

MIDIS

Expediente N°2023-0068627

Remitente:

OTROS - CENTRO DE ARBITRAJE Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Destinatario:

c/copia:

N° de Folios:

PP

58

Recibido:

N° Anexos:

21/11/2023 - 11:18

Referencia:

Registrador:

HUARI HUAPAYA JUAN

Observación:CORREO ELECTRONICO

Consultas: http://sdv.midis.gob.pe/Sis_EstadoTramite

Teléfonos: (51)-1-631-8000

Nota: La recepción NO da conformidad al contenido.



CENTRO DE ANALISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PUCP

EXPEDIENTE N° 3909-202-22

Seguidos entre:

NIISA CORPORATION S.A.

- Demandante -

v.

COMITÉ DE COMPRA LIMA 2 / PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA

- Demandados -

LAUDO ARBITRAL

Tribunal Arbitral:

María Cecilia Blume Cillóniz (Presidente del Tribunal Arbitral)

Juan Humberto Peña Acevedo (Árbitro)

Jorge Luis Castro Cárdenas (Árbitro)

Secretaria Arbitral

Sheyla Jackeline Ojeda Rojas

Lima, 20 de noviembre de 2023

INDICE

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES, REPRESENTANTES Y ABOGADOS	3
II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	4
III. EL CONVENIO ARBITRAL, TIPO DE ARBITRAJE Y LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA	4
3.1. Existencia de un convenio arbitral.	4
3.2. Ley aplicable al fondo de la controversia.....	6
3.3. Tipo de arbitraje	7
IV. PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE.....	7
V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	7
VI. DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR LA PARTE DEMANDANTE	8
VII. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.....	15
VIII. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA.....	24
IX. RECONVENCIÓN	26
X. CONTESTACIÓN DE RECONVENCIÓN	29
XI. ACTUACIONES ARBITRALES - CUESTIONES CONTROVERTIDAS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS	30
XII. CONSIDERANDOS.....	32
XIII. PARTE RESOLUTIVA.....	54

CENTRO DE ANALISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PUCP

EXPEDIENTE N° 3909-202-22

Tribunal Arbitral:

Dra. María Cecilia Blume Cillóniz – Presidente del Tribunal Arbitral

Dr. Juan Humberto Peña Acevedo - Árbitro

Dr. Jorge Luis Castro Cárdenas - Árbitro

Secretaria Arbitral:

Sheyla Jackeline Ojeda Rojas

Lima, 20 de noviembre de 2023

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

VISTOS:

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES, REPRESENTANTES Y ABOGADOS

- **Demandante:**

NIISA CORPORATION S.A., en adelante, “la parte Demandante o NIISA”. Debidamente acreditada por su representante legal, Gerardo Janampa Pérez, identificado con DNI N° 09592594.

- **Demandados¹:**

COMITÉ DE COMPRA LIMA 2 y el PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA, en adelante, “Comite de Compra y Qali Warma”, debidamente representadas por el Procurador Público del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, Carlos Aurelio Figueroa Iberico, identificado con DNI N° 07758561 quien ejerce la representación para ambas instituciones.

¹ En el presente caso, la parte demandante conformada por el Comité de Compra y Qali Warma han ejercido su derecho de defensa en forma conjunta y a través de la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, tal y como ha sido expresado durante el desarrollo del presente arbitraje, no solo a través de los escritos presentados, sino que también durante las audiencias celebradas.

II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. NIISA CORPORATION S.A., en su solicitud de arbitraje, presentada el 22 de abril de 2022, designó como árbitro al Dr. Luis Puglianini Guerra, quien aceptó el cargo con fecha 13 de julio de 2022.
2. Con fecha 03 de junio de 2022, el Comité de Compra y Qali Warma presentaron su contestación a la solicitud de arbitraje, y con fecha 04 de julio de 2022 acordaron la designación como árbitro al Dr. Jorge Luis Castro Cárdenas, quien aceptó el cargo con fecha 11 de julio de 2022.
3. Ambos coárbitros, mediante comunicación de fecha 29 de agosto de 2022, designaron como Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. Hugo Sologuren Calmet, quien aceptó el cargo con fecha 06 de septiembre de 2022.
4. Con fecha 24 de marzo de 2023 el Comité de Compra y el Qali Warma interpusieron recusación en contra de los árbitros Luis Puglianini Guerra y Hugo Sologuren Calmet, quienes renunciaron a sus cargos con fecha 03 de abril de 2023.
5. Teniendo en cuenta la renuncia de dos de los miembros del Tribunal Arbitral, se reconstituyó el Tribunal Arbitral, para lo cual con fecha 21 de abril de 2023, la empresa demandante designó como árbitro de parte al Dr. Juan Humberto Peña Acevedo, quien aceptó el encargo con fecha 05 de mayo de 2023.
6. Ante el desacuerdo de los coárbitros respecto a la designación del Presidente del Tribunal Arbitral, la Corte de Arbitraje del Centro designó a la Dra. María Cecilia Blume Cillóniz, quien aceptó el encargo con fecha 16 de junio de 2023.
7. El Tribunal Arbitral se encuentra válidamente constituido y las partes no han manifestado ninguna objeción y/o cuestionamiento al respecto.

III. EL CONVENIO ARBITRAL, TIPO DE ARBITRAJE Y LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

3.1. Existencia de un convenio arbitral:

8. El convenio arbitral está contenido en la Cláusula Vigésimo Segunda del Contrato N° 0001-2022-CC-LIMA 2/PRODUCTOS, para la prestación del servicio alimentario en la modalidad productos por

parte de los PROVEEDORES a favor de los usuarios de Qali Warma, de los niveles Inicial, Primaria y Secundaria del Ítem VILLA EL SALVADOR 1 (en adelante “**EL CONTRATO**”)?.

9. El convenio arbitral se pactó conforme a los siguientes términos:

“CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

22.1 Cualquier discrepancia, litigio o controversia resultante del contrato o relativo a éste, se resolverá por un tribunal arbitral conformado por tres (03) integrantes, mediante el arbitraje con aplicación de la legislación nacional vigente, de derecho, organizado y administrado por la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú o por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de conformidad con los reglamentos vigentes de dichas instituciones, y se regirá por las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje. El arbitraje tendrá como sede, la ciudad de Lima.

Asimismo, cuando la controversia esté relacionada únicamente a la aplicación de penalidades y estas no superen las 10 UIT las partes acuerdan que esta se resolverá por árbitro único nombrado por el centro que administre el arbitraje. Las partes acuerdan que los plazos aplicables dentro de las reglas del arbitraje serán los siguientes:

• Plazo para demandar, contestar o reconvenir: 20 días hábiles. (El mismo plazo operaría para cuestionar los medios de prueba ofrecidos) • Plazo para reconsiderar resoluciones distintas al laudo: 10 días hábiles. • Plazo para solicitar interpretación, exclusión, integración o rectificación del laudo: 15 días hábiles.

22.2 Las partes acuerdan que, de interponerse recurso de anulación contra el laudo arbitral, no se requerirá la presentación de carta fianza y/o garantía alguna como requisito de procedibilidad del recurso; siendo este acuerdo, oponible a cualquier reglamento del Centro de Arbitraje que administre el proceso arbitral.

² Durante el presente arbitraje se ha hecho referencia a la parte demandante con los siguientes términos: **PROVEEDORES, CONTRATISTA, DEMANDANTE y NIISA.**

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.

22.4 El laudo arbitral que se emita conforme a los numerales precedentes será definitivo e inapelable, teniendo el valor de cosa juzgada y deberá ejecutarse como una sentencia.”

10. De acuerdo con lo anterior, queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre NIISA y el Comité de Compra y Qali Warma.
11. Al respecto, es importante precisar que el Comité de Compra se encuentra adscrito al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, que a su vez depende del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, siendo que en el presente arbitraje tanto el Comité de Compra cuanto Qali Warma han ejercido su defensa de forma conjunta, a través de la Procuraduría Pública del sector³.

3.2. Ley aplicable al fondo de la controversia

12. Luego de solicitar a las partes los comentarios que consideren pertinentes respecto del proyecto de reglas del arbitraje y el calendario de actuaciones, mediante Decisión N° 1 notificada a las partes el 29 de septiembre de 2022, se fijaron las Reglas Definitivas del Arbitraje.

³ Mediante Decreto Supremo N° 008-2012-MIDIS se crea el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en adelante PNAEQW), como Programa Social del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, con el propósito de brindar un servicio alimentario de calidad, adecuado a los hábitos de consumo locales, cogestionado con la comunidad, sostenible y saludable para las/los escolares de las instituciones educativas públicas bajo su cobertura. A través del Decreto Supremo N° 001-2013-MIDIS, establece disposiciones generales para la transferencia de recursos financieros a los comités u organizaciones que, de acuerdo con el modelo de cogestión, se constituyen para la provisión de bienes y servicios del PNAEQW.

De acuerdo con los artículos 1 y 2 de la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 107-2013- MIDIS/PNAEQW, se reconoce la constitución del Comité de Compra Lima 2, y por ende su capacidad jurídica para la compra de productos y/o raciones que permitan la atención del servicio alimentario a las/los usuarias/os del PNAEQW, así como la conformación de sus integrantes.

13. De acuerdo con lo señalado en la Clausula Vigésimo Primera del CONTRATO, aplican al presente arbitraje las disposiciones contenidas en el Manual del Proceso de Compras y las Bases Integradas del Proceso de Compras aprobados por el Qali Warma, aplicando supletoriamente las disposiciones emitidas por el Qali Warma para su regulación especial y, las disposiciones del Código Civil, en tanto no contradiga o se oponga a la normativa de Qali Warma.

3.3. Tipo de arbitraje

14. Se estableció que el presente es un arbitraje nacional y de derecho de conformidad con el convenio arbitral suscrito entre las partes.

IV. PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

15. Se estableció que el procedimiento arbitral para el presente caso es el establecido en la Ley de Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1071; y el Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en cuanto no entre en conflicto con las disposiciones de la Ley de Arbitraje.

V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

16. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente:
- i) Que, el presente procedimiento arbitral se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO;
 - ii) Que, en ningún momento se interpuso recusación contra los miembros actuales del Tribunal Arbitral, o se efectuó algún reclamo contra las reglas procesales establecidas en la Decisión N° 01;
 - iii) Que, NIISA presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso;
 - iv) Que, por su parte, el Comité de Compra y Qali Warma fueron debidamente emplazados, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y en el ejercicio pleno de su derecho de defensa y;
 - v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos.

17. Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia que resolverá las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado genere nulidad de ningún tipo, y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.
18. En cuanto a las pruebas, el Tribunal Arbitral expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Tribunal Arbitral respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de esta.
19. Asimismo, el Tribunal Arbitral hace notar que, éste tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, en concordancia con lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071.
20. Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos presentados por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, procediendo con el análisis de los puntos controvertidos.

VI. DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR LA PARTE DEMANDANTE

21. El 27 de octubre de 2022, NIISA presentó su demanda arbitral con tres pretensiones principales y dos accesorias:

1.1 Primera Pretensión Principal:

22. Solicitan que el Tribunal Arbitral declare ineficaz, arbitraria, nula y/o invalida, la aplicación de penalidades por supuestamente *“(…) no acreditar la entrega de alimentos de origen macrorregional durante el periodo de atención, de acuerdo con lo declarado en el formato N° 16, que se adjuntó en la propuesta técnica(…)”*, y como consecuencia de ello se ordene la devolución o el reembolso de la suma descontada hasta la fecha por concepto de penalidades ascendente a S/ 273,869.19.

1.2 Segunda Pretensión Principal:

23. Solicitan que el Tribunal Arbitral declare eficaz, válido y bien resuelto por parte de NIISA el Contrato N° 0001-2022-CCLIMA 2 / PRODUCTOS, por causas de fuerza mayor y excesiva onerosidad de la prestación sobrevinientes.

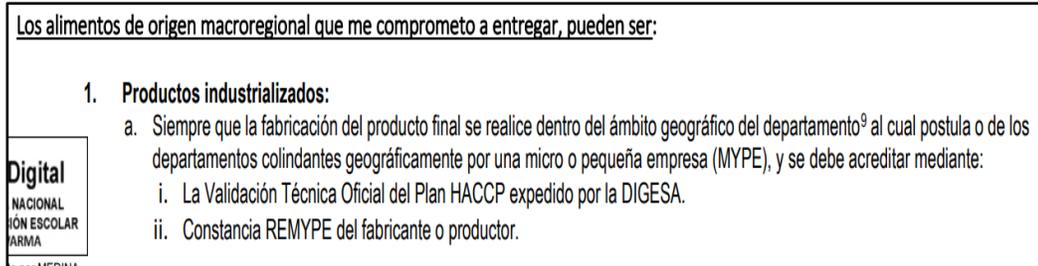
1.3 Tercera Pretensión Principal

24. Solicitan que el Tribunal Arbitral declare ineficaz, invalida, arbitraria, nula la resolución del Contrato N° 001-2022-CC-LIMA 2/PRODUCTOS, por parte del Comité de Compras y Qali Warma, realizada mediante Carta Notarial N° 012-2022-CC LIMA2, por supuestamente no haber cumplido con la presentación del expediente para la liberación con la documentación completa, hasta tres días hábiles posteriores a la fecha máxima establecida en el CONTRATO.

