

Lima, 3 de diciembre de 2018

Señores
Comité de Compra Ica 1
Avenida Nicolás de Piérola N° 826
Cercado de Lima. -

**Referencia: Arbitraje EGAMILK vs COMITÉ DE COMPRA
ICA 1 - MIDIS (Exp. N° 1373-85-17)**

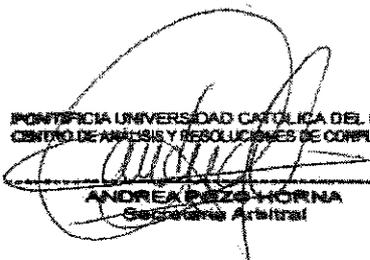
De mi consideración:

Tengo a bien dirigirme a ustedes a fin de remitirles un original de la Resolución N° 23 de fecha 29 de noviembre de 2018, a fojas 63, la cual contiene el laudo arbitral emitido por los árbitros Pierina Mariela Guerinoni Romero, Sergio Tafur Sánchez y Antonio Llanos Cárdenas, recaído en el proceso seguido entre Egamilk E.I.R.L y el Comité de Compra Ica 1.

Cabe mencionar que dentro de la Resolución N° 23 se encuentra el voto singular emitido por el árbitro Sergio Tafur Sánchez respecto de la tercera pretensión principal de la demanda arbitral.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIONES DE CONFLICTOS
ANDREA PIEZO HORNA
Coordinadora Arbitral

Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social


1284012
REGISTRO N° 00082825-2018
REGISTRADOR: tcubam
FECHA: 04/12/2018 12:03:33
PP
Folios : 64

Resolución N° 23

Lima, 29 de noviembre de 2018

I. ANTECEDENTES

1. De los Contratos y las Partes Intervinientes en el Arbitraje

1.1. El 30 de enero de 2017, la empresa EGAMILK E.I.R.L. (en adelante el Proveedor, la demandante o EGAMILK) y el Comité de Compra Ica 1 (en adelante el Comité), suscribieron el Contrato N° 002-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS, el Contrato N° 003-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS, el Contrato N° 004-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS y el Contrato N° 005-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS (en adelante los Contratos), cuyo objeto fue la provisión del servicio alimentario en la modalidad productos para los usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma de los niveles inicial y primaria de los Ítems Chincha Alta, Chincha Baja, Independencia y Pisco, respectivamente.

2. Participación en el Arbitraje del Programa Nacional de Alimentación Escolar QALI WARMA como Parte no Signataria

De conformidad con la cláusula vigésima segunda de los Contratos, las partes acuerdan aplicar lo dispuesto en el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje, a efectos de la participación del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en adelante Qali Warma o el demandado), en la resolución, mediante arbitraje, de todo litigio y controversia derivado o resultante del Contrato. ⁽¹⁾ y ⁽²⁾

3. Existencia del Convenio Arbitral

El convenio arbitral se encuentra contenido en la cláusula vigésimo primera "Solución de Controversias" de los Contratos, que establece:

⁽¹⁾ El artículo 14° de la Ley de Arbitraje, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071, establece:
"Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos."

⁽²⁾ El Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma es representado, en el arbitraje, por la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – MIDIS.

“Toda y cualquier controversia contractual, será resuelta por un Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros, mediante arbitraje de derecho organizado y administrado por la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de conformidad con los reglamentos vigentes de dicha institución y lo establecido en la presente cláusula.”

4. Designación del Tribunal Arbitral

El Comité designó como árbitro al abogado Antonio Llanos Cárdenas mientras que, por su parte, el Proveedor designó como árbitro al abogado Sergio Tafur Sánchez. Ambos árbitros designaron como Presidente del Tribunal Arbitral a la abogada Pierina Mariela Guerinoni Romero.

5. Secretaría Arbitral

Estando a lo establecido en el convenio arbitral incluido en los Contratos, el presente arbitraje es organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP (en adelante el Centro).

6. Instalación del Tribunal Arbitral

El 29 de agosto de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, actuación que contó con la presencia de las partes y en la cual se establecieron las reglas del proceso.

