

**CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE**

Caso Arbitral N° 401-2023-CCL

CONSORCIO AZUL
(conformado por Inversiones Cibeles del Norte S.A.C., Muñorza S.A.C.,
Procesadora de Alimentos L & R Perú E.I.R.L.)

Demandante

vs.

Comité de Compra Piura 2
Programa Nacional de Alimentación Escolar Qaliwarma

Demandado

LAUDO

Karina Urquizo Vinatea
Árbitro Único

Susana Ramos Casachagua
Secretaría Arbitral

Lima, 10 de junio de 2024

GLOSARIO DE TÉRMINOS

Contrato:	Contrato No. 0005-2023-CC-PIURA 2 /PRODUCTOS
Demandante / CONSORCIO:	Consortio Azul
COMITÉ:	Comité de Compra Piura 2
QALI WARMA:	Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma
El Centro:	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Lima.
Ley de Arbitraje:	Decreto Legislativo 1071, que regula el arbitraje.
IE 20480:	Institución Educativa No. 20480 CM 1557214-SAN MARTIN DE LETIRA.

Resolución No. 4

En la ciudad de Lima, el 10 de junio de 2024, Karina Urquizo Vinatea (en adelante, la 'Árbitro Único'), luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley de Arbitraje y las normas establecidas por las partes, y habiendo escuchado los argumentos sometidos y deliberados en torno a las pretensiones planteadas por las partes, dicta el presente Laudo de Derecho:

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES Y ABOGADOS

1. El presente arbitraje ha sido iniciado por el CONSORCIO AZUL, conformado por Inversiones Cibeles del Norte S.A.C., Muñorza S.A.C., Procesadora de Alimentos L & R Perú E.I.R.L. (en adelante, indistintamente, el 'Demandante' o el 'CONSORCIO') contra el Comité de Compra Piura 2 (en adelante, el 'COMITÉ') y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qaliwarma (en adelante, 'QALI WARMA').
2. El Demandante ha actuado representado por Omar Eduardo Peralta Cardoza.
3. El COMITÉ se encuentra representado por Luz Victoria Castro Vincés y ha actuado representado por su abogado Luis Paredes Vásquez.
4. QALI WARMA ha actuado representada por los Procuradores Públicos del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, Carlos Aurelio Figueroa Iberico y Renan Salas Soliz y patrocinado por los abogados Haydée Silvia Monzón Gonzales, Martín Correa Pacheco y Andrea Elizabeth Pozo Horna.

II. DESIGNACIÓN DE LA ÁRBITRO ÚNICO Y SECRETARÍA ARBITRAL

5. La Árbitro Único, Karina Urquizo Vinatea, fue designada por el Consejo Superior de Arbitraje del Centro.
6. La Secretaría Arbitral está a cargo de la abogada Susana Elva Ramos Casachagua.

III. CONVENIO ARBITRAL

7. Con fecha 20 de enero de 2023, las partes celebraron el Contrato No. 0005-2023-CC-PIURA 2/PRODUCTOS (en adelante, el 'Contrato'), cuyo objeto fue la entrega de alimentos para la prestación del servicio alimentario en la modalidad productos por parte del CONSORCIO, a favor de los usuarios de QALI WARMA de los niveles Inicial, Primaria y Secundaria del Ítem LA UNIÓN, según las especificaciones técnicas, características y cantidades establecidas en los Anexos del mencionado contrato.

8. En la Vigésimo Segunda Cláusula del Contrato, las partes pactaron un convenio arbitral para la solución de sus controversias:

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.

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.

IV. TIPO DE ARBITRAJE, SEDE Y LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA.

9. Mediante la Orden Procesal No. 2 de fecha 31 de octubre de 2023, el presente proceso es un arbitraje nacional y de Derecho, administrado como arbitraje institucional por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, el Centro de Arbitraje).
10. La Sede del Arbitraje en la ciudad de Lima, específicamente en el local del Centro de Arbitraje, sito en Av. Giuseppe Garibaldi No. 396, Distrito de Jesús María, Provincia y Departamento de Lima.
11. De acuerdo a la Vigésimo Primera Cláusula del Contrato, el Contrato se rige por el Manual del Proceso de Compras y las Bases Integradas del Proceso de Compras, aprobado por QALI WARMA. Asimismo, de existir un defecto o vacío en dichas reglas, las partes acordaron que se podían aplicar, de manera supletoria, las disposiciones emitidas por QALI WARMA y las contenidas en el Código Civil:

CLÁUSULA VIGÉSIMO PRIMERA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

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

V. DESARROLLO DEL PROCESO

12. Mediante escrito del 30 de noviembre, el CONSORCIO presentó su demanda arbitral. Luego, el 3 de enero de 2024 QALI WARMA presentó su contestación de demanda.
13. El 26 de febrero de 2024 se llevó a cabo la Audiencia Única en la que únicamente participó QALI WARMA. En dicha audiencia, la Árbitro Único efectuó las preguntas que consideró convenientes.
14. El 18 de marzo de 2024 el CONSORCIO y QALI WARMA presentaron sus escritos de alegatos.

VI. PLAZO PARA LAUDAR

15. Mediante Orden Procesal No. 3 del 1 de abril de 2024, la Árbitro Único dispuso el cierre de la etapa de las actuaciones del proceso y fijó el plazo para laudar en 50 días hábiles.

VII. CUESTIONES PRELIMINARES AL ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

16. En forma previa al análisis de la materia controvertida y valoración de los medios probatorios admitidos por la Árbitro Único, corresponde señalar que:
 - (i) **Del marco legal.** De acuerdo con el Convenio Arbitral las partes establecieron que el arbitraje será de derecho y que se resolvería de acuerdo a las reglas pactadas por el Reglamento de Arbitraje del Centro y por las reglas establecidas en la Orden Procesal No. 2.
 - (ii) **De la competencia de la Árbitro Único.** La designación de la Árbitro Único se efectuó de acuerdo a las reglas establecidas en el convenio arbitral. Ninguna de las partes recusó a la Árbitro Único, ni impugnaron o reclamaron las disposiciones de procedimiento dispuestas.
 - (iii) **Del ejercicio legítimo de defensa de las partes.** El CONSORCIO presentó su demanda y el COMITÉ, así como QALI WARMA fueron debidamente emplazados con dicha demanda, habiendo tenido oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa. Únicamente QALI WARMA contestó la demanda, la que fue puesta a conocimiento del Demandante, quién tuvo plena oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, sin limitación alguna, así como para expresar sus posiciones de hecho y de derecho, habiendo

tenido amplia oportunidad de presentar sus alegatos escritos, con la participación de sus abogados, respetando en todo momento, la Arbitro Único, el irrestricto ejercicio del derecho de defensa de las partes.