1.4 Pretensiones Accesorias

25. Solicitan que el Tribunal Arbitral, en caso declare fundada la segunda pretensión principal, ordene la devolución de la carta fianza entregada a Qali Warma.
26. Solicitan se ordene al Comité de Compras y Qali Warma el pago de intereses y de costas y costos..
27. NIISA alega en su demanda que, con fecha 18 de enero de 2022, NIISA CORPORATION S.A., y el Comité de Compra Lima 2, suscribieron el CONTRATO N° 0001-2022- CC-LIMA2/PRODUCTOS (ítem: Villa El Salvador 1), para un período de atención de 173 días a partir del día 07 de marzo hasta el 07 de diciembre de 2022.
28. NIISA indica que, según que según el CONTRATO tenía como fecha límite el 14 de febrero de 2022, para presentar el expediente con toda la documentación correspondiente de cada uno de los productos.
29. NIISA precisa que, en la fecha prevista, no pudo presentar virtualmente la documentación exigida, debido a que el sistema no se lo permitía. Asimismo, manifiesta que, respecto a los productos macrorregionales, toda la documentación se presentó en forma física al día siguiente de la fecha prevista.
30. En este punto, NIISA señala que con fecha 15 de febrero de 2022 presentó al jefe de la Unidad Territorial de Lima y Callao de Qali Warma la Carta N.º 020-2022/NIISA-UTLM, y el 16 de febrero de 2022 presentó la Carta N.º 024-2022/NIISA-UTLM, al presidente del Comité Lima 2, solicitando a través de ambas comunicaciones, la inaplicación de penalidades.
31. En dichas comunicaciones, NIISA precisa que sustentó los inconvenientes respecto a los productos leche evaporada entera y fideos, pues 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. en las bases, se 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).
- Tal como se aprecia en la siguiente imagen:

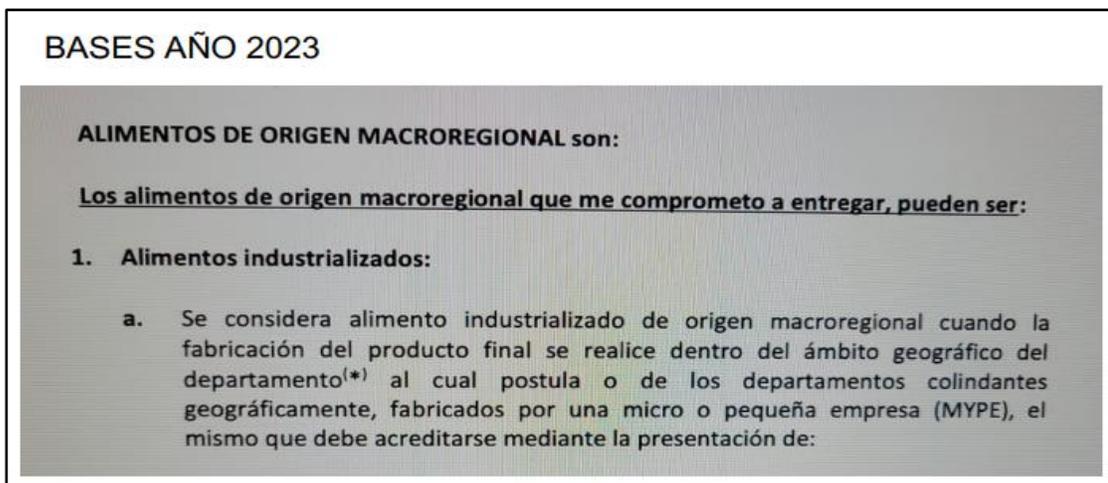
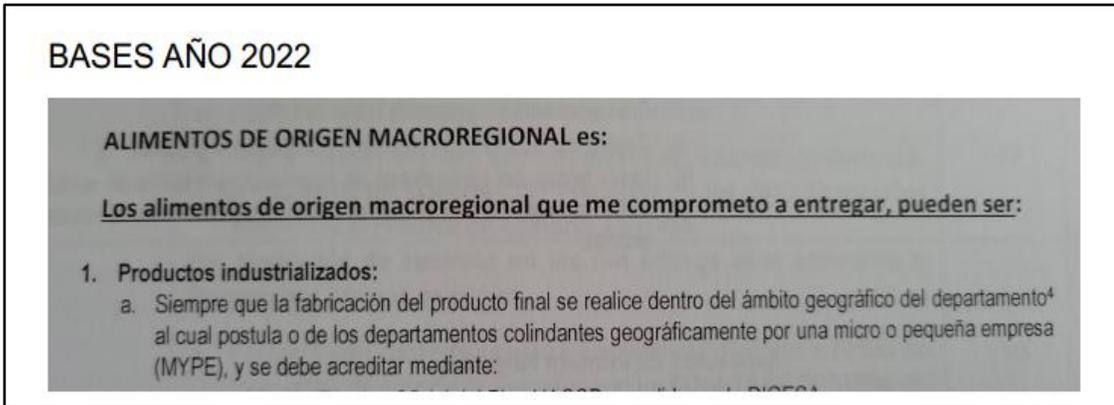


32. NIISA señala que *“no se estipuló en las bases, ni en el CONTRATO que el origen de los productos dentro del ámbito geográfico al cual se postula - que en el presente caso corresponde a Lima Metropolitana - deba provenir o sea producido por una MYPE o por una empresa distinta a mediana o pequeña empresa”* entendiéndose, según NIISA que basta con acreditar la respectiva Validación Técnica Oficial del plan HACCP expedido por DIGESA para cumplir con el requisito.
33. Siendo ello así, en el caso de la leche evaporada entera y fideos, éstos 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, según NIISA, no se podía exigir un documento que legalmente no era exigible a las empresas productoras, por no ser, la empresa productora, mediana o pequeña empresa.
34. En la demanda arbitral se manifiesta que en las bases se estableció la acreditación mediante los siguientes documentos:
 - (i) La Validación Técnica Oficial del plan HACCP expedido por DIGESA.
 - (ii) La constancia REMYPE del fabricante o productor.
35. Pese a lo expuesto, NIISA argumenta que al no consignarse expresamente que la acreditación del origen macroregional de un producto debía hacerse con ambos documentos no se tenía que adjuntar la “Constancia REMYPE”, sino bastaba con la Validación Técnica Oficial del plan HACCP expedido por DIGESA, y con ello se debió tener por cumplido uno de los requisitos solicitados en el expediente.

36. NIISA señala que de la redacción de la cláusula contractual y de lo establecido en las bases, es perfectamente lógico, razonable y válido, interpretar, que, si el producto que se fabrica tiene como origen el ámbito geográfico al cual se postula, en nuestro caso Lima Metropolitana, basta con acreditar la respectiva Validación Técnica Oficial del plan HACCP ,expedido por DIGESA, en la medida que no se estableció otra cosa expresamente en las bases. En este punto, en la demanda arbitral se reitera que la conjunción de ambos requisitos (certificación HACCP y constancia REMYPE), determinaría un margen de interpretación discrecional al no haberse consignado un conector “Y”, omisión que da lugar a interpretar que son requisitos ALTERNATIVOS (uno u otro, pero no necesarios ambos).
37. En su escrito de demanda, NIISA asegura que oportunamente, se realizó la consulta a Qali Warma, puesto que respecto a los productos “Leche evaporada entera y fideos” era imposible presentar una constancia REMYPE porque no son producidos por empresas MYPE, existiendo entonces un imposible jurídico.
38. NIISA asegura que ante su solicitud de inaplicación de penalidades, el Comité de Compra con fecha 20 de abril de 2022, remitió la Carta N.º 033-2022-CC-LIMA 2, de fecha 19 de abril de 2022, y el *“Informe Técnico de Solicitud de Inaplicación de Penalidad del Expediente N.º 000016-2022-MIDIS/PNAEQW-INAP”* mediante la cual, la Unidad Territorial Lima Metropolitana y Callao, concluyó que NIISA incumplió con la obligación contractual establecida en el punto 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, esto es:
- “(…), y por el incumplimiento de lo establecido en el punto 3.10.1 literal g), de las Bases Integradas del Proceso de Compras Electrónico 2022, Modalidad Productos, “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.”*
39. Ante dicha respuesta, NIISA manifiesta que presentaron una reconsideración mediante Carta N° 059-2022 /NIISA-UTLM de fecha 21 de abril de 2022.
40. Siendo ello así, en la demanda arbitral NIISA manifiesta que Qali Warma, pese a los argumentos expuestos, emitió la Resolución Jefatural N° T-00259-2022-MIDIS/PNAEQW-UA de fecha 29 de marzo de 2022, en la que se ordena descontar por concepto de PENALIDAD la suma de S/ 535,319.00, y por tanto el Comité de Compras, sólo debía de pagar a NIISA la suma de S/ 273,869.19 por “no haber acreditado la entrega de alimentos de origen macrorregional”. Según NIISA se hizo

un descuento por penalidad de casi el 50% del monto que se debía de pagar por los productos entregados, lo cual es pues, imposible de resistir o sostener en el tiempo.

41. Ahora bien, NIISA señala que la prueba que sustenta sus afirmaciones se encuentra en que la redacción de las Bases del año 2022 era ambigua, tal es así, que en las nuevas Bases para el Proceso de Compras del año 2023 se ha corregido dicha situación consignándose el siguiente texto: *“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), (...)”*.
42. Conforme a lo expuesto, NIISA ha precisado los cambios descritos en el punto precedente conforme a las siguientes imágenes:



43. Sobre la segunda pretensión principal de la demanda, NIISA señala que teniendo en cuenta que ya habían sido penalizado por una fuerte cantidad de dinero, y con la imposibilidad de poder cumplir con la entrega de los productos macroregionales, es que con Carta N° 072-2022/NIISA-UTLM de

fecha 02 de junio de 2022, resolvió el CONTRATO N° 0001-2022- CC-LIMA 2/PRODUCTOS, por causa de fuerza mayor y excesiva onerosidad de la prestación sobrevinientes, solicitando, asimismo, la devolución de la Carta Fianza.

44. NISA refiere expresamente que en el presente caso nos encontramos frente a un contrato de prestaciones periódicas, que se ha visto afectado por los siguientes acontecimientos:

(...)

23.1 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 macrorregional

- 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 macrorregionales exigidos por el Comité para cumplir con las estipulaciones fijadas en las bases.

- Mi representada, ha sido contactado por la empresa COMPAÑÍA 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 macrorregional 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.

23.2 Imposibilidad de suplir a la empresa que ya no puede cumplir con la entrega de productos macrorregionales y la EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN.

- 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.”

45. NIISA señala que siendo que se trata de un contrato de prestaciones periódicas, estos acontecimientos han roto el equilibrio contractual, por lo que, invocaron las causales de resolución 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.
46. Para demostrar y sustentar sus argumentos del porqué, se debe de declarar eficaz, valido, bien resuelto el CONTRATO N° 0001-2022-CC-LIMA 2/PRODUCTOS, SUSCRITO CON EL COMITÉ DE COMPRAS LIMA 7, por causas de fuerza mayor y excesiva onerosidad de la prestación sobrevinientes, NIISA hace referencia a los siguientes documentos:

(...)

- a) Lista de precios de los productos industrializados QW que han aumentado el precio.*
- b) Correos y/o Cartas donde nuestros proveedores comunican el porqué de los incrementos de precios de los productos industrializados (4 tipos de productos)*
- c) Facturas y órdenes de compra de todas las entregas (1-3) de los productos y órdenes de compra de los precios para la 4ta. Entrega. (6 tipos de productos)*
- e) Correo de nuestro proveedor CAVAL indicando que no podrá atendernos ARROZ SUPERIOR, se adjunta OC de fecha 25 de mayo.*
- f) Carta N°008-2022-CIACAVAL S.A.C donde nuestro proveedor comunica de manera tardía sobre que no CUENTA CON STOCK DISPONIBLE DEL PRODUCTO QUINUA MACROREGIONAL. Se adjunta OC.*
- g) Documentación del producto QUINUA que se estuvo entregando macrorregional en la segunda y tercera entrega.*
- i) Correo electrónico de fecha 2 de junio donde se solicita a Qaliwarma que se actualicen los precios mediante adenda, por la coyuntura actual.*
- j) El proveedor de Fideos indicó que iban a tener FIDEOS MACROREGIONAL PARA LA TERCERA ENTREGA, y nos adjuntó cotización, pero recién consiguió la documentación de validación HACCP para la CUARTA ENTREGA.”*

47. Sobre la Tercera Pretensión Principal de la Demanda, NIISA señala que de acuerdo a todos los argumentos de hecho y de derecho, expuestos y debidamente demostrados con los medios probatorios aportados por dicha parte, se debe de declarar ineficaz, invalida, arbitraria, nula, la resolución del CONTRATO, por parte del COMITÉ DE COMPRAS, por la causal invocada por ellos, es decir no haber cumplido con la presentación del expediente para la liberación hasta tres días hábiles posteriores a la fecha máxima establecida en el CONTRATO .
48. Al respecto, NIISA expresa que la resolución de contrato efectuada por el Comité de Compra es ineficaz por cuanto:
- “(..)*
- La DEMANDADA nos envió carta resolviendo el contrato, luego de que habíamos comunicado la resolución invocando la excesiva onerosidad de la prestación y habíamos RESUELTO EL CONTRATO.*
- La DEMANDADA nos “resuelve el contrato” invocando incumplimiento en la entrega y nos impone penalidades, que resultan INEFICACES, NULAS O INVÁLIDAS por inoportunas, en la medida que, como contratista, ya habíamos resuelto el contrato por la causal amparada en el ordenamiento civil peruano que regula esta contratación.”*
49. Concluye NIISA respecto a sus pretensiones accesorias que, si declaran fundadas sus pretensiones principales, se debe ordenar a su contraparte la devolución de la Carta Fianza entregada al Comité de Compras.
50. Por último, en la demanda arbitral se solicita que se condene al Comité de Compras y Qali Warma al pago de costas y costos del arbitraje

VII. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

51. El Comité de Compras y Qali Warma con fecha 02 de diciembre de 2022 contestaron la demanda arbitral negándola en todos sus extremos y solicitando que se declare infundada o improcedente.
52. El Comité de Compras señala que la Clausula Novena del CONTRATO estipula lo siguiente:
- “(..)*
- El/La PROVEEDOR/A está obligado a cumplir lo siguiente:*

9.1 Cumplir con lo dispuesto en el Manual del Proceso de Compras y las Bases del Proceso de Compras, sus anexos, formatos y documentos normativos emitidos por el PNAEQW para el Proceso de Compras.

(...)

9.3 Garantizar la liberación de los alimentos en los plazos establecidos en el contrato.

(...)

9.11 Cumplir con los requisitos, condiciones, compromisos, especificaciones técnicas de alimentos y plazos establecidos durante la supervisión de la prestación del servicio alimentario, garantizando la continuidad del servicio y acreditando la entrega de alimentos de origen macrorregional, de acuerdo a lo establecido en el contrato y demás documentos normativos aprobados por el PNAEQW.

(...)

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 macroregional (Formato N° 16) (...)"

- 53.** Asimismo, el Comité de Compras refiere que en la Clausula Vigésima Primera del CONTRATO se acordó lo siguiente:

"(...)

El presente Contrato se rige por el Manual del Proceso de Compras y las Bases Integradas del Proceso de Compras aprobados por el PNAEQW. Las partes acuerdan que, en defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, se puede aplicar supletoriamente las disposiciones emitidas por el PNAEQW para su regulación especial y, las disposiciones del Código Civil, en tanto no contradiga o se oponga a la normativa del PNAEQW.(...)"

- 54.** Asimismo, el Comité de Compras y Qali Warma manifiesta que la Clausula Octava del Contrato expresamente señala que:

"(...)

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.

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

- 55. Teniendo en cuenta lo expuesto, el Comité de Compras y Qali Warma señalan que en el presente proceso, el accionar de las partes debe ser acorde a lo establecido en el CONTRATO, el Manual de Compras del PNAEQW⁴, las Bases Integradas, las disposiciones emitidas por el PNAEQW y supletoriamente a las disposiciones del Código Civil, en tanto no contradiga la normativa precedente.
- 56. En esa línea, el Comité de Compras y Qali Warma dejan constancia que bajo ningún supuesto será aplicable para la presente controversia las disposiciones contenidas en: *“la Ley Contrataciones del Estado y su Reglamento, ni mucho menos las disposiciones contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444.”*
- 57. El Comité de Compras y Qali Warma manifiestan que, conforme lo señala la cláusula Quinta del CONTRATO, las partes pactaron el siguiente cronograma de entrega de los productos comprometidos para la 1° entrega:

N° Entrega	Plazo máximo de presentación de expedientes para liberación	Plazo máximo de liberación	Plazo de distribución por entrega	Regular JEC y No Residentes	Periodo de atención por entrega
1	Hasta el 14 de febrero del 2022	Hasta el 04 de marzo del 2022	Del 07 al 11 de marzo del 2022	25	Del 14 de marzo al 15 de abril del 2022
Total días de atención				25	

- 58. En este sentido, el Comité de Compras y Qali Warma señalan que NIISA, conforme lo señalaba el CONTRATO, con fecha 14 de febrero de 2022 presentó el expediente para liberación, el mismo que fue materia de revisión de los documentos a efecto de acreditar el cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas, cuyo resultado con respecto al cumplimiento de los compromisos asumidos por el contratista por Formato N° 16 arrojó lo siguiente:

⁴ Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

COMPROMISO	CUMPLIÓ (SI/NO)	ACREDITACIÓN	OBSERVACIONES
COMPROMISO 1	SI	Certificación ISO 9001:2015 N° E/NACE:10.71,46.38 (IGS ASSESSMENT Auditoria de vigilancia pendiente: 08/02/2022)	-
COMPROMISO 2	NO	Para el ítem Villa el Salvador 1 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 quinua 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)

59. El Comité de Compras y Qali Warma manifiestan que según Informe N° D000008-2022-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-MTL del Supervisor de Planta de Almacenes, visado por la Coordinadora Técnica Territorial de la UT, y puesto a conocimiento del Jefe de la Unidad Territorial mediante Informe N° D00090-2022-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-SPO, que:

- El proveedor NIISA CORPORATION S.A. **NO CUMPLE** con el compromiso presentado en el FORMATO N° 16 de presentar 09 productos macro regionales para la primera entrega para el ítem El Agustino 2 del C.C. Lima 6, ítem San Juan de Miraflores1 del C.C.Lima 7 e ítem Villa el Salvador 1 del C.C Lima 2.

