento es "Industrializado" y macrorregional.
24. Llama mucho la atención de este colegiado el hecho de que el Contratista sostenga que al no haberse estipulado la conjunción "Y" entre la Certificación DIGESA y la Certificación REMYPE, daría cuenta de que ambos requisitos son alternativos y no conjuntivos. Pero no solo eso, sino también el hecho de sostener que la obtención de la Certificación REMYPE para la leche evaporada entera y fideos se trataría de algo "imposible".

³ En este sentido, hay consenso en que la Buena Fe se ha plasmado legislativamente en dos sentidos: **(i) subjetivo**, refiriéndose a la intención con la que obran las personas o la creencia con que lo hace, por lo que se le llama «buena fe-creencia», y **(ii) objetivo**, en la que actúa como regla de conducta que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determine que se le denomine «buena fe-lealtad». **De La Puente Lavalle, Manuel** «La Fuerza de la Buena Fe» En: De los Mozos, José Luis (Director), Instituciones de Derecho Privado – Contratación Contemporánea. T. I. Lima: Palestra Editores. 2001. pp. 276.

⁴ **Artículo 168 del Código.**- «El acto jurídico [**léase contrato**] debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe».

⁵ **Diez Picazo, Luis.** *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* 1ª Edición. Volumen Primero. Editorial Tecnos. Madrid, 1979. pp. 251 y siguientes.

A juicio de este colegiado, sostener ello **contraviene diametralmente el ya señalado Principio de la Buena Fe como criterio rector de la interpretación contractual.**

25. En efecto, cuando cualquier documento y/o disposición contractual -o incluso alguna norma jurídica (administrativo, procesal, tributario, etc.)- establece un listado de requisitos, **evidentemente** -sobre la base del **sentido común** (Buena Fe)- se entiende que se debe cumplir con **todos y cada uno de ellos.**
26. Resulta contrario al curso normal de la experiencia y, reiteramos, del sentido claro y común de las cosas, sostener que un listado de requisitos, si no contiene la conjunción "Y" **entre cada una de ellas**, entonces se trata de requisitos y/o exigencias alternativas.
27. Sostener esto implicaría que, entre requisito y requisito, debe redactarse y colocarse, siempre en todos los casos, la conjunción "Y". Evidentemente, esto no es así. La única forma que pueda interpretarse que un listado de requisitos se trata exigencias alternativas es que:
- **Antes** de que se inicie el listado de los respectivos requisitos, se **precise** que puede cumplirse con **cualquiera** de ellos (o con un número mínimo de los mismos). En este caso, antes de la lectura de los requisitos, el lector y/o intérprete ya entiende, en atención a la precisión antes señalada, que pueda cumplir con cualquiera de ellos. En este caso sí se está ante exigencias alternativas.
 - Ahora, es posible que antes del listado de los requisitos, no se precise que se puede cumplir con cualquiera de ellos, pero que, **en el mismo listado, se establezca entre cada uno de ellos la disyunción "O"**. En este caso, también queda claro que se trata de exigencias alternativas, en atención a la inclusión de la letra disyuntiva antes señalada.
28. En el presente caso, no ocurre ninguno de los dos supuestos antes anotados. En efecto, el Formato N° 16 establece que:

Los alimentos de origen macroregional que me comprometo a entregar, pueden ser:

1. Productos industrializados:

- a. Siempre que la fabricación del producto final se realice dentro del ámbito geográfico del departamento¹ al cual postula o de los departamentos colindantes geográficamente por una micro o pequeña empresa (MYPE), **y se debe acreditar mediante:**
 - i. La Validación Técnica Oficial del Plan HACCP expedido por la DIGESA.
 - ii. Constancia REMYPE del fabricante o productor.

29. Como se observa, **antes** de que se enumere la Certificación DIGESA y REMYPE, no se precisa que se puede acreditar la naturaleza "Industrializada" y macrorregional del Alimento con cualquiera de ellas. Tampoco entre cada una de las certificaciones se incluyó la disyunción "O". Por el contrario, se indica que para que los Alimentos adquieran dicha condición, además de ser fabricados en el departamento al cual se postula o uno colindante a él, "**se debe acreditar mediante:**" Este último fraseo da cuenta de que **ambas** certificaciones trata de requisitos necesarios.
30. Siento esto así, se concluye -sobre la base de una lectura según el **Principio de la Buena Fe** (razonabilidad y sentido común) y también **literal** del texto (pues no se precisa que se trata de requisitos alternativos)- que las dos certificaciones constituyen exigencias **conjuntivas**.
31. Otro aspecto a tener en cuenta es que, si por un momento se admite que las certificaciones se tratan de requisitos alternativos (lo cual no es cierto), entonces podría prescindirse de la Certificación DIGESA. Esto, a juicio del Tribunal Arbitral, resulta un grave despropósito.
32. En efecto, el DIGESA es la Autoridad Nacional en Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria. Entre otras funciones, es responsable de los aspectos técnicos y de **vigilancia de los factores de riesgos físicos, químicos** y biológicos externos a la persona y de fiscalización en materia de salud, la cual comprende los **alimentos y bebidas** destinados al consumo humanos⁶.
33. Es decir, es una entidad encargada de verificar la idoneidad -química y biológica- de alimentos e insumos para el consumo humano. Se trata, entonces, de una labor fundamental la que realiza, pues -en el fondo- su objetivo es velar por la salud humana.
34. Teniendo en esto en cuenta, **prescindir de la Certificación DIGESA** - bajo el entendimiento de que puede prescindirse de ésta, pues ya se contaría con la Certificación REMYPE (al ser solo requisitos "alternativos")- **pondría en riesgo la salud de los estudiantes consumidores de los Alimentos.**
35. En efecto, el no contar con una actividad de fiscalización técnica que permita concluir que los Alimentos se encuentran en buenas condiciones, podría generar que se entregue productos en mal estado, por precisamente no contar con la fiscalización y posterior aprobación del DIGESA.

⁶ Véase: <http://www.digesa.minsa.gob.pe/institucional1/institucional.asp>

36. Esto, sobre la base de Principio de la Buena Fe, resulta ser más que riesgoso, sino **peligroso**. No puede entonces prescindirse de la Certificación DIGESA (pues se pondrían en riesgo la salud de los estudiantes, que es lo que finalmente se busca fortalecer con una adecuada alimentación), ni tampoco de la Certificación REMYPE.
37. Otro hecho que abona a esta conclusión (que las certificaciones se tratan de exigencias conjuntivas y no alternativas) se advierte -sorpresivamente- a través **de la misma conducta del Contratista.**
38. En efecto, él señaló que es "imposible" obtener la Certificación REMYPE para la leche evaporada entera y los fideos. Teniendo en cuenta esta afirmación, nos preguntamos **¿Cómo es posible entonces que el Contratista -para los siete Alimentos distintos a los antes mencionados- sí haya podido cumplir con ambos requisitos?**⁷
39. ¿De qué imposibilidad se puede hablar si para los otros siete Alimentos sí pudo obtener la Certificación REMYPE? Nótese que el Contratista se contradice no solo en este aspecto relacionado a la supuesta "imposibilidad" que alega, sino también en el siguiente extremo:
40. Él sostiene que no era necesario cumplir con ambas certificaciones. Si este es el entendimiento que tiene de la lectura del Formato N° 16, entonces ¿por qué, en el caso de los siete Alimentos antes señalados, sí cumplió con entregar **ambas** certificaciones? **Si para él bastaba con la presentación de uno de ellos, ¿por qué entonces en esos casos cumplió con ambos?**
41. Si según el Contratista el texto del Formato N° 16 es "ambiguo", entonces la razonable y diligente de su parte hubiera sido que, en la etapa de **consulta a las Bases**, pregunte por este tema. Esto, sin embargo, no ocurrió. Es sobre la base de esta supuesta "ambigüedad" que él mismo presentó ambas certificaciones en los siete Alimentos antes señalados.
42. Esto da cuenta de que el Contratista era **consciente** de que, finalmente, sí se requería ambas certificaciones. Y es que, frente a la inexistente "ambigüedad" que él alega, ya se habría decantado, inclinado y/o decidido por entender que sí se requiere ambas certificaciones (así lo refleja su

⁷ En las páginas N° 9 y 10 de su Escrito de Alegatos, el PNAEQW confirmó esto, según se advierte a continuación: "(...) para los otros siete (07) productos macrorregionales no tuvo observación alguna y los entregó conforme a los requisitos señalados por el programa y sin ningún cuestionamiento con referencia a la "interpretación" de cuáles eran los requerimientos específicos para considerar a un alimento de Origen Macrorregional".

conducta inicial al presentar ambas certificaciones en los siete Alimentos).