7. Normativa aplicable

De conformidad con lo establecido en la cláusula vigésima de los Contratos, el fondo del asunto se resolverá aplicando el Manual de Compras aprobado por Qali Warma, en adelante el Manual. En caso de defecto o vacío de las reglas establecidas en el Manual, se aplicarán las disposiciones emitidas por Qali Warma y, supletoriamente, las disposiciones del Código Civil.

Por su parte, el proceso arbitral se rige por las reglas establecidas en el Acta de Instalación de Tribunal de fecha 29 de agosto de 2017 y, supletoriamente por el Reglamento de Arbitraje del Centro (en adelante el Reglamento) y por la Ley de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071.

8. Etapa Postulatoria

- 8.1. Conforme a lo establecido en la regla 20. del Acta de la Audiencia de Instalación del Tribunal, se otorgó al Proveedor un plazo de veinte (20) días hábiles a fin de que presente su demanda arbitral.
- 8.2. Dentro del plazo establecido, el 27 de setiembre de 2017, el demandante presentó su demanda arbitral, la misma que fue subsanada el 9 de octubre de 2017 conforme a lo resuelto en la Resolución N° 3.
- 8.3. La demanda es admitida mediante Resolución N° 5, ordenándose correr traslado al Comité y a Qali Warma para que en un plazo de veinte (20) días hábiles, procedan a contestarla y formulen reconvenición de considerarlo pertinente.
- 8.4. Las pretensiones propuestas por el Proveedor en su demanda arbitral son:

“Primera Pretensión Principal

Que, se deje sin efecto la nulidad de los Contratos firmados entre EGAMILK E.I.R.L. y el Comité de Compra ICA 1 de fecha 30 de enero de 2017, que fue decretada por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MISDIS/PNAEQW de fecha 22 de febrero de 2017.

Segunda Pretensión Principal

Que, se declare la imposibilidad de cumplir el contrato, por causa atribuible al acreedor, al haber suscrito otro contrato con la empresa ALIMENTOS PROCESADOS S.A., el mismo que se viene ejecutando.

Tercera Pretensión Principal

Que, frente a la imposibilidad del cumplimiento de la prestación por culpa del acreedor, se declare que nuestra obligación queda resuelta, y como consecuencia, se nos abone el monto de S/ 7'425,421.20 (siete millones cuatrocientos veinticinco mil cuatrocientos veintiuno con 20/100 Soles), equivalente a la totalidad de la contraprestación a cargo del Programa Qali Warma, en aplicación de lo establecido en el artículo N° 1155 del Código Civil.

Primera Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal

Que, se pague una indemnización a EGAMILK E.I.R.L. por la suma de S/ 7'425,421.20 (siete millones cuatrocientos veinticinco mil cuatrocientos veinte y uno con 20/100 Soles) por los daños y perjuicios causados (daño emergente).

Cuarta Pretensión Principal

Que, el demandado asuma los costos del presente arbitraje, los cuales incluyen el pago de abogados y del Tribunal y Secretaría Arbitral.”

- 8.5. El 23 de noviembre de 2017, dentro del plazo otorgado, Qali Warma presenta su escrito de contestación de la demanda en el que, además, formula reconvencción, siendo admitidas tanto la contestación de la demanda como la reconvencción mediante Resolución N° 8, en la cual se dispone correr traslado a EGAMILK de la reconvencción postulada por Qali Warma a fin de que la conteste en un plazo de veinte (20) días.
- 8.6. La única pretensión reconvenccional propuesta por Qali Warma es la siguiente:

“Pretensión Principal

Que, el Tribunal Arbitral declare que Egamilk EIRL no cumplió con formular su propuesta técnica contenida en el formato N° 05: Declaración Jurada de cumplimiento de condiciones higiénicas sanitarias y capacidad de almacenamiento conforme a lo señalado en el anexo 04-A Requerimiento de volúmenes por ítem las cuales forman parte de las Bases Integradas del proceso de Compra N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS-SEGUNDA CONVOCATORIA, y en consecuencia declare que su descalificación en la evaluación y selección de propuesta del Proceso de Compras N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS, se ajustó a lo dispuesto en las Bases Integradas.”