60. El Comité de Compras y Qali Warma señalan que, con fecha 16 de febrero de 2022 y mediante Carta N° 024-2022/NIISA-UTLM, NIISA presentó una solicitud de inaplicación de penalidades por caso fortuito o fuerza mayor, señalando que se encontraba imposibilitado de cumplir con su obligación contractual señalada en los numerales 9.11 y 9.32 del CONTRATO debido a lo siguiente:

Al momento de la declaración de los documentos, en el caso de los productos macroregionales el sistema SIGDEL solicitaba registrar los documentos, lo cual en el caso de los productos LECHE EVAPORADA ENTERA y FIDEOS no se podía realizar, toda vez que el sistema solicitaba la presentación del documento "Constancia de REMYPE", lo cual para dichos productos resulta imposible presentar.

En las bases han indicado que para los alimentos de origen macroregional, su producción podía darse en dos supuestos:

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)

Como se aprecia son dos supuestos donde se puede fabricar o producir el alimento macroregional, "dentro del ámbito geográfico al cual se postula" o "dentro de los departamentos colindantes geográficamente realizados por una micro o pequeña empresa (MYPE)".

Por ello, si el producto que se fabrica tiene como origen su producción dentro del ámbito geográfico al cual se postula en nuestro caso Lima Metropolitana (no se indica en ese supuesto si es una producción realizada 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, toda vez que las bases en este primer supuesto no exigen que sea producido por una mediana o pequeña empresa.

61. Al respecto, el Comité de Compras y Qali Warma señalan que los numerales 6.5.7.8, 6.5.7.9, 6.5.7.10 y 6.5.7.11 del Manual del Proceso de Compras, concordante con el numeral 16.7, 16.8, 16.9 y 16.10 del CONTRATO, establecen que el procedimiento pactado para solicitar la inaplicación de penalidades es el que sigue:

(...)

6.5.7.8. *El/la proveedor/a puede solicitar la inaplicación de penalidades mediante la presentación al Comité de Compra de un escrito, adjuntando los elementos probatorios correspondientes, en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles de ocurrido el incumplimiento, caso contrario no será admitido. El Comité de Compra debe trasladar el pedido a la UT.*

La solicitud de inaplicación de penalidades debe presentarse de acuerdo al procedimiento establecido en el documento normativo aprobado por el PNAEQW, caso contrario no será admitido

6.5.7.9. *El PNAEQW evalúa la solicitud y emite su pronunciamiento de acuerdo al documento normativo aprobado. Dicho pronunciamiento es vinculante y de obligatorio cumplimiento por el Comité de Compra.*

6.5.7.10. *No se consideran incumplimiento de obligaciones contractuales por supuestos de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados y acreditados, que imposibiliten al/a la proveedor/a el cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato, en consecuencia, no se aplicará penalidad previa evaluación y opinión favorable de la UGCRT a la solicitud de inaplicación de penalidad presentada por el/la proveedor/a, de acuerdo a lo establecido en el documento normativo aprobado por el PNAEQW.*

6.5.7.11. *El incumplimiento de obligaciones generadas por error del/de la proveedor/a y/o de terceros, no se consideran Como hechos de caso fortuito o fuerza mayor*

(...)*

62. En ese sentido, según el Comité de Compras y Qali Warma, NIISA para acreditar el caso de fuerza mayor, que le imposibilitó el cumplimiento de su obligación contractual, adjuntó entre otros documentos el 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). Según este formato NIISA se

comprometió a entregar nueve (09) productos macrorregionales para la entrega N° 01 (65 en total durante toda la ejecución contractual), cumpliendo los siguientes requisitos:

- 1. Productos industrializados:**
- a. Siempre que la fabricación del producto final se realice dentro del ámbito geográfico del departamento 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.

Los alimentos de origen macrorregional 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 departamento 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.
 - b. Se consideran también alimentos de origen macrorregional a los productos industrializados fraccionados siempre que dicho proceso se realice dentro del ámbito geográfico del departamento² al cual postula o de los departamentos colindantes geográficamente por una micro o pequeña empresa (MYPE), asimismo el insumo debe provenir del departamento al cual postula o de los departamentos colindantes geográficamente, y se debe acreditar mediante:
 - i. Copia legible del comprobante de pago (factura o boleta de venta) que acredite la procedencia del insumo, emitido por el fabricante y/o distribuidor autorizado por el fabricante del mismo, el cual debe contemplar la cantidad necesaria del insumo que adquirió el fraccionador para la elaboración del producto final (volumen total del alimento requerido por entrega).
 - ii. Registro Sanitario del insumo emitido por la DIGESA.
 - iii. La Validación Técnica Oficial del Plan HACCP del fraccionador expedido por la DIGESA (aplica para el producto final).
 - iv. Constancia REMYPE del fraccionador (aplica para el producto final).

63. El Comité de Compras y Qali Warma señalan que se encuentra claramente establecido que para acreditar que un producto industrializado es de origen macrorregional se debe presentar los siguientes documentos:

- La Validación Técnica Oficial del Plan HACCP expedido por la DIGESA.
- La Constancia REMYPE del fabricante o productor.

64. A criterio del Comité de Compras y Qali Warma, la interpretación realizada por el demandante al señalar que ambos requisitos son alternativos es errada, siendo que es necesaria la presentación de ambos requisitos para acreditar la calidad de macrorregional del producto ofrecido, en ese sentido y de conformidad con el numeral 6.5.7.11 del Manual de Compras, concordante con la cláusula 16.10 del CONTRATO que establecen que:

“El incumplimiento de obligaciones generadas por error del/la proveedor/a y/o de terceros, no se consideran como hechos de caso fortuito o fuerza mayor”

65. Siendo ello así, el Comité de Compras declaró la improcedencia de la solicitud de inaplicación de penalidades, presentada por el demandante.
66. El Comité de Compras y Qali Warma señalan que de la verificación realizada se puede apreciar que la información registrada en el aplicativo informático SIGO (Sistema Integrado de Gestión Operativa), por la entrega de alimentos realizado por el proveedor NIISA CORPORATION S.A la Entrega N° 1, al ítem VILLA EL SALVADOR 1, se acreditó que el proveedor habría incumplido con realizar la sincronización final previa, a la hora de presentación del Expediente de Conformidad de Entrega, ya que la fecha de presentación del Expediente de Conformidad de Entrega para el pago se realizó el 18 de marzo de 2022, y el proveedor realizó la sincronización final el 23 de marzo de 2022, para las IIEEs según detalle en el cuadro 1:

N°	CODIGO MODULAR	NOMBRE DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA	NIVEL	OBSERVACIÓN
1	1441781	6080 ROSA DE AMÉRICA	INICIAL	<u>El proveedor realizó la sincronización el 23-03-2022 y la entrega de su expediente de conformidad de entrega para el pago figura en el SIGO/SADE con fecha 18/03/2022</u>
2	1474659	7077 VIRGEN DEL CARMEN	INICIAL	

67. Aplicándose la siguiente penalidad:

Penalidad:	0.2% del monto total de la entrega establecida en el contrato, por cada IIEE.
Monto total de la entrega N° 1	S/ 535,319.00
% Penalidad	0.2%
IIEE	2
MONTO DE PENALIDAD	S/ 2,141.28

68. Indica el Comité de Compras y Qali Warma que, al encontrarse válidamente acreditados los incumplimientos contractuales por parte de NIISA, mediante Expediente N° 000212-2022-MIDIS/PNAEQW-TRANSF (T-00259-2022-MIDIS/PNAEQW-UA), se aplicaron penalidades ascendentes a la suma de S/. 261,449.81.
69. Refiere el Comité de Compras y Qali Warma que, ante la remisión de la Carta N° 072-2022/NIISA-UTLM, y ante la comunicación de la resolución unilateral del contrato por causa de fuerza mayor y excesiva onerosidad de la prestación, el Comité de Compras remitió la Carta N° 051-2022-CC-LIMA 2 dándole respuesta y señalando que esta resolución contractual no era amparable, por cuanto no era acorde al marco normativo vigente, el mismo que sí señala y contempla la resolución contractual

por causa no atribuible a las partes, conforme a la cláusula 17.2.3. del CONTRATO, la misma que las partes pactaron de la siguiente manera:

17.2.3 Es causal de resolución del contrato no atribuible a las partes, cuando por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato, se imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución contractual.

70. En este punto, el Comité de Compras y Qali Warma señalan que, para implementar dicho acuerdo (resolución de contrato por causa mayor o caso fortuito) debía emitirse un Informe Técnico de la Unidad Territorial que sustente los fundamentos de dicha decisión, debiendo contar con la opinión favorable del Jefe de la Unidad Territorial y con el pronunciamiento de la Unidad de Gestión de Contratos y Transferencia de Recursos – UGCTR, conforme se puede acreditar de la cláusula 17.2.5. del CONTRATO:

17.2.5 Para proceder con la resolución de un contrato por las causales establecidas 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 Unidad Territorial emite un informe técnico que sustente los fundamentos de dicha decisión, los mismos que, con la opinión favorable de la/del Jefa/e de la Unidad Territorial, serán remitidos a la UGCTR, para su pronunciamiento.

71. Por tanto, el Comité de Compras y Qali Warma concluyen que la referida resolución contractual resulta siendo inválida e ineficaz al no cumplir con el procedimiento establecido en el marco normativo del contrato, no habiéndose cumplido con la cláusula 17.2.5 del CONTRATO.
72. Adicionalmente, el Comité de Compras y Qali Warma manifiestan que los fundamentos enumerados por NIISA no configurarían una causal de fuerza mayor, conforme lo señala el numeral 8) del Anexo N° 1 Definición de Términos del Manual del Proceso de Compras sino más bien una falta de debida diligencia por parte del contratista:

8.9. **Caso fortuito o fuerza mayor:** Causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

(...)

8.38. **Situación de Emergencia:** Es aquel estado de daños sobre la vida, el patrimonio y el medio ambiente ocasionados por la ocurrencia de un fenómeno natural o inducido por la acción humana, previamente declarado por el Gobierno Nacional o el ente rector correspondiente, que altera el normal desenvolvimiento de las actividades de la zona afectada, y se configura entre otros, por los siguientes supuestos: i) Acontecimientos catastróficos, de carácter extraordinario, ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano que generan daños afectando a determinada población; ii) Situaciones que afectan la defensa o seguridad nacional dirigidas a enfrentar agresiones de orden interno o externo que menoscaban la consecución de los fines del Estado; iii) Situaciones que supongan grave peligro, en las que exista la posibilidad debidamente comprobada que cualquiera de los acontecimientos o situaciones anteriores ocurra de manera inminente; y, iv) Emergencias sanitarias; declaradas por el ente rector del sistema nacional de salud conforme a la ley de la materia.

73. De acuerdo con el Comité de Compras y Qali Warma, la causal de excesiva onerosidad de la prestación carece de sustento legal, pues se habrían acreditado los siguientes hechos:

(...)

- *El marco normativo del contrato contempla la figura de la resolución contractual por causa no atribuible a las partes por caso fortuito o fuera mayor, por tanto, la resolución contractual invocada por el contratista carece de sustento legal siendo inválida e ineficaz al no estar sujeta a este marco normativo y el procedimiento consensuado por las partes (Clausulas 17.2.3. y 17.2.5. del contrato).*
- *Según el marco normativo del contrato, las disposiciones del Código Civil solo pueden ser aplicadas en defecto o vacío de las normas establecidas, en tanto no contradiga o se oponga a la normativa del PNAEQW, resultando por tanto inválida la resolución contractual invocada al existir un procedimiento establecido para este tipo de resolución (Cláusula Vigésimo Primera del Contrato).*
- *El incumplimiento de obligaciones generadas por error del/la proveedor/a y/o de terceros, no se consideran como hechos de caso fortuito o fuerza mayor (Clausula 16.10 del Contrato).*
- *El contratista, a fin de ser adjudicado con el contrato materia de controversias ofreció la entrega de 65 productos macrorregionales, puntaje extra **no obligatorio** con el cual logro adjudicarse el ítem en perjuicio de sus demás competidores, señalando en el referido Formato 16 lo siguiente:*
(Resaltado nuestro)

De no cumplir los compromisos asumidos con la suscripción del presente documento, me someto a la aplicación de penalidades conforme lo establecido en las Bases y en el Contrato que se derive de ser adjudicado/o, así como a las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales en caso de falsedad.

- *Se invoca caso fortuito en etapa de ejecución contractual ante la supuesta consecuencia de «imposibilidad de suplir a la empresa que ya no puede cumplir con la entrega de productos macrorregionales y la excesiva onerosidad de la prestación», casual que es invocada coincidentemente y con posterioridad a la improcedente solicitud de inaplicación de penalidades por una «errónea» interpretación de los requisitos para acreditar producto macrorregionales, y que el contratista debió realizar en la etapa de presentación de consultas y/o observaciones a las Bases Estandarizadas, siendo incongruente invocar caso fuerza mayor luego de haber resultado ganador en desmedro de otros postores y ofreciendo el máximo de productos (65) lo que le valió se le otorgara el máximo puntaje adicional de veinte (20).”*

74. Respecto a la tercera pretensión principal de la demanda, el Comité de Compras y Qali Warma manifiestan que, conforme se ha señalado en los fundamentos de hecho y derecho de la excepción planteada, la resolución contractual por causa imputable a NIISA, comunicada mediante Carta Notarial 012-2022 CC LIMA2, con fecha 16 de junio de 2022, no ha sido materia de solicitud de arbitraje conforme a lo estipulado en la cláusula 22.3. del contrato.
75. Conforme a lo expuesto, el Comité de Compras y Qali Warma señalan que, a la fecha, la referida resolución se encuentra CONSENTIDA, siendo su incorporación como pretensión en el presente arbitraje inválida, al no estar sujeta a la normatividad establecida es además extemporánea, por cuanto el demandante contaba con 15 días hábiles siguientes a su comunicación, para discutir la validez de la resolución en un nuevo arbitraje, situación que no se produjo.

