

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Diligencia en la ejecución contractual para la satisfacción de interés general involucrado: injerencia de la acción e inacción del Programa Nacional de Asistencia Alimentaria frente a los incumplimientos contractuales del Consorcio de Alimentos S.A.C. en atención a un adecuado desarrollo del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que presenta:

Kareliss Katuska Miranda Meza

ASESOR:
Christian Cesar Chocano Davis


Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, Christian César Chocano Davis, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del informe jurídico titulado, “Diligencia en la ejecución contractual para la satisfacción de interés general involucrado: injerencia de la acción e inacción del Programa Nacional de Asistencia Alimentaria frente a los incumplimientos contractuales del Consorcio de Alimentos S.A.C. en atención a un adecuado desarrollo del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA”, de la autora Kareliss Katuska Miranda Meza, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 28%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 05/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 25 de enero de 2023

<u>Chocano Davis, Christian César</u>	
DNI: 40988780	Firma 
ORCID https://orcid.org/0000-0002-7313-5745	

RESUMEN

En el marco de la etapa de ejecución contractual en el sector público existen distintos mecanismos e instrumentos legales que pueden ser utilizados tanto por la Administración Pública como por el particular, de tal manera que se requiera proteger los derechos e intereses involucrados. Ello cobra especial importancia al tratarse de contrataciones públicas que implican la satisfacción de un interés general particularmente sensible como es la erradicación de la desnutrición crónica infantil en el territorio peruano.

En tal sentido, el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria – PRONAA fue un intento para procurar implementar acciones conforme las políticas públicas en línea con lo antes indicado.

Sin embargo, a partir del análisis de la normativa de Contrataciones del Estado y los términos y condiciones particulares respecto de la ejecución del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA para la adquisición del producto “papilla”, se observa una considerable responsabilidad por parte del PRONAA en relación a la falta en el deber de procura y garantía del interés general involucrado, tras haber generado desabastecimiento, ineficiencia en el uso de los recursos públicos, riesgo a la salud, entre otros.

Dicha responsabilidad involucra, entre otros factores, acciones o inacciones en el uso de mecanismos legales a disposición de la Entidad para poder satisfacer las necesidades de la población, así como procurar e instar el cumplimiento de la empresa Consorcio de Alimentos S.A.C. para cumplir con la finalidad pública de la contratación.

Palabras clave

Contrataciones con el Estado, interés general, responsabilidad contractual, resolución contractual, desabastecimiento.

ABSTRACT

Within the scope of the contractual execution stage in the public sector there are different mechanisms and legal instruments that could be used both by the Public Administration and by the private part regarding the rights and interests involved and required to be protected. This is particularly important when dealing with public contracts that involves the satisfaction of a particularly sensitive general interest, such as the eradication of chronic child malnutrition in the Peruvian territory.

Therefore, the National Food Assistance Program – “PRONAA” was an attempt to attempt to take actions in accordance with public policies in line with the abovementioned.

However, based on the analysis of the regulations of Public Procurement and the particular terms and conditions regarding the execution of Contract No. 010-2012-MIDIS-PRONAA for the acquisition of the product "papilla", a significant responsibility of PRONAA is noted regarding the duty to seek and guarantee the general interest involved, after having generated shortage, inefficiency in the use of public resources, risk to health, among others.

Such responsibility involves, among other factors, actions or inactions related to the use of legal mechanisms available to the Entity to fulfill the needs of the population, as well as to seek and encourage the compliance of the company “Consortio de Alimentos S.A.C.” in order to satisfy the public purpose of the contract.

Keywords

State contracts, general interest, contractual liability, contractual resolution, shortage

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	5
I. INTRODUCCIÓN	6
1.1. Justificación de la elección de la resolución	6
1.2. Presentación del caso y análisis	7
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	10
2.1. Antecedentes	10
2.2. Hechos relevantes del caso	11
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	13
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	14
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	15
5.1. Del procedimiento aplicable a la recepción del producto papilla afectado en su “inocuidad” y su impacto en el cumplimiento a cabalidad de la segunda entrega	17
5.2. Delimitación de obligaciones y responsabilidades contractuales en el marco del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA respecto de la afectación a la “inocuidad” del producto papilla	25
5.2.1. Autoridad competente para declarar la falta de inocuidad del producto papilla	27
5.3. Análisis de “causa no imputable” del contratista a razón del siniestro que ocasionó el retraso en la entrega de 32,880 bolsas de 900 gr c/u (29,592 TM) del producto de papilla y la contaminación cruzada del producto recibido (con y sin conformidad) pero no siniestrado	30
5.3.1. Aplicabilidad del caso fortuito o fuerza mayor como “eximente” de responsabilidad	32
5.3.2. Incidencia y responsabilidad de la “inacción” de la Entidad respecto del riesgo inminente de “contaminación cruzada” detectada por DIGESA	34

5.4. Razonabilidad entre la resolución contractual por falta de inocuidad del producto papilla y la satisfacción del interés general resguardado por la contratación.....	38
5.4.1. Alcance y limitaciones del actuar de la Entidad frente a la aplicación del “Procedimiento Cuando Exista la No Conformidad del Producto Papilla”	41
5.4.2. Inocuidad del producto papilla y su importancia respecto del interés general que la Entidad buscaba garantizar	42
5.5. Procedencia de resolución del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA	46
5.5.1. Causal habilitadora para la resolución contractual e implicancias de que la Entidad haya ejercido su facultad de resolución contractual.....	47
5.5.2. Sobre los efectos y atribuciones para la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento en el marco de la resolución contractual por causa imputable a CORAL.....	50
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	51
BIBLIOGRAFÍA.....	53
ANEXOS	54

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	CORAL VS PRONAA Expediente N° 085-2013-SNA-OSCE
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Arbitraje, Contrataciones del Estado, Derecho Administrativo
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución N° 12 (Tribunal Arbitral) Resolución N° 07, Expediente N° 20-2015 (Nulidad de Laudo Arbitral) Resolución N° 34 (Tribunal Arbitral)
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Conorcio de Alimentos S.A.C. (CORAL)
DEMANDADO/DENUNCIADO	Programa Nacional de Asistencia Alimentaria – PRONAA del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social - MIDIS
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Arbitraje (último laudo del año 2019)
TERCEROS	Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) Dirección Regional de Salud (DIRESA)
OTROS	Recusación arbitral. Competencias de la DIGESA. Impugnación de actos administrativos previo al inicio del arbitraje.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

La elección de la Resolución N° 012 de fecha 31 de octubre de 2014, emitida respecto al expediente arbitral N° S 085-2013 CONSORCIO ALIMENTOS SAC/PRONAA (en adelante, "CORAL" o el "Contratista"), se basó fundamentalmente en la consideración del alcance y magnitud de los beneficios (y también diversos cuestionamientos) que trajo consigo la creación y puesta en funcionamiento Programa Nacional de Asistencia Alimentaria – PRONAA, (en adelante, "PRONAA" o la "Entidad") desde su fecha de creación (en el año 1992 a través del Decreto Supremo N° 020-92.PCM), hasta la fecha de su extinción (01 de junio de 2012, a través del Decreto Supremo N° 007-2012-MIDIS). Un ejemplo claro de los distintos cuestionamientos surgidos en torno a este Programa (entre estos se podrían mencionar los referidos al inadecuado control de bienes internados para su distribución, carentes mecanismos de control de ingreso, supervisión, incorrecto manejo y destino de los bienes adquiridos para propósitos personales de los funcionarios responsables, entre muchos otros) se concretizó en el arbitraje iniciado por el proveedor CORAL contra PRONAA, al tratarse de un caso de cuestionable manejo en la recepción de los bienes contratados, la demora en la verificación y otorgamiento de conformidad y rechazo a la recepción, etc.

En dicha línea, el presente caso reviste de importante complejidad respecto de los diversos factores que se suscitaron y pueden ser analizados desde las distintas actuaciones realizadas, tanto por CORAL como por PRONAA, dentro del marco de la ejecución del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA (y adenda correspondiente) (en adelante, el "Contrato"). Mas el análisis no se limita a tal rama del derecho (Contrataciones del Estado), sino que incluso involucra temas de aplicación de Derecho Administrativo, procedimientos administrativos, aplicación supletoria del Derecho Civil (al tratar temas de responsabilidad civil); así como del arbitraje en sí mismo.

Aún incluso, se puede observar que al analizar un único aspecto de una de las ramas del derecho antes mencionadas, al presente caso, trae consigo distintas aristas, como por ejemplo, por el solo hecho de hablar de ejecución contractual considerando la normativa de Contrataciones del Estado, podremos encontrar problemas jurídicos diversos, que van desde el incumplimiento de obligaciones contractuales, casuística de caso fortuito y fuerza mayor; el otorgamiento de conformidad de recepción de los bienes contratados, la aplicación de penalidades, la resolución contractual, la ejecución de garantías, vicios ocultos, entre muchos otros. Por su parte, si buscamos analizar el ámbito del Derecho Administrativo en estricto aplicable al expediente en cuestión,

podríamos abordar temas como la función fiscalizadora de la administración pública, funciones y atribuciones a los distintos Organismos Públicos involucrados como la Dirección General de Salud Ambiental (en adelante, "DIGESA"), la Dirección Regional de Salud de Huánuco (en adelante, "DIRESA Huánuco"), sobre los recursos administrativo y hasta la posibilidad de haber iniciado procedimientos contencioso administrativos contra decisiones administrativas que surgieron con el propósito de la ejecución contractual con respecto al segundo entregable del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, por el rechazo de la solicitud de ampliación de plazo, por ejemplo.

Todo lo anterior reviste de principal importancia considerando que, a través del Reglamento de Organización y Funciones del PRONAA, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-98-PROMUDEH, en su artículo 3, se dispuso que:

*"El PRONAA tiene como misión contribuir a elevar el nivel alimentario y nutricional de la **población en situación de pobreza extrema**, ejecutando acciones de apoyo y seguridad alimentaria dirigidas preferentemente, a la atención de los **grupos vulnerables** y en **alto riesgo nutricional**, en especial a los niños, madres gestantes y lactantes y damnificados por situaciones de emergencia temporal." (El resaltado es propio).*

Por lo tanto, cualquier análisis y abordaje del problema jurídico que se identifique, deberá considerar especialmente el propósito y el interés general respecto del cual la administración pública buscó dar respuesta y/o solución a través de la creación del PRONAA, y en qué medida las soluciones arribadas, así como las decisiones adoptadas por el Tribunal Arbitral involucrado, deberían haber procurado la protección y aseguramiento de los derechos y necesidades que se encontraban bajo la salvaguarda del PRONAA conforme su reglamentación interna.

1.2. Presentación del caso y análisis

El presente caso se trata de una controversia entre PRONAA y CORAL, en el marco de la ejecución del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, derivado de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 003-2012-MIDIS-PRONAA (en adelante, la "Licitación Pública" o el "Procedimiento de Selección"), específicamente relacionado al cumplimiento y pago de la segunda entrega del producto de papilla (en adelante, el "Producto" o "producto de papilla"), el cual, entre otros factores, implicó un incumplimiento sobre la inocuidad del producto y protección de la salud pública frente al internamiento de productos siniestrados por el accidente vehicular que sufrió uno de los

vehículos que transportaba 59,184 kg del producto de papilla. Cabe señalar que, para esta segunda entrega, conforme lo dispuesto por la primera adenda al contrato, correspondía que se efectúe la entrega de 198,054 bolsas (900 gr cada una), equivalente a 178,248.60 kg de producto, teniendo como fecha máxima de entrega el 26 de julio de 2012.

En línea con ello, el problema principal que se abordará en el presente informe se refiere a la posibilidad, por parte del PRONAA, que pudo haber tenido para resolver el Contrato en cuestión, frente al incumplimiento suscitado por CORAL, específicamente respecto de la inocuidad del producto entregado el 29 de julio de 2012 (59,184 kg que se encontraban en el vehículo siniestrado). Dicha problemática lleva consigo la necesidad de dilucidar cuál o cuáles eran los supuestos habilitadores para hacer ejercicio de la facultad de resolución contractual, a efectos de iniciar con el procedimiento adecuada de resolución contractual, teniendo como finalidad principal procurar la satisfacción del interés general representada por las funciones ejercidas hasta ese entonces por PRONAA, en la medida que este es un mecanismo compulsivo para el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Como resulta lógico, para poder analizar lo antes mencionado, se debe abordar lo relacionado al cumplimiento o incumplimiento por parte de CORAL respecto del producto internado sin conformidad y que generó la negativa de pago por parte de PRONAA.

En tal sentido, corresponde analizar si realmente se agotó adecuadamente las alternativas contractuales para que la Entidad pueda justificar la resolución, entre las cuales se encuentra haber solicitado la subsanación oportuna por parte del contratista o haberle requerido el cambio de los productos que, a razón del pronunciamiento de DIGESA, se determinaron como no aptos para el consumo humano.

Lo anterior toda vez que, según Morón Urbina (2019: 160), la resolución del contrato es una forma de terminación anticipada, que se produce cuando una de las partes incumple sus prestaciones “pese” a haber sido requerida para que subsane su incumplimiento, o cuando este se torne imposible de manera definitiva por caso fortuito o fuerza mayor. Asimismo, y como parte de las conclusiones arribadas, se tiene que el incumplimiento por parte de CORAL no podría haberse entendido como un caso fortuito o fuerza mayor, pero lo que corresponde verificar que, si a razón de ello y de considerarse incumplimiento por causa imputable al contratista, y en cumplimiento de la cláusula décimo quinta del contrato, no cabía la posibilidad de subsanación.

Todo lo anterior implicará, necesariamente, un análisis a profundidad de la responsabilidad asumida por cada una de las partes contratantes respecto del incumplimiento suscitado (por la inocuidad del producto destinado a consumo humano), involucrando asimismo un análisis de la razonabilidad de las penalidades aplicables (toda vez que incurrir en esta por el incumplimiento aludido trae consigo el llegar al tope máximo de penalidades trayendo consigo la posibilidad de resolver el contrato también por dicha causal, sin que exista la necesidad de apercibimiento alguno).

A efectos del análisis de todos los puntos antes mencionados, independientemente de las opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado sobre la materia, se ha visto necesario la revisión de la siguiente normativa (no limitativa):

- Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado. A la fecha se encuentra derogado, pero sirvió de marco normativo de la ejecución del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA
- Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF. A la fecha se encuentra derogado, pero sirvió de marco normativo de la ejecución del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA.
- Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Inocuidad de los Alimentos, Decreto Legislativo N° 1062.
- Directiva N° 006-2009-OSCE/CD Lineamientos para la aplicación de la modalidad especial de selección por subasta inversa. (Directiva aplicable al procedimiento de selección que devino en el Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA.)
- Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.
- Decreto Supremo N° 020-92-PCM, crean el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria – PRONAA
- Decreto Supremo N° 007-2012-MIDIS, extinguen el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria – PRONAA del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social
- Decreto Supremo N° 003-98-PROMUDEH, aprueban el Reglamento de Organización y Funciones del PRONAA
- Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
- Resolución Directoral N° 141-2010-MIMDES-PRONAA/DE que aprueba el procedimiento administrativo “Procedimientos Cuando Exista la No Conformidad del Producto Papilla”.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

El caso, específicamente los problemas jurídicos detectados, involucra los concerniente a la etapa de ejecución contractual. En virtud de ello, revisten de principal importancia los siguientes antecedentes:

- a. El 18 de abril de 2012, PRONAA y CORAL celebran el Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, por el cual se dispuso la entrega de 408,420 bolsas de 900 gr del producto de papilla, a ser entregadas en 2 fechas distintas. La segunda entrega, respecto de la cual se genera la controversia respecto del incumplimiento de pago, se programó entre el 23 de julio hasta el 26 de julio de 2012.
- b. El 21 de mayo de 2012, PRONAA y CORAL suscriben la primera adenda al Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, por el cual se modificó las cantidades de bolsas a entregar, ascendiendo a un total de 396,108 bolsas de 900 gr. Cabe señalar que CORAL efectuó la entrega de 59,184 kg correspondientes a esta segunda entrega el 29 de julio de 2012.
- c. Tras el siniestro acontecido el 24 de julio de 2012 y la entrega de las bolsas faltantes a la segunda entrega (32,880 bolsas de 900 gr c/u (29,592 TM)), el 10 de diciembre de 2012 Mediante Informe N° 006310-2012/DHAZ/DIGESA/SA, DIGESA concluye que 85,151kg. de papilla almacenada en el Equipo de Trabajo Zonal Bagua no son aptos para consumo humano.
- d. Entre agosto y noviembre de 2012, CORAL fue remitiendo comunicaciones exigiendo el cobro de la segunda entrega, a partir de lo cual, con fecha 30 de noviembre de 2012, CORAL resuelve parcialmente el contrato.
- e. Es recién a partir de ello que, con fecha 10 de diciembre de 2012, Mediante Carta N° 087-2013-MIDIS/COMISION ESPECIAL/PRESIDENCIA, la Entidad informa que, tras la evaluación efectuada a los acontecimientos acaecidos, corresponde efectuar únicamente el pago del monto de S/ 111,052.40, a razón de las penalidades aplicadas por mora y por otras penalidades por el incumplimiento en la inocuidad del producto.

2.2. Hechos relevantes del caso

FECHA	ACONTECIMIENTO						
a. 18.04.2012	<p>PRONAA y CORAL celebran el Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, por el cual se dispuso la entrega de 408,420 bolsas de 900 gr del producto de papilla, a ser entregadas en 2 fechas como se indica a continuación:</p> <table border="1"><tr><td>Primera entrega</td><td>22 al 25.05.2012</td><td>204,210 bolsas</td></tr><tr><td>Segunda entrega</td><td>23 al 26.07.2012</td><td>204,210 bolsas</td></tr></table>	Primera entrega	22 al 25.05.2012	204,210 bolsas	Segunda entrega	23 al 26.07.2012	204,210 bolsas
Primera entrega	22 al 25.05.2012	204,210 bolsas					
Segunda entrega	23 al 26.07.2012	204,210 bolsas					
b. 21.05.2012	<p>PRONAA y CORAL suscriben la primera adenda al Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, por el cual se modificó las cantidades de bolsas a entregar, conforme el siguiente detalle:</p> <table border="1"><tr><td>Primera entrega</td><td>198,054 bolsas</td></tr><tr><td>Segunda entrega</td><td>198,054 bolsas</td></tr></table>	Primera entrega	198,054 bolsas	Segunda entrega	198,054 bolsas		
Primera entrega	198,054 bolsas						
Segunda entrega	198,054 bolsas						
c. 24.07.2012	<p>Se produce el siniestro respecto del vehículo que transportaba de 32,880 bolsas de 900 gr c/u (29,592 TM).</p>						
d. 25.07.2012	<p>DIRESA Huánuco realiza la verificación y muestreo del producto papilla de CORAL, tras el siniestro ocurrido.</p>						
e. 29.07.2012	<p>CORAL efectúa la entrega 59,184 kg del producto de papilla.</p>						
f. 13.08.2012	<p>Mediante Carta N° 116-2012-CORAL/GG, CORAL solicita consideración de entrega fuera de plazo por caso fortuito o fuerza mayor.</p>						
g. 20.08.2012	<p>Mediante Carta N° 123-2012-MIDIS-PRONAA-EZB/J, la Entidad informa que la solicitud efectuada por CORAL se realizó de manera extemporánea a los plazos establecidos por el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.</p>						
h. 20.08.2012	<p>Mediante Carta N° 0122-2012-CORAL/GG, CORAL remite Factura N° 0001-001490 por el monto de S/996,013.57 correspondiente a la segunda entrega del producto papilla. Se</p>						

reitera el 28 de setiembre de 2012 mediante Carta N° 0140-2012-CORAL/GG.