- (iv) **Del laudo.** El laudo será notificado a las partes por la Secretaría Arbitral del Centro, en aplicación del Reglamento de Arbitraje. La Arbitro Único procede a laudar dentro del plazo establecido.

Asimismo, la Arbitro Único considera necesario resaltar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza respecto a las pretensiones planteadas, de acuerdo a lo consagrado por los principios generales en materia probatoria.

De igual forma, la Arbitro Único deja constancia que en el presente arbitraje ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

VIII. PRETENSIONES Y FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA Y FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

A. La Demanda y sus fundamentos.

17. El Demandante interpuso demanda, planteando las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal

Se deje sin efecto o se declare la nulidad y/o invalidez de la penalidad aplicada por el comité de Compra Piura 2, por el monto de s/ 45,594.70. (cuarenta y cinco mil quinientos noventa y cuatro con 70/100 soles) y como consecuencia se ordene al Comité de Compra Piura 2 a restituir a favor del consorcio azul, dicho monto.

Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal

Que el árbitro único ordene a la Entidad a pagar en favor del Consorcio Azul

los intereses legales por la aplicación indebida de penalidades, intereses que deberán calcularse desde la fecha en la cual la entidad debió pagar dicho monto al consorcio azul, hasta la fecha en la que, efectivamente, se realice el pago.

Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal

Que el árbitro único ordene al Comité de Piura 2 y/o al Programa Nacional de Alimentación Escolar -Qaliwarma, otorgar al Consorcio Azul la constancia de prestación de servicio correspondiente al contrato N°0005-2023-CCPIURA2/PRODUCTOS por el monto total de lo contratado sin que se consigne ningún tipo de penalidad.

Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal

Que el Tribunal Arbitral, ordene a la parte Demandada a pagar a favor del Consorcio Alto Piura, la suma de S/ 45,594.70. (cuarenta y cinco mil quinientos noventa y cuatro con 70/100 soles) por concepto de enriquecimiento sin causa.

Segunda Pretensión Principal

Que el Tribunal Arbitral condene a la parte Demandada a asumir el íntegro de los costos y costas del presente arbitraje.

18. Como antecedentes, el Demandante sostiene lo siguiente:
- (i) El 20 de enero del 2023, el Comité y el CONSORCIO suscribieron el Contrato para la prestación del servicio alimentario en la modalidad Productos a favor de los usuarios del programa QALI WARMA, del ítem La Unión, para 165 días de atención.
 - (ii) El 10 de abril del 2023, la Monitora de Gestión Local emitió el Informe No. D000011-2023-MIDIS/PNAEQW-KAH con asunto CIERRE TEMPORAL DE LA IE 20480 y no entrega de los alimentos de la 2da a la 7ma remesa, adjuntando acta de verificación de metas de atención en la IE 20480.
 - (iii) El 26 de mayo del 2023, el Especialista Alimentario remitió mediante un primer correo volumen del ítem La Unión, cuarta entrega (incluyendo los volúmenes de la IE 20480) sin embargo el 26 de mayo del 2023, el Especialista Alimentario remitió mediante correo Nuevos volumen del ítem La Unión, cuarta entrega (sin incluir la IE 20480).

- (iv) El 15 de junio del 2023, la Supervisora de Planta y Almacenes remitió mediante correo el picking de Liberación del ítem La Unión, cuarta entrega (sin incluir la IE 20480)
 - (v) En la misma fecha, el Supervisor de Compra remitió mediante correo las Actas de entrega y Recepción de Alimentos del ítem La Unión, cuarta entrega (sin incluir la IE 20480).
 - (vi) El 19 de julio del 2023 se emitió el Informe de Validación de la aplicación de Penalidad -UGCTR, a través de la cual se señala que el CONSORCIO incurrió en incumplimiento y causal No. 5 de aplicación de penalidad, validando la aplicación de penalidad por el monto de S/ 45,594.70 (Cuarenta y Cinco Mil Quinientos Noventa y Cuatro con 70/ 100 soles).
 - (vii) A través de la carta No. 123-2023-CCPIURA 2 del 31 de julio del 2023, el COMITÉ notificó al Demandante la aplicación de penalidad en la cuarta entrega por la causal de incumplimiento No. 5, señalando que debió de solicitar la inaplicación de penalidad al igual que en la segunda y tercera entrega.
19. Con relación a su **primera pretensión principal**, en virtud de la cual solicita *“[s]e deje sin efecto o se declare la nulidad y/o invalidez de la penalidad aplicada por el comité de Compra Piura 2, por el monto de s/ 45,594.70. (cuarenta y cinco mil quinientos noventa y cuatro con 70/100 soles) y como consecuencia se ordene al Comité de Compra Piura 2 a restituir a favor del consorcio azul, dicho monto”*, refiere lo siguiente:
- (i) Que, de acuerdo con las Cláusulas Segunda y Quinta, numeral 5.3., del Contrato, el CONSORCIO debía cumplir con entregar los alimentos de acuerdo, entre otros, con el requerimiento de volumen de productos que hiciese cada institución educativa.
 - (ii) Que no solicitó la inaplicación de penalidad respecto de la cuarta entrega, debido a que, además de que para dicha entrega el COMITÉ no incluyó en el volumen ítem la Unión, volúmenes de la IE 20480; no consideró haber incumplido sus obligaciones respecto de la entrega de alimentos, de acuerdo con el requerimiento de volúmenes de cada institución educativa.
 - (iii) Que, de acuerdo a la cláusula décimo sexta del Contrato, una causal de aplicación de penalidad es *“no entregar los productos para una o mas IIEE del ítem, de acuerdo con el cronograma de entrega establecido en el contrato”*, siendo que de acuerdo con el anexo No. 01 del contrato una de las instituciones en los cuales debía entregar los alimentos, era la IE 20480, sin embargo, el COMITÉ, a partir de la segunda entrega, varió las condiciones del Contrato, solicitando expresamente que no entreguen los

alimentos en dicha institución, debido a que se encontraba cerrada. Además, a raíz de dicho cierre el COMITÉ varió los volúmenes de alimentos y para la cuarta entrega ya no incluyó los volúmenes correspondientes a la referida institución educativa.