VIII. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

76. El Comité de Compras y Qali Warma interpuso Excepción de Incompetencia al encontrarse el Tribunal impedido de conocer sobre la Segunda y Tercera Pretensión Principal, así como primera accesoria, interpuesta en la demanda en concordancia con el numeral 1 del artículo 446° del Código Procesal Civil, al no estar estas pretensiones comprendidas en la solicitud de arbitraje de fecha 22 de abril de 2022, y que conforme a la cláusula 22° sobre Solución de Controversias del CONTRATO,

- en concordancia con el artículo 18° del Reglamento del Centro, debieron ser materia de una nueva e independiente solicitud de arbitraje y posterior consolidación, de ser el caso.
- 77.** En este sentido, con fecha 22 de abril de 2022, NIISA presentó su solicitud de arbitraje mediante la cual, solicitó al colegiado arbitral se avoque y tome conocimiento de las siguientes pretensiones: (i) Se declare ineficaz, arbitraria, nula y/o inválida la aplicación de penalidades. (ii) Se reserva el derecho de ampliar las pretensiones si se llegara a resolver el CONTRATO.
- 78.** Según el Comité de Compras y Qali Warma, conforme a lo pactado contractualmente, NIISA a efecto de discutir cualquier controversia diferente a la aplicación de penalidad contenida en su primera pretensión, debía presentar una nueva solicitud de arbitraje, no siendo procedente bajo la figura de la «reserva de derecho» querer modificar lo pactado entre las partes modificando los plazos, y querer desconocer la figura del consentimiento contenida en ella.
- 79.** En este sentido, el Comité de Compras y Qali Warma aseguran que de la revisión del punto 22.3 del CONTRATO se advierte que NIISA manifiesta que, en el caso de resolución contractual, el Comité de Compras y Qali Warma podrán someterla a arbitraje dentro de los 15 días hábiles computados a partir de su comunicación de resolución de contrato.
- 80.** En ese sentido, el Comité de Compras y Qali Warma señalan que la Resolución Contractual por causa imputable al contratista (Carta Notarial 012-2022 CC LIMA2), fue notificada con fecha 16 de junio de 2022, y el plazo para solicitar un arbitraje en cuanto a esta controversia (tercera pretensión), venció el 11 de julio de 2022, por tanto, al no ser planteada solicitud alguna dentro del plazo pactado, esta resolución ha quedado consentida y no puede ser materia de conocimiento del colegiado en el presente arbitraje, más aún si, es recién con el escrito de «cumple con precisar las pretensiones» de fecha 13 de julio de 2022 que se pretende incorporar una pretensión no planteada dentro del plazo de 15 días de su notificación, (solo aplicable al contratista), tratando de trasgredir lo pactado entre las partes.
- 81.** Por lo señalado, el Comité de Compras y Qali Warma precisan que, la incorporación de la Segunda y Tercera pretensión Principal por parte del demandante para discutir controversias surgidas de la resolución contractual del CONTRATO, se encuentra fuera del conocimiento del colegiado arbitral; solicitando que, en su oportunidad, se ampare esta solicitud por cuanto se acredita que el contratista pretende que el colegiado valore y resuelva sobre pronunciamientos y/o actuaciones que no fueron materia de solicitud de arbitraje transgrediendo con ello lo acordado por las partes en el CONTRATO, de conformidad con el artículo 1361° del Código Civil (principio del pacta sunt servanda).
- 82.** Mediante Decisión N° 05 de fecha 22 de febrero de 2023, el Tribunal Arbitral conformado por los Doctores Hugo Sologuren Calmet, Luis Puglianini Guerra y Jorge Luis Castro Cárdenas resolvieron la Excepción de Incompetencia deducida por la Entidad, disponiendo lo siguiente:

“DECLARAR INFUNDADA la excepción de incompetencia contra la segunda y tercera pretensión (así como accesorias) formulada por el PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA, en su escrito de fecha 2 de diciembre de 2022, en base a los fundamentos expuestos en el presente laudo parcial.”

83. Con fecha 15 de marzo de 2023, el Comité de Compra y Qali Warma solicitaron la interpretación del laudo parcial, el mismo que fue puesto a conocimiento de NIISA, mediante Decisión N° 06.
84. A través de la Decisión N° 09 de fecha 15 de agosto de 2023, el Tribunal Arbitral conformado por los Doctores María Cecilia Blume Cillóniz, Juan Humberto Peña Acevedo y Jorge Luis Castro Cárdenas resolvió el pedido de interpretación, disponiendo lo siguiente:

 <p>CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS PUCP</p>	<p>Exp. N° 3909-202-22</p>
<p>Estando a lo expuesto, SE RESUELVE:</p>	
<p>PRIMERO: Declarar IMPROCEDENTE la Solicitud de interpretación del Laudo Parcial planteada por PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA.</p>	

IX. RECONVENCIÓN

85. Con fecha 02 de diciembre de 2022 el Comité de Compras y Qali Warma presentó su escrito de contestación de demanda, y formuló las siguientes pretensiones en vía de reconvencción:

“(…)

3.1. Primera pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución del Contrato N° 0001-2022-CC-LIMA 2/PRODUCTOS, al no haber sido impugnada la resolución contractual por el Contratista.

3.2. Segunda pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral ordene al contratista asuma el íntegro de los costos arbitrales y demás gastos en que se tenga que incurrir producto del trámite del presente proceso arbitral. (…)”

86. A través del referido escrito, el Comité de Compras y Qali Warma fundamenta sus pretensiones en los siguientes argumentos:

- a. Refieren que en el presente caso se debe de tomar en consideración que a la fecha, ha transcurrido en exceso el plazo contemplado en el último párrafo de la Cláusula Décimo Sexta,

sin que el DEMANDANTE haya cuestionado la resolución contractual efectuada por nuestra parte conforme al procedimiento establecido en la cláusula 22.3. del CONTRATO, que establece lo siguiente:

“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”

- b. El Comité de Compra y Qali Warma señala que, respecto a lo expuesto, se puede determinar que:
 - (...)
 - ✓ *La resolución contractual se efectuó por Carta Notarial 012-2022 CC LIMA2 y fue notificada con fecha 16.06.22.*
 - ✓ *El proveedor tenía plazo para impugnar hasta el día 11.07.22*
 - ✓ *A partir del 12.07.22 la resolución contractual efectuada por Carta Notarial N° 012-2022-CC-LIMA2 se encuentra consentida. (...)*
 - c. Finalmente, el Comité de Compra y Qali Warma solicitaron que se ordene a NIISA el pago del 100% de los gastos arbitrales.
- 87.** Con fecha 29 de diciembre de 2022, el Comité de Compra y Qali Warma amplió las pretensiones reconventionales postulando el siguiente pedido:
- “Tercera Pretensión Principal Reconventional: «Que el Tribunal Arbitral declare nula, ineficaz y/o inválida la resolución contractual invocada por el contratista, mediante Carta N° 072-2022/NIISA-UTLM de fecha 02.06.22.”*
- 88.** El Comité de Compra y Qali Warma fundamentó la tercera pretensión reconventional en base a los siguientes argumentos:
- a. Refieren que las partes pactaron dentro del marco normativo de los contratos un procedimiento para invocar el caso fortuito o fuerza mayor durante la ejecución contractual, en el cual, y para su procedencia debe existir siempre un informe favorable por parte de la Entidad:

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.

(...)

En el caso que los documentos presentados se encuentren observados el/la **PROVEEDOR/A** debe subsanar las observaciones en un plazo no mayor de dos (2) días hábiles de recibida la comunicación de la UT (vía correo electrónico), la misma que debe ser presentada a través del SIGDEL o por los canales que el PNAEQW establezca en caso fortuito o fuerza mayor, debidamente foliado y con firma digital por el/la **PROVEEDOR/A.**

(...)

16.10 El incumplimiento de obligaciones generadas por error del/de la proveedor/a y/o de terceros, no se consideran como hechos de caso fortuito o fuerza mayor.

(..)

19.12 Las partes de mutuo acuerdo, pueden realizar modificaciones al contrato que permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, solo por hechos sobrevinientes a su suscripción, que califiquen como caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditado, previa evaluación y opinión favorable del PNAEQW.

(...)

19.15 El **PNAEQW** a través de la/el Jefa/e de la Unidad Territorial puede disponer la suspensión de las prestaciones a cargo del/de la **PROVEEDOR/A** en cualquiera de las etapas, por caso fortuito, razones de fuerza mayor o recorte presupuestal. El **COMITÉ DE COMPRA** debe comunicar al/a la **PROVEEDOR/A** la suspensión de las prestaciones, así como el levantamiento de esta medida, para el reinicio de la prestación del servicio alimentario.

89. Precisan el Comité de Compra y Qali Warma que las partes habían establecido para los actos de ejecución contractual en los cuales se invocará el caso fortuito o fuerza mayor, un pronunciamiento previo de su pertinencia y viabilidad por parte de Qali Warma. Según el Comité de Compra y Qali Warma, este hecho es aún más patente en el procedimiento pactado por las partes y que se encuentra dentro del marco normativo del CONTRATO, en cuanto a la resolución contractual en la cual se invoque un hecho que genere el caso fortuito o fuerza mayor, que señala:

17.2.3 Es causal de resolución del contrato no atribuible a las partes, cuando por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato, se imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución contractual.

(...)

17.2.5 Para proceder con la resolución de un contrato por las causales establecidas 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 Unidad Territorial emite un informe técnico que sustente los fundamentos de dicha decisión, los mismos que, con la opinión favorable de la/del Jefa/e de la Unidad Territorial, serán remitidos a la UGCTR, para su pronunciamiento.

90. Del Manual de Compras:

6.5.9.3. Es causal de resolución del contrato no atribuible a las partes, cuando por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato, se imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución contractual.

91. El Comité de Compra y Qali Warma concluyen señalando que la resolución contractual por caso fortuito o fuerza mayor tenía un procedimiento ya establecido en el CONTRATO, y que fue desconocido por el contratista, invocando para ello los artículos 1315° y 1440° del Código Civil, norma de aplicación supletoria durante la ejecución contractual, siempre y cuando «no contradiga o se oponga a la normativa del PNAEQW», conforme lo señala la cláusula Vigésimo Primera del CONTRATO.

X. CONTESTACIÓN DE RECONVENCIÓN

92. Con fecha 05 de enero de 2023 NIISA cumplió con contestar la reconvencción en base a los siguientes argumentos:
- a. Refiere NIISA que, la resolución de CONTRATO se realizó sobre un contrato que ya se encontraba resuelto por parte de NIISA, con fecha 21 de junio de 2022; y, en segundo lugar, su solicitud de arbitraje se presentó antes de la emisión de la resolución por parte del Comité de Compra y Qali Warma.
 - b. NIISA manifiesta que, una vez notificada con la resolución contractual por su parte, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 22.3 del CONTRATO, correspondía a la ENTIDAD solicitar el arbitraje respecto de dicha resolución, toda vez que, según ellos, ésta sería nula o inválida.
 - c. Señala NIISA que no es factible declarar consentida la resolución del Contrato N° 001-2022-CC-LIMA 2/PRODUCTOS efectuada por la demandada, toda vez que, no solamente fue realizada sobre un contrato ya resuelto, sino que, ello es materia de controversia del presente arbitraje, en el cual, de manera previa, se debe resolver si la resolución contractual realizada por NIISA es conforme a derecho.
 - d. NIISA señala que está acreditado, el alza desmedida de los precios internacionales de los alimentos que precisamente proveen , como derivados del maíz, leche, papa, arroz, que han aumentado en porcentajes mayores al 25% , lo que no era previsible al momento de celebrar el CONTRATO y que ha impactado en la prestación, haciéndola excesivamente onerosa, más aún si los cálculos de inflación según la agencia EFE, (publicados el 01 de setiembre de 2022),

establecen que “la tasa anual de inflación correspondiente a los últimos doce meses, muestra una variación de 8.80%”, incrementándose ésta en un 6,3%.

XI. ACTUACIONES ARBITRALES - CUESTIONES CONTROVERTIDAS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

93. A través de la Decisión N° 2 de fecha 30 de enero de 2023 se determinaron las Cuestiones Controvertidas conforme a lo establecido en el artículo 48° del Reglamento del Centro, precisándose las siguientes cuestiones:

(...)

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (Referida a 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 ordenar a la ENTIDAD devuelva o reembolse la suma por concepto de penalidad ascendente a S/. 273,869.19 (Doscientos setenta y tres mil, ochocientos sesenta y nueve con 19/100 soles).

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (Referida a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda): Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar eficaz, valido, bien resuelto el Contrato N° 0001-2022-CC-LIMA 2/PRODUCTOS por parte de NIISA.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (Referida a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda): Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar ineficaz, invalida, arbitraria, nula la resolución del Contrato N° 0001-2022- CC-LIMA 2/PRODUCTOS por parte del Comité de Compras Lima 2, realizada mediante Carta Notarial N° 012-2022-CC LIMA 2.

CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (Referida a la Primera Pretensión Accesorio 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 2.

QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (Referida a la Segunda Pretensión Accesorio de la Demanda): Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD pague los intereses y; costas y costos del presente arbitraje.

SEXTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (Referida a la Primera Pretensión Principal de la Reconvencción): Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar consentida la resolución del Contrato N° 0001-2022-CC-LIMA 2/PRODUCTOS.

SÉTIMA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (Referida a la Segunda Pretensión Principal de la Reconvencción): Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a NIISA que asuma el íntegro de los costos arbitrales y demás gastos en que se tenga que incurrir producto del trámite del presente proceso arbitral.

OCTAVA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (Referida a la Tercera Pretensión Principal de la Reconvencción): Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar nula, ineficaz y/o inválida la resolución contractual invocada por NIISA mediante la Carta N° 072-2022/NIISA-UTLM de fecha 2 de junio de 2022.”

94. A través de la referida decisión, el Tribunal arbitral dispuso admitir los siguientes medios probatorios:

“(..)

Por parte de NIISA Corporation: i. Los documentos signados en el acápite: “V. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS, identificados del numeral 1 al 20.

Por parte del COMITE DE COMPRA LIMA 2 y PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA: i. Los documentos signados en el acápite: “IV. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS, identificados del B-1 al B-12.”

95. A través de la Decisión N° 10 de fecha 15 de agosto de 2023 se convocó a las partes Audiencia Única de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones y Pruebas, para el 28 de agosto de 2023 a las 4:00 p.m.
96. A través del escrito de fecha 18 de agosto de 2023, la Entidad solicitó la reprogramación de la referida audiencia, la misma que conforme a lo determinado en la Comunicación N° 49, se fijó para el 07 de septiembre de 2023 a horas 04:00 p.m.
97. Con fecha 07 de septiembre de 2023 se realizó la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones y Pruebas en la que los representantes de las partes expusieron de manera detallada sus posiciones respecto a los hechos y el derecho en los que cada uno de ellos sustentó sus pretensiones.
98. En el referido acto, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de las actuaciones arbitrales, otorgando el plazo de diez (10) días hábiles a las partes para que presenten sus alegatos en forma escrita.