- i. 10.09.2012 La Fiscalía de Prevención del Delito de Bagua, inmoviliza 96,750 bolsas de 900 gr c/u (87.075 TM).
- i. 13.11.2012 Mediante Carta Notarial, CORAL requiere a PRONAA para que efectúe el pago correspondiente bajo apercibimiento de resolver el contrato.
- j. 30.11.2012 Mediante Carta Notarial, CORAL resuelve parcialmente la primera adenda del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA.
- k. 10.12.2012 Mediante Informe N° 006310-2012/DHAZ/DIGESA/SA, DIGESA concluye que 85,151kg. de papilla almacenada en el Equipo de Trabajo Zonal Bagua no son aptos para consumo humano.
- l. 28.02.2013 Mediante Carta N° 087-2013-MIDIS/COMISION ESPECIAL/PRESIDENCIA, la Entidad informa que, tras la evaluación efectuada a los acontecimientos acaecidos, corresponde efectuar únicamente el pago del monto de S/ 111,052.40.
- m. 30.05.2013 CORAL presenta su escrito de demanda de arbitraje, a través del cual solicita, entre otros, indemnización por daños y perjuicios ascendentes al monto de S/ 996,013.57, devolución del monto retenido por concepto de garantía de fiel cumplimiento, se deje sin efecto la imposición de penalidades impuestas y la cancelación de la Factura N° 0001-001490.
- n. 22.07.2013 El PRONAA presenta su escrito de contestación de demanda y reconvencción, a través de la cual solicita que se declare la invalidez y/o nulidad y/o se deje sin efecto la Carta de Resolución de Contrato respecto al Contrato N° 010-2012-MIDIS.PRONAA y a la Primera Adenda del Contrato, así como indemnización por daños y perjuicios.

- o. 02.07.2014 El PRONAA presenta sus alegatos.
- p. 15.07.2014 Se lleva a cabo la audiencia de informe oral.
- q. 22.07.2014 CORAL presenta sus alegatos y conclusiones finales.
- r. 01.09.2014 El PRONAA presenta escrito de absolución de escrito de conclusiones.
- s. 31.10.2014 El Tribunal Arbitral emite la Resolución N° 12, Laudo Arbitral de Derecho, a través del cual se declararon fundadas casi la totalidad de las pretensiones de CORAL, salvo la del pago por concepto de indemnización por daños y perjuicios.
- t. 05.10.2015 Se expide la Resolución N° 07, respecto del expediente N° 20-2015, a través del Cual la Primera Sala Civil Superior Subespecialidad en Material Comercial de Lima resuelve dar por fundado el recurso de anulación de laudo arbitral presentado por PRONAA.
- u. 07.01.2019 El Tribunal Arbitral emite la Resolución N° 34, Laudo Arbitral Nacional de Derecho, a través del cual se declararon infundadas la totalidad de las pretensiones de CORAL, y fundada la reconvencción planteada por PRONAA.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema principal

¿Cuál debió ser el proceder diligente del PRONAA para cautelar el interés público y resolver válidamente el Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA total o parcialmente, una vez detectó el retraso en la entrega de 32,880 bolsas de 900 gr c/u (29,592 TM) del producto de papilla?

3.2. Problemas secundarios

- a. *Los incumplimientos que afectaron la inocuidad del producto declarado “no conforme”, ¿fueron de exclusiva responsabilidad de CORAL?*

- b. *¿Existe razonabilidad entre no permitir subsanación alguna por la afectación a la inocuidad del producto papilla y el interés general que se buscaba satisfacer con la contratación?*

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Problema principal

¿Cuál debió ser el proceder diligente del PRONAA para cautelar el interés público y resolver válidamente el Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA total o parcialmente, una vez detectó el retraso en la entrega de 32,880 bolsas de 900 gr c/u (29,592 TM) del producto de papilla?

Efectuar un adecuado manejo y control de los bienes internados, y pronunciarse sobre la conformidad de la recepción en tiempos razonables a efectos de poder determinar en qué medida podía proceder con activar el mecanismo de resolución contractual parcial, por la falta de inocuidad de las 32,880 bolsas de 900 gr c/u (29,592 TM), de tal manera que se pueda compeler al cumplimiento de las obligaciones asumidas, bajo apercibimiento.

Problemas secundarios

Los incumplimientos que afectaron la inocuidad del producto declarado “no conforme”, ¿fueron de exclusiva responsabilidad de CORAL?

No, hubo responsabilidad compartida con la Entidad por el riesgo transferido al entregar los productos al almacén con malas condiciones higiénico sanitarias que trajo consigo la contaminación cruzada el producto recibido, con y sin conformidad, pero que no habían sido siniestrados.

¿Existe razonabilidad entre la resolución contractual por falta de inocuidad del producto papilla y la satisfacción del interés general resguardado por la contratación?

No, deberían haberse pactado o regulado mecanismos que garanticen un mejor control y posibilidad de resguardo del interés general. La Entidad no podía quedarse

desabastecida, por lo que se tenían que implementar mecanismos alternativos frente a la falta de inocuidad generado por hechos no imputables a CORAL.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

De lo observado en el Laudo Arbitral, se tiene que el Tribunal Arbitral, no hizo un juicio detallado, suficiente y ordenado respecto del internamiento producto en cuestión conforme la segunda entrega. Ello le imposibilitó determinar y delimitar adecuadamente la responsabilidad asumida tanto por el contratista como por la Entidad.

Asimismo, pudo haber hecho un análisis de la razonabilidad de las obligaciones y facultad de resolver el contrato, para determinar en qué medida se justificaba el hecho de no dar cabida a la subsanación de los productos entregados transportados por el vehículo siniestrado o, además, analizar en qué medida el valor de penalidad del 10% del monto del contrato (lo cual habilita a la resolución contractual conforme el Reglamento de Contrataciones del Estado), resultaba razonable con el interés general que se procuraba satisfacer.

Por último, el Tribunal Arbitral obvia analizar el interés general que se pretendía satisfacer con la contratación en cuestión, restándole importancia al hecho de protección de la salud y vida de poblaciones vulnerables, frente al desabastecimiento de alimentos ya considerados en la canasta diaria y, mucho más cuestionable, el considerar que existe conformidad en la entrega de productos declarados no aptos para consumo humano.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

A continuación, se presentará el desarrollo y análisis del problema jurídico principal detectado: *“¿Cuál debió ser el proceder diligente del PRONAA para cautelar el interés público y resolver válidamente el Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA total o parcialmente, una vez detectó el retraso en la entrega de 32,880 bolsas de 900 gr c/u (29,592 TM) del producto de papilla?”.*

Como resulta evidente, para poder determinar cuál debió ser el proceder diligente del PRONAA, corresponde analizar los problemas jurídicos secundarios identificados, los cuales son los siguientes:

- *Los incumplimientos que afectaron la inocuidad del producto declarado “no conforme”, ¿fueron de exclusiva responsabilidad de CORAL?*

- *¿Existe razonabilidad entre la resolución contractual por falta de inocuidad del producto papilla y la satisfacción del interés general resguardado por la contratación?*

Respecto del primer problema jurídico secundario, se pasará a profundizar respecto del (i) procedimiento aplicable a la recepción del producto papilla afectado en su “inocuidad”, para posteriormente poder delimitar su impacto en el incumplimiento a cabalidad de la segunda entrega (ii) las obligaciones y responsabilidades asumidas en el marco del Contrato y cuya inobservancia influyeron en la afectación a la “inocuidad” del producto papilla; y, de tal manera, determinar si (iii) existía algún supuesto de “causa no imputable” y/o eximente de responsabilidad por parte de CORAL. Es decir, se pasará a analizar el procedimiento aplicado en el caso en concreto, los actores y acciones involucradas y, finalmente la determinación y/o delimitación de la responsabilidad por la afectación a la inocuidad del producto papilla siniestrado (con conformidad y no conformidad).

Una vez desarrollado lo anterior y delimitado el alcance de la responsabilidad asumida por las partes contractuales, se pasará a desarrollar lo concerniente al segundo problema jurídico secundario, empezando por profundizar acerca de la (i) razonabilidad entre la resolución contractual por falta de inocuidad del producto papilla y la satisfacción del interés general resguardado por la contratación, (ii) la procedencia de resolución del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA e implicancias de que la Entidad haya ejercido su facultad de resolución contractual (entre ello, analizar la posibilidad de haber utilizado mecanismos alternativos para garantizar el abastecimiento); y, finalmente, (iii) sobre los efectos y atribuciones para la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento en el marco de la resolución contractual por causa imputable a CORAL.

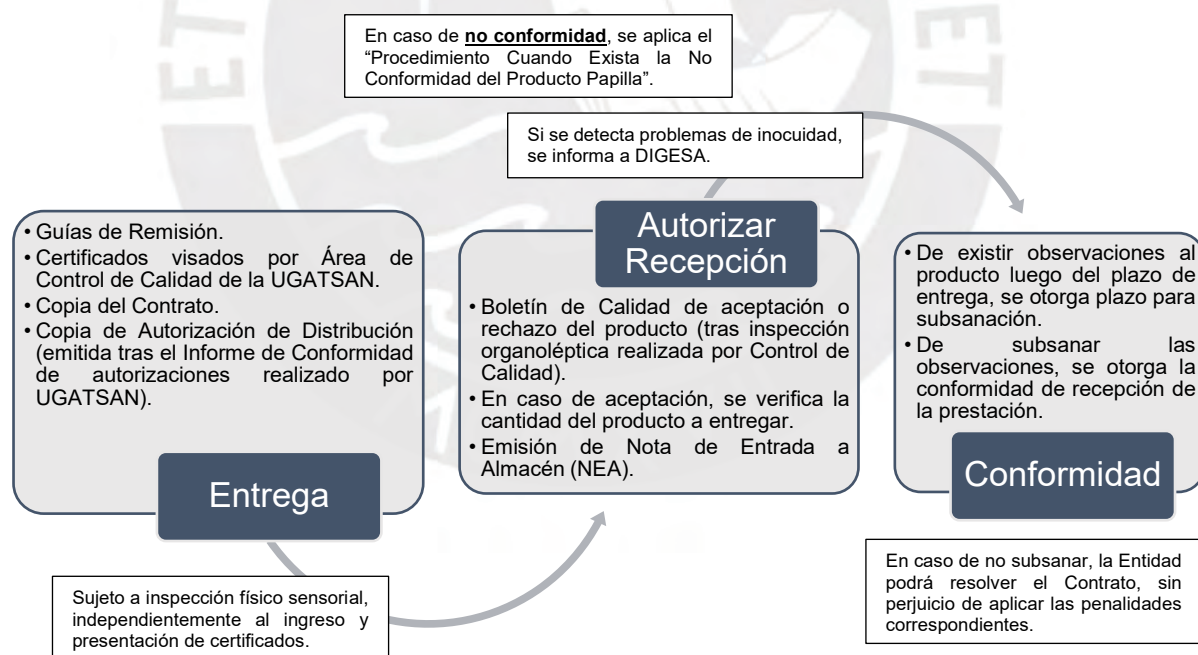
Para propósito del desarrollo del presente informe, se debe tener en cuenta las siguientes referencias:

- Unidad Gerencial de Articulación Territorial y Seguridad Alimentaria y Nutricional (en adelante, “UGATSAN”).
- Centro Nacional de Alimentación y Nutrición (en adelante, “CENAM”).
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, “INDECOPI”).

5.1. Del procedimiento aplicable a la recepción del producto papilla afectado en su “inocuidad” y su impacto en el cumplimiento a cabalidad de la segunda entrega

La controversia suscitada respecto de la solicitud de pago a favor de CORAL por la segunda entrega del producto papilla, se originó tras la determinación por parte de la Entidad de que 65,760 bolsas de 900 gr c/u (59.184 TM) que ingresaron el 29 de julio de 2012 (día no laborable en PRONAA), no se sujetaron a evaluación física y la sensorial fue deficiente¹, en consecuencia, no se autorizó la recepción conforme se dispuso en el Contrato. Inclusive, la propia Entidad desconoce el pago por las 30,990 bolsas de 900 gr c/u (27.891 TM), ingresadas el 26 de julio de 2012, pero que no fueron distribuidas por esta y se quedaron en el Almacén del ETZ.

En atención a ello, a efectos de analizar el procedimiento aplicable a la recepción del Producto, se debe tener en cuenta el procedimiento y documentos requeridos respecto de la entrega del Producto y el otorgamiento de su conformidad, conforme lo dispuesto en las Bases, Ficha Técnica aprobada y el Contrato:



Fuente: Elaboración propia

¹ Indicado mediante Carta N° 087-2013-MIDIS/COMISION ESPECIAL/PRESIDENCIA.

De lo presentado, se puede sintetizar que, de lo establecido en el Contrato y sus documentos integrantes, el proceso de recepción y conformidad del Producto se subdividía en los siguientes puntos:

1. Entrega: Este se entiende como el primer paso respecto del cumplimiento de las obligaciones asumidas por CORAL. Así, se dispuso que la entrega del Producto se realice en las cantidades, lugares de entrega, plazos, presentación y rotulado estipulados en el Contrato; entregando las guías de remisión respectivas, los certificados de calidad y/o inocuidad del Producto correspondientes y visados por la autoridad acreditada por INDECOPI (conforme lo indicado por la Ficha Técnica aprobada), la copia del contrato y copia de la Autorización de Distribución. Todo ello siempre que la UGATSAN determine la conformidad de calidad y/o inocuidad del Producto (respecto de la producción).

Previo a ello, antes de iniciar la producción del Producto, CORAL debió entregar formalmente el “cronograma de producción, indicando día y hora del inicio de la producción respecto de cada entrega pactada (al menos 30 días antes de la fecha de distribución establecida). De esta manera, se garantizaba la vigencia, inocuidad e integridad del Producto (por el periodo de 6 meses como mínimo desde la fecha de su producción).

2. Autorización de Recepción: Una vez recibido el Producto, este se sujeta a la inspección físico sensorial por parte del área de Control de Calidad e la Entidad, y de ser positivo, se emite el Boletín de Calidad aceptando (o rechazando) el Producto. Tras la aceptación, se verifica la cantidad y se emite la Nota de Entrada a Almacén (NEA).
3. Conformidad: Tras todo lo anterior, la Entidad se reserva aún la posibilidad de observar el Producto recibido, concediendo los plazos para subsanación respectiva a efectos del otorgamiento de la conformidad del mismo.

Se debe recordar que, en atención al punto 2 y 3 antes indicados, el artículo 176 del anterior Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado indicaba:

“La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.” (El resaltado es propio).

Lo anterior si bien difiere de lo dispuesto por la normativa actual, resultaba de aplicación al proceso de recepción y conformidad de la entrega del Producto. En dicha línea, de la verificación de las Bases, no se ha identificado que se haya establecido un órgano encargado del otorgamiento de conformidad, de lo cual se desprendería que el órgano encargado de la recepción y conformidad era la administración del PRONAA. Sin perjuicio de ello, también el citado artículo indica se debe considerar las normas de organización interna de la Entidad (en el caso en concreto, el Manual de Organización y Funciones – PRONAA de Equipos Zonales y Sede Central). A partir de ello, y de la revisión del Informe Final - Presupuesto Público Evaluado, elaborado por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social en el año 2008, se establece que el proveedor entrega los alimentos adquiridos en los almacenes del Equipo de Trabajo Zonal que corresponda, pasando a ser función de la UGATSAN el proceso de almacenamiento, control de calidad y distribución de alimentos. En tal sentido, las normas de organización interna del PRONAA no dispone un órgano específico encargado de otorgar la conformidad.

Así, y por aplicación supletoria del Reglamento de Contrataciones del Estado aplicable y antes citado, se tiene que el encargado de brindar la conformidad era el órgano de administración, conforme lo indica también el “Procedimiento Cuando Exista la No Conformidad del Producto Papilla”, aprobado por Resolución Directoral N° 141-2010-MIMDES.PRONAA/DE (en adelante, el “Procedimiento Cuando Exista la No Conformidad del Producto Papilla” o el “Procedimiento de No Conformidad”): “(...) *la UGATSAN remite inmediatamente la No Conformidad a la Unidad Administrativa, quien comunicará al contratista los resultados emitidos por CENAN.*”

Sin perjuicio de ello, atendiendo al segundo párrafo del artículo citado, la Cláusula Cuarta del Contrato dispone que, a efectos de proceder con el pago de la contraprestación a favor de CORAL, se debe contar con el Informe de Recepción y Conformidad del **funcionario responsable del área usuaria**, siendo que esta última el PRONAA a través del Equipo de Trabajo Zonal Bagua.

Entonces, puede advertirse que existe disposiciones contrapuestas entre sí, pues las Bases no establecen que sea el ETZ quien brinde la conformidad, y la normativa aplicable indicada que ello lo efectuaría la administración o del órgano establecido en

las bases. Más aún cuando la normativa indica que la conformidad requiere del funcionario responsable del área usuaria, entendiéndose solo como el sustento de esta, mas no como el documento que represente la voluntad de la Entidad de recibir los bienes en conformidad.

Sin embargo, se observa que el Tribunal Arbitral no hizo énfasis en el análisis antes mencionado, limitándose a indicar que la Entidad no observó ni rechazó el producto en la oportunidad que tuvo para hacerlo, sin indicar cuál debiera haber sido el plazo para otorgar conformidad o denegarla, toda vez que la norma aplicable en dicho extremo no establecía plazos al respecto.

Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde mencionar las etapas posteriores a la recepción y conformidad del Producto:

- (i) Pago: El punto 13.5 de las Bases de la Licitación Pública, indica que los pagos se efectúan después de la entrega de los Bienes. Teniendo en cuenta que se dispuso únicamente 2 entregas, correspondía el pago luego de la entrega total y al 100%, contando con la correspondiente recepción y conformidad. Ello en la medida que no se contrató considerando un cronograma de entregas.
- (ii) Evaluación de inocuidad para el consumo: La Fecha Técnica indica que: *“El comprador se reserva el derecho de realizar verificaciones inopinadas al proveedor en el momento y lugar que considere pertinentes a cargo de su personal y/o mediante otra entidad que considere adecuada, pudiendo hacer uso de los Organismos de Evaluación acreditados por INDECOPÍ”*. A partir de ello, tras haberlo considerado pertinente, la Entidad solicitó evaluación por parte de DIGESA del Producto, resultando como “no aptos para consumo humano” un total de 94,613 bolsas de 900 gr c/u (85.151.7 TM).
- (iii) Distribución del Producto a la población: Diferente a la autorización de distribución con la que debe contar CORAL para poder trasladar el Producto al Almacén del ETZ. Corresponde una función de la UGATSAN, ya habiéndose verificado todas las condiciones cumplidas por parte de CORAL para garantizar la salud de la población interesada.