- (iv) A pesar de lo anterior, el COMITÉ, sin tener en cuenta sus propios actos, aplicó una penalidad por haber supuestamente incurrido en la causal No. 5 de la tabla de penalidades contemplado en la décimo sexta Cláusula del Contrato.
- (v) Dicha penalidad debe ser dejada sin efecto porque:
 - La demandada varió las condiciones del Contrato.

Según el Contrato, las entregas debían de realizarse de acuerdo con el listado de instituciones educativas (anexo 1 del contrato) y de acuerdo con el requerimiento de volumen de productos por institución educativa. Sin embargo, con fecha 10 de abril del 2023, la Unidad Territorial de Piura, emitió el Informe No. D000011-2023-MIDIS/PNAEQW- UTPIU-KAH a través de la cual se solicita la no entrega de productos correspondientes a la segunda a la séptima remesa de la IE 20480 debido a que la misma había sido cerrada temporalmente hasta el mes de diciembre de 2023.

Con fecha 26 mayo del 2023, la demandada remitió al CONSORCIO un correo electrónico a través de la cual notificó los nuevos volúmenes de la cuarta entrega, en la misma que ya no se incluía el volumen de la IE 20480.

El 15 de junio del 2023, la demandada notificó al CONSORCIO las actas de entrega y recepción de alimentos, en los que tampoco se incluyó a la IE 20480.

A partir del cierre de la Institución Educativa No. 20480, que se dio cuenta a través del informe No. D000011-2023-MIDIS/PNAEQW-UTPIU-KAH del 10 de abril del 2023, la propia demandada varió las condiciones del Contrato a través de los siguientes actos: (a) solicitó la no entrega de los productos en la institución educativa 20480 y (b) para la cuarta entrega ya no incluyó el volumen de productos correspondiente a la institución educativa 20480, notificando al CONSORCIO, con fecha 26 de mayo del 2023, los nuevos volúmenes correspondientes a la cuarta entrega.

Es en atención a dicha variación de las condiciones del Contrato, que el CONSORCIO cumplió con las entregas de los productos considerando los nuevos volúmenes de productos correspondiente

a las instituciones educativas, notificados con fecha 26 de mayo del 2023 y considerando además el listado de instituciones educativas con excepción de IE 20480 no por su mero cierre, sino por la solicitud expresa de la parte demandada de no entregar los productos (correspondiente a la segunda hasta la séptima entrega) en dicha institución.

- No existiría incumplimiento y si existe, no le es imputable al CONSORCIO.

Fue la demandada la que solicitó que no se realizara la entrega de los productos en la IE 20480, por lo que no entrega fue en cumplimiento de una solicitud expresa de la demandada, la misma que no consideraba los volúmenes de los productos correspondientes a la IE 20480.

El hecho que generó la no entrega de los productos (correspondiente a la cuarta entrega) no es, propiamente, el cierre de la IE 20480, sino el informe No. D000011-2023-MIDIS/PNAEQW- UTPIU-KAH del 10 de abril del 2023, a través de la cual se solicita la no entrega de productos en dicha institución y las comunicaciones de la demandada de fecha 26 de mayo del 2023 y 15 de junio del 2023, en los que indicó los nuevos volúmenes de la cuarta entrega y las actas de entrega y recepción de productos que no incluían a la IE 20480.

En caso se considere que existe incumplimiento, se debe tener en cuenta que dicho incumplimiento no es imputable al CONSORCIO, toda vez que, para catalogarse como un incumplimiento imputable, las circunstancias debieron ser generadas por aquella, lo que no ha sucedido en el presente caso, dado que fue la misma demandada, a partir del informe No. D000011-2023-MIDIS/PNAEQW- UTPIU-KAH, y sus correos electrónicos del 26 de mayo y 15 de junio del 2023, en los que notificó al CONSORCIO los nuevos volúmenes de la cuarta entrega y las actas de entrega y recepción de productos que no incluían a la IE 20480.

- Al no existir incumplimiento, no era necesario iniciar procedimiento de inaplicación de penalidades.

Al no existir incumplimiento, el CONSORCIO no tenía la obligación de iniciar un procedimiento de inaplicación de penalidades, como si lo hicimos en la segunda y tercera entrega, puesto que en dichas entregas la DEMANDADA aun incluía los volúmenes de los productos correspondiente a la referida institución.

20. Con relación a su **primera y segunda pretensiones accesorias a la pretensión principal**, mediante el cual solicita, respectivamente, que se *“ordene a la Entidad a pagar a favor del [CONSORCIO] los intereses legales por la aplicación indebida de penalidades, [que deben] calcularse desde la fecha en la cual la entidad debió pagar dicho monto al consorcio azul, hasta la fecha en la que, efectivamente, se realice el pago”* y que se ordene al COMITÉ *“otorgar al [CONSORCIO] la constancia de prestación de servicio correspondientes al [Contrato] por el monto total de lo contratado son que se consigne ningún tipo de penalidad”*, precisa lo siguiente:

- (i) Que, declarada fundada su primera pretensión principal y, por lo tanto, se ordene a la demandada restituir a su favor la suma de S/ 45,594.70, que fue retenido indebidamente por aplicación de penalidad, de forma accesoria, se reconozcan los intereses legales correspondientes, los mismos que deberán calcularse desde la fecha en el cual se realizó la retención de la referida suma, teniendo en consideración lo dispuesto por los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil.
- (ii) Que, de acuerdo con el “Instructivo para la emisión de constancias de cumplimiento de la prestación por la ejecución de contratos suscritos por los comités de compra del modelo de cogestión del programa nacional de alimentación escolar QALI WARMA”, la constancia de cumplimiento de la prestación es aquel “Documento que acredita el nivel de cumplimiento del contrato por parte de el/la proveedor/a, el cual establece si el contrato se cumplió satisfactoriamente sin incurrir en penalidad o, en su defecto, el mismo ha sido afectado por algún supuesto de penalidad aplicada

Asimismo, del numeral 6.1 del referido instructivo, se desprende que la constancia del cumplimiento de la prestación será emitida una vez que el contrato se encuentre liquidado.