99. Con fecha 19 y 22 de septiembre de 2023 las partes presentaron sus alegatos finales, siendo el caso, que el Comité de Compra y Qali Warma remitió el laudo arbitral emitido en el Expediente N° 4000-293-22 PUCP, el cual, fue puesto a conocimiento de su contraparte mediante Decisión N° 12 de fecha 25 de septiembre de 2023.
100. Al respecto, es importante señalar que los criterios de los Laudos arbitrales emitidos en otros procesos no son vinculantes para otro Tribunal Arbitral, siendo solamente “una referencia no vinculante”. En este sentido, este Colegiado deja constancia de que la presente controversia se resolverá en función a los argumentos y medios probatorios que obran en el presente expediente, los mismos que se analizarán en forma conjunta con la normativa legal aplicable al presente caso.
101. Mediante escrito de fecha 03 de octubre de 2023 la empresa demandante cumplió con absolver el traslado conferido por el Tribunal Arbitral respecto del laudo presentado por su contraparte.
102. Con Decisión N° 13 de fecha 05 de octubre de 2023 se cerraron las actuaciones arbitrales y se fijó el plazo para laudar en cuarenta (40) días hábiles, prorrogables por un máximo de diez (10) días hábiles adicionales.

XII. CONSIDERANDOS:

103. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, es pertinente señalar lo siguiente: **(i)** que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo a las normas de arbitraje vigentes; **(ii)** que en ninguna oportunidad las partes impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el presente arbitraje; **(iii)** que NIISA presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; **(iv)** que el Comité de Compra y Qali Warma fueron debidamente emplazados con la demanda y ejercieron plenamente su derecho de defensa. Al respecto es importante precisar que durante el desarrollo del presente arbitraje la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión ejerció la defensa legal conjunta del Comité de Compra Lima 2 y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, tal y como el propio abogado de dicha procuraduría señaló expresamente durante la Audiencia Única celebrada el 07 de septiembre de 2023. **(v)** que ambas partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios; así como tuvieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente, desarrollándose las actuaciones arbitrales respetando las garantías de audiencia bilateral, contradicción y trato igualitario a las partes; **(vi)** que en el estudio, análisis, apreciación y razonamiento del caso, el Tribunal Arbitral ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones expuestas, así como todos los medios probatorios aprobados y admitidos, haciendo un análisis y una valorización conjunta, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no se haya tomado en cuenta en la decisión; **(vii)** que siendo un arbitraje de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de las pretensiones formuladas teniendo en cuenta el mérito de la

prueba aportada al proceso para determinar, en base a su valoración conjunta, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo al derecho y al marco contractual y legal aplicable, se derivan para las partes, correspondiendo la carga de la prueba a quién alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza y convicción en el Tribunal Arbitral respecto a tales hechos; **(viii)** que en relación a las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, por aplicación del Principio de Comunidad o Adquisición de la Prueba, las pruebas ofrecidas y admitidas en el proceso pertenecen al arbitraje; en consecuencia, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció; y, **(ix)** que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo establecido.

- 104.** Sobre el citado Principio de la Comunidad o Adquisición de la Prueba, la doctrina señala lo siguiente: *“Otro aspecto de consideración imprescindible en materia probatoria es el denominado “principio de adquisición”, según el cual una vez que un medio de prueba ha sido admitido en el proceso, deja de “pertenecer” a la parte que lo ofreció, y es completamente independiente del propósito para el que fue ofrecido y admitido. Esto significa que resulta perfectamente válido que un medio probatorio ofrecido por una de las partes para acreditar, por ejemplo, la ejecución de un contrato, sea utilizado por la otra parte para demostrar todo lo contrario (...) En síntesis, con el principio de adquisición, el medio de prueba admitido deja de ser de las partes y pertenece “al proceso”, con lo cual el juzgador está en aptitud de extraer de él las conclusiones que considere adecuadas.”*⁵
- 105.** En consecuencia, el Tribunal Arbitral reitera que, la eventual ausencia de mención en este Laudo de algún argumento, pieza o fundamento indicado por las partes no implica, empero, que se haya dejado de sopesar y merituar todos los elementos de juicio relevantes que le han sido aportados.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.

“PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: SE DECLARE INEFICAZ, ARBITRARIA, NULA Y/O INVALIDA, LA APLICACIÓN DE PENALIDADES por supuestamente “no acreditar la entrega de alimentos de origen macrorregional durante el periodo de atención, de acuerdo con lo declarado en el formato N° 16, que se adjuntó en la propuesta técnica” y SE ORDENE la devolución o el reembolso de la suma descontada hasta la fecha por concepto de penalidades ascendente a S/ 273,869.19.”

⁵ **ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana María** en “La Actividad Probatoria en el Arbitraje y la colaboración judicial en la generación de la prueba”. Revista ADVOCATUS N° 26 (2012) Pág. 215.

106. Ambas partes convienen en señalar que con fecha 18 de enero de 2022 suscribieron el Contrato N° 001-2022-CC-LIMA 2/PRODUCTOS, cuyo objeto se determinó en la cláusula segunda, de la siguiente manera:

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 VILLA EL SALVADOR 1**, 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.

107. Así en el Anexo 04-A se pueden identificar los alimentos requeridos y su volumen:

UBICACIÓN DEL DISTRITO		DEPARTAMENTO	PROVINCIA	DISTRITO
DEPARTAMENTO		LIMA	LIMA	VILLA EL SALVADOR
COMITÉ DE COMPRA		LIMA 2	ÍTEM	UBIGEO
REGIÓN ALIMENTARIA		RA6_COSTA_CENTRAL	VILLA EL SALVADOR 1	150142
			PERIODO DE ATENCIÓN	NRO DIAS
			del 14/03/2022 al 07/12/2022	173 días (*)

Nivel Educativo	NRO DE IEE			TOTAL DE IEE	NUMERO DE USUARIOS			TOTAL DE USUARIOS
	DESAYUNO	DESAYUNO + ALMUERZO	DESAYUNO + ALMUERZO + CENA		DESAYUNO	DESAYUNO + ALMUERZO	DESAYUNO + ALMUERZO + CENA	
INICIAL	17	0	0	17	2455	0	0	2455
PRIMARIA	15	0	0	15	8234	0	0	8234
SECUNDARIA	0	0	0	0	0	0	0	0
TOTAL	32	0	0	32	10689	0	0	10689

Entrega de mayor volumen (Toneladas Métricas) 50.41 7MA ENTREGA 23 DIAS

Alimentos (**)	Presentación	Unidad (Kg/L)	1ERA ENTREGA	2DA ENTREGA	3ERA ENTREGA	4TA ENTREGA	5TA ENTREGA	6TA ENTREGA	7MA ENTREGA	TOTAL VOLUMEN
			25 DIAS (*)	25 DIAS (*)	25 DIAS (*)	25 DIAS (*)	25 DIAS (*)	25 DIAS (*)	23 DIAS (*)	173 DIAS (*)
ACEITE VEGETAL	0.2 L		2137.8	2137.8	2137.8	2137.8	2137.8	2137.8	4275.6	17102.4
ARROZ	0.25 Kg		0	0	10075.25	10075.25	6572	6572	10075.25	43969.75
ARROZ FORTIFICADO	0.25 Kg		10075.25	10075.25	0	0	0	0	0	20150.5
AZÚCAR RUBIA	0.25 Kg		2672.25	2672.25	2672.25	2672.25	2672.25	2672.25	2672.25	18705.75
CONSERVA DE CARNE DE POLLO O GALLINA	0.17 Kg		0	0	3634.26	3634.26	0	0	3634.26	10902.78
CONSERVA DE HIGADO DE POLLO	0.17 Kg		1252.05	1252.05	0	0	5599.12	5599.12	0	13702.34
CONSERVA DE PESCADO EN ACEITE VEGETAL	0.17 Kg		5599.12	5599.12	6851.17	6851.17	2086.75	2086.75	6851.17	35225.25
CONSERVA DE PESCADO EN AGUA Y SAL	0.425 Kg		1043.375	1043.375	0	0	3499.45	3499.45	0	9085.65
FIDEOS	0.25 Kg		1227.5	1227.5	4117	4117	8234	8234	4117	31274
HARINA EXTRUIDA DE TRIGO	0.25 Kg		2672.25	2672.25	2058.5	2058.5	613.75	613.75	2058.5	12747.5
HOUJUELAS DE AVENA CON CABIHUA	0.25 Kg		0	0	2058.5	2058.5	0	0	2058.5	6175.5
HOUJUELAS DE AVENA CON KIWICHA	0.25 Kg		0	0	0	0	2058.5	2058.5	0	4117
HOUJUELAS DE AVENA CON QUINUA	0.25 Kg		2058.5	2058.5	613.75	613.75	0	0	613.75	5958.25
LECHE EVAPORADA ENTERA	0.4 Kg		16120.4	16120.4	12826.8	12826.8	12826.8	12826.8	12826.8	96374.8
MEZCLA DE HARINAS EXTRUIDAS	0.25 Kg		0	0	0	0	2058.5	2058.5	0	4117
MEZCLA EN POLVO A BASE DE HUEVO	0.25 Kg		2058.5	2058.5	0	0	613.75	613.75	0	5344.5
QUINUA	0.25 Kg		2058.5	2058.5	1227.5	1227.5	613.75	613.75	1227.5	9027
			48975.495	48975.495	48272.78	48272.78	49586.42	49586.42	50410.58	344079.87

108. Mediante la Clausula Quinta del CONTRATO, las partes acordaron un cronograma de entrega de productos a cumplirse de la siguiente manera:

CLÁUSULA QUINTA: CRONOGRAMA DE ENTREGA

5.1 Los productos deben entregarse en las Instituciones Educativas Públicas de acuerdo a los plazos establecidos en el siguiente cronograma:

N° Entrega	Plazo máximo de presentación de expedientes para liberación (*)	Plazo máximo de liberación (**)	Plazo de distribución por entrega (***)	Días de atención por entrega				Período de Atención por entrega
				Regular JEC y No Residentes	Residentes	Secundaria Tutorial	Centros Rurales de Formación Alternancia (C.R.F.A.)	
1	Hasta el 14 de febrero del 2022	Hasta el 4 de marzo del 2022	Del 7 al 11 de marzo del 2022	25	0	0	0	Del 14 de marzo al 15 de abril del 2022
2	Hasta el 16 de marzo del 2022	Hasta el 5 de abril del 2022	Del 6 al 12 de abril del 2022	25	0	0	0	Del 18 de abril al 27 de mayo del 2022
3	Hasta el 29 de abril del 2022	Hasta el 19 de mayo del 2022	Del 20 al 26 de mayo del 2022	25	0	0	0	Del 30 de mayo al 1 de julio del 2022
4	Hasta el 2 de junio del 2022	Hasta el 22 de junio del 2022	Del 23 al 30 de junio del 2022	25	0	0	0	Del 4 de julio al 19 de agosto del 2022
5	Hasta el 20 de julio del 2022	Hasta el 11 de agosto del 2022	Del 12 al 18 de agosto del 2022	25	0	0	0	Del 22 de agosto al 23 de septiembre del 2022
6	Hasta el 25 de agosto del 2022	Hasta el 15 de septiembre del 2022	Del 16 al 22 de septiembre del 2022	25	0	0	0	Del 26 de septiembre al 4 de noviembre del 2022
7	Hasta el 6 de octubre del 2022	Hasta el 26 de octubre del 2022	Del 27 de octubre al 3 de noviembre del 2022	23	0	0	0	Del 7 de noviembre al 7 de diciembre del 2022
Total Días Atención				173	0	0	0	

(*) Plazo mínimo de quince (15) días hábiles antes del inicio del plazo de distribución por entrega.

(**) Un (01) día hábil antes al inicio del plazo de distribución por entrega.

(***) Un (01) día hábil antes del inicio del periodo de atención por entrega.

109. En este sentido, se puede verificar que el primer plazo de entrega de productos venció el 14 de febrero de 2022.

- 110.** Ahora bien, es importante mencionar que en la ejecución del CONTRATO se debieron aplicar las cláusulas establecidas en el mismo, las disposiciones establecidas en el Manual del Proceso de Compras del Modelo de Cogestión para la Prestación del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° D000179-2021-MIDIS/PNAEQW-DE y las Bases Integradas de Raciones y Productos, Anexos y Formatos, del Proceso de Compras para la Prestación del Servicio Alimentario 2022.
- 111.** A través del escrito de demanda se ha mencionado que la aplicación de penalidades por parte del Comité de Compra y Qali Warma fue indebida y arbitraria, pues en el caso de los productos LECHE EVAPORADA ENTERA y FIDEOS, fue y es, materialmente imposible presentar la documentación exigida, toda vez que el sistema SIGDEL solicita la presentación de la “Constancia de REMYPE”, que, para dichos productos resulta imposible de proveer.
- 112.** Es así, que NIISA a través de las comunicaciones N° 020-2022/NIISA-UTLM y N° 024-2022/NIISA-UTLM, comunicó al Comité de Compra y a Qali Warma con fechas 15 y 16 de febrero, respectivamente, dicha imposibilidad, y solicitó la inaplicación de penalidades por ambos incumplimientos.
- 113.** De la revisión de los actuados y de lo expuesto por las partes durante la Audiencia celebrada el 07 de septiembre de 2023, se advierte que la observación y fundamento principal de la empresa demandante para sustentar su primera pretensión principal se basa en el siguiente argumento:

“Que, la redacción de la cláusula contractual y lo establecido en las bases, hace perfectamente lógico, razonable y válido, interpretar, que, si el producto que se fabrica tiene como origen el ámbito geográfico al cual se postula, en nuestro caso Lima Metropolitana, basta con acreditar la respectiva Validación Técnica Oficial del plan HACCP expedido por DIGESA, en la medida que no se estableció expresamente en las bases, LA CONJUNCION DE AMBOS REQUISITOS (certificación HACCP y constancia REMYPE), sobreviviendo así o 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).”

- 114.** En este sentido, es necesario que el Tribunal Arbitral analice si efectivamente es lógica, razonable y válida la interpretación efectuada por NIISA, para lo cual deberemos referirnos al CONTRATO suscrito por las partes, al Manual del Proceso de Compras del Modelo de Cogestión para la Prestación del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° D000179-2021-MIDIS/PNAEQW-DE y a las Bases Integradas de Raciones y Productos, Anexos y Formatos, del Proceso de Compras para la Prestación del Servicio Alimentario 2022.

Sobre los requisitos que debían cumplir los productos de origen macrorregional:

- 115.** En el numeral “f” de la cláusula 6.5.1 del CONTRATO NIISA se comprometió a cumplir con lo siguiente:

“f) Cumplir con los requisitos, condiciones, compromisos, especificaciones técnicas de alimentos y plazos establecidos durante la supervisión de la prestación del servicio alimentario, garantizando la continuidad del servicio, acreditando la entrega de alimentos de origen local, regional o fortificado de corresponder, de acuerdo a lo establecido en las Bases del Proceso de Compras, el contrato y demás documentos normativos aprobados por el PNAEQW.”