- 8.7. Mediante escrito presentado el 23 de enero de 2018, la demandante contesta la reconvencción postulada por Qali Warma, teniéndose por presentado dicho escrito mediante Resolución N° 11 con conocimiento de los demandados.

Sobre la Excepción de Inexistencia de Convenio Arbitral

- 8.8. Mediante escrito presentado el 08 de enero de 2018, la demandante deduce excepción de inexistencia de convenio arbitral respecto de la única pretensión reconvenccional del demandado, corriéndose traslado al Comité y a Qali Warma para que la absuelvan en un plazo de diez (10) días, tal como consta en la Resolución N° 10.
- 8.9. Mediante Resolución N° 11 se dejó constancia que el Comité no contestó la excepción deducida por la demandante. Asimismo, en dicha Resolución el Tribunal Arbitral se reservó la resolución de la excepción de inexistencia de convenio arbitral, para el momento de expedir el laudo arbitral, sin perjuicio de poderla resolver en una oportunidad anterior, si así lo estimase conveniente.
- 8.10. Cabe señalar que, mediante Resolución N° 13 se da cuenta del escrito presentado por Qali Warma el 28 de marzo de 2018, a través del cual se

pronuncia sobre la excepción de inexistencia de convenio arbitral deducida por EGAMILK.

8.11. En dicha Resolución, con la finalidad de contar con mayores elementos para resolver la excepción, el Tribunal Arbitral resolvió tener presente el escrito presentado por Qali Warma, a pesar de que el plazo para absolver el traslado había vencido.

9. Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos

9.1. Mediante Resolución N° 11 se citó a las partes a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, actuación que se realizó el día 1 de marzo de 2018 con la presencia de las partes.

9.2. En esta Audiencia se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

“De la Demanda

Primera Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la nulidad de los Contratos firmados entre EGAMILK y el Comité el 30 de enero de 2017, la cual fue decretada por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MISDIS/PNAEQW de fecha 22 de febrero de 2017.

Segunda Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no declarar la imposibilidad de cumplir el contrato por causa atribuible al acreedor, al haber suscrito otro contrato con la empresa Alimentos Procesados S.A. el cual se viene ejecutando.

Tercera Pretensión Principal

Ante la imposibilidad del cumplimiento de la prestación por culpa del acreedor, determinar si corresponde o no declarar que la obligación de EGAMILK queda resuelta y, como consecuencia, determinar si corresponde o no se declare que se debe abonar a EGAMILK el monto de S/ 7'425,421.20 (siete millones cuatrocientos veinticinco mil cuatrocientos veintiuno con 20/100 Soles), equivalente a la totalidad de la contraprestación a cargo de Qali Warma, en aplicación de lo establecido en el artículo N° 1155 del Código Civil.

Primera Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no pagar una indemnización a EGAMILK por la suma de S/ 7'425,421.20 (siete millones cuatrocientos veinticinco mil cuatrocientos veintiuno con 20/100 Soles) por los daños y perjuicios causados (daño emergente).

Cuarta Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no que el demandado asuma los costos del presente arbitraje, los cuales incluyen el pago de abogados, del Tribunal Arbitral y Secretaría General.

De la Reconvencción

Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no declarar que EGAMILK no cumplió con formular su propuesta técnica contenida en el formato N° 05: Declaración Jurada de cumplimiento de condiciones higiénicas sanitarias y capacidad de almacenamiento conforme a lo señalado en el anexo 04-A Requerimiento de volúmenes por ítem las cuales forman parte de las Bases Integradas del proceso de Compra N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS-SEGUNDA CONVOCATORIA, y en consecuencia declare que su descalificación en la evaluación y selección de propuesta del Proceso de Compras N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS, se ajustó a lo dispuesto en las Bases Integradas.”