En ese sentido, solicita que, declarada fundada su primera pretensión principal, se ordene a la demandada, previa liquidación de contrato, a emitir a su favor, la constancia de cumplimiento de prestación del servicio por el monto total del contrato, sin consignar la aplicación de ninguna penalidad.

21. Con relación a su **primera pretensión subordinada a la pretensión principal**, según la cual solicita se *“{ordene a la parte demandada a pagar a favor del [CONSORCIO], la suma de S/ 45,594.70 [...] por concepto de enriquecimiento sin causa”*, manifiesta lo siguiente:

- (i) Que, en caso no prosperar su pretensión principal, solicita se ordene a la parte demandada a pagar a su favor la suma de S/ 45,594.70 por concepto de indemnización por daños y perjuicios en la modalidad de

lucro cesante, ello virtud a que con su actuar arbitrario y doloso en la aplicación indebida de penalidad generó que se frustró el ingreso de dicho monto a su patrimonio, afectando, incluso, la rentabilidad que le pudo generar dicho monto.

- (ii) Que la conducta antijurídica de la parte demandada radica en aplicar penalidad de forma arbitraria en tanto el CONSORCIO no incurrió en incumplimiento alguno, pasible de aplicación de penalidad, sino todo lo contrario tuvieron lugar como consecuencia de la comunicación de la demandada, del informe N° D000011-2023-MIDIS/PNAEQW- UTPIU-KAH, y los correos electrónicos de fecha 26 de mayo y 15 de junio del 2023, en los que, la demandada le notificó los nuevos volúmenes de la cuarta entrega y las actas de entrega y recepción de productos que no incluían a la IE 20480.
 - (iii) Que el daño se encuentra constituido con la aplicación, indebida de la penalidad por un monto de s/ 45,594.70 la misma que fue aplicada, sin tener en consideración que los supuestos por los cuales se aplicó la penalidad fueron por circunstancias no imputables.
 - (iv) Existe una relación directa entre la conducta antijurídica de la demandada (aplicar penalidad de forma arbitraria cuando los supuestos por los cuales aplicó la penalidad no le son imputables al CONSORCIO y el daño causado (aplicación indebida de penalidad S/45,594.70).
 - (v) El factor de atribución está constituido por el actuar doloso de la demandada al realizar la conducta antijurídica, es decir, la demandada actuó dolosamente al aplicar penalidades por supuestos que se dieron circunstancias no imputables al CONSORCIO, sino como consecuencia de la solicitud expresa de la propia demandada.
22. Con relación a su **segunda pretensión principal**, según la cual solicita se *“condene a la parte demandada a asumir el íntegro de los costos y costas del presente arbitraje”* refiere que el CONSORCIO cumplió estricta y cabalmente con la cuarta entrega conforme al requerimiento de la DEMANDADA, sin embargo, es la DEMANDADA quien en mala fe aplicó penalidades, por lo que corresponde que asuma el íntegro de los gastos, costas y costos y honorarios profesionales contratados.

B. La contestación de demanda y sus fundamentos

23. Ante lo expuesto por el CONSORCIO, QALI WARMA ha señalado, con relación a la **primera pretensión principal y la primera pretensión accesoria**, lo siguiente:

- (i) De acuerdo a la Cláusula Décimo Novena del Contrato, toda modificación contractual que implicara la reducción de beneficios alimenticios debía ser formalizada a través de la adenda respectiva.
- (ii) El Consorcio no presentó solicitud de Inaplicación de Penalidad por la causal de incumplimiento No. 5: No entregar los productos para una o más IIEE del ítem, de acuerdo con el Cronograma de Entrega establecido en el contrato, correspondiente a la CUARTA Entrega, señalando que se encontraba imposibilitado de cumplir con la obligación contractual establecida en la Cláusula 9.8. del Contrato, respecto a la IE 20480, nivel primaria. Sin embargo, sí presentó solicitud de inaplicación de Penalidad por la misma causal, en las Entregas 2 y 3, por tanto, resulta evidente que el Consorcio tenía pleno conocimiento de los procedimientos establecidos dentro del marco jurídico de ejecución de los contratos.
- (iii) Al verificarse el incumplimiento de la entrega de alimentos en los términos previstos contractualmente y no habiendo presentado la solicitud de inaplicación de penalidades anteriormente señalada, se concluye que el Consorcio incumplió lo establecido en la Cláusula 9.8 del Contrato.
- (iv) De lo expuesto, se ha acreditado entonces que el CONSORCIO ha incurrido en la causal de incumplimiento No. 5 de la Cláusula Décimo Sexta del Contrato, referida a la no entrega de productos para la IE 20480, por no cumplir con su obligación No. 9.8 establecida en la Cláusula Novena del Contrato; Institución Educativa que, si bien es cierto, se encuentra temporalmente cerrada, no se ha suscrito una Adenda al Contrato 0005-2023-CC-PIURA 2/PRODUCTOS, que la haya dado de baja por cierre definitivo, tal como consta en las Adendas suscritas anteriormente, que acredita que el CONSORCIO en su oportunidad ha debido presentar solicitud de inaplicación de penalidad por la causal No. 5, así como lo hizo con las entregas anteriores 2 y 3.
- (v) En tal sentido, el CONSORCIO incumplió el Contrato y correspondía aplicar la penalidad por el importe de S/ 45,594.70, la cual fue notificada al CONSORCIO conforme lo señala la Cláusula 16.6 del Contrato; por lo tanto, la aplicación de la penalidad resulta válida.