- 116.** El Formato N° 16 respecto al “Compromiso de Entrega de Alimentos de origen macrorregional de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexos N° 04 -A y 04 -B)” estipula lo siguiente:

Los alimentos de origen macrorregional 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.
- b. Se consideran también alimentos de origen macrorregional a los productos industrializados fraccionados siempre que dicho proceso se realice dentro del ámbito geográfico del departamento² al cual postula o de los departamentos colindantes geográficamente por una micro o pequeña empresa (MYPE), asimismo el insumo debe provenir del departamento al cual postula o de los departamentos colindantes geográficamente, y se debe acreditar mediante:
 - i. Copia legible del comprobante de pago (factura o boleta de venta) que acredite la procedencia del insumo, emitido por el fabricante y/o distribuidor autorizado por el fabricante del mismo, el cual debe contemplar la cantidad necesaria del insumo que adquirió el fraccionador para la elaboración del producto final (volumen total del alimento requerido por entrega).
 - ii. Registro Sanitario del insumo emitido por la DIGESA.
 - iii. La Validación Técnica Oficial del Plan HACCP del fraccionador expedido por la DIGESA (aplica para el producto final).
 - iv. Constancia REMYPE del fraccionador (aplica para el producto final).

- 117.** En dicho formato se precisa que la “*División política por departamentos (para el caso de Lima Metropolitana y el Callao se consideran como un solo departamento y no puede considerar a los otros departamentos como colindantes y no aplica como departamento colindante para los otros departamentos)*”. Al respecto, es necesario precisar que, de acuerdo al CONTRATO, las instituciones educativas beneficiarias de los alimentos se encontraban en Lima Metropolitana, por lo que los productos industrializados a entregarse debían ser fabricados por una micro o pequeña empresa (MYPE) tal y como lo determinan las Bases, y ello se debía acreditar mediante los siguientes documentos:

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

- 118.** De lo expuesto, se advierte que era una obligación de NIISA presentar la documentación de los productos tal y como se precisan en las Bases y Formatos, y en el caso de alimentos industrializados era necesario que estos sean producidos o fabricados por empresas que cuenten con: i) La Validación Técnica Oficial del Plan HACCP expedido por DIGESA y ii) la Constancia REMYPE del fabricante o productor.
- 119.** Debemos precisar que uno de los argumentos de defensa de NIISA radica en que según dicha parte no se consignó expresamente que la acreditación de origen macrorregional se realizaba con ambos documentos, pues según refiere, *“NO SE CONSIGNA LA CONJUNCIÓN “Y”*. Señalando posteriormente que *“(…) se entendía que si una empresa ofrecía productos fabricados o producidos en Lima NO TENÍA QUE ADIUNTAR la “Constancia REMYPE”, sino la Validación Técnica Oficial del plan HACCP expedido por DIGESA. (…)*
- 120.** Tal y como se ha advertido en el presente análisis, a criterio del Tribunal Arbitral las condiciones y requisitos señalados en el Formato 16 para la acreditación de productos macrorregionales eran claras y se requería la presentación de dos documentos: La Validación Técnica Oficial del Plan HACCP expedido por DIGESA y la Constancia REMYPE del fabricante o productor.
- 121.** Para este Colegiado, no es correcta la “interpretación” de las Bases realizada por NIISA, no solo por la claridad del texto contenido en el Formato 16, sino que, además, es necesario tener en cuenta que dicha parte, no formuló, en forma alguna, algún tipo de observación y o cuestionamiento durante la etapa previa al otorgamiento de la Buena Pro, donde válidamente pudo solicitar la aclaración para lo que ellos consideraban la correcta aplicación de este punto del Formato 16.
- 122.** Es importante señalar que, según lo expuesto por las partes en el presente arbitraje, la presentación del Formato N° 16 no era obligatorio, pero se trataba de un documento que permitiría el otorgamiento de un mayor puntaje a las empresas postulantes, y su presentación quedaba librada a la voluntad de dichos postulantes, por lo que el contenido y condiciones de las bases y de los formatos tuvieron, necesariamente, que ser conocidos por NIISA, desde el momento de efectuar su propuesta.
- 123.** Habiéndose determinado los requisitos que debían cumplir los alimentos entregados por NIISA, es necesario analizar si el incumplimiento de dichos requisitos era penalizable por la Entidad.

Sobre las Penalidades aplicadas:

124. La Clausula Décimo Sexta del CONTRATO determina en el numeral 16.1 lo siguiente:

“Las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, bajo responsabilidad, cuando concurran conjuntamente:

a) Una causal de incumplimiento prevista en las bases y/o en el contrato, y

b) Que el incumplimiento no sea ocasionado por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados, según lo establecido en el documento normativo “Procedimiento para la Evaluación de Inaplicación de Penalidades Solicitadas por las/los Proveedoras/es Contratados por los Comités de Compra” aprobado por el PNAEQW.”

125. Así en el numeral 16.13 se identifican las penalidades a aplicar, así como las causales que las originarían , siendo que en el caso de causales referidas a supervisión se consignó lo siguiente:

19	No acreditar la entrega de alimentos de origen macroregional durante el periodo de atención, de acuerdo con lo declarado en el Formato N° 16 , adjunto en su Propuesta Técnica.	7% del monto total del contrato.
----	--	----------------------------------

126. En este sentido, se advierte que, de acuerdo al CONTRATO suscrito por las partes, al no acreditar la entrega de alimentos de origen macroregional durante el periodo de atención y conforme a las especificaciones del Formato N° 16, corresponde la aplicación de una penalidad ascendente al 7% del monto total del CONTRATO.

Sobre el incumplimiento de prestaciones por parte de Niisa:

127. De los actuados se advierte que con fecha 14 de febrero de 2022 NIISA presentó el expediente de liberación de los productos correspondientes a la primera entrega en forma física, teniendo en cuenta que el sistema no le permitía hacerlo de forma virtual. No obstante, es recién con cartas de fecha 15 y 16 de febrero de 2022, que NIISA informó a su contraparte sobre la imposibilidad de efectuar el registro de los alimentos de leche evaporada y fideos, solicitando en ambas cartas la inaplicación de penalidades sobre el particular.

128. En este sentido, es posible señalar que NIISA debió tener conocimiento de los requisitos requeridos por el PNAEQW antes del 14 de febrero de 2022, para los alimentos que debía entregar. Teniendo en cuenta que dicha parte debió analizar el contenido de las Bases, para efectuar su oferta y acompañar tanto, los formatos requeridos como los voluntarios, que le permitieron hacerse acreedor de la buena pro sumando el puntaje adicional.

129. En este punto es importante resaltar que no se ha evidenciado en forma alguna NIISA haya formulado algún tipo de consulta y/u observación a las bases, por el contrario, presentó su

propuesta acompañando el Formato N° 16 “*Compromiso de Entrega de Alimentos de origen macrorregional de acuerdo con el requerimiento de productos (Anexos N° 04-A y 04-B)*”, **no obligatorio** y con ello se le otorgó una **mayor calificación**. (resaltado nuestro)

130. Ahora bien, de la revisión de los actuados se advierte que NIISA ha sustentado su posición en el hecho que según dicha parte, existe una mala redacción de los requisitos señalados en las bases para alimentos macrorregionales. No obstante, y tal como se precisa en el Informe D000008-2022-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-M NIISA cumplió con la presentación de siete (07) de los nueve (09) productos macrorregionales, tal y como se verifica de la siguiente imagen:

COMPROMISO 2	NO	Para el ítem Villa el Salvador 1 NO CUMPLE con la entrega de nueve (09) productos macrorregionales, en el expediente de liberación presentado liberación declara como productos macrorregionales los siguientes: 1.- Mezcla de huevo 2.- Hojuela de avena con quinua 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 macrorregionales)
--------------	----	---	--

131. Siendo ello así, y de acuerdo con la tesis de la parte demandante, al haber una mala redacción en los requisitos de las Bases no le hubiese sido posible tampoco, presentar como debía los documentos de liberación de ninguno de los productos macrorregionales.

132. De la revisión de los argumentos de las partes, se advierte una clara contradicción respecto a lo manifestado por NIISA, la misma que como ya se ha mencionado, conocía la totalidad de los bienes a entregar, así como también la documentación pertinente que debía presentar con fecha 14 de febrero de 2022, teniendo en cuenta la vasta experiencia de NIISA en este tipo de contrataciones, y la anterior suscripción de adendas respecto a la modificación de productos, tal y como lo manifestó durante la audiencia celebrada el 07 de septiembre de 2023⁶.

133. En este sentido, es posible señalar que NIISA no comunicó al Comité de Compra y Cali Warme sobre su imposibilidad de cumplir con los requerimientos señalados en el Formato N° 16 respecto a los productos de leche evaporada y fideos. Por el contrario, NIISA suscribió los compromisos y formatos necesarios para obtener un puntaje extraordinario, que le permitiría ganar la buena pro.

134. Es recién a través de las cartas de fechas 15 y 16 de febrero de 2022 con las que informa sobre esta imposibilidad, argumentando una mala redacción de las Bases, fundamento principal para solicitar la inaplicación de penalidades. Sin embargo como se ha señalado anteriormente, NIISA nunca consultó si ambos requisitos eran obligatorios o si se podía cumplir con la obligación presentando uno y no los dos.

135. En el presente caso, las partes han aportado argumentos y medios probatorios que han permitido al Tribunal Arbitral llegar a la certeza de que existió un incumplimiento de prestaciones por parte

⁶ Audiencia Única celebrada el 07 de septiembre de 2023 (01:00:30)

de NIISA, la misma que pese a que debía cumplir con la entrega de documentación hasta el 14 de febrero de 2022, no actuó a criterio de este Colegiado, con la debida diligencia, hecho que generó la no presentación de los documentos de liberación, respecto a los productos macrorregionales como la leche evaporada y fideos.

136. En el presente caso, las penalidades a aplicar son claras y se encuentran debidamente tipificadas en los documentos legales que se aplican a este contrato, así ante el incumplimiento comprobado por parte de NIISA, corresponde su aplicación tal y como se determinó en el Informe de Validación de Aplicación de Penalidad -UGCTR de fecha 29 de marzo de 2022, tal y como se aprecia en la siguiente imagen:

N° Contrato	Causal de Incumplimiento	Documento Sustentatorio	Monto Total del Contrato S/	Monto de Entrega S/	Incumplimiento (N° de días / N° de Supervisión / N° Vehículo / Producto / Observación)	N° I.I.EE.	Penalidad Aplicada	Monto Penalidad S/
0001-2022-CC-LIMA 2/PRODUCTOS (Adenda N° 001)	No acreditar la entrega de alimentos de origen macrorregional durante el periodo de atención, de acuerdo con lo declarado en el Formato N° 16, adjunto en su Propuesta Técnica.	INFORME N° D000088-2022-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-KRF E INFORME N° D000090-2022-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-SPO	3.704.407,48	-	-	-	7% del monto total del contrato.	259.308,53
0001-2022-CC-LIMA 2/PRODUCTOS (Adenda N° 001)	No realizar el registro de entrega de alimentos de acuerdo a las condiciones establecidas en el "Protocolo para el Registro de Entrega de Alimentos en las Instituciones Educativas Atendidas por el PNAEQW", respecto al registro válido: oportunidad, fotografías, videos y sincronización final.	INFORME N° D000089-2022-MIDIS/PNAEQW-UTLMC-KRF	3.704.407,48	535.319,00	1	2	0.2% del monto total de la entrega establecida en el contrato, por cada I.I.EE.	2.141,28
Importe Total de Penalidad								261.449,81

137. Es importante señalar que en la presente controversia se ha desarrollado respecto a la penalidad correspondiente al 7% del monto del CONTRATO. No ha sido materia de controversia la penalidad aplicada por la causal *“No realizar el registro de entrega de alimentos de acuerdo con las condiciones establecidas en el “Protocolo para el Registro de Entrega de Alimentos en las Instituciones Educativas Atendidas por el PNAEQW”, respecto al registro válido: oportunidad, fotografías, videos y sincronización final”*.

138. Teniendo en cuenta lo expuesto, este Colegiado acuerda declarar infundada la primera pretensión principal de la demanda arbitral.

ANALISIS DE LA SEGUNDA Y TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA Y DE LA PRIMERA Y TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

“SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: SE SOLICITA SE DECLARE EFICAZ, VALIDO, BIEN RESUELTO EL CONTRATO N° 0001-2022-CCLIMA 2/PRODUCTOS, por parte de NIISA CORPORATION S.A., por causas de fuerza mayor y excesiva onerosidad de la prestación sobrevinientes.”

“TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: SE SOLICITA SE DECLARE INEFICAZ, INVALIDA, ARBITRARIA, NULA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 0001-2022-CC-LIMA 2/PRODUCTOS, SUSCRITO CON EL COMITÉ DE COMPRAS LIMA 2, por parte del Comité de Compras Lima 2, realizada mediante Carta Notarial N° 012-2022-CC LIMA 2, por supuestamente no haber cumplido con la presentación del expediente para la liberación hasta tres días hábiles posteriores a la fecha máxima establecida en el contrato. “

“PRIMERA PRETENSIÓN RECONVENCIONAL: Que el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución del Contrato N° 0001-2022-CC-LIMA 2/PRODUCTOS, al no haber sido impugnada la resolución contractual por el Contratista.”

“TERCERA PRETENSIÓN RECONVENCIONAL: Que el Tribunal Arbitral declare nula, ineficaz y/o inválida la resolución contractual invocada por el contratista, mediante Carta N° 072-2022/NIISA-UTLM de fecha 02.06.22.”

139. En el presente caso, ambas partes han resuelto el CONTRATO suscrito por éstas, en distintas fechas. No obstante, las causales son diferentes y deben ser debidamente analizadas por este Colegiado, determinándose en que caso habría operado la resolución.

Sobre la resolución de contrato efectuada por NIISA

140. A través del escrito de demanda NIISA señala que la resolución de CONTRATO efectuada por ellos se dio en el siguiente contexto:

“(…) es el hecho que existía una grave discrepancia y problemática sobre el tema de qué es lo que se debe de entender por productos macrorregionales, conforme ya lo hemos sustentado en los puntos sobre la Primera Pretensión, sino que aunado a ello, los proveedores que, en un inicio, cuando se inició el proceso de compras por parte de Qali Warma, nos habían asegurado que tenían y podían cumplir con la entrega de productos macrorregionales, ya en plena ejecución de las entregas, nos fueron comunicando que YA NO PODIAN cumplir con la entrega de los productos que ellos fabricaban”

- 141.** En este sentido, NIISA aseguraba que la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en el Formato N° 16 suscrito por ellos al momento de presentar su oferta, y la comunicación de sus proveedores de no poder cumplir con la entrega de productos, fueron las causas por las que NIISA se vio en la necesidad de resolver el CONTRATO por causa de fuerza mayor y excesiva onerosidad de la prestación, sobrevinientes.
- 142.** Ahora bien, de la revisión de los medios probatorios aportados por las partes, se observa que NIISA presenta cartas enviadas por proveedores, en los que le comunican el incremento de precios y la falta de stock de dichos productos. Dichas cartas son de junio del año 2022, es decir, posteriores a la fecha de entrega del expediente de liberación de los productos industrializados.
- 143.** NIISA señala que dichos hechos califican como una casual de fuerza mayor que la habilitaron a resolver el CONTRATO válidamente.
- 144.** Teniendo en cuenta que el CONTRATO suscrito por las partes contiene disposiciones particulares y específicas para la ejecución del servicio, que no son iguales, necesariamente, a las de la Ley de Contrataciones del Estado, será necesario determinar qué casos podrían calificarse como hechos de fuerza mayor conforme a la normatividad que rige al presente CONTRATO.