43. Inexplicablemente ahora **-contradiendo** su línea de acción anterior-sostiene lo contrario para el caso de la leche evaporada entera y los fideos. Esta acción temeraria de ir en contra de sus propios actos contraviene diametralmente el Principio de la Buena Fe y esto, como es claro, es algo inadmisibile.
44. Para finalizar, debemos pronunciarnos sobre el argumento del Contratista en el sentido de que, en las Bases del año 2023, se habría aclarado y/o precisado la supuesta ambigüedad que padecía el Formato N° 16 (que forma parte de las Bases del año 2022). Esto, a juicio suyo, da cuenta de precisamente la supuesta "oscuridad" y/o "confusión" que padecía dicho Formato (de ahí que el PNAEQW haya decidido "aclararlo" en el 2023).
45. A continuación, transcribimos el argumento del Contratista en ese sentido:

8. **LA PRUEBA** con la que demostramos que la redacción de las Bases del año 2022, eran ambiguas, lo que se prestaba para la interpretación, conforme nosotros lo hemos realizado, pero que no quiere ser aceptado por Qali Warma, es el hecho que **en las nuevas Bases para el Proceso de Compras del año 2023, ya se ha corregido dicha situación**, toda que **ahora SI SE HA CONSIGNADO LA COMA, en el lugar correcto**, para especificar qué se debe de entender como alimentos de origen macroregional.

BASES AÑO 2022:

ALIMENTOS DE ORIGEN MACROREGIONAL es:

Los alimentos de origen macroregional que me comprometo a entregar, pueden ser:

1. Productos industrializados:

- a. Siempre que la fabricación del producto final se realice dentro del ámbito geográfico del departamento⁴ al cual postula o de los departamentos colindantes geográficamente por una micro o pequeña empresa (MYPE), y se debe acreditar mediante:

BASES AÑO 2023:

ALIMENTOS DE ORIGEN MACROREGIONAL son:

Los alimentos de origen macroregional que me comprometo a entregar, pueden ser:

1. Alimentos industrializados:

- a. Se considera alimento industrializado de origen macroregional cuando la fabricación del producto final se realice dentro del ámbito geográfico del departamento^(*) al cual postula o de los departamentos colindantes geográficamente, fabricados por una micro o pequeña empresa (MYPE), el mismo que debe acreditarse mediante la presentación de:

46. Al respecto, este Tribunal Arbitral debe señalar que el Contratista realiza una lectura comparativa abiertamente parcial de ambas Bases. Y es que, solo se

está limitando a comparar las primeras líneas de los primeros párrafos de dichos textos. Sin embargo, omite tener en cuenta que la exigencia de la presentación de la Certificación DIGESA y de la Certificación REMYPE se encuentra **a partir** del fraseo “*y se debe acreditar mediante:*” del primer párrafo, literal “a” del Formato N° 16 del 2022 que pretende comparar.

47. Veamos nuevamente el Formato N° 16:

Los alimentos de origen macroregional que me comprometo a entregar, pueden ser:

1. Productos industrializados:

- a. Siempre que la fabricación del producto final se realice dentro del ámbito geográfico del departamento¹ al cual postula o de los departamentos colindantes geográficamente por una micro o pequeña empresa (MYPE), y se debe acreditar mediante:
 - i. La Validación Técnica Oficial del Plan HACCP expedido por la DIGESA.
 - ii. Constancia REMYPE del fabricante o productor.

48. Como se observa, la exigencia de las certificaciones se encuentra **a partir** del fraseo “*y se debe acreditar mediante:*” del literal “a” antes señalado. El Contratista únicamente está comparando lo **anterior** a ese fraseo en ambas Bases. Esta comparación resulta **inútil**, pues -según lo ya desarrollado en los fundamentos anteriores (a los cuales nos remitimos)-, es a partir del fraseo antes referido que el Formato N° 16 establece de **manera clara e inequívoca** que se requiere ambas certificaciones (pues no precisa que se pueda cumplir con cualquier de ellas ni establece la disyunción “O”).

49. El colegiado advierte entonces que el Contratista solo compara una parte de las Bases y omite por completo el otro extremo de la del año 2022, **extremo que precisamente desacredita su posición** (de ahí que no haya sido objeto de comparación y/o análisis por él).

50. A partir de las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral concluye que el incumplimiento en el cual incurrió el Contratista no se encuentra justificado en modo alguno. Esto determina que la penalidad aplicada por el PNAEQW se encuentre bien aplicada.

51. Teniendo ello en cuenta, se debe declarar infundada la primera pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la penalidad aplicada por el PNAEQW.

V.2. **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**

"Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar eficaz, válido, bien resuelto el Contrato N° 0014-2022-

CC-LIMA 6/PRODUCTOS (ítem: EL AGUSTINO 2) por parte de NIISA”.

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL:

52. El Contratista resolvió el Contrato a través de la Carta N° 073-2022/NIISA-UTLM de fecha 02 de junio de 2022 (en adelante, la “**Carta de Resolución**”). A continuación, proyectamos los extractos pertinentes de la referida Carta en las que se advierte la causal de resolución invocada por el Contratista y los argumentos en base a los cuales sustentó dicha resolución:

Que, al amparo de las normas supletorias del Código Civil peruano, aplicables al contrato de la referencia, al amparo de los artículos 1315° y 1440° del Código Civil, le comunico la decisión de mi representada de RESOLVER el contrato de la referencia y su respectiva adenda por las causales de fuerza mayor y excesiva onerosidad de la prestación, por hechos sobrevinientes que han modificado las circunstancias contractuales actuales y que sobrepasan la diligencia y la prudente previsibilidad de los compromisos asumidos, convirtiendo a nuestra prestación en excesivamente onerosa, optándose por resolver el presente contrato en la medida que no será posible restablecer el equilibrio de las prestaciones debido a los hechos de fuerza mayor que se están presentando.

En el presente caso, nos encontramos frente a un contrato de prestaciones periódicas, que se ha visto afectado por los siguientes acontecimientos:

Primer acontecimiento: Empresas proveedoras/productoras han perdido la categoría comercial exigida como condición para la procedencia de los productos o no pueden cumplir con la entrega de los productos ofrecidos como macroregional

- Es el caso que, mi representada, al momento de la suscripción del contrato, tenía identificada a la(s) empresa(s) proveedora/productora de los productos macroregionales exigidos por el Comité para cumplir con las estipulaciones fijadas en las bases.
- Mi representada, ha sido contactado por la empresa COMPAÑIA CAVAL S.A.C., quien nos ha manifestado que ya no cuenta con stock de quinua y por tanto no pueden cumplir con la entrega de los productos ofrecidos como macroregional

tal y como es exigido para cumplir con los requisitos fijados por las bases del contrato.

- En este escenario de cosas, este hecho es un evento extraordinario, imprevisible, fuera de nuestro dominio o control contractual, ajeno a la voluntad de mi representada, que además es un hecho permanente, que representa un obstáculo para el cumplimiento de la prestación a nuestro cargo, por lo que no podremos cumplir con la entrega de los productos conforme a los términos del contrato firmado.