24. Con relación a la **Segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal**, QALI WARMA sostiene lo siguiente:

- (i) La pretensión formulada por el CONSORCIO desconoce que el contrato se encuentra pendiente de liquidación conforme lo señala la Resolución Directoral Ejecutiva N.º 447-2022-MIDIS/PNAEQW-DE *“Procedimiento para la Liquidación de Contratos Suscritos por los Comités de Compra del Modelo de Cogestión del Programa Nacional*

de Alimentación Escolar Qali Warma”, que señala, en sus Numerales 8.9 y 8.10 que la liquidación del contrato no será llevada a cabo mientras haya sumas pendientes a favor de QALI WARMA que estén en proceso legal o arbitral.

- (ii) Los contratos sujetos a disputas arbitrales, judiciales y/o aquellos con productos bajo observación no serán cerrados hasta recibir el veredicto de la autoridad competente. Por lo tanto, la pretensión objeto de análisis carece de fundamento.

25. Con relación a la **primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal**, QALI WARMA sostiene lo siguiente:

- (i) Señala que cualquier daño no puede ser establecido sin una evidencia fehaciente respaldada por pruebas pertinentes. Esto implica la apreciación y valoración de circunstancias o eventos que no están al alcance de quienes resolverán la controversia, sino que se encuentran bajo la jurisdicción de las partes del proceso arbitral.
- (ii) En ese sentido, no solo debe acreditarse la existencia del daño supuestamente causado sino el cumplimiento de los demás presupuestos necesarios de la responsabilidad civil, esto es, la conducta antijurídica, la relación de causalidad y el factor atributivo de responsabilidad.
- (iii) Con relación a la antijuricidad, señala que una conducta es antijurídica no solo cuando contraviene una norma prohibitiva sino cuando la conducta transgrede el sistema jurídico en su totalidad; siendo que en el presente caso el contratista no ha acreditado cuál es el supuesto de conducta antijurídica en la que ha incurrido la parte demandada contemplada en el artículo 1321 del Código Civil.
- (iv) Respecto al daño, referido a la lesión a todo derecho subjetivo jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que siendo protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte en derecho subjetivo; refiere que el CONSORCIO no ha cumplido con señalar en forma pormenorizada en qué consistió el presunto daño causado ni ha adjuntado prueba idónea e individualizada que dé certeza respecto a éste.
- (v) En cuanto, a la relación de causalidad, que consiste en la relación de causa y efecto entre la conducta típica y el daño producido a la víctima; refiere que el CONSORCIO no ha cumplido con acreditar la relación que debería existir entre el incumplimiento de las obligaciones contractuales materia del presente arbitraje y la consecuencia de este incumplimiento el negado daño irrogado.

(vi) En cuanto al factor de atribución, que es la culpa (la cual se clasifica en dolo, culpa leve o culpa inexcusable); señala que el CONSORCIO no ha descrito de qué forma concurriría el factor de atribución en los hechos alegados toda vez que se ha acreditado la correcta y válida resolución contractual y aplicación de penalidad conforme al contrato, manual y demás marco normativo, más aún si a la fecha no existe pronunciamiento por parte de la Arbitro Único que ampare la pretensión de nulidad, invalidez de la resolución contractual, por lo que no puede argüirse un supuesto daño que a la fecha no ha sido materia de pronunciamiento del Arbitro Único.

26. Con relación a la **segunda pretensión principal**, QALI WARMA sostiene que de conformidad con los artículos 70 y 73 de la Ley de Arbitraje, el árbitro tiene total discreción para distribuir los costos del arbitraje, siendo que se ha acreditado que los gastos incurridos son por causas imputables al CONSORCIO.

IX. POSICIÓN DE LA ÁRBITRO ÚNICO.

A. Con relación a la primera pretensión principal y sus accesorias.

27. Con relación a la primera pretensión principal y sus accesorias, esta Arbitro Único considera pertinente tener en consideración lo siguiente.

28. En el Contrato¹, las partes acordaron que su objeto era que el Consorcio debía prestar el servicio alimentario en la modalidad de productos en los siguientes términos:

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 LA UNION**, 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.

29. En la Cláusula Décimo Sexta del Contrato las partes pactaron lo relativo a las penalidades:

¹ Anexo A-2 de la Demanda.

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: PENALIDADES

- 16.1 Las penalidades aplicables son identificadas y sustentadas por la Unidad Territorial, bajo responsabilidad, cuando concurren conjuntamente:
- Una causal de incumplimiento prevista en las Bases integradas del Proceso de Compras y/o en el contrato, y
 - 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.
- 16.2 Las penalidades se aplican automáticamente, en la solicitud de transferencia de recursos financieros respectivo y/o liquidación de contrato, sin perjuicio de la resolución del contrato y/o de las acciones legales que correspondan, previa evaluación y validación de la UGCTR.
- 16.3 Cada penalidad se calcula de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas de los pagos parciales, del pago final o de la garantía de fiel cumplimiento, conforme a lo señalado en el contrato. El monto total de las penalidades aplicadas al contrato no debe superar el diez (10%) del monto contractual vigente.
- 16.4 En caso el monto de las penalidades aplicadas en un determinado contrato supere los montos pendientes de pago, éstas serán deducidas de la Garantía de Fiel Cumplimiento o del sistema alternativo a la obligación de presentar la Garantía de Fiel Cumplimiento (retención MYPE).
- 16.5 Excepcionalmente, para aquellos contratos en los que se suscriba una adenda para la adscripción de uno o más ítems, el cálculo para la aplicación de la penalidad se realiza sobre la base del monto del ítem en el que se produjo el incumplimiento contractual.
- 16.6 La opinión del PNAEQW es vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte del **COMITÉ DE COMPRA**. El PNAEQW dispone la notificación al/a la **PROVEEDOR/A** de las penalidades aplicadas vía publicación en el portal web del Proceso de Compras del PNAEQW y/o correo electrónico (siendo válida la primera notificación); la misma que se considera válida para todos los efectos sin necesidad de su notificación al domicilio contractual del/de la **PROVEEDOR/A**.
- 16.7 El/la **PROVEEDOR/A** puede solicitar la inaplicación de penalidades mediante la presentación de un escrito al **COMITÉ DE COMPRA**, adjuntando los elementos probatorios correspondientes, en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles de ocurrido el incumplimiento.
- La solicitud de inaplicación de penalidades se debe presentar de acuerdo al procedimiento 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**", caso contrario no será admitido.
- 16.8 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**.
- 16.9 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 UGCTR 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.
- 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.
- 16.11 Los pronunciamientos de la UGCTR sobre la materia son vinculantes y de obligatorio cumplimiento por parte de las unidades territoriales y los Comités de Compras. En caso de discrepancias entre la opinión de la Unidad Territorial y el pronunciamiento de la UGCTR, prima el pronunciamiento de la UGCTR,
- 16.12 Ante cualquier controversia respecto a la aplicación de penalidades, se aplica únicamente la cláusula de solución de controversias del contrato correspondiente.