Considerando lo anterior, es importa enfatizar que el Tribunal Arbitral, al analizar si hubo observación o rechazo del Producto, indica que (i) DIRESA de Huánuco emitió

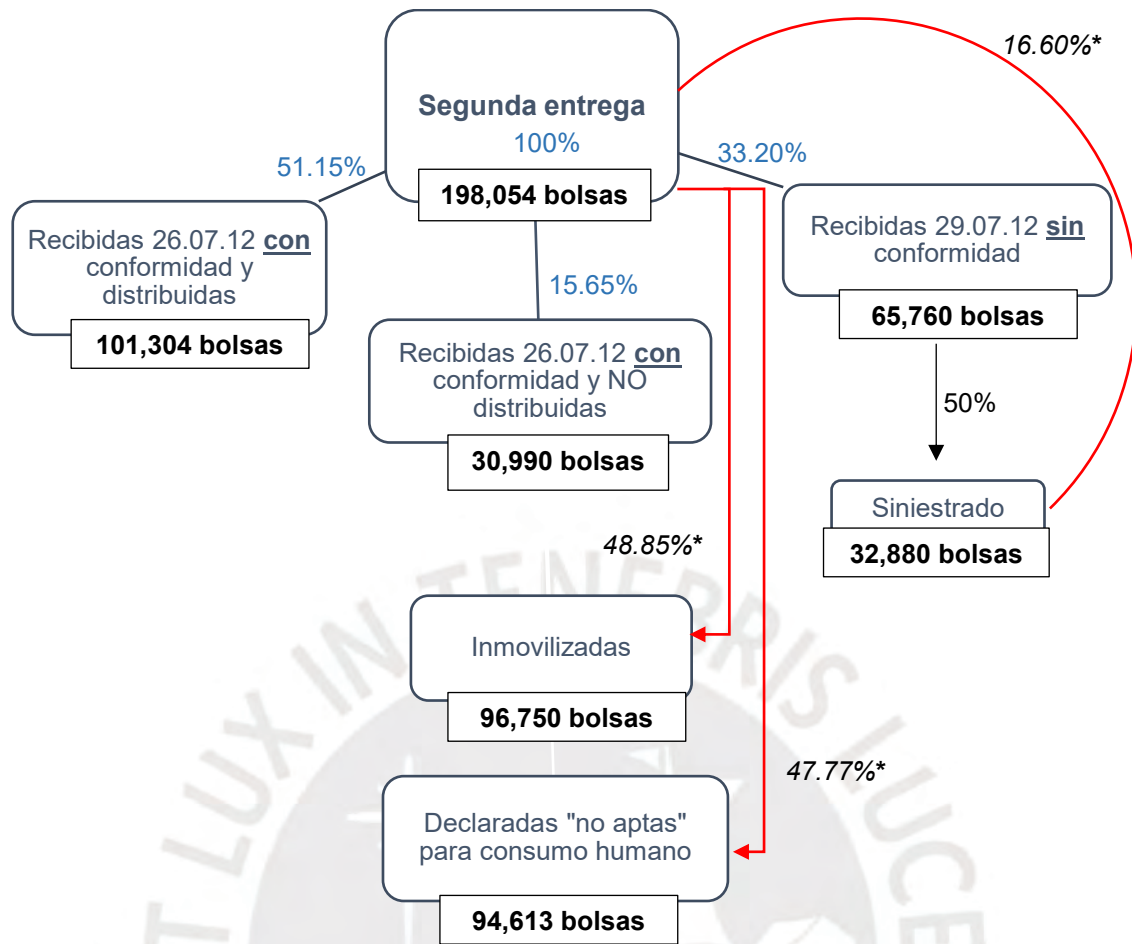
certificado que garantizaba el consumo del Producto, (ii) que se puso a conocimiento de la Entidad del accidente ocurrido el 24 de julio de 2012, (iii) que dicha carga contaba con guía de remisión, Nota de Entrada de Almacén y Boletín de Control de Calidad. A partir de ello concluye que el Producto entregado el 29 de julio de 2012 “(...) *era un producto inocuo para el consumo humano y validado por la Entidad en dicha fecha*”.

Es por lo anterior que se observa que el Tribunal Arbitral no realiza una evaluación completa, suficiente y precisa de las etapas antes descritas, para poder determinar hasta qué punto la actuación de CORAL contravino con las disposiciones del Contrato e, incluso, contra la normativa en materia de inocuidad de alimentos aplicable, conforme se abordará más adelante.

Ahora bien, a efectos de analizar el impacto de la declaratoria de “no apto para consumo humano” por parte de DIGESA, corresponde analizar el alcance del incumplimiento respecto de la inocuidad del Producto conforme lo dispuesto por la el Contrato en relación a la segunda entrega, la cual debió realizarse del 23 al 26 de julio de 2012.

Tal es así, que de las 198,054 bolsas de 900 gr c/u (178.248600 TM), solo 101,304 bolsas de 900 gr c/u (91.17360 TM) fueron recibidas con conformidad y distribuidas por la Entidad, representando el 51.15% de la segunda entrega. Además, se tiene que 15.65% de las bolsas del Producto que conforman la segunda entrega fueron recibidas, dentro del plazo establecido y contaban con conformidad, pero no fueron distribuidas por la Entidad.

A efectos de graficar lo mencionado, se presenta lo siguiente:



Fuente: Elaboración Propia

* Porcentajes relevantes con respecto a la cantidad total de la segunda entrega.

Siguiendo lo anterior, y, a efectos de poder visualizar de manera uniforme las cantidades del Producto ingresadas y recibidas con o sin conformidad, para luego analizar si estas se expusieron a contaminación cruzada con respecto a la delimitación de la responsabilidad de los demás intervinientes, se presenta el siguiente cuadro:

Bolsas (900 gr)	TM	Kilogramos
Entregas conforme el Contrato		
408,420	367.578000	367'578,000
Entregas conforme la adenda		
396,108	356.497200	356,497.2
	Primera	
198,054	178.248600	178,248.6
	Segunda	

OBSERVACIONES

- Pago completo

198,054	178.248600	178,248.6
		Ingreso el 26.07.2012
132,294	119.0646	119,064.60
		Distribuidas
101,304	91.17360	91,173.6
		No distribuidas
30,990	27.891	27,891
		Ingreso el 29.07.2012
65,760	59.184	59,184
		Siniestradas
32,880	29,592	29,592
		No siniestradas
32,880	29,592	29,592
Inmovilizadas por la Fiscalía de Prevención del Delito de Bagua		
96,750	87.075	87,075
Declarado como "no apto para consumo humano"		
94,613	85.151.7	85,151.7
No se declaró como "no apto para consumo humano"		
103,441	93.0969	93,096.9

- Entidad indica que solo corresponde pago por este concepto
- Ingresadas y contaban con conformidad, pero no fueron distribuidas por la Entidad
- Ingresadas pero declaradas como como no conforme

Incluye las dadas como conformes, pero no distribuidas; y, las ingresadas tardíamente (siniestradas y no siniestradas)

2,137 bolsas de 900 gr. menos que las inmovilizadas y que también pudieron pagarse

En consecuencia, a la declaración de las no aptas, se pudo pagar lo correspondiente a las recibidas y conformes.

Fuente: Elaboración propia

Atendiendo a lo anterior, mediante acta de verificación de fecha 29 de agosto de 2012 (1 mes después del ingreso), se indica que las 65,760 bolsas de 900 gr c/u (59.184 TM) que representaban el **33.20%** de la cantidad total de la segunda entrega, tienen el resultado "no conforme" por no cumplir con las especificaciones técnicas de la Ficha Técnica correspondiente en relación a la hermeticidad del envase. Sin embargo, hasta tal fecha no se había llegado a determinar afectación a la inocuidad del producto recepcionado por la Entidad para proceder a su distribución.

Mediante dicha acta de verificación, se puso de manifiesto que no se autorizaba la recepción del Producto antes indicado. En tal sentido, correspondió la aplicación del “Procedimiento Cuando Exista la No Conformidad del Producto Papilla”, el mismo que en su artículo 3 dispone que, en caso de no presentarse la conformidad, se podrá inmovilizar el producto. A partir de ello, se otorgan dos (2) días hábiles para solicitar reevaluación del producto, tras lo cual, de obtener el mismo resultado y **detectar problemas de calidad o inocuidad**, se procederá a inmovilizar el producto y comunicar de ello a DIGESA. Sin embargo, ello no sucedió en el caso en cuestión, demostrando así un actuar negligente por parte del PRONAA para procurar la adecuada del producto recepcionado.

En síntesis, se tiene que el producto ingresado el 29 de julio de 2012 (3 días después del plazo de entrega), ascendió a 65,760 bolsas de 900 gr c/u (59.184 TM)², que representaban el **33.20%** de la entrega total, únicamente contaba con recepción física, más no con autorización dispuesta por el Boletín de Calidad que habría emitido el área de Control de Calidad, pues se habría detectado que el producto no cumplía con las especificaciones técnicas dispuestas en la Ficha Técnica.

Ahora bien, se tiene que el 10 de setiembre de 2012 (casi 2 meses luego de la entrega del lote final), la Fiscalía de Prevención del Delito de Bagua, inmoviliza 96,750 bolsas de 900 gr c/u (87.075 TM), es decir, no solo el 33.20% sino el 48.85% de la entrega total, dentro de las cuales se encontraban las 65,760 bolsas de 900 gr c/u (59.184 TM) no recepcionadas con conformidad y la diferencia de Producto que si habría pasado la conformidad requerida pero no se habría llegado a distribuir.

Hasta tal fecha no se observa que habría pronunciamiento del área de Control de Calidad que señale la afectación a la inocuidad del producto inmovilizado. Por el contrario, mediante Carta N° 087-2013-MIDIS/COMISION ESPECIAL/PRESIDENCIA, la Entidad señala que: *“Como procedimiento previo a declarar la baja del producto inmovilizado se ha solicitado a la DIGESA que se pronuncie sobre la aptitud para el consumo humano y destino final del mismo, (...)”*. De ello se entiende que no se aplicó el procedimiento dispuesto en el artículo 3 del “Procedimiento Cuando Exista la No Conformidad del Producto Papilla”.

² En la cual se incluyen las de 32,880 bolsas de 900 gr c/u (29,592 TM) involucradas en el accidente automovilístico del 24 de julio de 2012.

Es de advertirse que CORAL, una vez informada de la no recepción del Producto, mediante Carta N° 116-2012-CORAL/GG, el 13 de agosto de 2012 solicita reconsideración al respecto, considerando que hasta tal fecha el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones aplicable no disponía que las controversias relacionadas a la recepción y conformidad podían ser sometidas a conciliación y/o arbitraje, pues la modificación de dicho artículo se publicó el 07 de agosto de 2012, con entrada en vigencia a partir del trigésimo día hábil siguiente, por lo que en el sentido de aplicación de normas en el tiempo, no era posible proceder en tal sentido.

Ahora bien, a efectos de pasar al siguiente punto, se debe recordar que, hasta tal momento (17 de octubre, fecha en la cual la Entidad pone a conocimiento de DIGESA la existencia del producto “no conforme”), ya habían transcurrido alrededor de 3 meses de recibido el lote final del Producto, y 2 meses de rechazar la recepción.

5.2. Delimitación de obligaciones y responsabilidades contractuales en el marco del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA respecto de la afectación a la “inocuidad” del producto papilla

En el marco del análisis de la ejecución contractual del Contrato, a efectos de identificar la responsabilidad involucrada respecto del incumplimiento penalizado por parte del PRONAA, se debe partir por identificar en primer lugar las partes involucradas y pertinentes para el análisis del caso en concreto. Estas partes pueden ser contractuales e incluso ser terceros, los cuales se entendieron como necesarios durante el avance de la contratación.

De tal manera, se entiende que las partes contractuales involucradas serían el PRONAA a través del Equipo de Trabajo Zonal de Bagua (en adelante, el “ETZ) (y todos sus órganos internos y unidades administrativas involucradas, como el almacén, el área de Control de Calidad, UGATSAN, entre otros) como la parte contratante, y CORAL, como la parte contratista. Adicionalmente, como los terceros involucrados como parte de la ejecución contractual en cuestión, se tiene al CENAN, la DIGESA y la Fiscalía de Prevención del Delito de Bagua.

Sin perjuicio de lo último, a efectos de poder definir adecuadamente el alcance de la responsabilidad asumida por CORAL en relación a las 65,760 bolsas de 900 gr c/u (59.184 TM) recibidas como “no conformes”, dentro de las cuales se incluyeron las 32,880 bolsas de 900 gr c/u (29,592 TM) involucradas en el accidente automovilístico

del 24 de julio de 2012; corresponde presentar el las principales obligaciones contractuales³ que fueron asumidas por las partes en cuestión, para luego pasar a analizar el rol influyente de los terceros respecto del incumplimiento detectado sobre la afectación a la inocuidad de 94,613 bolsas de 900 gr c/u (85.151.7 TM) indicado por DIGESA.

Obligaciones por parte de CORAL:

- Entregar el producto en cantidad, lugar, plazo, presentación y rotulado estipulado: a efectos de cumplir con la Ficha Técnica y el Contrato y se pueda emitir la conformidad respectiva.
- Procesar el producto para cada entrega, máximo 30 días antes de la fecha de distribución establecida y con vida útil de 6 meses desde la producción: toda vez que el Contrato disponía la responsabilidad de integridad del Producto mientras dure la vigencia del mismo.
- Entregar producto en bolsones de mínimo de 27 kg en envases que garanticen inocuidad, **resistencia y seguridad** hasta la fecha de vencimiento, debidamente numerados: a efectos de que PRONAA pueda realizar el adecuado control de calidad y cantidad.
- Producto debe ser inocuo y deberá contar con el valor nutricional requerido: sometido a cuantas supervisiones considere PRONAA debían de aplicarse a efectos de garantizar la entrega de Producto de calidad para garantizar la salud de la población dirigida.
- Entregar en Sede Central del PRONA los certificados requeridos para autorizar la distribución del producto (símbolo acreditación INDECOPI), emitido por Organismo de Certificación y/o inspección acreditada por INDECOPI: a efectos de garantizar la inocuidad del producto **al menos desde su producción y distribución al Almacén del ETZ.**

Obligaciones por parte de PRONAA:

³ El detalle de dichas obligaciones se presenta en una Matriz de Obligaciones incluida en el presente informe como Anexo 1.

- Recepción, autorización de recepción y conformidad: de tal manera que se pueda poder realizar el pago de la contraprestación a favor de CORAL.
- Supervisiones inopinadas: aunado con lo anterior, de tal manera que se garantice la inocuidad del producto hasta su destino final, y no únicamente al momento de su producción, pues en la cadena de producción, almacenamiento y distribución se pudieron decantar distintos factores que afecten la calidad del Producto. Un ejemplo claro de ello fue el accidente ocurrido el 24 de julio de 2012, respecto de lo cual 32,880 bolsas de 900 gr c/u (29,592 TM) fueron expuestas a contaminantes externos y, una vez puesto a conocimiento de ello, el PRONAA debió actuar con la diligencia debida para asegurar el aislamiento o no almacenamiento del mismo en el Almacén del ETZ donde se expuso a contaminación el resto de lotes que se encontraban en el mismo espacio.

Ahora bien, determinado que PRONAA contaba con la obligación de garantizar la adquisición de productos inocuos para su distribución a la población final, corresponde analizar las funciones correspondientes a DIGESA, entidad que declaró finalmente la inaptitud de los bienes para consumo humano.

5.2.1. Autoridad competente para declarar la falta de inocuidad del producto papilla

Al contrario de lo que sostiene el Tribunal Arbitral, indicando que, con el Boletín de Calidad del Producto, la NEA y demás documentos internos que corroboran la recepción del Producto, se “(...) corrobora la inocuidad del producto (...)”, se debe tener en cuenta que el único y exclusivo encargado de verificar ello es la DIGESA.

Tal es así que el Decreto Legislativo N° 1062 que aprueba la Ley de Inocuidad de los Alimentos, publicado en junio de 2008, se promulgó con el fin de regular un marco legal que garantice la inocuidad de alimentos destinados al consumo humano, a efectos de que se proteja principalmente la salud de las personas, y en consecuencia su vida.

En tal sentido, su artículo 14 dispone que: *“El Ministerio de Salud a través de la Dirección General de Salud Ambiental es la Autoridad de Salud de nivel nacional y tiene **competencia exclusiva** en el aspecto técnico, normativo y de supervigilancia **en materia de inocuidad de los alimentos destinados al consumo humano**, elaborados*

industrialmente, de producción nacional o extranjera, con excepción de los alimentos pesqueros y acuícolas.” (El resaltado es propio).

Dicho de otra forma, la única entidad pública autorizada para pronunciarse sobre la inocuidad del Producto cuando se encuentra destinado a consumo humano, era DIGESA, independientemente de que para el trámite de recepción y conformidad los órganos internos de PRONAA intervenían en dicho control. Ello en la medida que se hable de productos **destinados para consumo humanos**, es decir, una vez haya pasado por toda la cadena de producción y almacenamiento y se encuentre puesto para su distribución a la población.

Lo anterior, se puede entender a partir de la definición de la llamada actividad de limitación o de policía, siendo esta aquella que se encuentra subordinada al ejercicio de los derechos individuales y el desarrollo de las relaciones jurídicas a las exigencias y el mantenimiento del orden público, estando este último relacionado a velar por la salubridad, seguridad y tranquilidad públicas (Sánchez, 2021, p. 3). En dicha línea, Manuel Rebollo señala que en esta actividad la Administración impone restricciones, deberes o de cualquier modo ordena de forma obligatoria las actuaciones privadas con el fin de garantizar algún interés público, vigila su cumplimiento y reacciona ante los incumplimientos para restablecer la legalidad (2009, p.14). Entendiendo el concepto de legalidad como cumplimiento irrestricto de la normativa (habilitadora o restrictiva de derechos).

Ahora bien, dentro de este tipo de actividades de policía, se encuentran los “actos de comprobación o fiscalización”, siendo que estas tienen como finalidad corroborar y examinar que la conducta de los administrados, para que esta sea acorde a los deberes y no contravenga las prohibiciones ni limitaciones a los cuales se encuentra sometida, considerando, además, que los actos de comprobación deberán realizarse respetando el principio de presunción de veracidad y el principio de controles posteriores de cumplimiento de la normativa aplicable (Sánchez, 2021, p.18). Con dicha finalidad, García Ureta indica que la Administración tendrá la potestad de recopilar datos, así como realizar actividades de investigación y vigilancia (2006, p.13-16). Ello se ve reflejado en las supervisiones inopinadas a razón de las cuales PRONAA pudo solicitar a DIGESA evaluación del Producto inmovilizado, siendo esta función exclusiva de la misma respecto de la seguridad sobre la inocuidad de los alimentos para consumo final.

Sobre el particular, Sánchez Povis hace referencia a tres principales elementos que permiten identificar estos actos. Es así que, primero, la fiscalización va a tener una finalidad de observancia del Derecho General; segundo, implicará una actividad por parte de la autoridad, la cual deberá actuar dentro de los límites; y, en tercer lugar, tendrá también una finalidad de verificación orientada como un fin público. (2021, p.18)

Entonces, en el caso en concreto, DIGESA en su Informe N° 006310-2012/DHAZ/DIGESA, indica que CORAL infringió lo dispuesto en el inciso i) del artículo 121 del Decreto Supremo N° 007-98-SA, Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas:

“Constituyen infracciones a las normas sanitarias sobre fabricación, fraccionamiento y almacenamiento de alimentos y bebidas y servicios de alimentación de pasajeros en los medios de transporte, según corresponda, las siguientes:

(...)

i) Fabricar, almacenar, fraccionar o distribuir productos contaminados o Adulterados”

Asimismo, señala que el PRONAA incumplió con el artículo 70 de la mencionada norma:

“(...) Se deberá contar con ambientes apropiados para proteger la calidad sanitaria e inocuidad de los mismos y evitar los riesgos de contaminación cruzada (...)”

En tal sentido, al ser autoridad competente y exclusiva para determinar la inocuidad de alimentos en su etapa de distribución para consumo humano, DIGESA determinó responsabilidad compartida respecto de las 94,613 bolsas de 900 gr c/u (85.151.7 TM) que representan el 47,77% del total de la segunda entrega.

Ahora bien, también debe tenerse en cuenta sobre este punto, en qué medida el pronunciamiento de Diresa Huánuco sobre la inocuidad del producto luego del siniestro, es vinculante para poder determinar si realmente los bienes internados cumplían o no con la calidad requerida. Porque se debe considerar que, del transporte hasta la recepción e internamiento, almacén y pronunciamiento de DIGESA pasaron varios meses en los cuales el producto pudo haberse sometido a distintos factores de contaminación.

En tal sentido, sobre las competencias de DIRESA se tiene que esta tiene su ámbito jurisdiccional el Departamento de Huánuco, conforme lo dispone su Reglamento de Organización y Funciones (en adelante, "ROF DIRESA Huánuco"), ejerciendo autoridad y rectoría de salud en dicho territorio, por delegación del Ministerio de Salud. Dentro de sus funciones, se tiene que este supervisa y fiscaliza los servicios de salud públicos y privados, conduce y ejecuta la prevención y control de riesgos y daños de emergencias y desastres, ejecuta las acciones efectivas que "(...) contribuyan a elevar los niveles nutricionales de la población de la región."⁴

En tal sentido, llama mucho la atención que el Tribunal Arbitral haya considerado competente a DIRESA Huánuco para pronunciarse sobre la inocuidad del producto siniestrado, únicamente considerando el ámbito territorial de competencia, más no el funcional, pues como se estableció anteriormente, DIGESA cuenta con la atribución exclusiva de pronunciarse en relación a la inocuidad de alimentos en el territorio nacional.