Imposibilidad de suplir a la empresa que ya no puede cumplir con la entrega de productos macroregionales y la EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACION

- Frente a este hecho, hemos tratado por todos los medios de suplir a la empresa descalificada, a fin de dar cumplimiento a nuestros compromisos contractuales. Sin embargo, en las últimas semanas, se viene produciendo un fenómeno mundial IMPREVISIBLE, que es el alza desmedida y en escalada de los insumos y productos alimenticios, incluso la escasez de algunos productos, lo que hace IMPOSIBLE reemplazar a la empresa que ya no cumple con los requisitos.
- Que, por otro lado, y este es otro fundamento para la toma de decisión de resolver el contrato es el alza en el precio de los insumos, lo que provoca que mi representada TRABAJE A PÉRDIDA, porque los precios de venta ofertados no están en sintonía con los precios actuales, más aún si, en el tiempo, las estadísticas y expertos prevén que el alza de los insumos y productos alimenticios será cada vez mayor, lo que convierte a nuestra prestación en EXCESIVAMENTE ONEROSA, siendo imposible cumplir con los compromisos contractuales asumidos.

Debido al alza de los insumos, la imposibilidad de cumplir la prestación se vuelve PERMANENTE y, el posible reemplazo de la empresa descalificada, convierte a la prestación en EXCESIVAMENTE ONEROSA, por el desequilibrio económico producido en el contrato debido al alza imprevista, desmedida de los insumos, como causa de una guerra externa y de una crisis mundial que era imposible prever al momento de la firma del contrato.

Siendo que se trata de un contrato de prestaciones periódicas, estos acontecimientos han roto el equilibrio contractual, por lo que, invocamos estas causales como causales DE RESOLUCION CONTRACTUAL PREVISTAS EN LA LEY, que son una excepción al "pacta sunt servanda", en la medida que el pacta sunt servanda no ampara los efectos perjudiciales que pueda afectar a una de las partes cuando cambian de manera sustantiva y esencial, las circunstancias de hecho existentes al momento de la celebración del contrato, como consecuencia de circunstancias ajenas, imprevisibles y extraordinarias.

En este estado de cosas, será imposible restablecer las condiciones contractuales pactadas y será imposible cumplir con las prestaciones de manera ordinaria, debido a que, los hechos producidos, escapan al dominio, voluntad y responsabilidad de nuestra parte y a razón de ellos nos resulta excesivamente oneroso cumplir con los compromisos asumidos en el contrato de la referencia.

Asimismo, como ustedes comprenderán, las obligaciones asumidas en el contrato están pactadas dentro de escenarios normales de costos y bajo ciertas condiciones que a la fecha han desaparecido.

Si bien mi representada es fiel al cumplimiento de las obligaciones contractuales que asume, este escenario de fuerza mayor dista mucho de las condiciones en las que se suscribió el contrato original, razón por la cual, mi representada está imposibilitada de cumplir con sus compromisos y el estándar de obligación es INVIABLE debido a las circunstancias descritas producidas por los hechos descritos y por las circunstancias de crisis de precios por las que atraviesa el país y el mundo, que afectan a las obligaciones asumidas.

53. Como se observa, el Contratista resolvió el Contrato sobre la base de la siguiente causal y de los siguientes argumentos:

- Causal:
 - Excesiva onerosidad de la prestación y caso fortuito y fuerza mayor (imposibilidad).
- Argumentos:
 - Sus proveedores ya no cuentan con *stock* suficiente.
 - Incremento excesivo de los precios de los insumos. Este incremento se habría producido a causa de la guerra entre Rusia y Ucrania.
 - Los dos acontecimientos antes señalados constituirían hechos ajenos al Contratista que convierten a la "*prestación en excesivamente onerosa, siendo imposible que cumpla con los compromisos contractuales asumidos*".

54. Con relación a la resolución efectuada por el Contratista, el colegiado concluye que la misma es inválida, por lo que carece de efectos. A continuación, pasamos a desarrollar las razones que sustentan esta conclusión:

55. En primer lugar, resulta contradictorio sostener que la prestación del Contratista se ha tornado en más onerosa y, a la vez, que sea de imposible ejecución. Y es que, **la excesiva onerosidad de la prestación, no implica el acaecimiento de un supuesto de imposibilidad prestacional, sino de dificultad.**

56. En efecto, el cumplimiento de la prestación se torna en más "difícil" de ser cumplida precisamente por el hecho de que la misma es más "costosa". Esto genera que el deudor tenga que incurrir en mayores costos a los normalmente previstos para ejecutarla.

57. Esto, sin embargo, nada tiene que ver con un supuesto de imposibilidad. En efecto, el hecho de que la prestación sea más "costosa" no determina en modo alguno que la misma se haya tornado en imposible (ni física ni jurídicamente).

Una cosa es pues, imposibilidad prestacional, y otra, bien distinta, dificultad prestacional.

58. Otro aspecto a tener en cuenta -y que el Contratista omite por completo- es que no es posible resolver -unilateralmente- un contrato por excesiva onerosidad de la prestación a través del envío de una comunicación en ese sentido.

59. En efecto, el artículo 1440 del Código Civil establece que la resolución de un contrato por dicha causal, únicamente puede ser dictada y/o establecida por un juez (o árbitro, de ser el caso). Dicha disposición normativa establece lo siguiente:

"Artículo 1440.- Definición

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas".

60. Al ser la resolución contractual un **fenómeno excepcional** (pues se debe priorizar la ejecución contractual, antes que su paralización) es que el

artículo antes señalado establece, en primer lugar, que a fin de que cese la onerosidad, se aumente la contraprestación o se reduzca la prestación.

61. Solo si eso no fuera posible o si lo solicita el demandado, es recién ahí -de modo excepcional- que el juez resuelve el contrato. Reiteramos, al tratarse de un fenómeno excepcional, la resolución queda reservada como última opción.
62. Nótese que la sentencia que declara resuelto el contrato por excesiva onerosidad de la prestación es de tipo **constitutiva**, es decir, **es con la sentencia que el contrato queda resuelto.**
63. Teniendo esto en cuenta, no es posible que el Contratista, a través de la Carta de Resolución, de por resuelto el contrato por excesiva onerosidad de la prestación. Esto no es jurídicamente posible⁸.
64. En todo caso, lo que debió realizar el Contratista es interponer una demanda para que cese la onerosidad y, al interior del proceso, si fuera el caso, el juez (o árbitro) resolverá el Contrato. Esto, sin embargo, no es lo que ocurrió.
65. Al no tener la Carta de Resolución la aptitud necesaria para resolver el Contrato por excesiva onerosidad de la prestación (pues se requiere una sentencia para tal efecto), se concluye que la misma carece de efectos.
66. Sin perjuicio de que lo hasta aquí señalado constituye una razón más que suficiente para concluir que la resolución del Contrato de parte del Contratista es ineficaz, a continuación, nos pronunciaremos sobre los argumentos que sustentan su pretendida resolución contractual:
67. Respecto al hecho de que sus proveedores ya no cuentan con *stock* suficiente (lo que habría generado que no pueda cumplir más el Contrato), este colegiado debe señalar lo siguiente:
68. El Contratista se excusó de su falta de cumplimiento invocando, a su vez, el incumplimiento de sus proveedores (por falta de *stock*), con quienes tenía un vínculo contractual.
69. Sobre el particular, se debe distinguir las siguientes relaciones contractuales:

⁸ Distinto es el caso de una resolución por incumplimiento de obligaciones, bajo los alcances del artículo 1430 del Código Civil. En este caso, el acreedor sí puede resolver el respectivo contrato a través de una comunicación en ese sentido.