Sobre la existencia de caso fortuito o fuerza mayor

- 145.** Al respecto, la Clausula Vigésima del CONTRATO señala expresamente lo siguiente:

CLÁUSULA VIGÉSIMA: CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

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

Cuando por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados conforme al artículo 1315 del Código Civil, el/la **PROVEEDOR/A** se encuentre imposibilitado de cumplir con las condiciones establecidas en el contrato, puede solicitar la inaplicación de penalidades mediante la presentación al **COMITÉ** de un escrito, adjuntando los elementos probatorios correspondientes, en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles de ocurrido el incumplimiento, caso contrario no será admitido, conforme lo establecido en el documento normativo **“Procedimiento para la Evaluación de Inaplicación de Penalidades Solicitadas por las/los Proveedoras/les Contratados por los Comités de Compra”**.

- 146.** De la revisión de la cláusula descrita, se aprecia que existe un procedimiento para que las partes acuerden calificar un evento como caso fortuito o fuerza mayor, para lo cual, acordaron que el trámite debía iniciarse en un plazo no mayor a tres (03) días hábiles de ocurrido el incumplimiento.
- 147.** Adicionalmente el CONTRATO, en la misma cláusula señala que, a fin de hacer uso del caso fortuito o la fuerza mayor estos deben ser comprobados conforme el artículo 1315° del Código Civil que a la letra establece:

Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor

Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

La doctrina sobre el caso fortuito o la fuerza mayor señala que: “*Nuestro legislador ha establecido que el caso fortuito o fuerza mayor significa que no hay culpa. En ese orden de ideas, se puede sostener que, más allá de si el proceder del deudor fue diligente o negligente, si se llegase a demostrar que el incumplimiento se debe a un caso fortuito o de fuerza mayor, entonces no hubo culpa alguna por parte del deudor.*”⁷

*“En el ámbito probatorio, demostrar el proceder diligente resulta útil, si el amparo para sustentar la no responsabilidad por la inejecución va a ser el artículo 1314 del Código Civil. Por el contrario, si lo que se busca es demostrar que la inejecución obedece a un caso fortuito o de fuerza mayor, no resulta relevante demostrar si se actuó de manera diligente o no, sino más bien probar que el suceso no hubiera podido ser contrarrestado con la diligencia adecuada.”*⁸

- 148.** El numeral 8) del Anexo N° 1 Definición de Términos del Manual del Proceso de Compras, determina expresamente lo que configuraría como caso fortuito o fuerza mayor, usando para esos efectos la misma definición que la del Código Civil en su artículo 1315.

8.9. Caso fortuito o fuerza mayor: Causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

(...)

8.38. Situación de Emergencia: Es aquel estado de daños sobre la vida, el patrimonio y el medio ambiente ocasionados por la ocurrencia de un fenómeno natural o inducido por la acción humana, previamente declarado por el Gobierno Nacional o el ente rector correspondiente, que altera el normal desenvolvimiento de las actividades de la zona afectada, y se configura entre otros, por los siguientes supuestos: i) Acontecimientos catastróficos, de carácter extraordinario, ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano que generan daños afectando a determinada población; ii) Situaciones que afectan la defensa o seguridad nacional dirigidas a enfrentar agresiones de orden interno o externo que menoscaban la consecución de los fines del Estado; iii) Situaciones que supongan grave peligro, en las que exista la posibilidad debidamente comprobada que cualquiera de los acontecimientos o situaciones anteriores ocurra de manera inminente; y, iv) Emergencias sanitarias; declaradas por el ente rector del sistema nacional de salud conforme a la ley de la materia.

- 149.** A través de la Carta N° 072-2022/NIISA-UTLM de fecha 02 de junio de 2022, NIISA comunicó la resolución de contrato por causa de fuerza mayor y excesiva onerosidad de la prestación sobreviniente, precisando dos acontecimientos principales:

⁷ **CASTILLO FREYRE**, Mario, y **RIVAS CASO**, Gino; Artículo “La diligencia y la inejecución de las obligaciones - Diligence and non-performance of obligations”; IUS ET VERITAS N.º 48, julio 2014; p.p, 136.

⁸ **ÍDEM**; pp 140.

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.

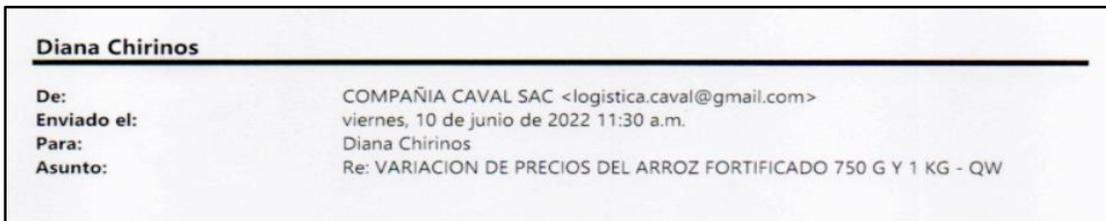
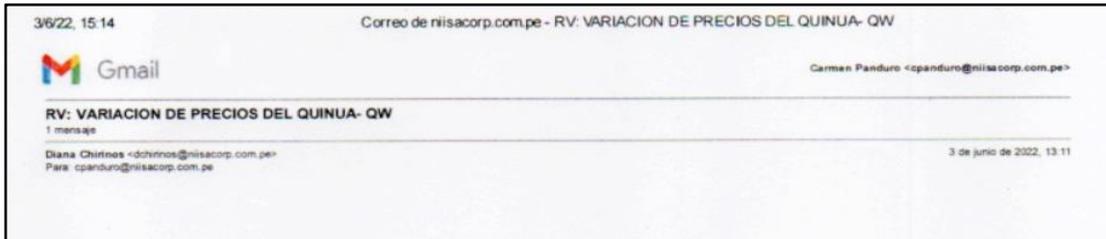
Imposibilidad de suplir a la empresa que ya no puede cumplir con la entrega de productos macroregionales y la EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACION

- 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.

150. De la revisión de los actuados se verifica que la información dada por las empresas proveedoras de NIISA sobre la falta de stock y subida de precios de algunos productos se efectuó a partir de junio de 2022, tal y como se puede verificar en las siguientes imágenes:

De: COMPAÑIA CAVAL SAC [mailto:logistica.caval@gmail.com]
Enviado el: jueves, 02 de junio de 2022 02:28 p.m.
Para: Diana Chirinos
Asunto: Re: VARIACION DE PRECIOS DEL ARROZ FORTIFICADO 750 G Y 1 KG - QW

151. Es necesario precisar que, en el presente caso, NIISA no cumplió con determinar claramente el alcance de la excesiva onerosidad de la prestación que aduce como causal para resolver el contrato,



teniendo en cuenta que el sustento de dicho argumento se sostiene en comunicaciones recibidas desde el 02 de junio de 2022, fecha en la que comunicó la resolución del CONTRATO por fuerza mayor. Es así que estas comunicaciones habrían sido posteriores a la resolución del CONTRATO realizada por NIISA, no pudiendo usarse como causal para resolverlo.

152. En este sentido, es válido hacer la siguiente pregunta: ¿Cómo es posible para NIISA resolver el CONTRATO con fecha 02 de junio de 2022, en base a información que le fue remitida por sus proveedores con posterioridad, esto es el 02, 03 y 10 de junio de 2022?
153. Sin perjuicio de lo expuesto, es importante precisar que en los anexos presentados por la parte



demandante obran documentos y comunicaciones emitidas por sus proveedores desde mayo de

2022. En este sentido, se puede advertir que NIISA era consciente de la existencia de posibles impedimentos para cumplir con su prestación. Ello nunca fue comunicado al Comité de Compras y Qali Warma quien pudo tomar conocimiento del hecho con la debida anticipación.

- 154.** Teniendo en cuenta la definición de caso fortuito y fuerza mayor, es requisito, para determinar su existencia que se verifique que existe un hecho imprevisible, extraordinario e irresistible que impida que NIISA cumpla con ejecutar la prestación.
- 155.** En el presente caso, los hechos que sustentan la resolución de CONTRATO por dichas causales, a criterio de este Colegiado no corresponden a hechos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, teniendo en cuenta que, según los argumentos expuestos y los medios probatorios aportados por el propio NIISA, éste era consciente de la posibilidad de que algunos productos no se pudieran entregar, tal es así que ellos sostienen que solicitaron con fecha 25 de abril de 2022 una reunión a su contraparte, pero del análisis de la comunicación en la que solicitan la reunión no se señala el motivo por el que se solicita dicha reunión.
- 156.** Durante el desarrollo del presente arbitraje, NIISA ha asegurado que esta reunión se debió a los inconvenientes que se suscitaron posteriormente con la resolución de CONTRATO. En este sentido, dicha parte reitera que no se trataba de hechos extraordinarios, ni de hechos imprevisibles, por cuanto conocía sobre los inconvenientes que podrían generar que no cumpla con la entrega de los productos contratados. Es mas, no se puede sostener entonces que NIISA trató de reunirse para discutir la posibilidad que algunos productos no se pudieran entregar en su oportunidad, pues ya NIISA había resuelto el CONTRATO.
- 157.** Por otro lado, este Colegiado ha advertido que, en el presente caso, existían los mecanismos necesarios para que las partes acuerden modificaciones contractuales. En el punto 3.3.12 de las Bases se señala precisamente lo siguiente:

	<p>3.3.12 Las partes de mutuo acuerdo, pueden realizar modificaciones al contrato que permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, solo por hechos sobrevinientes a su suscripción, que califiquen como caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditado, previa evaluación y opinión favorable del PNAEQW.</p> <p>Para el caso de otras modificaciones contractuales se realiza de acuerdo a lo establecido en el documento normativo aprobado por el PNAEQW.</p>
---	--

- 158.** Al respecto, no obra en el expediente arbitral elemento de prueba que evidencie no solo la oportuna comunicación de los “impedimentos” para adquirir algunos alimentos, sino que tampoco se aprecia que NIISA haya solicitado la modificación del CONTRATO para así cumplir con sus obligaciones, y poder acreditar de alguna manera el agotamiento de las acciones que permitan determinar la irresistibilidad de este hecho para que pueda calificar como caso fortuito o fuerza mayor.

159. Teniendo en cuenta lo expuesto, a criterio del Colegiado, en el presente caso no se evidencia un actuar diligente de NIISA, ni tampoco la configuración de hechos extraordinarios que permitan determinar la existencia de las casuales de caso fortuito o fuerza mayor.

Sobre la validez de la resolución de contrato efectuada por el Comité de Compra y Quali Warma.

160. De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 17.2 del CONTRATO las casuales de resolución contractual son las siguientes:

17.2 Causales de Resolución Contractual	
17.2.1	Son causales de resolución del contrato atribuibles al/a la PROVEEDOR/A los supuestos siguientes:
a)	Cuando el/la PROVEEDOR/A acumule el 10% del monto total del contrato como resultado de la aplicación de penalidades.
b)	Cuando los alimentos que hayan sido distribuidos por el/la PROVEEDOR/A , generen afectación a la salud de las/los usuarias/os del servicio alimentario del PNAEQW .
c)	Cuando se detecte la presencia de algún animal, tales como: roedor, perro, gato, ave, cucaracha, mosca, u otros, y/o se evidencia excremento, orina, pelos u otros vectores, en las instalaciones del establecimiento (almacenes) en dos (02) oportunidades.
d)	Cuando el/la PROVEEDOR/A entregue en las Instituciones Educativas Públicas alimentos no liberados por el PNAEQW para la entrega correspondiente.
e)	Cuando el/la PROVEEDOR/A presente documentación falsa y/o documentos adulterados, así como la adulteración de la información registrada en la aplicación informática del PNAEQW , para cualquier trámite y/o durante la etapa de postulación y/o firma y/o ejecución del contrato.
f)	Cuando el consorcio se separe o se produzca el retiro de una/uno o más consorciadas/os; por lo que no corresponde aceptar solicitudes de renuncia o cambio de uno o más consorciados, en cualquier etapa de la ejecución contractual.
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.
h)	Cuando el/la PROVEEDOR/A no subsane las observaciones a su expediente para la liberación hasta tres(3) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo máximo de liberación.
i)	Cuando el/la PROVEEDOR/A no realice la entrega de alimentos en una o más Instituciones Educativas Públicas para tres (03) días de atención continuos o por un periodo de diez (10) días de atención acumulados durante la ejecución contractual.
j)	Cuando el/la PROVEEDOR/A , reciba servicios de ex funcionarias/os, ex trabajadoras/es o personas que estuvieran vinculadas bajo cualquier modalidad de contratación con el MIDIS y sus Programas Sociales, incluyendo el PNAEQW , hasta doce (12) meses de haber cesado su vínculo con cualquiera de las mencionadas entidades.
k)	Cuando el/la PROVEEDOR/A incurra en el incumplimiento de la cláusula anticorrupción establecida en el contrato
l)	Cuando el PNAEQW , durante sus actividades de supervisión, verifique que el establecimiento (almacén) del/de la PROVEEDOR/A no mantiene el calificativo de satisfactorio en las condiciones higiénico sanitarias en dos (2) oportunidades, durante la ejecución contractual.
m)	Cuando el/la PROVEEDOR/A no acate la suspensión de actividades de supervisión y liberación, conforme lo señalado en el numeral 3.9 de las Bases.
n)	Cuando los productos entregados a las Instituciones Educativas Públicas no cumplan con los requisitos microbiológicos establecidos en las especificaciones técnicas de alimentos para la modalidad productos, determinado por la Autoridad Sanitaria competente.
o)	Cuando los productos entregados a las Instituciones Educativas Públicas no cumplan con los requisitos microbiológicos establecidos en las especificaciones técnicas de alimentos para la modalidad productos, determinado por el Organismo de Inspección (contratado por el PNAEQW). Sin embargo, si la Autoridad Sanitaria competente en el marco de sus funciones realice vigilancia sanitaria y se pronuncie sobre la aptitud del producto, el resultado emitido por dicha autoridad para el análisis microbiológico, es prevalente.
p)	Cuando el PNAEQW compruebe mediante análisis emitido por un laboratorio que se encuentre dentro del Alcance de Reconocimiento Mutuo (MRA) del ILAC (Cooperación Internacional de Acreditación de Laboratorios), contratado por el PNAEQW , que la materia prima o insumo no corresponda a lo declarado en el rotulado del producto.
q)	Cuando el/la PROVEEDOR/A , para su establecimiento (almacén) alquilado que cuenta con la Certificación de Principios Generales de Higiene (PGH) a nombre del arrendador/a o propietaria/o del establecimiento, no cumpla con la presentación del PGH a nombre del/de la PROVEEDOR/A , como plazo máximo hasta el día de la presentación del expediente para la liberación de Productos de la primera entrega establecida en el contrato.

161. De igual forma en el CONTRATO se establece lo siguiente:

17.2.3	Es causal de resolución del contrato no atribuible a las partes, cuando por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato, se imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución contractual.
--------	--

- 162.** Ahora bien, a través de la Carta N° 072-2022/NIISA-UTLM de fecha 02 de junio de 2023, NIISA le comunicó a su contraparte la resolución de CONTRATO señalando las causales de fuerza mayor y excesiva onerosidad, tal y como se aprecia en la siguiente imagen:

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.