5.3. Análisis de "causa no imputable" del contratista a razón del siniestro que ocasionó el retraso en la entrega de 32,880 bolsas de 900 gr c/u (29,592 TM) del producto de papilla y la contaminación cruzada del producto recibido (con y sin conformidad) pero no siniestrado

Parte de lo alegado por CORAL para contradecir la no recepción del Producto por la cantidad de 65,760 bolsas de 900 gr c/u, dentro de las cuales se encontraban las 32,880 bolsas de 900 gr c/u siniestradas por el accidente del 24 de julio de 2012, fue indicar que el accidente se refería a una causa no imputable a la misma.

Indica, asimismo, que con fecha 26 de julio de 2012 se intentó realizar la entrega de las 65,760 bolsas de 900 gr c/u, pero por temas de horario no se permitió, razón por la cual se efectuó el domingo 29 de julio de 2012. A ello cabe hacer la precisión de que la segunda entrega, en su integridad, estaba establecida como fecha límite al 26 de julio de 2012, siendo este un día jueves. Entonces, se observa que, de haber existido impedimento del ingreso del Producto por temas de horario, se pudo haber hecho la entrega a primera hora del viernes 27 de julio de 2012.

⁴ Conforme lo dispone el artículo 5 del ROF DIRESA Huánuco.

Sin embargo, se observa que el ingreso se realizó el domingo 29 de julio de 2019, día no laborable para el PRONAA⁵, donde si bien el producto de recepción, tras las correspondientes inspecciones se determinó la no conformidad por evidente incumplimiento de las condiciones contractuales y Ficha Técnica.

El Tribunal Arbitral no analiza este hecho, pues considera que la comunicación realizada por CORAL respecto del siniestro acontecido justificaba la ampliación de la fecha de entrega del Producto y que, incluso, al haber recibido los bienes el 29 de julio, y se contaban con certificados de inocuidad (de la producción más no para la distribución), era prueba suficiente de que CORAL habría cumplido con sus obligaciones.

Asimismo, CORAL sostiene que tras, el incidente, DIRESA Huánuco realizó el análisis microbiológico y sensorial realizado después del siniestro de las 32,880 bolsas, dictaminando que no existía afectación de inocuidad del Producto. Como se indicó anteriormente, dicha entidad no tenía competencias para determinar la inocuidad del Producto destinado a consumo humano, pues dentro de sus funciones, conforme lo dispuso su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por la Ordenanza Regional N° 128- Gobierno Regional Amazonas/CR, no se encontraban las de ser la autoridad competente para determinar ello.

Sin perjuicio de todo lo anterior, y teniendo en cuenta que la entrega de las 32,880 bolsas siniestras infringió el artículo 121 del Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas, lo cual resulta de responsabilidad directa y completa de CORAL, ¿corresponde concluir lo mismo de las 61,733 bolsas que también fueron declaradas como no aptas para consumo humano pero que no fueron afectadas por el siniestro?

En este aspecto, se debe tener en cuenta que DIGESA también concluyó que la contaminación cruzada se generó por las condiciones en las cuales se encontraba el Almacén del ETZ Bagua. Entonces, ¿se podría concluir que la contaminación cruzada se originó por causa no imputable a CORAL? En este sentido, corresponde ahondar en el concepto de causa no imputable, para, posteriormente, definir en qué medida se compartió la responsabilidad con PRONAA en relación a las inadecuadas condiciones del Almacén del ETZ que trajo consigo la contaminación total de 94,613 bolsas declaradas como no aptas, y no solo de las 32,880 bolsas que se encontraban en el vehículo siniestrado.

⁵ Aunque a pesar de ello, durante la vigencia del contrato, los plazos se computarán en días calendario, conforme lo disponía el artículo 151 del Reglamento de Contrataciones del Estado.

5.3.1. Aplicabilidad del caso fortuito o fuerza mayor como “eximente” de responsabilidad

Cuando se evidencia supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, en concordancia con la normativa aplicable, se tiene que puede procederse conforme la aplicación de 2 diferentes mecanismos: resolución del contrato o ampliación de plazo.

En relación a la posibilidad de resolver el contrato, la Opinión N° 046-2012/DTN, en su considerando 2.1.2, indica que (...) *el artículo 44 de la Ley prevé la posibilidad de resolver el contrato cuando, debido a una causa de caso fortuito o fuerza mayor, resulte imposible continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, de manera definitiva.*

El referido artículo también precisa que la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar sus prestaciones.”

En tal sentido, se observa que dicho mecanismo no hubiese resultado de aplicación, toda vez que, de haberse considerado como la prestación de imposible cumplimiento, CORAL habría tenido que demostrar que el siniestro ocasionó que esta se encuentra en imposibilidad de volver a producir el lote del Producto afectado, lo cual en el caso no aconteció de tal manera.

En relación a la ampliación de plazos, conforme el artículo 175 del Reglamento de Contrataciones del Estado, se tiene que dentro de las causales para la procedencia de la ampliación de plazo, se tiene al caso fortuito o fuerza mayor, que, conforme lo sostiene la Opinión N° 011-2014/DTN, *“(...) para definir qué se entiende por “caso fortuito o fuerza mayor”, debe tenerse en consideración (...) el artículo 1315 del Código Civil establece que “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.” (El subrayado es agregado).”*

Así, dicha opinión indica que un hecho o evento extraordinario se entiende como algo fuera de lo ordinario, no natural o común, es imprevisible cuando supera lo razonable en la previsión del deudor, y, es irresistible cuando no es posible evitarlo o impedir su acaecimiento. Asimismo, indica que el caso fortuito depende de hechos de la naturaleza y la fuerza mayor a hechos del hombre.

En tal medida, si bien CORAL demostró que el accidente automovilístico significaba un evento de fuerza mayor, al haber sido provocado por hechos del hombre y que en buena cuenta puede haber sido extraordinario, imprevisible e irresistible, ello aconteció el 24 de julio de 2012, dentro del plazo de entrega. Entonces, no existió justificación en base a un caso fortuito o fuerza mayor que habilitara proceder con la ampliación de plazo, pues posterior a este todavía se contaban con 2 días más para realizar el internamiento, en tanto (i) no hubo retraso porque el hecho generador aconteció 2 días antes del vencimiento del plazo, (ii) este mismo aconteció el 24 de julio de 2012 y ese mismo día finalizó, sin que se haya extendido más tiempo.

Sin perjuicio de ello, CORAL argumenta del mismo modo que el 26 de julio de 2012 no pudo internar los bienes toda vez que por el horario no se pudo coordinar con el jefe de control de calidad. En este sentido, si bien ello se pudo haber debido a un hecho ajeno a la voluntad de CORAL, se debe tener en cuenta que se pudo haber internado los bienes al día siguiente a primera hora. En este sentido, ya no estaríamos hablando del hecho generador como el accidente automovilístico, sino de la negativa del almacén de recibir los bienes el 26 de julio de 2012 en la noche.

Sin embargo, la solicitud de ampliación de plazo presentada por CORAL únicamente se refirió al accidente automovilístico más no a la imposibilidad de coordinar el internamiento el mismo 26 de julio. Cabe resaltar que la solicitud debió haberse presentado, en todo caso, máximo hasta el 7 de agosto de 2012 (7 días hábiles siguientes de finalizado el hecho generador), pero esta se presentó el 14 de agosto de 2012, excediendo el plazo conferido por la norma en demasía.

Para finalizar este punto, podría argumentarse que la entrega a destiempo, ¿se trató de retraso injustificado? Conforme la Opinión N° 011-2014/DTN *“(...) de conformidad con la Opinión N° 064-2012/DTN, el retraso en la ejecución de las prestaciones será injustificado cuando no se haya aprobado la ampliación del plazo contractual, al no verificarse ninguna de las causales previstas en el artículo 175 del Reglamento.”*

Se tiene que, en la misma línea, CORAL si incurrió en retraso injustificado de la entrega de 65,760 bolsas del Producto, entregadas 3 días después del plazo establecido en el Contrato, por causa imputable a la misma.

Toda vez que el hecho de entregar el Producto a pesar de haber estado en contacto con el exterior a causa del accidente, fue un hecho voluntario por parte de CORA, existe

responsabilidad y calza en la conducta infractora conforme lo mencionado por DIGESA⁶. Asimismo, se observa que no se configuró ninguna causal eximente o atenuante de dicha responsabilidad.

5.3.2. Incidencia y responsabilidad de la “inacción” de la Entidad respecto del riesgo inminente de “contaminación cruzada” detectada por DIGESA

Ahora bien, DIGESA en su Informe N° 006310-2012/DHAZ/DIGESA, de fecha 10 de diciembre de 2012 concluye, en el punto 3.2. que:

*“(…) 85,151.7 Kg correspondiente al producto “Papilla”, fabricado por la empresa CONSORCIO DE ALIMENTOS S.A.C. – CORAL S.A.C., almacenado en el ETZ-PRONAA-Bagua, son declarados no aptos para consumo humano, en razón del inminente riesgo de contaminación cruzada por tratarse de **lotes siniestrados que se mezclaron con lotes que no lo fueron** y por las **inadecuadas condiciones higiénico sanitarias del almacén del ETZ-PRONAA-Bagua**, con el agravante que el producto motivo de evaluación, es destinado a una población altamente vulnerable (bebés y niños de 6 a 36 meses de edad), debiendo realizarse la disposición final del referido producto conforme lo establece el Art. 48° de la R.M. 451-2006/MINSA.” (El resaltado es propio).*

Como se observa, DIGESA manifiesta las responsabilidades detectadas en relación a la contaminación que conllevó a afectar la inocuidad de los productos, resumiéndose en los siguientes:

- CORAL ingresó al almacén del ETZ 32,880 bolsas de 900 gr c/u (29,592 TM), a sabiendas de que estas habrían tenido contacto con contaminantes externos a razón del accidente automovilístico del 24 de julio de 2012.
- La Entidad, a través del almacén, expuso a contaminación cruzada 30,990 bolsas de 900 gr c/u (27.891 TM) recibidas con conformidad que no se

⁶ Artículo 121 del Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas: “*Constituyen infracciones a las normas sanitarias (…)* Fabricar, almacenar, fraccionar o distribuir productos **contaminados** o **Adulterados**” (El resaltado es nuestro).

distribuyeron y que permanecían en el almacén, así como 30,743 bolsas de 900 gr c/u (27.6687 TM) recibidas como no conformes⁷.

- La Entidad contaba con inadecuadas condiciones higiénico sanitarias del almacén del ETZ, configurándose como una infracción al artículo 70⁸ del Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas.

De lo anterior, puede desprenderse que, si bien existe responsabilidad contractual e incluso por infracción normativa al haber presentado productos siniestrados, corresponde determinar si tal responsabilidad podría extenderse a la contaminación cruzada de las 30,990 bolsas de 900 gr c/u (27.891 TM) recibidas con conformidad que no se distribuyeron y que permanecían en el almacén, y a las 30,743 bolsas de 900 gr c/u (27.6687 TM)⁹ no siniestradas pero recibidas como no conformes el 29 de julio de 2012.

Por un lado, se tiene que la Cláusula 5.6 del Contrato dispone que es responsabilidad de CORAL entregar producto en envases **que garanticen inocuidad, resistencia y seguridad hasta la fecha de vencimiento**. Esto último se refiere a los 6 meses de vigencia que debe contar el Producto desde su producción.

Por su parte, en relación al manejo y control de las condiciones higiénico sanitarias del almacén del ETZ, se observa que ello escaparía de la previsión de CORAL, en tanto la no se dispuso como su obligación el garantizar las condiciones óptimas del Almacén del ETZ del PRONAA, conforme el Decreto Supremo N° 007-98-SA.

Aunado a lo último, en aplicación supletoria del Código Civil¹⁰, en su artículo 1567, se dispone que:

⁷ Cabe señalar que, del propio cálculo efectuado, no serían 30,743 bolsas de 900 gr c/u (27.6687 TM) recibidas como no conformes, sino 32,880 bolsas de 900 gr c/u (29,592 TM) no siniestradas pero recibidas como no conformes el 29 de julio de 2012.

⁸ “(...) Se deberá contar con ambientes apropiados para proteger la calidad sanitaria e inocuidad de los mismos y evitar los riesgos de contaminación cruzada (...)”

⁹ Cabe señalar que, del propio cálculo efectuado, no serían 30,743 bolsas de 900 gr c/u (27.6687 TM) recibidas como no conformes, sino 32,880 bolsas de 900 gr c/u (29,592 TM) no siniestradas pero recibidas como no conformes el 29 de julio de 2012.

¹⁰ Se puede avalar dicha aplicación supletoria toda vez que el artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones vigente y aplicable al caso en cuestión disponía que:

“El riesgo de pérdida de bienes ciertos, no imputables a los contratantes, pasa al comprador en el momento de su entrega”. (El resaltado es nuestro).

De ello, se puede concluir que, si bien existe responsabilidad de CORAL al no haber procurado aparentemente envases que garanticen la inocuidad de los productos, a efectos de que no exista el riesgo de contaminación cruzada, se evidencia responsabilidad compartida con la Entidad, toda vez que el riesgo y la responsabilidad sobre la afectación de los bienes a transferir, según la normativa privada de aplicación supletoria, indica que se transfiere al comprador (en este caso, a la Entidad), en el momento de su entrega, esto es, al momento de la recepción del producto en el almacén del ETZ.

En otras palabras, CORAL internó el 16.60% del producto a sabiendas que se encontraba siniestrado, no obstante, el producto finalmente declarado como no apto por DIGESA representó el 47.77% del total de la segunda entrega. Se observa así una diferencia de 31.17% del producto que pudo haberse expuesto a contaminación cruzada por factores ajenos a la conducta de CORAL, sino más bien imputables a PRONAA. En atención a ello, ¿es jurídicamente razonable atribuirle responsabilidad por la pérdida del 47.77% de producto de la segunda entrega a CORAL?

Es en este punto que corresponde analizar la influencia de la inacción de PRONAA frente a la recepción del producto siniestrado y no accionar conforme a su separación del resto de producto recibido conforme y no distribuido. Asimismo, por no haber dispuesto a tiempo el rechazo del producto y la aplicación de las penalidades inmediatamente tras detectarlas, de tal manera de instar a la subsanación correspondiente, considerando la necesidad urgente de contar con abastecimiento del producto.

En dicha línea, Morón Urbina y Aguilera indican que “(...) el contrato administrativo tiene la característica de ser un instrumento al servicio del interés público, sujeto a la planeación estatal y habitualmente de duración prolongada, **la estructura del contrato**

“El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

*El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, **sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado**.”* (El resaltado es propio).

estatal debe anticiparse a los posibles riesgos que se puedan presentar en su ejecución, a fin de asignar estos riesgos a las partes de manera adecuada para que, si estos ocurrieran, la ejecución no se vea afectada en su oportunidad y calidad por negociaciones intempestivas o frustrada por la inejecución del contrato.” (2017, p. 40) (El resaltado es propio).

Es decir, se debe considerar que, aunque no se haya llegado a establecer un procedimiento para efectuar la devolución del producto recibido como no conforme, si es de notarse que el manejo interno que se le debió dar al producto debió procurar una adecuada separación entre el producto siniestrado y el que no lo estaba, más aún respecto de aquellos productos recibidos como conformes, pero no distribuidos hasta tal fecha, más aún considerando que la responsabilidad por la adecuada condición del Almacén ETZ Bagua le correspondía a la Entidad, mas no a CORAL.

Tal es así que el Informe Final del Presupuesto Público Evaluado del PRONAA indica que:

*“Un tema relevante aquí es que desde la recepción de los alimentos y raciones, hasta la entrega efectiva a los beneficiarios, **los centros de atención deben asumir las condiciones de almacenaje.** (...).”* (Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, 2008, p. 75). (El resaltado es nuestro).

Es así que, al ser PRONAA parte contractual cuyas obligaciones y responsabilidades trascienden las establecidas en los documentos contractuales, pues esta, al tener prerrogativas exorbitantes para injerir en la esfera jurídica de los privados, del mismo modo debe cumplir con deberes para la protección de los intereses colectivos que representa. Esto es, en el caso en concreto, el deber de diligencia de los funcionarios públicos involucrados en la toma de decisiones para poder actuar en beneficio del interés general y procurando un uso eficiente de los recursos del Estado. Así, conforme sostiene Boyer Cabrera, existe responsabilidad civil respecto de los servidores civiles que, en el ejercicio de sus funciones, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico a su entidad, ya sea por dolo o culpa, sea inexcusable o leve. (2019, p. 136-137).

Sin embargo, escapa del propósito del presente trabajo ahondar en el aspecto de la responsabilidad involucrada por la omisión o inacción de la Entidad, mas lo que si corresponde es precisar que en el presente caso estas actuaciones influyeron en

generar una situación más gravosa en el marco de la ejecución contractual en cuestión. Teniendo en cuenta dicha premisa, se pasará en este punto a analizar la razonabilidad aplicable a los mecanismos de solución a las controversias suscitadas, teniendo ya en cuenta que existió un incumplimiento de CORAL e infracción de la normativa de inocuidad de alimentos, así como por parte del PRONAA, que hasta tal punto generó perjuicio no solamente económico a la Entidad (al tener que disponer de mayores recursos para afrontar el arbitraje suscitado al dejar consentir la resolución de CORAL, sino también al no haber ejercido sus facultades de ejecución de garantía de fiel cumplimiento), sino transgresión de la finalidad pública que se buscaba satisfacer: contribuir con la política pública contra la desnutrición infantil durante el año 2012.

5.4. Razonabilidad entre la resolución contractual por falta de inocuidad del producto papilla y la satisfacción del interés general resguardado por la contratación

En este punto, cabe tener presente si, de la revisión de la documentación contractual, razonablemente se dispuso como causal de resolución contractual la afectación a la inocuidad del producto, aún a pesar de que esta haya representando solo un 16% del lote entregado correspondiente a la segunda entrega. Es decir, ¿existe razonabilidad entre la posibilidad de resolver el contrato por la falta de inocuidad del producto cuando el producto siniestrado representaba menos del 20% de la entrega total?

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, si bien la Cláusula Décimo Novena del Contrato establece una relación de “Otras Penalidades” aplicables a los incumplimientos de CORAL, cabe hacer el análisis detenido si estas realmente resultaron ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, habiéndose detectado de antemano, que no se estableció un procedimiento de aplicación para cada una de estos incumplimientos ni mucho menos la oportunidad en que podrían ser detectados.

Así, el artículo 166° del Reglamento de Contrataciones del Estado aplicables establecía que:

*“En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean **objetivas, razonables y congruentes** con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.”* (El resaltado es nuestro).

Cabe entonces cuestionarse lo que se entienden por penalidades objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la contratación en cuestión. A ello, sumarle que en la actualidad no solo se requieren dichas 3 condiciones, sino incluso, conforme se sostiene en la Opinión N° 52-2022/DTN:

“(…) la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) **definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se configura el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.**” (El resaltado es propio).

Conforme las Bases de la Licitación Pública se dispuso como objeto del proceso la adquisición del producto papilla, estableciendo en la tabla de otras penalidades las siguientes:

DESCRIPCIÓN	PENALIDAD	ACCIONES LEGALES/ADMINISTRATIVAS
1. Incumplimientos que afecte la inocuidad del producto.	Se aplicará una penalidad equivalente al 10% del monto total del contrato.	Se procederá con la resolución parcial o total del contrato, de ser el caso.
2. Incumplimientos que afectan la calidad del producto	Se aplicará una penalidad equivalente al 6 % del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse o, en caso que éstos involucrarán obligaciones de ejecución periódica, la penalidad será aplicada de la prestación parcial materia de incumplimiento.	Solicitud de Reposición del Producto, en caso que se determine su necesidad. En el supuesto que no cumpla con la entrega del producto en el plazo otorgado, se aplicará lo dispuesto en la cláusula Décimo Octava del presente contrato. Se procederá con la resolución parcial o total del contrato, de ser el caso, en el supuesto que se llegue a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o por otras penalidades.
3. Otros Incumplimientos distintos a los señalados en los numerales precedentes y que se encuentren consignados en el presente contrato, en la Ficha Técnica del Producto y en las bases del proceso de selección Licitación Pública N° 003-2012-MIDIS/PRONAA	Se aplicará una penalidad equivalente al 2 % del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse o, en caso que éstos involucrarán obligaciones de ejecución periódica, la penalidad será aplicada de la prestación parcial materia del incumplimiento.	