- La entablada entre el PNAEQW y el Contratista, la misma que se originó a causa de la celebración del Contrato (en adelante, la "**Relación Contractual # 1**").
 - La entablada entre el Contratista y sus proveedores, la misma que se originó a causa del respectivo contrato de distribución celebrado entre ellos (en adelante, la "**Relación Contractual # 2**").
70. Como se observa, la Relación Contractual # 2 surgió para dar cumplimiento a la obligación del Contratista contraída en la Relación Contractual # 1 (la de entregar los Alimentos). Es decir, aquella (la Relación Contractual # 2) se trata de un vínculo derivado de la Relación Contractual # 1.
71. Ahora bien, **las vicisitudes negociales que puedan surgir en la Relación Contractual # 2 -evidentemente- no repercuten en modo alguno en la Relación Contractual # 1.** A modo de ejemplo, si la Relación Contractual # 2 se torna en ineficaz -por ejemplo, por un vicio de nulidad-; entonces, la Relación Contractual # 1 no se ve afectada en modo alguno.
72. En ese mismo sentido, si la Relación Contractual # 2 se resuelve por incumplimiento, la Relación Contractual # 1 se mantiene incólume. Es decir, cualquier vicio o vicisitud negocial de aquella, no puede en modo alguno afectar a esta última.
73. Así, en caso los proveedores ya no cuenten con *stock* o incumplan su obligación por cualquier razón (incluso por causa no imputable a ellos), entonces **ese incumplimiento no puede ser trasladado por el Contratista al PNAEQW. Los incumplimientos de sus proveedores no pueden en modo alguno, ser invocados por el Contratista como justificantes de su incumplimiento (y menos aún para alegar un supuesto de imposibilidad prestacional).**
74. Esta es una noción básica de Derecho Contractual. En efecto, en la práctica, existen ocasiones en las que el deudor de una determinada obligación contrata con un tercero para obtener el bien con el que cumplirá su prestación. Si este tercero -finalmente- no cumple, entonces **el deudor no puede excusarse de su cumplimiento frente a su acreedor, so pretexto de que su deudor (el tercero) incumplió (o de que no tiene más "stock").**
75. En escenarios como este, el deudor (en este caso, el Contratista) debe asumir su responsabilidad frente a su acreedor (en este caso, el PNAEQW) por su incumplimiento. Lo que en todo caso puede hacer el deudor (el Contratista), es dirigirse contra el tercero (sus proveedores) y **activar los remedios contractuales a que haya lugar en contra de ellos**

(resolución por incumplimiento, excepción de incumplimiento o resarcimiento).

Lo que no puede hacer, reiteramos, es pretender liberarse de su obligación, invocando el incumplimiento (o la falta de "stock") de un tercero (sus proveedores).

76. Nótese que, en todo caso, lo que bien pudo hacer el Contratista es negociar la inclusión de una cláusula en el Contrato en el sentido de que, si sus proveedores no cumplían, entonces, su obligación frente al PNAEQW quedaba suspendida hasta que los proveedores cumplan. Esto hubiera generado que el Contratista no incurra en incumplimiento alguno (y, por tanto, que no pretenda resolver el Contrato).
77. Esto, sin embargo, no ocurrió. No existe una cláusula en el Contrato en ese sentido, por lo que el Contratista no puede excusarse de su incumplimiento (y menos aún alegar un supuesto de imposibilidad prestacional).
78. Finalmente, respecto al incremento excesivo de los precios de los insumos de los Alimentos (el mismo que se habría producido a causa de la guerra entre Rusia y Ucrania), este colegiado debe señalar lo siguiente:
79. Según lo señalado anteriormente, cualquier evento, dificultad o vicisitud presentada en la relación contractual entre el Contratista y sus proveedores no puede ser invocada por aquel para alterar la relación contractual que tiene con el PNAEQW.
80. En ese sentido, si a los proveedores les es más costoso la elaboración de los Alimentos a causa del incremento del precio de los insumos, ese evento no puede ser trasladado a la relación contractual derivada del Contrato. **Será el Contratista y sus proveedores quienes se entenderán entre ellos sobre ese aspecto de acuerdo a lo que hayan estipulado en su respectivo contrato.**
81. Sin perjuicio de ello, este Tribunal Arbitral debe señalar lo siguiente: el solo hecho de que supuestamente haya aumentado el precio de los insumos no justifica en modo alguno una resolución contractual por excesiva onerosidad de la prestación.
82. En efecto, el incremento de los precios (o incluso del valor del dólar) y su incidencia en el Contrato (específicamente, en el valor de la contraprestación recibida por el Contratista) **es un aspecto que bien pudo regularse en el Contrato.**

83. En efecto, si para el Contratista el pago de la contraprestación recibida es menor en atención a que aumentó el precio de los insumos (y, por tanto, el costo de producción), entonces, **bien pudo negociarse la inclusión de una cláusula en el Contrato a través de la cual se reajuste el precio y/o la contraprestación (pacto de indexación).**
84. A través de este acuerdo, ante un escenario como el descrito por el Contratista (incremento del valor de los insumos), lo que procedía era ajustar el valor de la contraprestación, de tal manera que dicho evento no lo afecte y pueda mantenerse el valor de la contraprestación de una forma auspiciosa para él.
85. Esto, sin embargo, no ocurrió. No existe una cláusula en el Contrato en ese sentido, por lo que el Contratista no puede excusarse de su incumplimiento y pretender resolver el Contrato por un aspecto que **perfectamente pudo preverse y regularse en dicho Contrato.**
86. A partir de las consideraciones expuestas, se concluye que la resolución efectuada por el Contratista a través de la Carta de Resolución es ineficaz, por lo que se debe declarar infundada la segunda pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, no corresponde declarar eficaz dicha resolución contractual.

V.3. **TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA**

"Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar ineficaz, inválida, arbitraria, nula la resolución del Contrato N° 0014-2022-CC-LIMA 6/PRODUCTOS (ítem: EL AGUSTINO 2) por parte del Comité de Compras Lima 6, realizada mediante Carta Notarial N° 002-2022-CC LIMA 6."

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL

87. El presente punto controvertido se reduce a determinar si la resolución extrajudicial del Contrato efectuada por el Comité de Compras, es **válida o no**. Para efectos de analizar ello, es necesario primero delimitar los alcances de la resolución por incumplimiento, cuáles son los presupuestos necesarios para que ella se verifique y cuáles son sus consecuencias⁹.

⁹ La resolución contractual realizada por el Comité de Compras será válida en la medida de que se verifiquen todos los presupuestos necesarios de la resolución por incumplimiento; por el contrario, será inválida si ello no ocurre.

88. La resolución es una categoría genérica en virtud de la cual un contrato deja de producir los efectos que le son inherentes por causas extrañas al mismo, y que ocurren con posterioridad a su celebración.
89. Dentro de la citada categoría genérica se encuentra la "*resolución por incumplimiento*", que implica extinguir el vínculo contractual de manera sobreviniente debido a que una de las partes no ha cumplido con la prestación a su cargo. Ahora bien, para que dicha resolución opere es necesario que se verifiquen ciertos requisitos y/o presupuestos, los cuales listamos y desarrollamos a continuación:
- i. **Existencia de un contrato con prestaciones recíprocas**: Esto implica que haya una conexión entre las prestaciones, una interdependencia entre las mismas, o una correlación de ventajas y sacrificios que obtienen las partes, siendo que esta reciprocidad debe mantenerse durante todo el íter contractual¹⁰.
 - ii. **Legitimación para invocar la resolución**: El ejercicio de la resolución por incumplimiento importa que la parte que la invoca haya cumplido con todas y cada una de las obligaciones a su cargo, derivadas del respectivo contrato: "*El requisito fundamental para que la parte fiel esté legitimada para solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la otra parte, es que ella misma no sea también incumplidora*"¹¹.
 - iii. **Importancia del incumplimiento**: Dadas las severas consecuencias de la resolución, solo el "*fundamental breach*" confiere al perjudicado el derecho de resolver un contrato. Es decir, el incumplimiento tiene que ser de tal intensidad e importancia que justifique la ruptura de la relación contractual. En otras palabras, no debe tratarse de cualquier incumplimiento, sino que este debe ser grave. En ese sentido, se ha señalado lo siguiente:

"La regla se explica con una ratio de proporcionalidad: la resolución es un remedio muy pesado, porque destruye el contrato; sería exagerado aplicarlo a casos en los que el mal funcionamiento de la relación es muy ligero (...). Se explica

¹⁰ BARBOZA BERAÚN, Eduardo. *¿Excepción de Incumplimiento o excepcional dolor de cabeza?* En: *Advocatus*. Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 9. Lima 2003-II. p. 389

¹¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo II. Editorial Palestra. Lima, 2003. p. 384.