- 163.** Tal y como se ha precisado en líneas anteriores, en el presente caso no se han generado ni probado hechos que puedan ser calificados como caso fortuito o fuerza mayor, por lo que la causal invocada por el demandante carecería de sustento factico y legal.
- 164.** Nuestro Código Civil señala que la Resolución deja sin efecto un CONTRATO válido por causal sobreviniente a su celebración⁹. Por su parte, De la Puente y Lavalle señalan que son tres (03) los elementos necesarios para que proceda la resolución del CONTRATO , y estos son: (i) Que se trate de un contrato válido; (ii) que la causal que motiva la resolución del contrato sea sobreviniente a la celebración del contrato; y (iii) que deje sin efecto la relación jurídica patrimonial, convirtiéndola en ineficaz, de manera que no exista entre las partes el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente ejecutar las respectivas prestaciones.¹⁰
- 165.** En el presente caso, no se ha verificado la existencia de hechos que puedan determinar que ha operado el caso fortuito o la fuerza mayor. Por el contrario, se ha advertido falta de diligencia de NIISA, lo que invalida la resolución de contrato efectuada por dicha parte.
- 166.** Efectivamente, y conforme a lo expuesto en el presente laudo, la causal invocada por NIISA carece de asidero real y legal, pues los hechos alegados por NIISA no han podido ser probados, de tal manera no puede surtir los efectos solicitados por dicha parte. En este sentido, este Colegiado acuerda declarar infundada la segunda pretensión principal de la demanda y fundada la tercera pretensión principal de la reconvenición, declarando la invalidez de la resolución contractual formulada por NIISA con fecha 02 de junio de 2022.

⁹ Código Civil. Art. 1371

¹⁰ **PUENTE Y LAVALLE, Manuel**, *Comentario al Código Civil*, tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú: Centro de Investigaciones y Servicios Educativos, Lima, 1999, p. 191.

Sobre la resolución de contrato efectuada por el Comité de Compra y Qali Warma

167. La resolución contractual por causa imputable a NIISA fue comunicada mediante Carta Notarial N.º 012-2022 CC LIMA2 con fecha 16 de junio de 2022 por la Entidad.
168. De la revisión de la carta notarial, se aprecia que la causal invocada es la siguiente:

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 2, **NOTIFICA** a su representada, la **RESOLUCIÓN del CONTRATO N° 0001-2022-CC-LIMA 2/PRODUCTOS Ítem: VILLA EL SALVADOR 1**, 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° 0001-2022-CC-LIMA 2/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".**

169. Tal y como se ha precisado en puntos anteriores, el Tribunal Arbitral ha advertido que el incumplimiento referido a la presentación del expediente de liberación se mantuvo hasta junio de 2022, es decir más de tres meses después a la fecha de presentación determinada en el CONTRATO (14 de febrero de 2023).
170. En este sentido, se puede señalar que la causal invocada por el Comité de Compra y Qali Warma es cierta y existe evidencia tangible que la sustenta.
171. A través de la Tercera Pretensión Principal de la Demanda, se solicita se declare la ineficacia, invalidez, arbitrariedad y nulidad de la resolución de contrato efectuada por la parte demandada, a través de la Carta Notarial N° 012-2022-CC LIMA 2.
172. Sobre el particular, este Colegiado reitera que, en el presente caso, se ha evidenciado la existencia de un incumplimiento referido a la presentación del expediente de liberación por parte de NIISA, la misma que indebidamente ha tratado de resolver el CONTRATO, invocando en forma incorrecta, para este Colegiado, las casuales de fuerza mayor y caso fortuito.
173. Como ya se ha manifestado en líneas anteriores, el incumplimiento se mantuvo hasta junio de 2022, es decir más de tres meses después a la fecha de presentación acordada por las partes, que fue pactada para el 14 de febrero de 2022.
174. Conforme se aprecia de las causales de resolución de contrato determinadas no solo en el CONTRATO sino también en las Bases, se advierte como una causal de resolución de contrato la siguiente:

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.

- 175.** De acuerdo con lo expuesto por el Comité de Compra y Qali Warma, se advierte que dicha parte habría invocado la referida causal, a efectos de sustentar la resolución de contrato, por lo que, a criterio de este Colegiado, se trataría de una motivación cierta y tangible, que ha sido verificada durante el desarrollo del presente arbitraje.
- 176.** Por otro lado, y respecto al procedimiento, NIISA señala que la resolución de contrato formulada por su contraparte es ineficaz, pues señala lo siguiente:
- “(…)*
La DEMANDADA nos envió carta resolviendo el contrato, luego de que habíamos comunicado la resolución invocando la excesiva onerosidad de la prestación y habíamos RESUELTO EL CONTRATO.
- La DEMANDADA nos “resuelve el contrato” invocando incumplimiento en la entrega y nos impone penalidades, que resultan INEFICACES, NULAS O INVÁLIDAS por inoportunas, en la medida que, como contratista, ya habíamos resuelto el contrato por la causal amparada en el ordenamiento civil peruano que regula esta contratación. {…”}*
- 177.** Sobre el particular, es importante precisar que, en el presente laudo, el Tribunal arbitral ha emitido su decisión respecto a la invalidez de la resolución de contrato formulada por NIISA, por lo que la observación formulada por dicha parte, a través de su demanda, carece de sentido y pertinencia.
- 178.** Conforme a lo expuesto, el Tribunal Arbitral determina declarar infundada la tercera pretensión principal de la demanda.

Sobre el consentimiento de la resolución de contrato efectuada por el Comité de Compra y Qali Warma (ESTE EXTREMO SE LAUDO EN MAYORIA POR LOS DRES. MARÍA CECILIA BLUME CILLÓNIZ Y JUAN HUMBERTO PEÑA ACEVEDO) SE ADJUNTA VOTO DEL DR. JORGE LUIS CASTRO CÁRDENAS)

- 179.** Ahora bien, teniendo en cuenta que la primera pretensión reconventional del Comité de Compra y Qali Warma se encuentra referida a que se declare consentida la resolución del contrato efectuada por éstos, es necesario analizar los acuerdos tomados por las partes en el CONTRATO.
- 180.** La Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO establece que:
- “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”*
- 181.** De la revisión de los medios probatorios que obran en el expediente se advierte que con fecha 16 de junio de 2022, el Comité de Compras y Qali Warma comunicaron a NIISA la resolución de

contrato. En este sentido, NIISA contaba con el plazo de quince (15) días hábiles señalados en el CONTRATO, para iniciar el arbitraje respectivo, los cuales vencían, indefectiblemente, el 11 de julio de 2022.

- 182.** El presente arbitraje se inició el 22 de abril de 2022, con la presentación de la Solicitud de Arbitraje que contenía como posibles pretensiones las siguientes:

SE SOLICITA SE DECLARE INEFICAZ, ARBITRARIA, NULA, INVALIDA, LA APLICACIÓN DE PENALIDADES por supuestamente "no acreditar la entrega de alimentos de origen macroregional durante el periodo de atención, de acuerdo con lo declarado en el formato N° 16, que se adjuntó en la propuesta técnica" y solicitamos la RECONSIDERACION DE LA EXIGENCIA, para hacer viable el bien superior del objeto contractual que es la alimentación escolar adecuada y por lo tanto SE ORDENE LA devolución o el reembolso de la suma descontada hasta la fecha por concepto de penalidades ascendente a S/ 601,151.76.

Nos reservamos el derecho de ampliar las pretensiones si se llegara a resolver el contrato.

- 183.** Es el caso que recién con escrito de fecha 13 de julio de 2022, NIISA precisó sus pretensiones, incluyendo la pretensión correspondiente a la resolución de contrato efectuada por el Comité de Compra y Qali Warma. Es decir, dos días después del 11 de julio de 2022 fecha en la que quedó consentida la resolución de contrato por parte del Comité de Compra, por lo que habría iniciado la controversia luego del vencimiento del plazo previsto para ello, contenido en el CONTRATO.
- 184.** El artículo 2004° del Código Civil, determina lo siguiente respecto a la caducidad: *"Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario."*
- 185.** En efecto, la caducidad se rige por normas imperativas, forma parte del derecho público por existir en su concepción un ingrediente de interés público, por lo que se encuentra de por medio el orden público; sus eventualidades y causales están expresa y taxativamente establecidas en la ley, con preceptos rígidos que no admiten disponibilidad¹¹.
- 186.** En este sentido, los plazos de caducidad son fijados por la ley sin admitir pacto contrario, siendo esta una norma de orden público. No obstante, en el presente caso la Clausula Décimo Sexta del CONTRATO establece un plazo de quince (15) días para que la resolución del contrato y/o la aplicación de penalidades, a falta de sometimiento a un arbitraje, queden consentidas, extinguiendo con ello, el derecho del PROVEEDOR a presentar o iniciar alguna controversia al respecto, luego de dicho plazo. La Cláusula Decimo Sexta del Contrato lo que establece es un procedimiento que contiene un plazo, pactado entre las partes, para solucionar ciertas controversias mediante un arbitraje y que es válido en el presente contrato, pues las partes lo han acordado así.
- 187.** Tomando en consideración lo expuesto anteriormente el plazo de 15 días a que se refiere la Cláusula Decimo Sexta del Contrato, aún cuando pueda no considerarse un plazo de caducidad en los términos previstos en el artículo 2004° del Código Civil, (norma de orden público que no admite pacto en contrario), debe ser respetado.

¹¹ **ARIANO DEHO, Eugenia.** "Reflexiones sobre la prescripción y la caducidad a los treinta años de vigencia del Código Civil". En *Themis*, núm. 66, 2014, p.p. 33

- 188.** Conforme a lo expuesto, este Colegiado acuerda declarar fundada la primera pretensión reconvenzional formulada por la Comité de Compras y Qali Warma.

ANALISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA DEMANDA ARBITRAL

SE SOLICITA SE ORDENE LA DEVOLUCIÓN DE LA CARTA FIANZA ENTREGADA AL COMITÉ DE COMPRAS LIMA 2

- 189.** De acuerdo con el artículo 87° del Código Procesal Civil, la acumulación de pretensiones puede ser subordinada, alternativa o accesoria.
- 190.** Sobre las pretensiones accesorias, la Dra. Ariano Deho señala lo siguiente; *“(…) Ciertamente, en términos de congruencia de la decisión, es de más fácil solución la hipótesis contraria: desestimada la pretensión principal, las accesorias no es que sigan su “suerte”, sino que no requieren siquiera ser analizadas, pues la estimación de la principal, que era el evento condicionante de su análisis y resolución, no se ha verificado (...) De allí que este tipo de acumulación haya sido denominada “eventual impropia”; por contraposición a la “eventual propia” (la subordinada), pues a diferencia de esta última, el pronunciamiento sobre las “accesorias” está sometida al “evento” de que se estime la principal.”¹²*
- 191.** En el presente laudo, el Tribunal Arbitral ha determinado declarar infundada las pretensiones formuladas por NIISA, por lo que corresponde declarar infundada la pretensión accesoria formulada por la parte demandante.

COSTOS Y COSTAS

- 192.** De conformidad con lo establecido en el artículo 73° de la Ley de Arbitraje y en el artículo 56° del Reglamento de Arbitraje del Centro, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse acerca de los gastos del presente arbitraje, a fin de determinar si alguna de las partes debe asumirlos en su totalidad, o si, por el contrario, a cada una de ellas le corresponde correr con sus propios gastos y los que sean comunes en partes iguales.
- 193.** Por ello, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre si procede o no la condena para el pago de los costos del arbitraje y establezca cuál de las partes debe pagarlos y en qué proporción deben repartirse entre ellas.
- 194.** Se destaca del contenido del Convenio Arbitral consignado en el Contrato, que las partes no han realizado pacto expreso respecto de la asunción de los costos y costas del arbitraje.

¹² **ARIANO DEHO, Eugenia**, Artículo *“La acumulación de pretensiones y los dolores de cabeza de los justiciables”* Revista Lus Et Veritas, N° 47, diciembre 2013, pp47.

195. En el presente procedimiento arbitral, el Tribunal Arbitral ha evaluado las discrepancias con respecto a los conceptos planteados en la demanda, observando que las partes han actuado basadas en razones existentes y atendibles para litigar, convencidas en sus posiciones; razón por la cual, se considera que cada una deberá asumir los gastos administrativos y los honorarios arbitrales; así como los costos que hubieran incurrido en la defensa de sus respectivas posiciones, conforme a la liquidación separada efectuada.

XIII. PARTE RESOLUTIVA

El Tribunal Arbitral, deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 37° de la Ley de Arbitraje, y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuales y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas, sobre la base de los considerandos glosados en este Laudo, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071 y su reglamento, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral lauda en derecho, declarando:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda arbitral.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda arbitral.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda arbitral.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la reconvencción (**ESTE EXTREMO SE LAUDO EN MAYORIA POR LOS DRES. MARÍA CECILIA BLUME CILLÓNIZ Y JUAN HUMBERTO PEÑA ACEVEDO) SE ADIUNTA VOTO DEL DR. JORGE LUIS CASTRO CÁRDENAS).**

QUINTO: DECLARAR FUNDADA la tercera pretensión principal de la reconvencción.

SEXTO: DISPONER que los costos incurridos por las partes en este proceso arbitral deben ser asumidos por éstas en partes iguales, conforme a la liquidación separada efectuada por el Centro. Asimismo, se dispone que cada parte asuma directamente los gastos, costas y costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje.

Handwritten signature of María Cecilia Blume Cilloniz, consisting of the letters 'M', 'C', 'B', and 'C' followed by a flourish, all underlined.

MARÍA CECILIA BLUME CILLONIZ

Presidente del Tribunal Arbitral

Handwritten signature of Juan Humberto Peña Acevedo, consisting of the letters 'J' and 'M'.

JUAN HUMBERTO PEÑA ACEVEDO

Árbitro

Handwritten signature of Jorge Luis Castro Cárdenas, a complex and stylized signature.

JORGE LUIS CASTRO CÁRDENAS

Árbitro

Voto singular de Jorge Luis Castro Cárdenas

En atención a lo antes señalado, pongo de manifiesto mi posición discordante con el pronunciamiento del Tribunal, respecto de la Sexta Cuestión Controvertida, referida a la Primera Pretensión Principal de la Reconvención.

“Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar consentida la resolución del Contrato N° 0001-2022-CC-LIMA 2/PRODUCTOS.

1. Con relación a este punto controvertido, se 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:

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.

2. 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.
3. 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.
4. 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).
5. 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.

6. Al respecto, la posición del suscrito 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.**
7. 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.
8. 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".

9. 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.
10. 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.
11. En base a las consideraciones expuestas, debe declararse infundada la primera pretensión principal de la reconvención y, en consecuencia, no corresponde declarar consentida la resolución contractual efectuada por la parte demandada.

DECISIÓN:

Por los fundamentos expuestos, MI VOTO es el siguiente:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal de la reconvención.

SEGUNDO: Poner de manifiesto mi conformidad con los demás puntos resolutivos del laudo arbitral.

Lima, 20 de noviembre de 2023

JORGE LUIS CASTRO CÁRDENAS
Árbitro

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke, positioned above the printed name.