En tal sentido, se observa que son 2 los supuestos específicos respecto de los cuales, en el caso en concreto, se aplicaron las penalidades a CORAL: (i) incumplimientos que afecten la inocuidad del producto, (ii) incumplimientos que afecten la calidad del producto. Respecto del primero, se dispone una penalidad del 10% del monto total del

contrato, es decir, funcionando como una causal habilitadora para la resolución contractual, sobre el segundo se dispone el 6% del monto del contrato.

En este punto, se debe considerar por un lado que el contrato se dividió en 2 entregas, la primera recepcionada con conformidad al 100% y la segunda recepcionada en conformidad en aproximadamente 67% del total de la entrega. Ahora, ¿resultaba razonable la resolución contractual al verse afectada la inocuidad del producto, aunque este solo represente el 16% del total de la entrega? La respuesta no resulta ser sencilla, al considerar que, por un lado, las otras penalidades no establecieron adecuadamente la delimitación en este sentido, y se deben de considerar 2 factores diferentes para poder analizar una respuesta en tal sentido; por un lado, los derechos e intereses del contratista y, por otro lado, el interés general que pretende ser garantizado con la contratación.

Así, no es cuestión aislada el análisis de la razonabilidad de la imposición de otras penalidades en el marco de la ejecución de contratos estatales, conforme se aprecia a continuación:

*“En la medida que la entidad predispone el contenido del contrato, teniendo el contratista mínima injerencia en el mismo, es evidente que estamos frente a un poder que **se presta para el abuso**. (...) La exigencia de objetividad, razonabilidad y congruencia es importante, en la medida que fija un límite al poder discrecional de fijar penalidades que tendría la entidad. Sin embargo, pese a ello, **se mantiene la posibilidad de abuso de dicha discrecionalidad.**” (El resaltado es propio) (Huapaya y Alejos, 2020, p. 108)*

En tal sentido, si se determina que el numeral 1 de las otras penalidades era razonable y congruente con el objeto de la convocatoria y el interés general detrás, que involucra la protección a la integridad y salud de los destinatarios finales, pues al entregarles producto con afectación a su inocuidad se pondría en riesgo intereses generales mayores, pudiendo incluso comprometer la vida de los consumidores; se tendría que aceptar que la Entidad podría haber aplicado dicha penalidad así el producto afectado representara el 1% de toda la entrega (al no estar suficientemente delimitada la aplicación de esta penalidad).

En dicha línea, Huapaya y Alejos Guzmán señalan que *“(...) no todo incumplimiento debería permitir la resolución. Pensemos en incumplimientos menores, como el atraso en el pago por un día o la entrega de un informe que tiene observaciones subsanables. En dichos casos, la resolución puede considerarse como un remedio extremo que terminaría siendo ineficiente.”* (2020, p. 105).

En tal sentido, existe otro factor a considerar, la eficiencia o no de la resolución contractual. Resumiendo lo hasta aquí mencionado, tenemos por un lado que la resolución establecida sobre todo en el numeral 1 de la tabla de otras penalidades representa un mecanismo de seguridad para el interés general, mientras que por otro lado ello mismo podría significar una medida ineficiente si, por ejemplo, nos encontramos frente a un avance de las entregas al 90%.

Lamentablemente el Tribunal Arbitral no analiza este supuesto, y no considera en qué medida la aplicación de otras penalidades y su delimitación conforme se recogen en el Contrato eran razonables o congruentes con el objeto de la contratación.

Dicho lo anterior, se pasará a ahondar desde la perspectiva de la posibilidad de la Entidad de resolver el Contrato, o si, por el contrario, existían mecanismos más eficientes para garantizar el abastecimiento del producto y, al mismo tiempo, la seguridad de los consumidores finales (menores de entre 6 a 36 meses de edad).

5.4.1. Alcance y limitaciones del actuar de la Entidad frente a la aplicación del “Procedimiento Cuando Exista la No Conformidad del Producto Papilla”

Mediante Resolución Directoral N° 141-2010-MIMDES-PRONAA/DE se aprobó el procedimiento administrativo “Procedimiento Cuando Exista la No Conformidad del Producto Papilla”, el mismo que en el caso concreto es de aplicación a partir de su numeral 3, en tanto se efectuaron las observaciones correspondientes a la inocuidad del producto luego de su ingreso al Almacén del ETZ Bagua.

Este establece el procedimiento en caso se detecten observaciones que traigan consigo la no conformidad del producto ingreso, respecto de lo cual se indica que si hay problemas que afecten la inocuidad del producto, el área de Control de Calidad de la UGATSAN inmoviliza el producto y procederá a comunicar a DIGESA para su respectiva disposición.

En el presente caso se debe tener en cuenta que la inmovilización del producto la dispuso la Fiscalía de Prevención del Delito de Bagua, mas no por el área de Control de Calidad. Sin perjuicio de ello, se tiene que finalmente se solicitó pronunciamiento de DIGESA respecto de la inocuidad del producto, razón por la cual se determinó que el 47% de la segunda entrega tenía problemas en su inocuidad.

A razón de ello, y atendiendo a lo dispuesto por DIGESA, se ordenó la destrucción del producto afectado. En este punto corresponde determinar si a partir de ello se pudo haber solicitado a CORAL el internamiento de nuevos productos o si, únicamente procedía la resolución contractual, por la afectación de la inocuidad o por haber alcanzado el tope máximo de penalidades aplicable.

Para dar respuesta a lo anterior, se debe reconocer que, si bien el “Procedimiento Cuando Exista la No Conformidad del Producto Papilla” se trata de lineamientos específicos aplicables a PRONAA respecto de la adquisición específica de un producto, no puede dejarse de lado el hecho de que es una disposición de rango legal inferior a, por ejemplo, la Ley de Contrataciones del Estado, el Código Civil, etc. Ello es importante considerar pues, como se verá a continuación, se debe analizar cual habría sido la opción más óptima y eficiente para aplicar y salvaguardar los intereses generales y los recursos de la Entidad.

5.4.2. Inocuidad del producto papilla y su importancia respecto del interés general que la Entidad buscaba garantizar

Conforme lo sostiene el Documento Defensorial N° 19 del año 2012, elaborado por la Defensoría del Pueblo, el derecho a la alimentación, conforme su tratamiento y protección constitucional e internacional, implica el derecho de toda persona del acceso a alimentos y una nutrición adecuada. Este acceso puede ser físico y económico (posibilidad monetaria) y, conforme se sostiene, “(...) *las acciones estatales, en este componente radican en garantizar el acceso a los alimentos a las poblaciones en riesgo (...).*” (p. 13 - 14).

Dentro de dicha protección constitucional, se sostiene que la actuación estatal debe procurar respetar, proteger y ejecutar las políticas públicas destinadas a la protección de los intereses generales involucrados, que se condicen con los derechos fundamentales que busca proteger. A tal análisis debe sumarse el hecho de entender que la desnutrición crónica en niños menores a 5 años en el departamento del Amazonas (cuya provincia es Bagua), conforme el patrón de la Organización Mundial de la Salud, representa el 27.5% de la población total, siendo el noveno departamento del Perú con mayor tasa de desnutrición crónica infantil, al menos conforme la información recolectada del año 2011, conforme se observa a continuación:

Cuadro N° 1

Desnutrición crónica en niños/as menores de 5 años por departamentos
Según patrón de la Organización Mundial de la Salud (OMS)

Nº	Departamento	%
1	Huancavelica	54.2
2	Apurímac	39.3
3	Cajamarca	37.6
4	Ayacucho	35.3
5	Huánuco	34.3
6	Loreto	34.2
7	Ucayali	31.4
8	Cusco	29.9
9	Amazonas	27.5
10	Áncash	27
11	Junín	26.7
12	Pasco	24.8
13	La Libertad	23.2
14	San Martín	22.8
15	Puno	21.5
16	Piura	20.9
17	Lambayeque	16.2
18	Madre de Dios	11.9
19	Tumbes	11
20	Arequípa	9
21	Ica	8.9
22	Lima	8
23	Moquegua	5.7
24	Tacna	3.7

Fuente: Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2011 (ENDES)
Elaboración: Defensoría del Pueblo.

En tal sentido, no sorprende los intentos del Estado peruano para procurar reducir dichos porcentajes, como en su momento en el año 2012 se buscó a través de la creación del PRONAA. Así lo indica la Defensoría del Pueblo, tras el diseño de leyes, acuerdos, planes, estrategias de acción y programas sociales, se busco garantizar el acceso a los alimentos y la lucha contra la pobreza (2012, p. 24).

Teniendo en cuenta ello, ¿es realmente la resolución contractual una opción eficiente? Teniendo en cuenta que tras ello el desabastecimiento persistiría y la necesidad de contratación urgente no enervaría el hecho de que la entidad tendría que esperar que el contratista no cuestione la resolución e involucre mayores gastos para si misma. A razón de esto último, importa hacer un análisis de los mecanismos alternativos que pudieron haberse utilizado frente al escenario acontecido.

Conforme el contrato, se pudieron aplicar los siguientes mecanismos, independientemente de la posibilidad de resolución contractual que pudo compeler a

CORAL a cumplir a cabalidad con sus obligaciones (conforme se abordará más adelante:

- Cláusula 5.12: *“EL CONTRATISTA deberá mantener y garantizar la calidad del producto durante el tiempo de su vida útil. De detectarse producto con variaciones, aún luego de terminada la entrega y cancelación del producto “papilla”; EL PRONAA podrá exigir a EL CONTRATISTA el cambio de dicho producto, estando este último obligado a realizarlo según los plazos indicados por EL PRONAA. Asimismo, este hecho será puesto en conocimiento de la DIGESA, así como cualquier otra circunstancia que amerite la comunicación correspondiente”.*

A partir de ello, existió la posibilidad de solicitar a CORAL el cambio de Producto, tras la adecuada verificación del mismo, considerando el interés y urgencia de contar con el abastecimiento del producto involucrado, concediéndole los plazos dispuestos por el artículo 176 del Reglamento de Contrataciones del Estado, sobre la subsanación en caso de existir observaciones.

- Cláusula 5.17: *“EL PRONAA no está obligado a recibir el producto, si este no cumple con las características técnicas y demás condiciones establecidas en las bases, Ficha Técnica, y lo dispuesto en el presente contrato”.*

Sin perjuicio de lo dispuesto, se pudo haber optado por una alternativa urgente de cambio del producto o subsanación, pues si bien no era una obligación de PRONAA recibir los Productos, si pudo haber hecho uso de su facultad de solicitar subsanación correspondiente.

- Cláusula 7.5: *“Durante la ejecución del presente contrato, solo se aceptará la reevaluación del producto a cargo de EL PRONAA, CENAN y/o DIGESA, conforme a lo señalado en el procedimiento administrativo denominado “Cuando Exista La No Conformidad del Producto Papilla”, quienes actuarán de acuerdo a cada uno de los supuestos detallados en el mismo y en el orden de sus competencias, no siendo válido la participación o intervención de un Organismo de Certificación y/o Inspección acreditado por INDECOPI.”*

Si bien de la reevaluación se hubiera seguido detectando la afectación a la inocuidad del Producto, cabría haber solicitado ello una vez realizado el cambio del mismo, a

solicitud de PRONAA, sustentando la necesidad y urgencia del abastecimiento oportuno.

- Cláusula Décimo Quinta: *“De existir observaciones al producto vencido el plazo de entrega, **EL PRONAA** otorgará un plazo prudencial para su subsanación, en función de la complejidad del bien. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. (...).
Ese procedimiento no será aplicable cuando afecte la inocuidad del producto “papilla” suministrado, manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas o cuando su subsanación o reemplazo sea materialmente imposible de ejecutar; en cuyo caso (...).”*

Tras la aplicación de este supuesto se tiene que no se requeriría apercibimiento en este supuesto, sino resolución de pleno derecho, conforme se ahondará más adelante. En este punto se enfatiza el hecho de que la inocuidad es un factor determinante para optar para la resolución contractual, nuevamente sin establecer lineamientos suficientes para su aplicación proporcional al interés general y evitar el abuso del derecho.

Ahora bien, atendiendo a la aplicación supletoria del Código Civil, al ser esta una relación contractual más que una netamente administrativa, cabe analizar si pudo haber sido de aplicación alguno de los mecanismos dispuestos en esta, como por ejemplo la excepción de incumplimiento recogida por el artículo 1426 de dicho cuerpo normativo: *“En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de **suspender el cumplimiento** de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento.”* (El resaltado es propio).

En el caso en concreto, la suspensión de cumplimiento se habría entendido como la suspensión del pago con respecto al segundo entregable, no obstante, de una lectura sistemática de la normativa de Contrataciones del Estado, entenderíamos que el sentido de dicha disposición se reconoce ya en el apartado de recepción y conformidad conforme el artículo 176 del Reglamento, en la medida que se establece que no habrá conformidad de la prestación hasta que el contratista subsane las observaciones detectadas, y del mismo modo, podría entenderse la “garantía de cumplimiento” reflejada en la garantía de fiel cumplimiento de obligatoria presentación en toda contratación pública (salvo excepciones contadas).

Entonces, si bien hubiese podido ser una opción basarse en dicho mecanismo jurídico, no puede dejar de reconocer que la legislación de contrataciones de estado ya reconoce dicha posibilidad conforme la normativa de la materia, con sus particularidades indudablemente.

5.5. Procedencia de resolución del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA¹¹

Habiendo, de alguna forma, descartado la aplicación y eficiencia de mecanismos alternativos a la resolución contractual, toda vez que el hecho de conceder la posibilidad de subsanación a favor de CORAL para entregar el producto adecuado y conforme la calidad requerida, implicaría de igual forma desabastecimiento temporal, hasta que CORAL cumpla con su obligación de subsanación.

Claramente ello implicaría afectación del equilibrio económico de la contratación, entendiéndose este, en palabras de Morón Urbina como el “(...) *balance o equivalencia que existe entre las prestaciones a cargo del Estado y su contratante, y que determinan que bajo las condiciones pactadas el contrato sea beneficioso para el Estado, de acuerdo a sus objetivos, y rentable para su contraparte.*

La ruptura o alteración del equilibrio económico financiero durante la ejecución del contrato – es decir, la equivalencia o correspondencia de las prestaciones – determina el derecho de la parte afectada de exigir a su contraparte que se tomen las medidas necesarias, generalmente previstas en el propio contrato, para restablecer el equilibrio perdido.” (2017, p. 40). Ello en tanto si bien las deficiencias en la inocuidad corresponderían ser de responsabilidad directa de CORAL (en el supuesto de infringir ello antes de internar los bienes en el Almacén ETZ), los mayores gastos a incurrir

¹¹ Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.

corresponderían que sean asumidos directamente por CORAL. No parecería óptimo, de todas maneras, esperar subsanación respecto de la inocuidad del producto, pues nada implica que la siguiente entrega del mismo modo tenga las mismas deficiencias y se estaría aplazando la aplicación de penalidades y el mecanismo de resolución respectivo.

En tal sentido, en el presente caso, y con cargo a evaluar la causal habilitadora para la resolución contractual, ¿correspondería ser una parcial o total? Ello considerando que la contratación no dispuso pagos parciales, ni entregas parciales, más que las 2 entregas dispuesta conforme la Adenda al Contrato.

A ello habría que sumarle el hecho que el Tribunal Arbitral dice que no podría calcularse penalidad sobre los 29,592 TM siniestradas, sino por toda la segunda entrega. Pero sobre esto es especialmente relevante diferenciar los 3 diferentes momentos o supuestos que se dan en relación a la aplicación de penalidades: (i) forma de cálculo conforme lo establecido en el procedimiento de la tabla de otras penalidades (que puede ser por evento y otras condiciones), (ii) cálculo del tope máximo del 10% del contrato o ítem que debió ejecutarse, calculado en base al íntegro del contrato independientemente de si se trata de un contrato de ejecución inmediata o periódica¹²; y, (iii) aplicación que habilita la resolución contractual.

5.5.1. Causal habilitadora para la resolución contractual e implicancias de que la Entidad haya ejercido su facultad de resolución contractual

Mediante Carta N° 087-2013-MIDIS/COMISION ESPECIAL/PRESIDENCIA, informa a CORAL las penalidades incurridas conforme los incumplimientos detectados sobre la inocuidad del producto, sin embargo, hay 2 cuestiones que llaman la atención: hace referencia al retraso incurrido en la entrega del último lote del segundo entregable mas no indica a cuánto asciende la penalidad por mora; y, solo indica lo correspondiente a la aplicación de las otras penalidades.

¹² Conforme a la actualidad lo reconocen varias Opiniones del OSCE, como por ejemplo la N° 20-2022: *“Ahora bien, es importante señalar que de conformidad con el numeral 161.2 del artículo 161 del Reglamento, la penalidad por mora –al igual que las otras penalidades distintas a la mora que hubiesen sido previstas en el contrato– puede alcanzar un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. (...) En ese sentido, independientemente del tipo de ejecución del contrato, es decir, de si se trata de un contrato de ejecución inmediata o de ejecución periódica, el monto de la penalidad por mora no puede ser superior al diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.”*

Aunado a ello, PRONAA indica que correspondía al pago solo de las 101,304 bolsas de 900 gr (91.17360 TM), aplicando el 10% de penalidad por mora y el 10% de otras penalidades, sin haber dispuesto el cálculo correspondiente para la mora. Una vez más, llama la atención como el Tribunal Arbitral no analiza si realmente correspondía la aplicación de dichas penalidades o la razonabilidad de la aplicación de las Otras Penalidades para poder definir si la Entidad se encontraba actuando conforme al derecho.

Por otro lado, como se observa del Contrato, este si dispuso que por falta a la inocuidad del producto se aplicaría el 10% de penalidades conforme el monto del contrato y respecto su procedimiento únicamente se indica que se procederá a la resolución del mismo. Conforme se indicó en puntos anteriores, PRONAA no estableció un procedimiento suficiente y claro de aplicación de dicha penalidad, pues como se dijo, si solo el 1% del producto falta a la inocuidad, ¿igualmente procedería su resolución?

En tal sentido, se debe tener en cuenta lo que Morón indica en relación a los derechos que tiene el contratista frente a la entidad contratante, dentro de los cuales se encuentra: *“Al debido proceso frente al ejercicio de las prerrogativas exorbitantes del Estado, lo cual implica, entre otros, el derecho a tener advertencia previa y a presentar descargos, ejercicio sujeto a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”* (2017, p. 158).

Asimismo, el mismo autor indica que dentro de los deberes de la administración contratante con respecto al contratista, se tiene: *“Recibir la prestación que se halla conforme al contrato, no pudiendo incluir exigencias adicionales para recibirla, condicionarla a otras acciones, demorarse en exceso del plazo, etcétera”.* (Morón, 2017, p. 158).

Considerando ello, en los hechos se puede constatar que PRONAA no actuó de acuerdo al respeto de los derechos del contratista ni mucho menos al cumplimiento de sus deberes al formular las bases que permitieron la aplicación de penalidades desproporcionales al sentido de la contratación.

En tal sentido, la responsabilidad y la falta de previsión y advertencia en los documentos contractuales generaron que exista la controversia suscitada. Pues resulta evidente, sin procedimientos claros e incluso confusos, se dificulta el cumplimiento y genera una ejecución contractual deficiente para los intereses que se buscan satisfacer.

Ahora bien, se tiene que, tras la resolución contractual de CORAL, la Entidad no activó los mecanismos establecidos por la normativa aplicable, dejando que se consienta dicha resolución.

Sin perjuicio de ello, existieron 2 mecanismos habilitantes para que PRONAA pudiese valerse de su facultad de resolución contractual, uno de ellos por la aplicación del procedimiento del numeral 1 de las otras penalidades establecidas en el contrato, lo cual, conforme se analizó hasta el momento, no hubiera sido lo óptimo toda vez que no se estableció un procedimiento razonable para su aplicación, lo cual hubiese sido fácilmente controvertido en instancia arbitral. El segundo de ellos se entiende por la causal de llegar al tope máximo de penalidades aplicable. En este escenario, PRONAA se hubiera encontrado facultada de ejecutar la garantía de fiel cumplimiento (en forma de retención autorizada por CORAL), conforme lo dispone el artículo 170 del Reglamento de Contrataciones del Estado aplicable¹³.