*también como prevención de comportamientos antojadizos, susceptibles de disolver el valor del vínculo contractual: sin la regla, la parte arrepentida del contrato podría tomar bajo pretexto cualquier ligera inexactitud de la prestación de la contraparte (...), para desvincularse con la resolución*¹² (Énfasis agregado).

- iv. **Incumplimiento imputable al deudor**: Indistintamente de las diversas definiciones que existen sobre las obligaciones (y sus variadas fuentes), lo cierto es que éstas nacen y existen para ser cumplidas, aunque no siempre esto ocurra.

Entonces, como antítesis del cumplimiento, el incumplimiento puede ser perfilado como la no realización del comportamiento debido o como se ha señalado:

*"(...) la obligación se cumple mediante la ejecución de la prestación. (...). El incumplimiento de la obligación se produce cuando el deudor no ejecuta plena y oportunamente la correspondiente prestación"*¹³.

Ahora, como regla general, el incumplimiento que da lugar a la resolución necesariamente tiene que ser imputable al deudor, salvo que las partes hayan acordado que el vínculo contractual podrá ser dejado sin efecto aun cuando el incumplimiento sea por causa no imputable al deudor.

- v. **La mora**: Para que proceda la resolución por incumplimiento la parte infiel tiene que estar en mora. En principio, la inejecución de una obligación es un hecho intrascendente para el Derecho Peruano. Y es que para que esta inejecución tenga consecuencias jurídicas, resulta necesaria la constitución en mora.

En esta línea, según lo estipulado por el artículo 1333 del Código Civil Peruano¹⁴, el deudor queda constituido en mora cuando la inejecución

¹² Roppo, Vincenzo. *El Contrato*. 1a Edición Peruana (Traducción de *Il Contratto*, Giuffrè, Milano 2001). Gaceta Jurídica. Lima, 2009. p. 880.

¹³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *La Mora y el Incumplimiento*. En: *Advocatus*. Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 13. Lima 2005-II. p. 166.

¹⁴ Artículo 1333 del Código Civil Peruano. - "Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación (...)".

no solo obedece a causas imputables al deudor, sino que además debe existir un requerimiento del acreedor para el cumplimiento de su obligación ya sea en la vía judicial o extrajudicial.

Como excepción a dicho requerimiento, el mismo Código Civil ha contemplado ciertos supuestos en los que se prescinde de dicha intimación. Dichos supuestos han sido denominados como "*mora automática*"¹⁵.

- vi. **Procedimiento resolutorio**: Finalmente, para que el contrato quede resuelto, el acreedor deberá seguir el procedimiento resolutorio acordado en el respectivo contrato (por ejemplo, sería el caso de un pacto comisorio, acordado de conformidad con lo establecido en el artículo 1430 del Código Civil).

En caso las partes no hayan establecido un procedimiento resolutorio específico para poder resolver el contrato, el acreedor puede optar en resolver el mismo a través de los procedimientos establecidos supletoriamente en los artículos 1428 (resolución jurisdiccional) o 1429 (resolución por intimación) del Código Civil.

90. Veamos ahora cuáles son las **consecuencias** que se derivan de la resolución por incumplimiento:

91. Indistintamente del mecanismo y/o momento exacto en el que ocurre la resolución por incumplimiento, los **efectos** que son inherentes a este mecanismo de tutela son los siguientes:

- i. **Efecto liberatorio**: La resolución extingue el vínculo contractual y, como consecuencia de ello, las partes quedan liberadas de ejecutar las prestaciones a su cargo.
- ii. **Efecto restitutorio**: Como regla general, las partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones ejecutadas, salvo que se trate de un contrato de tracto sucesivo, en el cual no proceda dicha restitución. En este tipo de contratos, la resolución no tiene efectos retroactivos a la celebración del mismo. Es importante precisar que esto no implica que el acreedor, sin perjuicio de resolver el contrato, pueda solicitar

¹⁵ Tales supuestos son los siguientes: **(i)** cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente, **(ii)** cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultase que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla, **(iii)** cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación y, **(iv)** cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

el cumplimiento de las prestaciones que fueron desatendidas y que motivaron la resolución del mismo.

- iii. **Efecto Resarcitorio:** A la parte perjudicada con el incumplimiento que motiva la resolución contractual le asiste el derecho de accionar en contra de la otra por los daños y perjuicios que haya podido padecer a causa de dicho incumplimiento.

92. Habiendo delimitado cuáles son los presupuestos y/o requisitos necesarios para que se verifique la resolución por incumplimiento y cuáles son las consecuencias que de ella se derivan, corresponde ahora analizar si los señalados presupuestos se han verificado o no en el presente caso. Esto permitirá resolver adecuadamente el punto controvertido materia de análisis, relacionado con la **validez** de la resolución contractual. Veamos:

A. Existencia de un contrato con prestaciones recíprocas:

93. Conforme a lo señalado anteriormente, un contrato con prestaciones recíprocas es aquel en el que existe una interdependencia o un sinalagma entre las prestaciones.

94. En el presente caso, el 18 de enero de 2022, el Contratista y el Comité de Compras celebraron el Contrato. En virtud de esta relación contractual, el Contratista se obligó, entre otras cosas, a entregar los Alimentos conforme se advierte de la cláusula tercera del Contrato:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

El objeto del presente contrato, es la entrega de alimentos para la prestación del servicio alimentario en la modalidad productos por parte del/de la **PROVEEDOR/A** a favor de las/los usuarias/os del **PNAEQW** de los niveles Inicial, Primaria y Secundaria (de corresponder) del **Ítem EL AGUSTINO 2**, según las especificaciones técnicas, 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 Alimentos.

95. Por otro lado, a cambio de la entrega de los Alimentos, el Comité de Compras se obligó a pagar al Contratista en calidad de **contraprestación** el precio establecido en la cláusula cuarta del Contrato, conforme se advierte a continuación:

CLÁUSULA CUARTA: MONTO DEL CONTRATO

El monto del presente Contrato asciende a la suma total de **S/ 1,619,081.05 (UN MILLON SEISCIENTOS DIECINUEVE MIL OCHENTA Y UNO CON 05/100 SOLES)**, por la prestación del servicio alimentario que incluye el costo de los alimentos, gastos de transporte, gastos administrativos (incluye gastos bancarios generados por el pago de las prestaciones), costos y sobrecostos laborales, gastos operativos, gastos financieros, impuestos (salvo lo establecido en la Ley N° 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía) y cualquier otro gasto relacionado de forma directa o indirecta a la entrega de los alimentos puesto dentro de las Instituciones Educativas Públicas según el **Anexo N° 01 "Listado de Instituciones Educativas Públicas"**.

Nivel Educativo	N° CCP	Meta	Tipo de Ración	Tipo de Servicio	N° de Usuarios	N° de Raciones	Precio Unitario S/	N° Días de Atención	Importe S/
INICIAL	691	0074	1	PSA	1,418	245,314	1.95	173	478,362.30
PRIMARIA	691	0074	1	PSA	3,125	540,625	2.11	173	1,140,718.75
Importe Total S/									1,619,081.05

96. A partir de lo expuesto, se advierte de manera clara que existe una interdependencia/conexión entre las prestaciones a cargo de cada una de las Partes: **la entrega de los Alimentos indicados en el Contrato (a cargo del Contratista) es interdependiente y/o conexo con el pago de la contraprestación/precio (a cargo del Comité de Compras)**, por lo que se concluye que el Contrato contiene prestaciones recíprocas.