16.13 Las penalidades se aplican en días calendarios de acuerdo con el siguiente detalle:

Causales referidas a la Liberación de Productos		
N°	Causales de incumplimiento	Penalidad
1	Presentar el Expediente para la Liberación de Productos, posterior al plazo establecido en el contrato y/o incompleto.	3% del monto total de la entrega establecida en el contrato.
2	No subsanar las observaciones de la documentación tipificada como no conforme y/o incompleta, para la supervisión y liberación de los productos dentro del plazo establecido en el "Protocolo para la Supervisión y Liberación de Alimentos en los Establecimientos de Proveedores/les del PNAEQW" (*).	3% del monto total de la entrega establecida en el contrato, por cada día de incumplimiento.
3	No existencia completa de productos (por presentación y lote) durante la supervisión y liberación de alimentos en el establecimiento del/de la PROVEEDOR/A, de acuerdo a la documentación completa y conforme presentada.	3% del monto total de la entrega establecida en el contrato, por cada día de incumplimiento.

13

4	Impedir el ingreso del/de la Supervisor/a de Plantas y Almacenes u otro personal acreditado por el PNAEQW, a las instalaciones de los almacenes, para que verifique el cumplimiento de las obligaciones contractuales del/de la PROVEEDOR/A.	7% del monto total de la entrega establecida en el contrato, por cada día de impedimento.
---	--	---

(*) No aplica para errores de forma.

Causales referidas a la Entrega de los Productos		
N°	Causales de incumplimiento	Penalidad
5	No entregar los productos para una o más IIEE del ítem, de acuerdo con el Cronograma de Entrega establecido en el contrato.	5% del monto total de la entrega establecida en el contrato, por cada día de incumplimiento.
6	No entregar los productos dentro de una o más IIEE del ítem.	5% del monto total de la entrega establecida en el contrato.
7	Entregar una cantidad menor de productos en una o más IIEE del ítem, de acuerdo con lo establecido en el Acta de Entrega y Recepción de Alimentos.	4% del monto total de la entrega establecida en el contrato, por cada día de incumplimiento luego de culminado el plazo de distribución.
8	No efectuar el retiro de los productos no conformes de las IIEE, cuando la autoridad sanitaria competente o el PNAEQW lo determine, de acuerdo a los plazos establecidos en el "Protocolo para el Manejo de Productos No Conformes en el PNAEQW".	1% del monto total de la entrega establecida en el contrato, por cada día de incumplimiento.
9	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 y sincronización final.	0.2% del monto total de la entrega establecida en el contrato, por cada IIEE.
10	No cumplir con las condiciones sanitarias de los vehículos utilizados para la distribución y/o entrega de los productos a las IIEE, de acuerdo a lo establecido en los artículos 75°, 76° y 77° del Decreto Supremo N° 007-98-SA y sus modificatorias o norma equivalente vigente que la sustituya y de lo establecido por el PNAEQW.	5% del monto total de la entrega establecida en el contrato por cada vehículo que incumpla.
11	No cumplir con la ejecución del Compromiso de acciones para el manejo de residuos sólidos generados a consecuencia de la entrega de productos.	0.1% del monto total de la entrega establecida en el contrato, por cada IIEE.
12	Presentar el Expediente de Conformidad de Entrega posterior al plazo establecido en el contrato y/o sin la totalidad de la documentación obligatoria, establecido en el "Procedimiento para la Transferencia de Recursos Financieros a los Comités de Compra y Rendición de Cuentas en el marco del Modelo de Cogestión del PNAEQW".	0.1% del monto total de la entrega establecida en el contrato, por cada día de incumplimiento.

[...]

16.14 Las penalidades establecidas serán exigibles, sin perjuicio de la responsabilidad del/de la **PROVEEDOR/A** de la indemnización por daño ulterior en favor del **PNAEQW**, de conformidad con lo previsto por el Artículo N° 1341 del Código Civil.

30. Asimismo, la Cláusula Vigésimo del Contrato las partes establecieron los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor:

CLÁUSULA VIGÉSIMO: CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

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

Cuando por caso fortuito o fuerza mayor 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/es Contratados por los Comités de Compra”**.

31. Es el caso que mediante Informe No. D000011-2023-MIDIS/PNAEQW-UTPIU-KAHD del 10 de abril de 2023 se informó a la Unidad Territorial de Piura el cierre temporal de la IE 20480 y se dispuso la no entrega de alimentos de la segunda a la séptima remesa de la IE 20480²:

III. CONCLUSIONES:

- Según acta de reunión emitida por el especialista de UGEL La Unión, el profesor Gerardo Silupú, indica que al contar con 1 estudiante matriculado en la I.E. N° 20480 que es de la ciudad de Piura, **se procede a cerrar temporalmente (hasta diciembre de 2023) la I.E. N°20480, CM 1557214**, ubicado en el centro poblado San Martin de Letira del distrito de La Unión – Piura.
- **Se solicita la no entrega de productos correspondiente de la SEGUNDA A LA SEPTIMA REMESA de la I.E. N°20480, CM 1557214, según lo indicado por la especialista en su acta de reunión.**
- Los alimentos correspondientes a la primera entrega fueron distribuidos a la madre del usuario, según como consta en el acta y padrones de distribución de alimentos de la primera entrega.

32. Luego, mediante correo del 26 de mayo, a las 19:13 horas, el Especialista Alimentario de la Unidad Territorial Piura de QALI WARMA remitió al CONSORCIO los nuevos volúmenes del Ítem La Unión, sin incluir la IE 20480³.