Sin perjuicio de ello, se debe tener en cuenta, tal como Morón indica, que la resolución del contrato se entiende como una forma de terminación anticipada de la contratación, y esta se genera cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de las prestaciones a su cargo, pese a que fue requerida para subsanar ello o cuando este se torna imposible de manera definitiva por caso fortuito o fuerza mayor (2017, p. 160). En el caso en concreto, lo óptimo y eficiente significaba resolver el contrato parcialmente, respecto del 47% declarado como producto no apto para consumo humano, sin embargo, tal como estaba establecidas las entregas, la resolución habría afectado a la totalidad de la segunda entrega, ello en tanto significaría más beneficioso para los intereses de la Entidad.¹⁴

En dicha línea, la Opinión N° 110-2012/DTN indica que: *“El efecto de la resolución de un contrato es que su ejecución se paraliza; sin embargo, ello no enerva que la Entidad*

¹³ Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados. (...)

¹⁴ En tal sentido, a la fecha se tienen diferentes pronunciamientos de la Dirección Técnica Normativa del OSCE, como la N° 001-2019/DTN que indica: *“Conforme a lo anterior, para realizar una resolución parcial del contrato es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: i) se debe señalar expresamente qué parte del contrato se deja sin efectos; ii) dicha parte debe ser separable e independiente del resto del contrato; y, iii) la resolución del total del contrato puede afectar los intereses de la Entidad, lo cual debe estar debidamente sustentado. En caso no se cumpla con dichos requisitos la resolución del contrato sólo podrá ser total.”*

aún requiera obtener la prestación objeto de dicho contrato para atender su necesidad y poder cumplir con las funciones de su competencia.

*Ahora bien, dado que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido disposiciones especiales para que la Entidad atienda la necesidad subsistente a la resolución de contratos de bienes y servicios –a diferencia del caso de los contratos de obras–, para ello **será necesario observar los requisitos, procedimientos y demás formalidades previstas en dicha normativa, que resulten aplicables según el monto, objeto y urgencia de la contratación.***” El resaltado es nuestro).

En la actualidad, si se cuenta con un mecanismo para poder ejecutar las prestaciones que quedaron pendientes de un Contrato resuelto parcialmente, pero considerando que los hechos se dieron con la aplicación de la anterior norma, y en la medida que abastecerse de bienes esenciales, como son alimentos para público sensible (menores de edad de entre 6 a 36 meses) una resolución del contrato traería consigo desabastecimiento hasta convocar el nuevo proceso y adjudicar a un nuevo contratista las bolsas de producto restantes, se entiende que la sola resolución el contrato no hubiese resultado suficiente para salvaguardar los intereses generales y a ello se arriba en el siguiente y último punto.

5.5.2. Sobre los efectos y atribuciones para la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento en el marco de la resolución contractual por causa imputable a CORAL

Al respecto, el artículo 164 del Reglamento de Contrataciones del Estado aplicable en el momento de la contratación en cuestión, establecía en su numeral 2 que: *“La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, **en su totalidad**, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.”*

Entonces, considerando que PRONAA no hubiese podido resolver el contrato por la parte del primer entregable pagado en conformidad y su totalidad, pero si parcialmente respecto de todo el segundo entregable, entonces aquí conviene precisar que, a pesar

de ello, la ejecución de garantía de fiel cumplimiento entregada en forma de retención, se habría podido realizar en su totalidad (10% del monto del contrato)¹⁵.

Ello reviste de vital importancia, pues conforme el OSCE (Opinión N° 017-2019/DTN) sostuvo recientemente, la ejecución de la garantía se entiende como un mecanismo para cubrir el perjuicio económico generado a la Entidad por las prestaciones no ejecutadas en la forma y/u oportunidades pactadas en el contrato, y los costos asumidos por la Entidad por las prestaciones incumplidas.

Sobre este punto, el Tribunal Arbitral se basa en ordenar la devolución de la garantía de fiel cumplimiento tras haber determinado que CORAL cumplió con sus obligaciones y le corresponde el pago íntegro del segundo entregable. Partiendo que el razonamiento base partió de un mal camino, era lógico que se terminaría resolviendo en perjuicio de los intereses de la entidad y del interés general.

Asimismo, de haberse llevado a cabo una adecuada metodología de evaluación de los hechos acontecidos, se habría tenido un mejor panorama de aplicación de las instituciones jurídicas a disposición del PRONAA.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

- El Tribunal Arbitral no realizó una adecuada determinación de las etapas de recepción y conformidad de la entrega de los Productos. Ello reviste de especial importancia en la medida que el caso trata sobre la determinación de cumplimiento o no de las obligaciones asumidas por CORAL en el marco de ejecución del Contrato. En tal sentido, al no definir bien las etapas de recepción y conformidad, no se está delimitando adecuadamente el momento en que se cumplía a cabalidad con sus prestaciones y a satisfacción de la Entidad, por lo

¹⁵ Opiniones del OSCE recientes avalan dicho razonamiento, conforme consta en la Opinión N° 017-2019/DTN, por ejemplo: “Como se aprecia, la anterior normativa de contrataciones del Estado establecía que el mecanismo específico que tenía la Entidad para proteger sus intereses en el supuesto que el contrato fuera resuelto por causas imputables al contratista, consistía en la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento en su **totalidad**.”

(...)

Por lo expuesto, en el marco de lo establecido en la anterior normativa de contrataciones del Estado, cuando un contrato era resuelto —total o parcialmente— por causas imputables al contratista, y esta resolución quedaba consentida, o se declaraba procedente la decisión de resolver el contrato por laudo arbitral consentido y ejecutoriado, **la Entidad se encontraba facultada a ejecutar la garantía de fiel cumplimiento en su totalidad**, independientemente de la naturaleza de la prestación incumplida que motivaba dicha resolución.”

que es un análisis incompleto e insuficiente el haber determinado que existió cumplimiento solo por contar con la recepción del Producto

- No se determina tampoco la evaluación de la cadena de producción para poder determinar los diferentes momentos en los que el Producto podría haberse declarado inocuo. No es lo mismo hablar de inocuidad en la etapa de producción que en la de distribución, pues desde el momento que el producto sale de las instalaciones de CORAL hasta que llega a los almacenes del PRONAA pueden haber acontecidos distintos factores que alteren la calidad del producto.
- Existe responsabilidad compartida entre la Entidad y el Contratista, por la contaminación cruzada de los productos, en la medida que no se realizó una adecuada división de los productos contaminados o internados sin conformidad, de los que si contaban con esta.
- No existió una adecuada regulación contractual respecto de los plazos para efectuar la conformidad de la recepción ni mucho menos para evitar que la fecha de vencimiento se vea comprometida y acarree mayor responsabilidad del Contratista. Es en tal sentido que los incumplimientos suscitados se influenciaron por la inacción de la Entidad para activar mecanismos de salvaguarda de sus intereses y recursos económicos.
- El mecanismo de resolución contractual establecido en el Contrato ignora la aplicación adecuada de la razón de ser de otras penalidades, habiéndose obviado el hecho de requerir que para su correcta aplicación se defina el procedimiento razonable y proporcional para no traer abusos por parte de PRONAA.
- PRONAA pudo activar el mecanismo de resolución contractual por haber alcanzado el tope máximo de penalidades aplicable, tras lo cual se pudo haber ejecutado la garantía de fiel cumplimiento como mecanismo de resarcimiento de los daños irrogados por el incumplimiento de CORAL. Sin embargo, al dejar consentir la resolución del contratista, acarreó responsabilidad funcional y perjuicio a los intereses de la población que se pretendía proteger.

BIBLIOGRAFÍA

- Boyer, J. (2019). *“El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales.”* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- Defensoría del Pueblo (2012). Aportes a los programas sociales de contenido alimentario, a partir de la supervisión al Programa Integral de Nutrición. Documento Defensorial N° 19. Lima. Recuperado de: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/DocumentoDefensorialN19.pdf>
- García Ureta, A (2006). *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas.* Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. pp. 13-16.
- Güechá Torres, J. T., & Güechá Medina, C. N. (2021). La responsabilidad en los contratos del estado: un análisis desde la ética pública. *Opinión Jurídica*, 20(42), 115-141. Recuperado de <https://doi.org/10.22395/ojum.v20n42a4>
- Hidalgo, T. C. (2018, 31 agosto). Programa Nacional de Asistencia Alimentaria – PRONAA en la Región Ucayali: diagnóstico de la organización y gestión. Períodos 2011 y 2012. Una propuesta de modelo de gestión de programas alimentarios. Recuperado de <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/12515>
- Huapaya y Alejos (2020). “El régimen desequilibrado del incumplimiento en los contratos del Estado”. *Revista Advocatus* N° 41. Lima. Pp. 103 – 115.
- Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (2008). “Informe Final. Presupuesto Público Evaluado (PPE)”. https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_public/ppr/eval_indep/2008_caratula_pronaa_pin.pdf

- Morón, J. y Aguilera, Z. (2017). *“Aspectos jurídicos de la contratación estatal”*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- Paucar, D. (2022). “La procedencia del pago por la segunda entrega del producto papilla a la empresa CONSORCIO DE ALIMENTOS S.A.C. en el marco de la ejecución del Contrato N° 10-2012-MIDIS-PRONAA”. Trabajo de suficiencia profesional para optar por el Título de Abogado. Lima.
- Rebollo, M. (2009). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo III* (Vol. II).
- Sánchez, L. (2021). *“Los modos de la actividad administrativa. La actividad de limitación. Lección II”*. pp. 18-25.

Opiniones de la Dirección Técnico Normativa del OSCE:

- Opinión N° 046-2012/DTN
- Opinión N° 011-2014/DTN
- Opinión N° 064-2012/DTN
- Opinión N° 52-2022/DTN
- Opinión N° 110-2012/DTN
- Opinión N° 20-2022/DTN
- Opinión N° 001-2019/DTN
- Opinión N° 017-2019/DTN

ANEXOS

ANEXO 1

MATRIZ DE OBLIGACIONES				
CONTRATO	010-2012-MIDIS-PRONAA			
PROCESO	Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 003-2012-MIDIS-PRONAA			
CLÁUSULA	OBLIGACIÓN	RESPONSABLE		
		CORAL	PRONAA	
Cuarta	Pagar contraprestación dentro del plazo máximo de 30 días calendarios contados desde la entrega de documentación completa		X	

	Elaboración de Nota de Entrada de Almacén (NEA)		X	Almacén ETZ
	Visto, sello y registro de Guías de Remisión		X	Almacén ETZ
	Emitir Boletín de Control de Calidad		X	Control de Calidad ETZ
	Remitir NEA y Boletín de Control de Calidad y documentos para pago a Unidad Administrativa del PRONAA		X	Control de Calidad ETZ
	Informe Detallado		X	ETZ
5.1.	Entrega de producto en cantidad, lugar, plazo, presentación y rotulado estipulado	X		
5.2	Entrega de cronograma de producción al PRONAA con copia al CENAN	X		
5.3	Presentar Cronograma de Producción para la primera entrega (día y hora de inicio de producción) para la firma el contrato	X		
5.4	Comunicar modificación al cronograma	X		
5.5	Procesar el producto para cada entrega, máximo 30 días antes de la fecha de distribución establecida	X		
5.6	Entregar producto en bolsones de mínimo de 27 kg en envases que garanticen inocuidad, resistencia y seguridad hasta la fecha de vencimiento, debidamente numerados	X		
5.6 5.12	<u>Responsabilidad de integridad del producto mientras dure la vigencia del mismo</u>	X		
5.7	<u>Producto debe ser inocuo y deberá contar con el valor nutricional requerido</u>	X		
5.8	Entregar en Sede Central del PRONAA los certificados requeridos para autorizar la distribución del producto (símbolo acreditación INDECOPI), emitido por Organismo de Certificación y/o inspección acreditada por INDECOPI	X		
5.9	Producto deberá ser entregado con la autorización de distribución en los lugares de destino final y en cantidades indicadas	X		
5.9	Autorizar distribución		X	Unidad Administrativa
5.1	Producto debe tener tiempo mínimo de vida útil de 6 meses desde la producción	X		
5.11	Mantener durante toda la ejecución contractual requisitos de infraestructura, condiciones higiénicas sanitarias y calidad del producto, mediante documentación y certificación.	X		
5.12	Cambio de producto luego de detectarse variaciones luego de entrega y pago	X		
5.14	<u>Verificación de cumplimiento de especificaciones técnicas</u>		X	ETZ
5.15	Revisión y verificación de certificados expedidos por el organismo de certificación y/o inspección		X	UGATSAN

5.15	Emitir Informe de Evaluación de los certificados y remitir a la Unidad Administrativa		X	UGATSAN
5.15	Comunicar autorización de distribución del lote certificado al ETZ de destino, para revisión documental y evaluación de calidad del producto		X	Unidad Administrativa
5.15	Presentar nueva certificación emitida por un organismo de certificación y/o inspección diferente, en caso no se haya emitido Informe conforme. Adicionalmente, contar con certificado de análisis de CENAN	X		
5.16	Conformidad de calidad y cantidad del producto, debidamente certificado y con autorización de distribución		X	Control de Calidad ETZ y Almacén ETZ
6.1	Presentación de guías de remisión, certificados visados por UGATSAN, copia simple de contratos, adenda, documento de autorización de distribución	X		
6.1	No autorizar ingreso si no se presenta integro de documentación		X	ETZ
6.2	Independientemente de ingreso al almacén, el producto sujeto a Inspección Físico-Sensorial (Directivas Internas) para autorizar recepción o rechazo		X	Control de Calidad ETZ
6.3	Verificación documental e inspección física organoléptica para emitir Boletín de Calidad		X	Control de Calidad ETZ
6.3	Verificación de cantidad de producto a entregar para emitir NEA		X	Almacén ETZ
7.2	Supervisiones inopinadas		X	PRONAA CENAN
7.2	Brindar facilidades para permitir ingreso a supervisión	X		
7.4	Por VARIACIONES NO RAZONABLES, disponer inmediata suspensión de producción y/o distribución del alimento y vigilar el cumplimiento del retiro y reposición a costo del contratista		X	PRONAA

Expediente N° S 085-2013

Resolución N° 12

Lima, 31 de octubre de 2014

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

CONSORCIO DE ALIMENTOS SAC – CORAL SAC

En adelante la Contratista

Demandado:

PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA -PRONAA

En adelante la Entidad

Tribunal Arbitral:

Dr. Vicente Tincopa Torres

Dr. Franz Kundmuller Caminiti

Dr. Luis Huayta Zacarias

VISTOS.-

I. ANTECEDENTES:

Con fecha 18 de Abril de 2012, se suscribió el Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, entre la empresa CONSORCIO DE ALIMENTOS SAC – CORAL SAC y el PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA-PRONAA, cuyo objeto inicialmente fue la entrega de 408,420 bolsas de 900 gramos equivalentes a 367,578 TM de producto papilla de acuerdo a las características de la Ficha Técnica de Código N° 5019310800134848, precisándose que el producto papilla será destinado a la atención del Sub Programa Infantil del Programa Integral de Nutrición.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Vicente Tincopa Torres
Dr. Franz Kundmuller Caminiti
Dr. Luis Huayta Zacarías*

981

Posteriormente mediante Adenda, el mencionado contrato se modificó en el extremo que el Contratista entregaría la cantidad de 396,108 bolsas de 900 gramos, equivalente a 356.497200 Toneladas del producto "papilla"; producto que sería entregado en el Equipo de Trabajo Zonal Bagua -ETZ - PRONAA BAGUA, en dos entregas, en una primera sin mayor complejidad y en la segunda entrega que debió darse entre el 23 al 26 de julio del año 2012, se generaron aparentemente circunstancias que han desencadenado controversias que se someten a la arbitrabilidad, al haber una de las partes resuelto el contrato.

La cláusula Vigésima Tercera del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, establece que las controversias serán resueltas mediante arbitraje bajo la organización y administración de un Tribunal Arbitral del Órgano del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE.

Con fecha 31 de mayo de 2013, el CONSORCIO DE ALIMENTOS SAC - CORAL SAC cumplió con presentar su demanda de arbitraje, por su parte el PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA-PRONAA, cumplió con contestar la demanda y plantea una reconvencción a la misma, cumpliendo cada una de las partes con designar a sus árbitros.

710

Mediante Carta N° 261-2014-OSCE/DAA, de fecha 14 de febrero del 2014, la Dirección de Arbitraje Administrativo de la OSCE comunica al Dr. Vicente Fernando Tincopa Torres la designación como tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral.

COPIA ORIGINAL
14 JUL 2015

Con fecha 03 de abril de 2014, se reúne el doctor Vicente Fernando Tincopa Torres, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el doctor Franz Kundmuller Caminiti y el doctor Luis Huayta Zacarías en su calidad de árbitros, conjuntamente con los representantes de la empresa CONSORCIO DE ALIMENTOS SAC - CORAL SAC y de la Procuraduría Pública del PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA ALIMENTARIA-PRONAA.

En dicha audiencia el Tribunal Arbitral declaró haber sido debidamente designado de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, señalando que no tenían ninguna incompatibilidad con las mismas y que se desenvolvería con imparcialidad, independencia y probidad.

II. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

El 25 de junio del 2014 se realiza la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, verificándose la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes y procedió a consultar a las partes si era posible arribar a algún acuerdo conciliatorio, no habiendo las partes llegado a acuerdo alguno.

Posteriormente, el Tribunal Arbitral procedió a determinar los puntos controvertidos, los cuales fueron definidos en el siguiente orden:

De la Demanda

- 1.- Determinar si corresponde o no que la Entidad cancele a favor del contratista la suma de S/ 996,013.57 (Novecientos noventa y seis mil trece y 57/100 nuevos soles) más los intereses legales que se devenguen hasta el momento de su pago efectivo, por concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento de pago correspondiente a 198,054 (Ciento noventa y ocho mil y cincuenta y cuatro) bolsas de papilla de 900 gramos, entregadas al Equipo de Trabajo Zonal Bagua, en cumplimiento al Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA.
- 2.- Determinar si como consecuencia del punto anterior correspondería ordenar o no que la Entidad asuma las costas y costos del presente proceso y de su ejecución forzada.
- 3.- Determinar si corresponde o no que la Entidad proceda a la devolución de las retención del 10% ascendente a la suma de S/205,394.42 (Doscientos cinco mil trescientos noventa y cuatro y 42/100 nuevos soles), por concepto de Garantía de Fiel Cumplimiento.
- 4.- Determinar si corresponde o no que la Entidad deje sin efecto la imposición de las penalidades aplicadas al contratista por presuntos incumplimientos.

5.- Determinar si corresponde o no que la Entidad cancele a favor del contratista el monto de la Factura N° 0001-001490 pendiente de pago, correspondiente a las 198,054 bolsas de papilla de 900 gramos entregadas al Equipo de Trabajo Zonal Bagua.

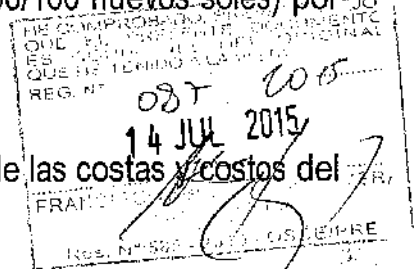
6.- Determinar si corresponde o no que se declare la ineficacia de los procedimientos a través de los cuales la Entidad observó y/o rechazó los suministros entregados por el contratista, por contravenir las reglas y procedimientos aplicables al contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA.

De la Reconvención de la Demanda

1.- Determinar si corresponde o no declarar la invalidez y/o nulidad y/o se deje sin efecto la Carta de Resolución de Contrato y primera adenda del mismo presentada por el Contratista, por contravenir las normas legales y por la falta al cumplimiento de inocuidad del producto de acuerdo al informe N° 006310-2012/DHAZ/DIGESA de fecha 10 de diciembre de 2012, por el cual declaran no apto el producto papilla.