B. Importancia del incumplimiento

97. Para efectos de analizar este presupuesto, resulta necesario identificar cuáles es la obligación que el Contratista habría incumplido **y en base al cual el Comité de Compras resolvió el Contrato.**
98. Dicha obligación se encuentra identificada en la carta notarial a través del cual el Comité de Compras resolvió el Contrato (en adelante, la "**Carta de Resolución del Comité**"), la misma que insertamos a continuación:

Que, habiendo recibido el pronunciamiento emitido por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma – PNAEQW, en donde se concluye que, "... el proveedor NIISA CORPORATION S.A., incurrió en la causal de resolución contractual, debido a que, durante la ejecución del CONTRATO N° 0014-2022-CC-LIMA 6/PRODUCTOS (Ítem: EL AGUSTINO 2); ha incumplido con lo establecido en sus obligaciones contractuales, en relación al numeral 6.5.9.1 literal h) del Manual del Proceso de Compras del Modelo de Cogestión para la Prestación del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y al numeral 3.10.1 literal g), Bases Integradas del Proceso de Compras Electrónico 2022, Modalidad Productos, al no haber presentado el expediente de liberación dentro de los tres (3) días posteriores a la fecha máxima establecida en el contrato, correspondiente al periodo de atención de la Cuarta Entrega – Modalidad Productos".

99. Como se observa, el Comité de Compras resolvió el Contrato debido a que el Contratista **no cumplió con presentar el expediente de liberación correspondiente a la cuarta entrega dentro del plazo de tres días** establecidos en el Contrato.
100. Cabe precisar que esta obligación se encuentra prevista en las cláusulas 9.2 y 9.3 del Contrato, conforme se advierte a continuación:

CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DEL/DE LA PROVEEDOR/A

El/La **PROVEEDOR/A** está obligado a cumplir lo siguiente:

- 9.2 Cumplir con los requisitos, condiciones, especificaciones técnicas de alimentos y plazos establecidos en el contrato para la presentación del expediente de liberación completo y conforme, de acuerdo a lo establecido en el documento normativo "**Protocolo para la supervisión y liberación de alimentos en los establecimientos de las/los proveedoras/es del PNAEQW**"; el mismo que debe ser presentado por el/la proveedor/a, mediante el SIGDEL o por los canales que el **PNAEQW** establezca en caso fortuito o fuerza mayor.
- 9.3 Garantizar la liberación de los alimentos en los plazos establecidos en el contrato.

101. Ahora bien, para efectos de determinar si dicho incumplimiento resulta ser grave y/o fundamental, lo que debe verificarse, en primer lugar, es si las propias partes lo calificaron como tal en el Contrato. Y es que, qué mejor forma determinar si el incumplimiento de una obligación es grave o no **que la declaración y/o calificación de las propias partes en ese sentido.** Son ellas las que pueden determinar qué obligaciones inejecutadas serán consideradas graves o no de acuerdo a sus propios intereses.

102. En el presente caso, las partes precisamente acordaron en la cláusula 17.2.1 que el incumplimiento de la obligación por la cual el Comité de Compras resolvió el Contrato constituye una **causal** bajo la cual se puede resolver el mismo, conforme se advierte a continuación:

17.2 Causales de Resolución Contractual

- 17.2.1 Son causales de resolución del contrato atribuibles al/a la **PROVEEDOR/A** los supuestos siguientes:
- g) Cuando el/la **PROVEEDOR/A** no cumpla con la presentación del expediente para la liberación hasta tres (3) días hábiles posteriores a la fecha máxima establecida en el Contrato.

103. El hecho de que las propias partes hayan establecido como causal de resolución del contrato la inejecución de la obligación antes señala **da cuenta de que la misma constituye una obligación importante.** Tan fundamental es que precisamente su incumplimiento lesiona gravemente los intereses del Comité de Compras, al punto de que las partes se hayan dado el trabajo de colocarla como causal de resolución.

104. Se concluye entonces que sí estamos ante el incumplimiento de una obligación fundamental, por lo que su inejecución sí es grave.

C. La mora

105. Conforme a lo señalado anteriormente, para que proceda la resolución por incumplimiento la parte infiel debe encontrarse en mora. Y es que mientras el deudor no se encuentre constituido en mora, entonces se encuentra bajo un plazo de gracia y, el hecho que se encuentre bajo esta situación, determina que el acreedor aún no haya padecido ningún perjuicio.
106. Para que se produzca la mora, la inexecución de la obligación no solo debe obedecer a causas imputables al deudor – lo que efectivamente ha ocurrido en el presente caso– sino que además debe verificarse alguno de los supuestos contemplados en el artículo 1333 del Código Civil.
107. Este artículo establece lo siguiente:

"Artículo 1333º.- Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista: 1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente. 2.- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla. 3.- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación. 4.- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor".

108. En el presente caso, en la cláusula 9 del Contrato las partes incluyeron un **pacto de mora automática** para el caso del incumplimiento de obligaciones de parte del Contratista, conforme se advierte a continuación:

En el momento del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo del/de la **PROVEEDOR/A**, este se encontrará incurso en mora automática.

109. Se concluye entonces, que también se verifica este requisito de resolución contractual por incumplimiento de obligaciones.

D. Legitimación para invocar la resolución

110. De una revisión de los actuados se advierte que el Comité de Compras sí cumplió con las obligaciones a su cargo establecidas en el Contrato. Y es que no existe declaración de parte del Contratista ni mucho menos una evidencia que demuestre que no cumplieron con el pago de la contraprestación respectiva.
111. Se concluye entonces que se verifica este presupuesto de la resolución.

E. Incumplimiento imputable al deudor:

112. En el presente caso, el incumplimiento de la obligación que motivó la resolución del Contrato de parte del Comité de Compras sí es imputable al Contratista. En efecto, **no existe alegación de ninguna de las partes ni mucho menos evidencia alguna que demuestro lo contrario.**

113. Se concluye entonces que se verifica este presupuesto de la resolución.

F. Procedimiento Resolutorio:

114. En el presente caso, el Tribunal Arbitral advierte que las partes se sometieron no solo a las disposiciones derivadas del Contrato, sino también a aquellas establecidas en el denominado "*Manual del Proceso de Compras*".

CLÁUSULA OCTAVA: DOCUMENTOS INTEGRANTES DEL CONTRATO

Forman parte del presente contrato el documento que lo contiene y sus anexos, la propuesta técnica y la propuesta económica del /de la **PROVEEDOR/A**, el Manual del Proceso de compras vigente a la fecha de contratación, las Bases Integradas del Proceso de Compras, sus anexos, formatos y documentos normativos emitidos por el **PNAEQW** relacionados al Proceso de Compras.

115. Ahora bien, en la cláusula 17.2.8 del Contrato, las partes establecieron que el Contrato quedará **resuelto automáticamente** con la respectiva **comunicación** del Comité de Compras en ese sentido, siempre que se hayan producido algunos supuestos previstos en el "*Manual del Proceso de Compras*" antes señalado:

17.2.8 En cualquiera de los supuestos establecidos en los numerales 6.5.9.1, 6.5.9.2, 6.5.9.3 y 6.5.9.4 del Manual del Proceso de Compras, la resolución se produce automáticamente cuando el **COMITÉ DE COMPRA** comunique al/a la proveedor/a en el domicilio fijado en el contrato, que está incurso en algunas de las causales resolutorias, sin perjuicio de la aplicación de las penalidades que correspondan.

116. Precisamente el supuesto previsto en el numeral 6.9.5.1 del "*Manual del Proceso de Compras*" es el que se verificó en la realidad. Dicho numeral establece lo siguiente:

6.5.9.1. Son causales de resolución del contrato atribuibles al/a la proveedor/a los supuestos siguientes:

g) Cuando el/la proveedor/a no cumpla con la presentación del expediente de liberación hasta tres (3) días hábiles posteriores a la fecha máxima establecida en el Contrato.