33. Mediante Informe de Validación de la Aplicación de Penalidad – UGCTR del 19 de julio de 2023 se concluye que el CONSORCIO incumplió el Contrato, y que, por tanto, corresponde se le aplique una penalidad por el importe de S/ 45,594.70:

² Anexo A-3 de la Demanda.

³ Anexo A-4 de la Demanda.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

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

- 3.1 El/La proveedor/a CONSORCIO AZUL incumplió el Contrato N° 0005-2023-CC-PIURA 2/PRODUCTOS, por lo tanto, corresponde aplicar la penalidad por el importe de S/ 45,594.70 (CUARENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO CON 70/100 SOLES), de acuerdo a lo establecido en los numerales 6.5.7.2, 6.5.7.3, 6.5.7.4 y 6.5.7.5 del Manual del Proceso de Compras vigente y la Cláusula Décimo Sexta del contrato.
 - 3.2 La Unidad Territorial PIURA, deberá remitir el presente informe al Comité de Compra PIURA 2, para que este a su vez tome conocimiento, como lo establece el numeral 6.5.7.7 del Manual del Proceso de Compra vigente; numeral 3.8.6 de las Bases Integradas del Proceso de Compra Electrónico 2023-CC- PIURA 2/PRODUCTOS y Cláusula Décimo Sexta, numeral 16.6 del Contrato N° 0005-2023-CC-PIURA 2/PRODUCTOS.
 - 3.3 Disponer su publicación en el portal institucional como lo establece el numeral 6.5.7.7 del Manual del Proceso de Compra vigente; numeral 3.8.6 de las Bases Integradas del Proceso de Compra Electrónico 2023-CC- PIURA 2/PRODUCTOS y Cláusula Décimo Sexta, numeral 16.6 del Contrato N° 0005-2023-CC-PIURA 2/PRODUCTOS, con la finalidad de darse por notificado el proveedor/a CONSORCIO AZUL.
 - 3.4 De la revisión del presente Expediente remitido por la Unidad Territorial PIURA, a través del SADE, se advierte que el proveedor CONSORCIO AZUL, no presentó solicitud de inaplicación de penalidad en relación a la causal de incumplimiento materia de la presente aplicación de penalidad, por lo cual la Unidad Territorial procedió de acuerdo a lo señalado en el en el numeral 6.5.7.2 del Manual del Proceso de Compra vigente.
 - 3.5 Asimismo, se recomienda a la Unidad Territorial PIURA verificar el cumplimiento de las demás obligaciones contractuales del referido proveedor.
34. Mediante Carta No. 112-2023-COSORCIO AZUL de fecha 2 de agosto de 2023, el CONSORCIO denunció irregularidades en la aplicación de la penalidad, concluyendo lo siguiente⁴:

⁴ Anexo A-7 de la Demanda.

4.3 No EXISTE INCUMPLIMIENTO DE NINGUNA DE LAS OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR contempladas en el Contrato, siendo ilógico e incomprensible, pernicioso e ilegal, pretender aplicar alguna penalidad por el supuesto INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL de No entregar los productos para una Institución Educativa que se encuentra CERRADA TEMPORALMENTE, de acuerdo con el **Cronograma de Entrega** establecido en el contrato, que no es lo mismo No entregar a una Institución Educativa en Funcionamiento por diferentes razones y que por alguna de esas razones se ha hecho imposible cumplir con la entrega de los alimentos al CAE.

que teniendo conocimiento de la existencia de una Institución Educativa CERRADA sea Temporal o Definitiva, se pretenda justificar que por no haberse presentado una solicitud de inaplicación de penalidad, se pudiera penalizar con un importe exorbitante, injustificado y abusivo; por dicha razón es que SOLICITO UNA EVALUACIÓN JUSTA y COHERENTE del caso materia del presente documento, de lo contrario acudiría a las instancias competentes para hacer valer mi razón y mi derecho ante un abuso de esta naturaleza.

35. De las pruebas antes señaladas y los argumentos de defensa de ambas partes, queda claro que no se disputa que la IE 20480 estaba cerrada y que la propia QALI WARMA dio indicaciones al CONSORCIO de no entregar productos a dicha IE.
36. Pues bien, los artículos 1314 y 1315 del Código Civil establecen, respectivamente, lo siguiente:

Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Artículo 1315.- 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.

37. Como bien señala Osterling, “[caso fortuito y fuerza mayor] consisten en acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor y, desde luego, independientes de su voluntad. En todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa. Estos eventos configuran, definitivamente, causas no imputables [...]”.⁵
38. De acuerdo a lo anterior, cuando se presenta un caso fortuito o de fuerza mayor, no existe culpa. Entonces, independientemente de que el deudor actúe

⁵ OSTERLING PARODI, Felipe (1988). Las Obligaciones. En: Biblioteca para Leer el Código Civil. Volumen VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 199

de manera diligente o negligente, si se demuestra que se ha sido producido un evento de fuerza mayor, entonces no se puede atribuir culpa al deudor.