711

2.- Determinar si corresponde o no ordenar que el Contratista cancele a favor de la Entidad la suma de S/. 300,000.00 (Trescientos Mil y 00/100 nuevos soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios.



Punto en Común:

1.- Determinar a quien correspondería asumir el integro de las costas y costos del arbitraje.

De los Alegatos

Las partes cumplieron con presentar sus alegatos arreglados a Ley

De la Audiencia de Informes Orales

En la Audiencia de Informe Oral, las partes expusieron su posición, sobre los hechos indicados en las pretensiones de la demanda y contestación de demanda respectivamente y reconvención.

Mediante Resolución N° se fijó el plazo para laudar en 20 días hábiles, contados a partir del día siguiente de realizada la audiencia.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes, habiendo sido designado por acuerdo expreso de ambas partes.
- (ii) Que, a la fecha del presente laudo debe precisarse que la Entidad formuló recusación en contra de dos miembros del Tribunal Arbitral, la misma que fue presentada con fecha posterior al vencimiento de la etapa probatoria, la cual se declaró concluida con fecha 25 de junio del 2014, en el acta audiencia de determinación de puntos controvertidos, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 37° del TUO del Reglamento del SNCA. Que no se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación;
- (iii) Que el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, habiendo cumplido con presentar su contestación de demanda dentro del plazo correspondiente.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral, lo que sucedió a través de la Audiencia de Informes Orales.
- (vi) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

II. MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 25 de junio de 2014, corresponde al Tribunal Arbitral

resolver la presente controversia en base a los puntos controvertidos fijados en este caso.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del presente arbitraje. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

712

"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó".

HE COPIADO, PRECISO, VERDADERO, ORIGINAL
QUE LA ORIGINAL QUE ESTE EN LA MISMA
FUE HECHO EN LA MISMA
2014

III. CUESTIÓN PREVIA:

Antes que el Tribunal Arbitral proceda con analizar en el orden que estime conveniente los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje, corresponde que se pronuncie como cuestión previa, respecto a las defensas formuladas por la parte demandada que ya han sido resueltas en la resolución 11 de fecha 31 de octubre del 2014.

¹TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

EN CUANTO AL CONCEPTO DE ARBITRABILIDAD

La Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, señala en el numeral 1) del artículo 2° que:

"Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. (...)"

En consecuencia se trata de la arbitrabilidad objetiva, es decir, acerca de las cuestiones que pueden ser resueltas mediante arbitraje. En relación a ello, compartimos la opinión de Mantilla-Serrano², acerca de que la referencia a derechos disponibles es lo suficientemente amplia como para abarcar cuestiones contractuales y extracontractuales, con o sin sentido patrimonial.

En opinión de este colegiado, serán arbitrables aquellas controversias que se funden en el ejercicio de un derecho subjetivo. Montero Aroca³ ya se ha pronunciado al respecto, señalando que:

"Podemos concluir que realmente cuando la norma dice que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, lo que realmente está diciendo es que cabe llevar al arbitraje pretensiones en la que se afirme la titularidad de verdaderos derechos subjetivos, de modo que quien aparezca como actor tiene que afirmar la titularidad del derecho e imputar al demandado la titularidad de la obligación".

En consecuencia será arbitrable toda pretensión en la cual el demandante alegue tener un derecho subjetivo al que corresponde una obligación por parte del demandado, con independencia de la fuente u origen de este binomio derecho subjetivo/obligación. En el escenario natural del arbitraje serán generalmente relaciones contractuales, lo cual no implica que esté restringido solamente a éstas, siempre que las materias de origen no contractual sean de libre disponibilidad.

Ahora bien, en cuanto a la cláusula arbitral pactada por las partes tenemos que, en la cláusula Vigésima Tercera del Contrato, señala que:

"Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de

² Mantilla-Serrano, Fernando. Ley de Arbitraje, Iustel, Madrid, 2005. Pág. 46 y 46.

³ MONTERO AROCA, Juan, Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley N° 60/2003 de 23 de diciembre), Civitas, Madrid, 2004, p. 1722.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Vicente Tincopa Torres
Dr. Franz Kundmuller Caminiti
Dr. Luis Huayta Zacarias

manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado. (...)"

La referida cláusula debe de ser debidamente concordada con lo señalado en el artículo 40° de la Ley de Arbitraje, el cual señala que:

"El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas." (El subrayado es agregado)

Consecuentemente el Tribunal Arbitral es plenamente competente para resolver cualquier controversia que haya surgido de manera conexas y accesorias al fondo de la controversia, tal como poder determinar la ineficacia del procedimiento por el cual se observó y rechazó los suministros entregados por el demandante, ordenar el pago de factura pendiente, la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, conforme al pedido del demandante. El fundamento de ello es claro: La intención de las partes al pactar el arbitraje es evitar acudir al Poder Judicial. No sería sustentable, por tanto, interpretar que la voluntad de las partes es acudir en unos casos al arbitraje y en otros al Poder Judicial cuando ambas materias en cuestión se encuentran estrechamente vinculadas.

REGISTRO DE DOCUMENTOS
14 JUL 2015
ODT 2015

Finalmente no podemos dejar de hacer notar que el desarrollo de la teoría de la autonomía de la cláusula arbitral, es decir, de la tesis que sostiene que esta es independiente respecto al contrato donde es incluida, (o principio de separabilidad del convenio arbitral) que actualmente goza de unánime aceptación, ha terminado de romper con esta falsa identidad contrato-arbitraje, lo cual a su vez ha permitido enfocarse en la real intención de las partes al acordar el arbitraje más allá de artificiales distinciones legales.

Definida la arbitrabilidad, correspondería enmarcar la normativa a la que se encontraba sujeto el Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA:

La Ley de Contrataciones del Estado en su numeral 52.3 del artículo 52° señala:

"El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta

disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo";

Así también tenemos que el numeral 3.3 del artículo 3° de la Ley de Contrataciones del Estado, determina los supuestos en los que no resulta de aplicación esta ley, por lo que consecuentemente tenemos que, la Ley en mención como su Reglamento regulan perfectamente el contrato materia del presente proceso.

IV. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

1- Determinar si corresponde o no que se declare la ineficacia de los procedimientos a través de los cuales la Entidad observó y/o rechazó los suministros entregados por el contratista, por contravenir las reglas y procedimientos aplicables al contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA.

Previo al análisis del presente punto, éste colegiado considera importan resaltar algunos aspectos que resaltan del contrato, así como de la ejecución del mismo.

En relación al contrato:

El contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, suscrito entre el Consorcio Alimentos SAC en adelante el contratista y el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria – PRONAA, en adelante la Entidad, el cual fue modificado con la primera addenda al contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, obligaba al Contratista a partir de ahí a entregar la cantidad de 396,108 bolsas de 900 gramos, equivalente a 356.497200 Toneladas del producto "papilla" el mismo que se encontraba destinado a la atención del Sub Programa Infantil del Programa Integral de Nutrición; producto que sería entregado en el Equipo de Trabajo Zonal Bagua –ETZ - PRONAA BAGUA, en dos entregas, y la segunda puntualmente debería darse entre el 23 al 26 de julio del año 2012.

En cuanto a la inocuidad del producto papilla:

De acuerdo al contrato el contratista se encontraba sujeto a una serie de obligaciones que se encontraban definidas en el contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, tales como (i) lugar de entrega, cantidades, plazos de presentación y rotulado estipulado; (ii) antes de iniciar la producción del producto el contratista

Dr. Vicente Tincopa Torres
Dr. Franz Kundmuller Caminiti
Dr. Luis Huayta Zacarías

970

entendiendo por ello éste colegiado que con dicha "autorización de distribución" - emitida por la propia Entidad - se estaba estableciendo que el producto cumplía con sus obligaciones contractuales, encontrándose así el producto "óptimo" para ser entregado y recibido, al haber sido declarado **apto para el consumo humano e inocuo es decir quedó garantizado que dichos alimentos no causaran daño al consumidor cuando se prepare y/o se consuma**, hecho plenamente acreditado con los certificados que obran en autos.

A mayor abundamiento cabe precisar que el numeral 6.3 de de la Cláusula Sexta del Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, señala que el responsable del control de calidad realizará la verificación documental y física organoléptica del producto de acuerdo a la Directiva de Control de Calidad N° 004-2010-MIMDES-PRONAA-UGATSAN, emitiendo el boletín de aceptación o rechazo del producto. En Caso de aceptación el responsable de almacén emitirá la Nota de Entrada de Almacén - NEA; siendo otro de los hechos que no hacen más que corroborar la inocuidad del producto, toda vez que al haber superado el producto el control de calidad con la prueba física de organoléptica la Entidad cumplió con emitir los respectivos NEAs.

En cuanto a la entrega del producto "papilla":

Conforme se ha constado de las instrumentales ofrecidas en autos, que el Contratista cumplió con la rigurosidad del contrato, tanto así que obtiene por parte de la Entidad - la "autorización de distribución"- documento que únicamente se otorgaba previa presentación de un conjunto de certificaciones emitidas por organismos acreditados - para el caso de autos - Laboratorios SGS del Perú fue la empresa acreditada por INDECOPI, por lo que el documento denominado "autorización de distribución" se convertiría en el documento que autorizaba el traslado del producto al lugar de entrega.

El contratista cumplió con entregar el producto "papilla" en dos etapas o fechas programadas; según se advierte, en cada una de esas etapas entregó 198,054 bolsitas de 900 gramos equivalentes a 178.248600 toneladas métricas de papilla; estableciéndose del 23 al 26 de julio del 2012 como fecha para esta segunda entrega.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

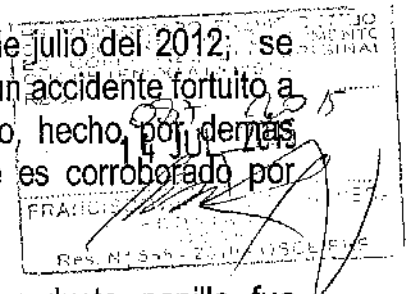
*Dr. Vicente Tincopa Torres
Dr. Franz Kundmuller Caminiti
Dr. Luis Huayta Zacarias*

971

Conforme se advierte mediante Carta N° 374-2012-MIDIS-PRONAA/UAD emitida por PRONAA LIMA de fecha 23 de julio del 2012, la Entidad autorizó la distribución del producto papilla a la contratista, además que el contratista por su parte acompañó entre otros documento (i) certificados de conformidad del producto terminado, de supervisión del proceso productivo, guía de remisión (ii) certificados de inspección (iii) informe microbiológico y físico químico (iv) el certificado de inspección de verificación de formulación N° 391501/655734 (v) certificado de inspección verificación de pesos, sellado e integridad N° 391501/655735; informe de inspección de las condiciones higiénico sanitarias de la planta N° 391501/655736 informe de inspección del sistema de calidad HACCP N° 391501/655737 emitidos por la certificadora -Laboratorios SGS del Perú, así como el informe de evaluación N° 059-2012-CENAN/INS de fecha 16 de julio del 2012, - el cual concluye que el producto es conforme; instrumentales que no hacen más que corroborar la rigurosidad con que se pacto y cumplió, lo cual conlleva a que la Entidad en fecha 26 de julio del año 2012 recepcionara la cantidad de 119,064.60kg, y posteriormente en fecha 29 de julio de aquel año recepcionase 59,184 toneladas métricas del producto papilla.

715

Ahora bien de esas 59,184 TM, que ingresó en fecha 29 de julio del 2012, se tiene que 29,592 TM corresponderían al camión que sufrió un accidente fortuito a la altura del puente tulumayo - Departamento de Huánuco, hecho por demás evidente según la documentación aportada y además que es corroborado por ambas partes en el proceso.



En consecuencia tenemos, que el procedimiento de entrega se efectuó de acuerdo a lo establecido en el contrato, máxime aún si resulta por demás evidente que las condiciones para el pago del mismo ya estaban dadas, conforme se advierte de las instrumentales ofrecidas en autos, y corroborado de lo dispuesto en el tercer párrafo de la cláusula cuarta del contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA, que dice: "Las guías de remisión serán visadas, selladas y registradas por el Responsable del Almacén del Equipo de Trabajo Zonal, el mismo que elaborará la(s) Nota(s) de Entrada de Almacén – NEA(s). Previo la emisión de las NEA(s), el responsable de Control de Calidad del Equipo de Trabajo Zonal emitirá el Boletín de Control de Calidad correspondiente, que de manera conjunta son los documentos para el pago respectivo".

Por lo que concluyendo tenemos que el Contratista cumplió con entregar el producto papilla con las formalidades requeridas resultando ser un producto apto e inocuo para el consumo humano, así como también resultó ser válidamente recepcionado por la Entidad otorgando la Entidad las validaciones correspondientes.

En este orden de cosas y ya establecida la inocuidad del producto así como la válida entrega del mismo correspondería analizar si hubo observación o rechazo al producto

En cuanto a saber si hubo observación o rechazo del producto papilla por parte de la Entidad.

Refiere la Entidad que como consecuencia del informe N° 365-2012-MIDIS-PRONAA-EZBB/J, toman conocimiento de la volcadura del camión que transportaba 29,592 TM del producto papilla el cual pertenecía al Contratista, accidente ocurrido en fecha 24 de julio del 2012 a la altura del puente tulumayo - Departamento de Huánuco; por lo que la Entidad constituye una comisión de inspección al producto ingresado en fecha 29 de julio del 2012 – esto es – 59.185 TM, comisión que se hizo presente en las instalaciones del Equipo de Trabajo Zonal Bagua en fecha 24 de agosto del 2012 siendo su resultado no conforme, así también precisan que se realizó inspección y toma de muestras a los lotes de papilla correspondiente a la entregada (119.064.60), utilizando el mismo nivel de muestreo y concluyeron que el producto era conforme. Posteriormente el 10 de setiembre del 2012 la Fiscalía Especializada en prevención del delito de Bagua se

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

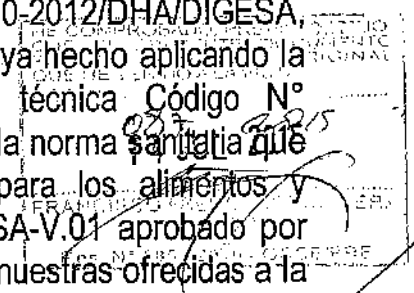
Dr. Vicente Tincopa Torres
Dr. Franz Kundmuller Caminiti
Dr. Luis Huayta Zacarias

973

apersonó en la instalaciones del Equipo de Trabajo Zonal Bagua, procediendo a inmovilizar todo el producto de papilla que se encontraba almacenado a dicha fecha; igualmente señalan que la DIRESA en fecha 18 de setiembre del 2012, tomo muestras que fueron derivadas a la DIGESA, por lo que recién con fecha 11 de enero del año 2013, tomaron conocimiento del Informe N° 006310-2012/DHA/DIGESA, en el que se señala que el producto es declarado no apto para el consumo humano en razón al inminente riesgo de contaminación cruzada.

Por parte del contratista se tiene que, mediante carta N° 116-2012-CORAL/GG, de fecha 13 de agosto del 2012, solicitó considerar la fecha de recepción del producto papilla aludiendo como caso fortuito el accidente ocurrido en fecha 24 de julio del 2012, precisando que si bien el producto ingreso el 26 de julio, la verificación, control de calidad y posterior descarga del producto se efectuó en fecha 29 de julio del año 2012; se advierte así también que obra en autos el acta de muestreo de fecha 25 de julio, en donde la Dirección Regional de Salud-DIRESA, emite el Reg: 0027-12LMAA-DESA HCO cuyo resultado al examen microbiológico de alimentos aplicado al producto papilla concluye que es apto para el consumo humano; y en relación al Informe N° 006310-2012/DHA/DIGESA, manifiesta lamentar que al momento del muestreo no se haya hecho aplicando la NTP 209.261:2001 conforme lo indicado en la ficha técnica Código N° 5019310800134848, agregando que tampoco se consideró la norma sanitaria que establece criterios microbiológicos de calidad sanitaria para los alimentos y bebidas de consumo humano (NTS N° 071-MINSA/DIGESA-V.01 aprobado por RM N° 591-2008/MINSA; por otro lado precisa también las muestras ofrecidas a la DIGESA (i) no han sido objeto de análisis por no cumplir con los requisitos de admisión de muestras Directiva Sanitaria N° 32 (RM N° 156-2012/MINSA), (ii) que las 85.151.7 Kg de papilla almacenada en el Equipo de Trabajo Zonal Bagua son declarados no aptos para el consumo humano por eminente riesgo de contaminación cruzada.

716



Este colegiado en el propósito de circunscribirse al acontecimiento ocurrido -esto es - volcadura del camión que trasladaba 29,592 TM, tenemos que no obstante al accidente ocurrido (i) la DIRESA de Huánuco emitió un certificado que garantizaba el consumo del producto papilla, (ii) el contratista hizo de conocimiento de la Entidad sobre el accidente ocurrido en fecha 24 de julio del 2012 a la altura del puente Tulumayo - Departamento de Huánuco; (iii) que la mencionada carga conto con: a) su guía de remisión, b) Nota(s) de Entrada de

Almacén – NEAs. y c) el Boletín de Control de Calidad; todo ello emitido por el responsable de almacén del mencionado Equipo de Trabajo Zonal Bagua, por lo que concluyendo se tiene que el producto papilla entregado en fecha 29 de julio del 2012 era un producto inocuo para el consumo humano y validado por la Entidad en dicha fecha conforme se ha desprendido.

Sin embargo la Entidad mediante carta 087-2013-MIDIS/COMISIÓN ESPECIAL/PRESIDENCIA, de fecha 28 de febrero del 2013, precisa entre otras cosas que en relación al ingreso irregular producido el 29 de julio de 2012 no se realizó la evaluación física del producto y que la evaluación sensoria fue deficiente en razón a ello y mediante acta de verificación de fecha 29 de agosto del 2012 se indicó que existen 59.184 toneladas métricas del producto papilla con resultado "no conforme"; posteriormente la Fiscalía de Prevención del Delito de Bagua como parte de un operativo de prevención procedió a la inmovilización de 87.075 TM que ya comprendía a las 59.184 declaradas "no conforme" y que 27.991 que se encontraban con resultado "conforme" no se pudo utilizar por ser declarado no apto para el consumo humano; resaltando que de aquellos 119.064.60 TM que fueron considerados "conforme" se fue procediendo a su normal distribución a los beneficiarios no habiendo quejas ni reclamos a la fecha del informe, por lo que culmina señalando que correspondería abonar a favor del contratista por las 91.17360 TM que únicamente se distribuyeron del producto papilla, por lo que considerando tales hecho arriba descritos habría incurrido en incumplimientos contractuales.

No obstante la carta eludida, se advierte también de ella el Informe N° 006310-2012/DHA/DIGESA, de fecha 10 de diciembre del 2012; informe que a lo largo de la contestación de demanda y reconvenición se convierte en el mejor sustento por parte de la Entidad –al señalar que en mérito a él no hubo conformidad del producto – del cual es pertinente analizar en su contexto real, así por ejemplo lo referido en el punto 2.2 que dice lo siguiente:

(...) con fecha 13 de setiembre del 2012, personal de la Red de Salud-Bagua, procede a tomar muestras del producto inmovilizado por la Fiscalía y remite para su análisis al Laboratorio de Control Ambiental de la Dirección General de Salud Ambiental-DIGESA que fuese ingresado el 09 de octubre del 2012;

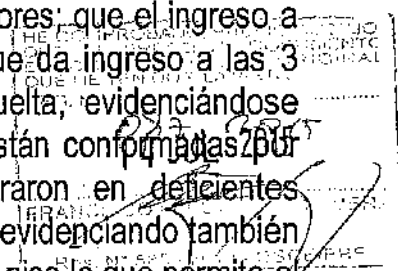
Por lo que previamente es importante resaltar que luego de 74 días de haber cumplido el contratista con entregar el producto papilla a la Entidad, se pudo

975

ingresar sus muestras recién al laboratorio de DIGESA (09 de octubre 2012) – es decir cuando el producto ya prácticamente se encontraba próximo a su fecha de vencimiento. Asimismo precisan que dichas muestras fueron recogidas el 13 de setiembre, vale decir 46 días después de que el producto papilla haya ingresado a la Entidad, si bien dicho detalle no se ha visto resaltado por la Entidad en ningún extremo de sus escritos, resulta por demás evidente que esos mismos detallados obligaron a DIGESA a concluir sobre las muestras del producto papilla: (i) no han sido objeto de análisis por no cumplir con los requisitos de admisión de muestras - Directiva Sanitaria N° 32 (RM N° 156-2012/MINSA), (ii) que las 85.151.7 TM del producto papilla almacenadas en el Equipo de Trabajo Zonal Bagua son declarados no aptos para el consumo humano por eminente riesgo de contaminación cruzada.