117. Se tiene entonces que la obligación incumplida por el Contratista -y en base al cual el Comité de Compras resolvió el contrato- constituye un supuesto bajo el cual **se puede resolver el Contrato de manera automática con la comunicación del Comité de Compras en ese sentido.**
118. Este acuerdo de resolución automática previsto en la cláusula 17.2.8 del Contrato y el hecho de haber pactado como causal de resolución de manera expresa en el Contrato la obligación que incumplió el Contratista constituye -a juicio del colegiado- un **pacto comisorio**, el mismo que se encuentra previsto en el artículo 1430 del Código Civil.
119. Este artículo establece lo siguiente:
- "Artículo 1430.- Condición resolutoria.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada **comunica** a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria".*
120. En este caso, según lo señalado anteriormente, las partes: **(i)** sí establecieron con toda precisión la obligación incumplida por el Contratista y sobre la base del cual el Comité de Compras resolvió el Contrato y **(ii)** acordaron que la resolución se produciría de pleno derecho con la comunicación prevista en ese sentido.
121. Entonces, para efectos de verificar si se cumplió con el procedimiento resolutorio respectivo, solo basta con verificar si el Comité de Compras envió la comunicación respectiva a través de la cual informó al Contratista su decisión de resolver el Contrato.
122. De una revisión de los actuados se advierte que el Comité de Compras **sí cumplió con enviar dicha comunicación**, conforme se advierte a continuación:



CARTA NOTARIAL N° 002-2022-CC LIMA 6

NOTARIA ZAMBRANO CARTA NOTARIAL
AV. LOS RUISEÑORES N° 206 N° 40951
SANTA ANITA - LIMA 43
362-4545 Fecha: 15 JUN

Señorita:
RUTH MARIVEL CORI FERRER
Representante Legal de NIISA CORPORATION S.A.
AV. LA MAR 568 ASC. LOT. INDUSTRIAL LA MOLINA, Distrito ATE, Provincia y Departamento LIMA

Presente.-

ASUNTO : COMUNICO RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 0014-2022-CC-LIMA 6/PRODUCTOS ÍTEM: EL AGUSTINO 2.

Referencia :
a) Acta N° 03-2022-CC-LIMA 6
b) Carta N° D000403-2022-MIDIS/PNAEQW-UTLMC
c) Memorando N° D001474-2022-MIDIS/PNAEQW-UGCTR

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted para saludarla cordialmente a nombre del Comité de Compra Lima 6 que me honro en presidir, y en relación a los documentos de la referencia manifestarle lo siguiente:

Que, habiendo recibido el pronunciamiento emitido por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma – PNAEQW, en donde se concluye que, "... el proveedor NIISA CORPORATION S.A., incurrió en la causal de resolución contractual, debido a que, durante la ejecución del CONTRATO N° 0014-2022-CC-LIMA 6/PRODUCTOS (Ítem: EL AGUSTINO 2); ha incumplido con lo establecido en sus obligaciones contractuales, en relación al numeral 6.5.9.1 literal h) del Manual del Proceso de Compras del Modelo de Cogestión para la Prestación del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y al numeral 3.10.1 literal g), Bases Integradas del Proceso de Compras Electrónico 2022, Modalidad Productos, al no haber presentado el expediente de liberación dentro de los tres (3) días posteriores a la fecha máxima establecida en el contrato, correspondiente al período de atención de la Cuarta Entrega – Modalidad Productos".

Por lo tanto, en virtud al numeral 9.4.3 del "Procedimiento para la Resolución de Contratos Suscritos por los Comités de Compra del Modelo de Cogestión del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma" aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° D000208-2021-MIDIS/PNAEQW-DE y concordante con la cláusula 6.5.9.7 del Manual del Proceso de Compras vigente, el Comité de Compra Lima 6, NOTIFICA a su representada, la RESOLUCIÓN del CONTRATO N° 0014-2022-CC-LIMA 6/PRODUCTOS Ítem: EL AGUSTINO 2, por haber incurrido en la causal de resolución contractual, al haberse configurado lo establecido en el literal h) del numeral 6.5.9.1 del Manual del Proceso de Compras vigente, concordante con el literal g) del numeral 3.10.1 de las Bases Integradas del Proceso de Compras Electrónico 2022, Modalidad Productos y en relación con el literal g) del numeral 17.2.1 del CONTRATO N° 0014-2022-CC-LIMA 6/PRODUCTOS, que dispone como causal de resolución contractual: "Cuando el/la PROVEEDOR/A no cumpla con la presentación del expediente para la liberación hasta tres (3) días hábiles posteriores a la fecha máxima establecida en el Contrato".

CERTIFICO: QUE LA PRESENTE CARTA NOTARIAL HA SIDO DILIGENCIADA EN LA DIRECCION CONSIGNADA SIENDO RECIBIDA POR UNA PERSONA QUE MANIFESTO LLAMARSE MARLENE GARCIA BALLESTEROS, QUIEN AL ENTERARSE DE SU CONTENIDO PROCEDIO A FIRMAR EN ESTE DUPLICADO.

DE LO QUE DOY FE.

LIMA, 16 DE JUNIO DEL 2022.

[Firma]

Se concluye entonces que también se verifica este presupuesto de la resolución.

123. A partir de todo lo expuesto, se concluye que sí se cumplió con todos y cada uno de los presupuestos necesarios para que opere la resolución contractual por incumplimiento de parte del Comité de Compras, **por lo que dicha resolución resulta ser válida. Esto quiere decir, que el Contrato se extinguió a causa de dicha resolución.**

124. Teniendo esto cuenta, se debe declarar infundada la tercera pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, no corresponde declarar inválida y/o ineficaz la resolución contractual efectuada por el Comité de Compras.

V.4. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

"Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar la devolución o el reembolso de la suma descontada por penalidades ascendente a S/ 113,335.68 (Ciento trece mil, Trescientos treinta y cinco con 68/100 Soles)".

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL

125. Teniendo en cuenta que, al resolver el primer punto controvertido, el Tribunal Arbitral **concluyó que la penalidad aplicada por el PNAEQW no es irregular**, no corresponde entonces ordenar la devolución de la suma que dicha Entidad descontó de manera correcta.
126. Siendo ello así, corresponde declarar infundada la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda.

V.5. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

"Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar la devolución de la Carta Fianza entregada al Comité de Compras Lima 6".

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL

127. Con relación a este punto controvertido, el colegiado concluye que no corresponde ordenar la devolución de la Carta Fianza al Contratista. Esta decisión se sustenta en la cláusula 12 del Contrato, la misma que establece lo siguiente:

CLÁUSULA DUODÉCIMA: EJECUCIÓN DE GARANTÍAS

El PNAEQW está facultado para ejecutar la garantía de fiel cumplimiento, a solo requerimiento, cuando:

- 12.3 La resolución del contrato por causa imputable al/a la **PROVEEDOR/A** haya quedado consentida de acuerdo a lo establecido en el numeral 6.5.11.3 del Manual del Proceso de Compras o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se confirme y/o se declare procedente la resolución de contrato.

El monto de la garantía ejecutada corresponde íntegramente al **PNAEQW**, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

128. Como se observa, dicha cláusula establece que el PNAEQW está facultado y/o autorizado a ejecutar la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento si la resolución

contractual por causal imputable al Contratista se confirma mediante un laudo arbitral que esté consentido y/o ejecutoriado.

129. En el presente caso, a través del presente laudo, el colegiado ha declarado **válido y eficaz la resolución contractual efectuada por el Comité de Compras.** Teniendo esto en cuenta, y en la medida que este laudo quede firme (consentido o ejecutoriado); el Comité de Compras se encuentra autorizado para ejecutar la Carta Fianza del Fiel Cumplimiento.
130. Teniendo esto en cuenta, hoy por hoy, no corresponde ordenar la devolución de la referida garantía, pues **se vulneraría el derecho que tiene el Comité de Compras a ejecutar la misma** (si el presente laudo es consentido o ejecutoriado).
131. En base a lo expuesto, debe declararse infundada la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, no corresponde ordenar al Comité de Compras que realice la devolución de la Carta Fianza al Contratista.