39. En el presente caso, el CONSORCIO se encontró ante un evento de fuerza mayor, pues la IE 20480 fue cerrada temporalmente y la propia QALI WARMA, mediante Informe No. D000011-2023-MIDIS/PNAEQW-UTPIU-KAH de fecha 10 de abril de 2023, dio indicaciones al CONSORCIO de no entregar productos correspondientes a la segunda a séptima remesa de la IE 20480.
40. De acuerdo con lo anterior, esta Árbítro Único considera que no correspondía se aplique al CONSORCIO la penalidad objeto de análisis en este arbitraje.
41. Con relación al argumento de QALI WARMA en el sentido que el CONSORCIO *“[debió solicitar la] inaplicación de penalidad por la causal N° 5, así como lo hizo con las entregas anteriores 2 y 3”*⁶, la Árbítro Único considera pertinente precisar que las entregas 2 y 3 se produjeron bajo otro contexto. En efecto:
 - (i) Mediante la Carta No. 071-2023-CONSORCIO AZUL de fecha 18 de abril de 2023 el CONSORCIO solicitó la inaplicación de penalidad, respecto de la segunda entrega, alegando que *“se acercó a realizar la entrega de alimentos correspondiente a la SEGUNDA ENTREGA, de la mencionada Institución Educativa, pero se encontró cerrada e inmediatamente se realizó la comunicación respectiva mediante vía telefónica con el presidente del CAE [...] la cual nos comunicó que la IIEE tiene cierre temporal y envió el Acta de Cierre firmada por representantes de la UGEL y por parte de la IIEE en mención”*.
 - (ii) Mediante la Carta No. 091-2023-CONSORCIO AZUL de fecha 29 de mayo de 2023 el CONSORCIO solicitó la inaplicación de penalidad, respecto de la tercera entrega, alegando que *“se acercó a realizar la entrega de alimentos correspondiente a la TERCERA ENTREGA, de la mencionada Institución Educativa, pero se encontró cerrada e inmediatamente se realizó la comunicación respectiva mediante vía telefónica con el presidente del CAE [...] la cual nos comunicó que la IIEE tiene cierre temporal y envió el Acta de Cierre firmada por representantes de la UGEL y por parte de la IIEE en mención”*.
42. Como se puede apreciar, el CONSORCIO solicitó la inaplicación de penalidades en las entregas 2 y 3 en tanto se apersonó a la IE 20480, encontrándola cerrada. En cambio, en el caso objeto de análisis, existe una orden expresa de QALI WARMA en el sentido que no se haga ninguna entrega de productos a la IE 20480 (Informe No. D000011-2023-MIDIS/PNAEQW-UTPIU-KAH de fecha 10 de abril de 2023).

⁶ Cf. Contestación de demanda, p. 6., numeral 2.1.9.

43. Sin perjuicio de lo anterior, esta Ábitro Único considera oportuno señalar que las cláusulas penales son un mecanismo que permite a las partes del contrato que acuerden, de manera antelada, las consecuencias de sus incumplimientos.
44. Al respecto, Borda señala que “[...] es también un medio de fijar por anticipado los daños y perjuicios que deberán pagarse al acreedor en caso de incumplimiento. Se evitan así todas las cuestiones relativas a la prueba de la existencia del daño y su monto”⁷
45. Sin embargo, en el presente caso, se reitera, el CONSORCIO no hizo entrega de los productos en la IE 20480 por indicación expresa de QALI WARMA, de tal manera que no se habría producido un incumplimiento imputable al CONSORCIO y, por ende, no correspondería la aplicación de penalidad alguna.
46. De acuerdo con lo anterior, corresponde amparar la primera pretensión principal de la demanda, esto es, declarar la nulidad de la penalidad aplicada por el COMITÉ por el monto de S/ 45,594.70, ordenándose al COMITÉ restituir a favor del CONSORCIO dicho importe.
47. Como consecuencia de lo anterior, corresponde amparar la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal y ordenar al COMITÉ que pague al CONSORCIO los intereses legales derivados de la aplicación indebida de la penalidad objeto de cuestionamiento.
48. Para tal efecto, se deberá realizar el cálculo desde el día de presentación de la solicitud de arbitraje, el 7 de agosto de 2023, hasta el día en que se haga efectivo el pago.
49. Asimismo, con relación a la segunda pretensión accesoria de la primera pretensión principal, esta Ábitro Único considera que no es posible atender dicho pedido en tanto en el presente proceso únicamente se ha analizado la cuarta entrega y la penalidad referida a dicha entrega, por lo que no puede pronunciarse respecto de la existencia o no de penalidades aplicadas a las demás entregas que no han sido sometidas al presente arbitraje y que puedan afectar el monto total del contrato.

B. Con relación a la pretensión subordinada a la pretensión principal.

50. Con relación a la pretensión subordinada a la primera pretensión principal, esta Ábitro Único precisa que, al haberse amparado la primera pretensión principal referida a que se declare la nulidad e/o invalidez de la penalidad aplicada y se

⁷ BORDA, Guillermo (1983). Tratado de Derecho Civil, Buenos Aires, Perrot, p. 197

restituya la suma de S/ 45,594.70, carece de objeto pronunciarse sobre la pretensión formulada de manera subordinada.

C. Con relación a la segunda pretensión principal.

51. El artículo 42 del Reglamento del Centro establece que

Artículo 42. Decisión sobre los costos del arbitraje

[...]

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

52. Al respecto, en vista que en el presente arbitraje las partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, así como que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y atendiendo a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas por sostener posiciones manifiestamente opuestas, corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos que debió sufragar; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales, lo que incluye el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral y del Centro, y cada parte asumir el costo que le haya generado su defensa en el presente arbitraje.

53. En consecuencia, este Tribunal Arbitral dispone entonces, que ambas partes, asuman en partes iguales los gastos arbitrales y cada parte asuma el costo que le haya generado su defensa en el presente arbitraje.

X. LAUDO

54. El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por estas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de la libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de este análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente Laudo.

Por las consideraciones que preceden, esta Ábitro Único, **LAUDA EN DERECHO DECLARANDO:**

Primero: Declarar **FUNDADA**, la Primera Pretensión Principal de la demanda, en consecuencia, corresponde declarar la nulidad e invalidez de la penalidad aplicada por el COMITÉ por el monto de S/ 45,594.70, ordenándose al COMITÉ a restituir dicho monto al CONSORCIO.

Segundo: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal de la demanda, en consecuencia, corresponde que el COMITÉ pague a favor del CONSORCIO los intereses legales generados, los cuales deberán calcularse desde la presentación de la solicitud arbitral, el 7 de agosto de 2023, hasta el pago efectivo del importe señalado en el resolutivo primero.

Tercero: Declarar **IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal de la demanda, referida al otorgamiento de la constancia de prestación de servicio correspondiente al Contrato.

Cuarto: Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento respecto de la pretensión subordinada a la primera pretensión principal.

Quinto: Declarar **FUNDADA en parte** la segunda pretensión principal, en consecuencia, **ORDENAR** que cada una de las partes asuma -en proporciones iguales- los gastos arbitrales, lo que incluye el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral y del Centro, y cada parte asuma el costo que le haya generado su defensa en el presente arbitraje.

Notifíquese a las partes.



KARINA URQUIZO VINATEA
Árbitro