717

Adicionalmente DIGESA en el informe en cuestión hace un extenso análisis sobre el almacén del Equipo de Trabajo Zonal PRONAA-Bagua, realizando (i) una inspección higiénico sanitaria con observación "no acorde" a lo establecido en el Reglamento sobre vigencia y control sanitario de alimentos y bebidas (DS N° 007-98-SA) (ii) en cuanto a la infraestructura, precisa que sus ventanas no cuentan con adecuada protección que eviten el ingreso de posibles vectores: que el ingreso a la puerta principal del establecimiento así como el patio que da ingreso a las 3 naves incluyendo la nave 01 presentan grietas, tierra suelta, evidenciándose levantamiento de polvo; y que las paredes del almacén están conformadas por calaminas de aluminio acanaladas, las que se encontraron en deficientes condiciones de mantenimiento y limpieza (rotas y oxidadas) evidenciando también aberturas en unión entre calaminas y en unión de calamina -piso lo que permite el ingreso de vectores, asimismo el piso presenta ranuras entre bloques de cemento, dificultando una adecuada limpieza;(iii) en cuanto a la aplicación de la BPM,: no cuentan con gabinete de higienización de manos que incluya jabón, papel higiénico, papel toalla, en los servicios higiénicos, además de no cumplir con la normativa sanitaria respecto a la estiba de productos no perecibles, al no conservar las distancias entre rumas y entre ruma-pared; (iv) en cuanto a la higiene y saneamiento: en el perímetro externo de la nave 04 se encuentra basura, desperdicios y melazas, se encuentran heces de roedores, de gato, telas de araña en zonas externas de la nave 04 y en zona interna de almacén se evidencia heces de roedores ubicados en zonas laterales junto y debajo de parihuelas que soportaban cajas conteniendo el producto papilla existiendo el riesgo inminente de contaminación cruzada, por lo que concluye que el



almacén del Equipo de Trabajo Zona PRONAA-Bagua estaría incumpliendo lo establecido en cuanto al almacenamiento de producto terminado-estipulado en el artículo 70° del DS N° 007-98-SA – Reglamento sobre vigilancia y control sanitario de Alimentos y Bebidas. De la misma forma agrega en el punto 2.4 del mencionado informe, que el Contratista cuenta con todas las autorizaciones acorde a Ley.

En tal sentido siendo la Dirección General de Salud Ambiental –DIGESA, quienes luego de su visita in situ al almacén nave 04 del Equipo de Trabajo Zona Bagua, concluyen que dicho almacén estaría incumpliendo lo establecido en cuanto al almacenamiento de producto terminado- estipulado en el artículo 70° del DS N° 007-98-SA -- “Reglamento sobre vigilancia y control sanitario de Alimentos y Bebidas”, sumado al hecho de considerar el inminente riesgo de contaminación cruzada a la que estuvo predispuesto el producto papilla, no hacen más que concluir que luego de producida la entrega y/o recepción del producto papilla, la Entidad tuvo malas prácticas de almacenamiento, por lo que éste colegiado considera que muy a pesar de las circunstancias acontecidas la Entidad ni observó ni rechazó el producto en la oportunidad que tuvo para hacerlo, en consecuencia deberá declararse fundada la pretensión y por ende ineficaz el procedimiento por el que pretendió posteriormente observar y/o rechazar el producto papilla.

Determinar si corresponde o no que la Entidad cancele a favor del contratista el monto de la Factura N° 0001-001490 pendiente de pago, correspondiente a las 198,054 bolsas de papilla de 900 gramos entregadas al Equipo de Trabajo Zonal Bagua.

Habiendo podido determinar en el punto controvertido anterior del presente laudo arbitral, que el producto papilla cumplía con todas las rigurosidades del contrato, para ser considerado un producto inocuo y apto para el consumo humano, así como haber cumplido con todas las validaciones por parte de la Entidad para la recepción de los mismos, emitidas por el responsable de almacén como son: (i) su guía de remisión, (ii) Nota(s) de Entrada de Almacén – NEAs. y (iii) el Boletín de Control de Calidad; y habiendo el contratista emitido la Factura N° 0001-001490 por el importe de S/. 996,013.57 (Novecientos noventa y seis mil trece y 57/100 nuevos soles) por el concepto de haber entregado 198,054 bolsas de 900 gr. del producto papilla, corresponde a la Entidad proceder a abonar el monto

correspondiente a dicha entrega, conforme a lo establecido en la cláusula cuarta del contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA.

Que de conformidad a lo establecido en el primer párrafo del artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual dice:

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el Contrato.

Hecho y fundamento que se corroboraría con la Carta Notarial N° 2071 de fecha 13 de noviembre de 2012, por el cual el Contratista requiere el pago al amparo de lo dispuesto en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado bajo apercibimiento de resolver el contrato; además de la carta Notarial N° 32969 de fecha 30 de noviembre de 2012, por el cual el Contratista comunica la resolución parcial del contrato por incumplimiento de pago.

Por lo expuesto corresponde ordenar a la Entidad cumpla con efectuar el pago de la factura emitida por Consorcio Alimentos SAC por concepto de haber entregado 198,054 bolsas de 900 gr. del producto papilla, ascendente a la suma de S/. 996,013.57 (Novecientos noventa y seis mil trece y 57/100 nuevos soles), conforme lo establecido en el contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA y la propia normativa de contratación pública.

718

NO
RENTA
ARBITRAL
087
14 JUL 2015

Determinar si corresponde o no que la Entidad cancele a favor del contratista la suma de S/ 996,013.57 (Novecientos noventa y seis mil trece y 57/100 nuevos soles) más los intereses legales que se devenguen hasta el momento de su pago efectivo, por concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento de pago correspondiente a 198,054 (Ciento noventa y ocho mil y cincuenta y cuatro) bolsas de papilla de 900 gramos, entregadas al Equipo de Trabajo Zonal Bagua, en cumplimiento al Contrato N° 010-2012-MIDIS-PRONAA

En relación a este punto controvertido primero debemos tener en claro que se entiende por daño. No es el simple empobrecimiento del patrimonio de la víctima del ilícito, sino que debe ser entendido como la lesión de un interés protegido, y a partir de allí - de esa lesión - pueden generarse consecuencias de carácter

económico o no, dependiendo de la naturaleza del interés tutelado, pues en función a ello puede darse una pérdida patrimonial o no. Entonces nos encontramos que una lesión a un interés o bien jurídico tutelado puede ocasionar daños patrimoniales y no patrimoniales o extrapatrimoniales. Pero siempre ese daño debe ser un daño injusto, es decir que no tenga justificación.

Sobre el particular encontramos que el contratista reclama ser indemnizado por daños y perjuicios que le ha causado la conducta de la Entidad al no haber cumplido con pagar lo que le correspondería, precisando que la legislación aplicable en este extremo resultan ser las de derecho privado.

La indemnización por daños y perjuicios, tal y como lo indica su nombre, únicamente procede cuando se ha ocasionado un daño a un sujeto o a sus bienes, La indemnización no es otra cosa que la resultante impuesta por la Ley en los casos de materialización de todos los elementos de la responsabilidad civil. Este detrimento puede originarse por el incumplimiento de un evento pactado previamente o por un acontecimiento producido sin previa convención; y su sustento se encuentra en el antiguo adagio que refiere que quien ocasione un menoscabo está en el deber de repararlo.

Por otro lado se sabe que para que opere la responsabilidad civil y la consecuente indemnización, serán necesarios algunos elementos de configuración:

- **Un hecho antijurídico o ilícito** generado por un sujeto imputable, lo que no quiere decir sino que se debe tratar de un evento ocasionado por obra del hombre, siempre que tal hecho esté fuera de límites permitidos jurídicamente y que, además el sujeto sea susceptible de ser reprendido por tal actitud, es decir, que tenga capacidad de imputación.
- **Un daño generado**, lo que refiere el perjuicio a otro sujeto en su persona o sus bienes y que, a fin de cuentas, se constituye en el elemento primordial de la responsabilidad civil, pues sin daño es inconcebible hablar de resarcimiento alguno.
- **Un nexo de causalidad entre el hecho generador y el daño ocasionado**, siendo que tal relación debe ser adecuada sin mediar algún supuesto de ruptura causal como puede acontecer con el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho de un tercero o de la propia víctima.

- **Algún factor de atribución de la responsabilidad al sujeto que ha generado el daño con su accionar.** Entre tales factores se tienen la culpa, el dolo, el riesgo creado, el abuso del derecho, la garantía y la equidad.

La acción trascendida por la legislación, una vez configurados todos los elementos de la responsabilidad civil, se encamina al resarcimiento del daño en cuanto fuere posible. Esta acción es conocida como indemnización por daños y perjuicios. En tal sentido la responsabilidad civil genera obligación de resarcir el menoscabo irrogado, aunque es factible también inferir que la indemnización pretende además de satisfacer a la víctima, sancionar al agresor, disuadir a la sociedad y distribuir en lo posible los costos por las mellas ocasionadas.

Ahora bien, es necesario destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación y es que el daño, cualquiera sea su naturaleza debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación. El daño no puede ser hipotético, deducible o simplemente implícito, sino que requiere de certeza. Siendo así, el daño requiere ser probado y aún cuando existen diferentes grados de convicción que permiten tener por probado un daño, la producción de esos diferentes grados de convicción en el juzgador impone la exigencia de probanza en el demandante.

719

Es así que partiendo como premisa que no basta una inducción lógica y sentido común para sustentar el daño o perjuicio ocasionado, no cabría la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1332° del Código Civil por cuanto para ejercer una facultad discrecional y totalmente subjetiva como es determinar un monto indemnizatorio, aún cuando ésta ha sido otorgada por un mandato legal expreso, se requiere la existencia de evidencia probatoria que cause convicción en el Colegiado.

ES UN ORIGINAL
QUE PERTENECE A LA
REG. N.º 1086
11 JUL 2015

En otras palabras, el artículo 1332° del Código Civil puede ser aplicado por el juzgador cuando estando probado el daño no pueda demostrarse su cuantía. En el presente caso, lo presentado por el Contratista no sustentan la existencia de daño que pueda ser objeto de resarcimiento.

Resulta importante reflexionar respecto a la dificultad pragmática de probar el daño moral que emerge de un hecho dañoso, por cuanto al no tener una implicancia patrimonial directa, la subjetividad del daño muchas veces se interioriza haciendo difícil la obtención de medios probatorios a través de terceros. Sin embargo, aún siendo complicada la carga probatoria, lo cierto es que se

requiere que el perjudicado tenga la capacidad de asistir al juzgador con elementos objetivos no necesariamente categóricos pero si convincentes, que permitan la aplicación de la normatividad con corrección y justicia, situación que en el presente caso no se ha podido evidenciar.

Por las consideraciones expuestas, es criterio del Tribunal Arbitral que resulta INFUNDADA la pretensión del Contratista en este extremo, con relación al reconocimiento y pago de una indemnización por daños y perjuicios.

Determinar si corresponde o no que la Entidad proceda a la devolución de las retención del 10% ascendente a la suma de S/205,394.42 (Doscientos cinco mil trescientos noventa y cuatro y 42/100 nuevos soles), por concepto de Garantía de Fiel Cumplimiento.

El numeral 2 del artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, claramente señala que la garantía de Fiel Cumplimiento se ejecutará, solo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato.

Para el caso de análisis se ha concluido que el Contratista cumplió con su obligación contractual - esto es - cumplió con entregar el producto papilla a conformidad de la Entidad y se concluyo que el producto papilla era inocuo - es decir apto para el consumo humano a la fecha pactada de entrega del producto.

Este Tribunal Arbitral por las consideraciones expuestas, considera que debe declararse FUNDADA la pretensión del Contratista en el extremo referido a que se deje sin efecto y valor-legal la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento entregada a la Entidad, para garantizar el cumplimiento del bien que como se precisó el Contratista cumplió con entregar.

Por lo tanto se determina que si corresponde ordenar al Programa Nacional de Asistencia Alimentaria - PRONAA, la devolución del monto ejecutado por la carta fianza de fiel cumplimiento, ascendente a S/. 205,394.42.

Determinar si corresponde o no que la Entidad deje sin efecto la imposición de las penalidades aplicadas al contratista por presuntos incumplimientos.

Las penalidades constituyen un mecanismo de resarcimiento que se genera cuando existe incumplimiento por una de las partes contratadas. Su objeto es resarcir el daño patrimonial que sufrido la parte que no ha visto satisfecha la prestación que esperaba y por la cual contrato

Tal como lo refiere el jurista Raúl Ferrero Costa, el resarcimiento tiene como propósito colocar al acreedor en misma situación como si la obligación hubiese sido cumplida, lo cual comprende tanto el resarcimiento del daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) como el daño extrapatrimonial (daño moral) en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de la inexecución⁴. De este modo la penalidad constituye un elemento disuasivo al posible incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes; pues de manera anticipada se conoce el monto de la misma, que en mayoría de casos es elevado. Ello genera en la parte contratante una especie de moldeamiento de conducta orientado al cumplimiento y no lo contrario.

720

Si bien las penalidades tienen dos objetivos: por un lado, garantizar a la Entidad Pública el cumplimiento de la prestación y por el otro lado, estimular al acreedor el cumplimiento de lo acordado, pues el pago de las penalidades solo hará que la prestación a su cargo se vuelva más onerosa para él.

REPUBLICA DEL PERU
TRIBUNAL ARBITRAL
087
14 JUL 2015

Por lo que analizando el numeral 5.17 de la cláusula Quinta del Contrato, se tiene que la Entidad no estaba obligada a recibir el producto si no cumplía con las características técnicas del y demás condiciones establecidas en las bases, Ficha Técnica y lo dispuesto en el contrato; por lo que siendo que tal entrega recepción y conformidad a través de los NEAs otorgó la Entidad, resulta evidente que incumplimiento no hubo, y si bien este Tribunal Arbitral advierte que hubo un retraso en la entrega del producto, no advertimos en ningún extremo de la contestación de demanda que se haya aplicado penalidad por mora.

Entendiendo así que la penalidad aplicada por la Entidad devendría en arbitraria, al no cumplirse con el presupuesto ya arriba mencionado, por lo que resulta amparable lo requerido por el Contratista y en consecuencia deberá declararse FUNDADA su pretensión.

⁴ FERRO COSTA Raúl, "Curso de Derecho de Obligaciones" 3era ed. Editorial Jurídica Grijley, Lima Perú 2004 pp333.

Determinar si corresponde o no declarar la invalidez y/o nulidad y/o se deje sin efecto la Carta de Resolución del Contrato y primera adenda del mismo presentada por el Contratista, por contravenir las normas legales y por falta al cumplimiento de inocuidad del producto de acuerdo al informe N° 006310-2012/DHAZ/DIGESA de fecha 10 de diciembre de 2012, por el cual declaran no apto el producto papilla.

Conforme se venido desarrollando en el análisis respecto al cumplimiento o incumplimiento contractual por parte del Contratista, así como también al inocuidad del producto "papilla" y la posterior entrega del producto, en donde se recoge en extenso el informe N° 006310-2012/DHAZ/DIGESA.

Informe que resultó ser contundente al señalar que al efectuar una visita in situ al Almacén del Equipo de Trabajo Zonal PRONAA-Bagua, OBSERVÓ: (i) una inspección higiénico sanitaria con observación "no acorde" a lo establecido en el Reglamento sobre vigencia y control sanitario de alimentos y bebidas (DS N° 007-98-SA) (ii) en cuanto a la infraestructura, precisó que sus ventanas no cuentan con adecuada protección que eviten el ingreso de posibles vectores; que el ingreso a la puerta principal del establecimiento así como el patio que da ingreso a las 3 naves incluyendo la nave 01 presentan grietas, tierra suelta, evidenciándose levantamiento de polvo; y que las paredes del almacén están conformadas por calaminas de aluminio acanaladas, las que se encontraron en deficientes condiciones de mantenimiento y limpieza (rotas y oxidadas) evidenciando también aberturas en unión entre calaminas y en unión de calamina -piso lo que permite el ingreso de vectores, asimismo el piso presenta ranuras entre bloques de cemento, dificultando una adecuada limpieza;(iii) en cuanto a la aplicación de la BPM: no cuentan con gabinete de higienización de manos que incluya jabón, papel higiénico, papel toalla; en los servicios higiénicos, además de no cumplir con la normativa sanitaria respecto a la estiba de productos no perecibles, al no conservar las distancias entre rumas y entre ruma-pared; (iv) en cuanto a la higiene y saneamiento: en el perímetro externo de la nave 04 se encuentra basura, desperdicios y melazas, se encuentran heces de roedores, de gato, telas de araña en zonas externas de la nave 04 y en zona interna de almacén se evidencia heces de roedores ubicados en zonas laterales junto y debajo de parihuelas que soportaban cajas conteniendo el producto papilla **existiendo el riesgo inminente de contaminación cruzada**, por lo que **concluye que el**

Por consiguiente, no corresponde ordenar a ninguna de las partes el pago de los costos totales del proceso arbitral. En consecuencia, se resuelve que cada parte cubra sus propios gastos por un lado, y por otro, que los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos de la secretaría arbitral) sean asumidos por ambas partes en iguales proporciones.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral actuando en **DERECHO**, y con el voto en discordia por parte del Dr. Franz Kundmuller Caminiti

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión del Contratista en consecuencia declárese ineficaz el procedimiento por el cual se observó y/o rechazo el producto "papilla"

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la pretensión del Contratista relacionada al pago de la Factura N° 0001-001490, ascendente a la suma de S/. 996,013.57 (Novecientos noventa y seis mil trece y 57/100 nuevos soles).

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión del Contratista referida al pago por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la pretensión del Contratista referida a la devolución del Depósito de Garantía de Fiel Cumplimiento.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la pretensión del Contratista referida a dejar sin efecto la aplicación de penalidades por parte de la Entidad.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** lo pretendido por la Entidad en cuanto a la invalidez y/o nulidad de la Resolución de Contrato efectuada por el Contratista.

SEPTIMO: Declarar **INFUNDADA** lo pretendido por la Entidad, en cuanto al pago por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Vicente Tincopa Torres
Dr. Franz Kundmuller Caminiti
Dr. Luis Huayta Zacarias

985

OCTAVO: DISPONER que cada una de las partes asuma los gastos arbitrales en los que hubiera incurrido en la demanda, al advertir el Tribunal Arbitral que ambas partes tuvieron razones para litigar.


~~EL PRESENTE LAUDO ES INAPELABLE Y TIENE CARÁCTER IMPERATIVO PARA LAS PARTES. EN CONSECUENCIA, FIRMADO, NOTIFÍQUESE PARA SU CUMPLIMIENTO.~~

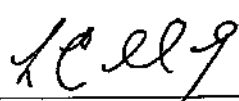
Notifíquese a las partes.



VICENTE F. TINCOPA TORRES
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL

722

HE COMPROBADO, POR MI OFICIO, QUE EL FIRMANTE DEL PRESENTE ES EL SEÑOR VICENTE TINCOPA TORRES QUE ME ESPERÓ A LA FIRMA	
REG. N°	082-1015
14 JUL 2015	
FRANCO	
Res. N° 503 - 2004 - MTC/RE	



LUIS HUAYTA ZACARIAS
ARBITRO