V.6. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA TERCERA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA DEMANDA

"Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde ordenar el pago de intereses y de costas y costos a los demandados"

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL

132. Teniendo en cuenta que el Tribunal Arbitral ha concluido que no corresponde ordenar la devolución de la suma que el PNAEQW descontó al Contratista por concepto de penalidad, entonces no existe ningún interés que deba ser pagado a este último. Con relación a los costos arbitrales, este aspecto será resuelto más adelante.
133. En base a lo expuesto, debe declararse infundada la tercera pretensión accesoria de la demanda y, en consecuencia, no corresponde ordenar el pago de intereses a favor del Contratista.

V.7. SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

"Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar nula, ineficaz y/o inválida la resolución contractual invocada por NIISA, mediante Carta N° 073- 2022/NIISA-UTLM. De fecha 02.06.22"

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL

134. Este punto controvertido se relaciona directamente con la segunda pretensión principal de la demanda (de la cual se derivó el segundo punto controvertido) a través del cual el Contratista solicitó que se declare válido y eficaz la resolución contractual que él efectuó.
135. Teniendo en cuenta que este colegiado ha concluido que dicha resolución contractual es ineficaz, debe declararse entonces fundada la primera pretensión principal de la reconvención y, en consecuencia, corresponde declarar inválida e ineficaz la resolución contractual realizada por el Contratista.

V.8. OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

"Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar consentida la resolución del Contrato N° 0014-2022-CC-LIMA 6/PRODUCTOS.

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL

136. Con relación a este punto controvertido, el colegiado advierte que la misma se reduce al siguiente punto de discusión: los alcances de la cláusula 22.3 del Contrato, la misma que a continuación pasamos a insertar a continuación:

22.3 Las controversias relacionadas a la resolución de contrato y/o aplicación de penalidad podrán ser sometidas por el/la **PROVEEDOR/A** a arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su comunicación. Vencido el plazo anteriormente señalado sin que se haya iniciado procedimiento alguno, se entenderá que la resolución del contrato y/o aplicación de penalidades ha quedado consentida.

137. Como se observa, dicha cláusula establece un plazo máximo (quince días hábiles) dentro del cual el Contratista puede someter a arbitraje las controversias relacionadas a la aplicación de penalidades y de resolución contractual.
138. En este último caso, dicho plazo empieza a computarse desde la fecha en la cual el PNAEQW comunica al Contratista su decisión de resolver el Contrato. Ahora bien, lo relevante de esta cláusula se encuentra en la **consecuencia** que las partes asignaron al transcurso del plazo de los quince días antes señalado sin que el Contratista haya sometido a arbitraje la resolución contractual comunicada por el PNAEQW.

139. En un escenario como este, dicha cláusula establece que la resolución contractual queda "**consentida**". Es sobre este punto que las partes tienen posiciones discrepantes. En efecto, para el Contratista, al plazo antes señalado se trataría de caducidad, por lo que el mismo sería inválido, pues -a juicio suyo- solo la ley puede fijar y/o establecer los plazos de caducidad (sustenta su posición en el artículo 2004 del Código Civil).
140. Por el contrario, el PNAEQW sostiene que dicha cláusula no tendría ninguna patología y/o vicio de nulidad, por lo que transcurrido el referido plazo sin que el Contratista haya sometido a arbitraje su decisión de resolver el Contrato (lo que efectivamente ocurrió), se debería aplicar la consecuencia prevista en ella: resolución consentida e incuestionable.
141. Al respecto, el Tribunal Arbitral sostiene que el pacto contenido en la cláusula antes señalada es nulo. El hecho de haberse establecido que si no se cuestiona la resolución contractual efectuada por el Comité de Compras dentro del plazo ahí previsto trae como consecuencia un "*consentimiento*" de la resolución **supone, en el fondo, una pérdida del derecho del Contratista a que se declare inválida la referida resolución.**
142. La pérdida de ese derecho como consecuencia del transcurso del plazo antes señalado da cuenta de que se trata de un plazo de caducidad de fuente convencional. Como bien sabemos, la caducidad -a diferencia de la prescripción- supone una pérdida del derecho material.
143. Esto, sin embargo, **solo puede tener como fuente u origen la ley (y no la autonomía privada)**. Así lo establece el artículo 2004 del Código Civil:
- "Artículo 2004.- Los plazos de caducidad **los fija la ley, sin admitir pacto contrario**".*
144. Como se observa, dicha disposición normativa establece de manera expresa e inequívoca que los plazos de caducidad son fijados por la ley. Esto quiere decir que no es posible que -vía autonomía privada- se acuerde un plazo de caducidad.
145. Siendo esto así, el plazo de quince días hábiles previsto en la cláusula 22.3 antes señalada **no es vinculante para las partes**. Esto quiere decir que el derecho del Contratista a cuestionar la resolución contractual no ha caducado en modo alguno.
146. En base a las consideraciones expuestas, debe declararse infundada la segunda pretensión principal de la reconvención y, en consecuencia, no

corresponde declarar consentida la resolución contractual efectuada por el Comité de Compras.

V.9. **NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN**

"Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar que NIISA asuma el íntegro de los costos arbitrales y demás gastos en que se tenga que incurrir producto del trámite del presente proceso arbitral".

Posición del TRIBUNAL ARBITRAL

147. Respecto a los costos arbitrales, el numeral 1 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje dispone que:

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

148. Considerando que en el convenio arbitral contenido en el Contrato las partes no se han pronunciado sobre los costos arbitrales, corresponde que el colegiado determine quién debe asumir dichos costos, según las circunstancias del caso.

149. En el presente caso, el Tribunal Arbitral considera que ambas partes han tenido motivos razonables para litigar, por lo que corresponde que los siguientes costos sean asumidos por cada una de ellas en **proporciones iguales**: **(i)** los honorarios del Tribunal Arbitral y **(ii)** los gastos administrativos del Centro de Arbitraje. Con relación a los gastos en los que hayan incurrido las partes por concepto de asesoría legal, **cada una de ellas deberá asumir su propio costo.**

XI. DECISIONES

150. El Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado los medios probatorios presentados por estas, de acuerdo al principio de la libre valoración de la prueba y que el sentido de su decisión es el resultado de este análisis y de su convicción sobre la controversia.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral emite el presente laudo y resuelve lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la penalidad aplicada por el PNAEQW al Contratista.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, no corresponde declarar eficaz la resolución contractual efectuada por el Contratista a través de la Carta de Resolución.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, no corresponde declarar inválida y/o ineficaz la resolución contractual efectuada por el Comité de Compras.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, no corresponde ordenar la devolución de la suma de S/ 113,335.68 (Ciento Trece Mil, Trescientos Treinta y Cinco con 68/100 Soles) al Contratista, suma que fue descontada por el PNAEQW a título de penalidad.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, no corresponde ordenar al Comité de Compras que realice la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento al Contratista.

SEXTO: DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión accesoria de la demanda y, en consecuencia, no corresponde ordenar el pago de intereses a favor del Contratista.

SÉPTIMO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la reconvencción y, en consecuencia, corresponde declarar inválida e ineficaz la resolución contractual realizada por el Contratista a través de la Carta de Resolución

OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal de la reconvencción y, en consecuencia, no corresponde declarar consentida la resolución contractual efectuada por el Comité de Compras.

NOVENO: Los siguientes costos deberán ser asumidos por cada una de las partes en proporciones iguales: **(i)** los honorarios del Tribunal Arbitral y **(ii)** los gastos administrativos del Centro de Arbitraje. Con relación a los gastos en los que hayan incurrido las partes por concepto de asesoría legal, cada una de ellas deberá asumir su propio costo.

Notifíquese a las partes,


Jaime Miranda Gómez (Presidente)


Jorge Luis Castro Cárdenas


Luis Puglianini Guerra