- 9.3. En este acto se admitieron los medios probatorios ofrecidos en la demanda arbitral y en la contestación a la demanda.
- 9.4. De otra parte, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho a analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido. Asimismo, declaró que, si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros puntos controvertidos, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.
- 9.5. Asimismo, el Colegiado se reservó el derecho de solicitar, en cualquier momento, medios probatorios de oficio de considerarlo así necesario para el esclarecimiento de los hechos que originan la controversia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49° del Reglamento.
- 9.6. Cabe señalar que mediante escritos presentados el 28 de marzo y 23 de mayo de 2018, Qali Warma ofrece nuevos medios probatorios, los cuales son admitidos por el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 15 y Resolución N° 16 respectivamente.

10. Ilustración de Hechos

Conforme a la convocatoria realizada mediante Resolución N° 12, el 4 de abril de 2018 se realizó la Audiencia de Ilustración de Hechos, actuación que contó con la presencia de las partes del proceso. En el Acta correspondiente se dejó constancia de que la audiencia fue grabada en audio.

11. Cierre de Etapa Probatoria y Alegatos

- 11.1. Mediante Resolución N° 16, rectificada por Resolución N° 17, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la etapa probatoria y otorgó a las partes un plazo de diez (10) días para que presenten sus alegatos.
- 11.2. El 3 de julio de 2018 EGAMILK cumple con presentar sus alegatos escritos. Asimismo, el 4 de julio de 2018 Qali Warma cumple con presentar sus alegatos.

12. Informe Oral

- 12.1. Conforme a la convocatoria realizada mediante Resolución N° 18, el 12 de julio de 2018 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, acto que contó con la presencia de las partes. En el Acta correspondiente se dejó constancia de que la audiencia fue grabada en audio.
- 12.2. Asimismo, en ese acto, el Tribunal Arbitral solicitó de oficio a Qali Warma el expediente administrativo relacionado con el recurso de reconsideración presentado por EGAMILK contra la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017 de fecha 1 de marzo de 2017.
- 12.3. Mediante escrito del 19 de julio de 2018, Qali Warma cumple con presentar el expediente administrativo relacionado con el recurso de reconsideración presentado por EGAMILK contra la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017, corriéndose traslado a EGAMILK mediante Resolución N° 20 a fin de que se pronuncie al respecto.

13. Plazo para Laudar

Mediante Resolución N° 21 se fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles, prorrogándose dicho plazo por uno similar mediante Resolución N° 22. El plazo vence indefectiblemente el 30 de noviembre de 2018.

II. CONSIDERACIONES

1. Cuestiones Preliminares

Previo al análisis de las pretensiones contenidas en los puntos controvertidos que serán materia de pronunciamiento en el presente laudo, el Tribunal Arbitral declara que:

- 1.1. Ha sido designado conforme al convenio arbitral al que se han sometido las partes, tal como consta en el convenio arbitral contenido en la cláusula vigésima primera "Solución de Controversias" de los Contratos.

- 1.2. No tiene incompatibilidad ni compromiso con las partes o con la materia controvertida, habiendo desempeñado el cargo con imparcialidad, independencia, neutralidad y objetividad.
- 1.3. Los miembros del Colegiado no han sido recusados.
- 1.4. El presente arbitraje es institucional, nacional y de derecho.
- 1.5. Durante el desarrollo del proceso arbitral, ambas partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, argumentar sus posiciones e informar oralmente, desarrollándose las actuaciones arbitrales respetando las garantías de audiencia bilateral, contradicción y trato igualitario a las partes.
- 1.6. En el estudio, análisis, apreciación y razonamiento del caso, el Tribunal Arbitral ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones expuestas, así como todos los medios probatorios aportados y admitidos, haciendo un análisis y una valorización de conjunto, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no lo haya tomado en cuenta para su decisión.
- 1.7. Siendo este arbitraje uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de las pretensiones formuladas teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ésta, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a Derecho, se derivan para las partes en función de lo que se haya probado o no en el marco del proceso. 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.
- 1.8. Con relación a las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, por aplicación del Principio de Comunidad o Adquisición de la Prueba, las pruebas ofrecidas y admitidas en el proceso pertenecen al presente arbitraje. En consecuencia, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.
- 1.9. Procede a laudar dentro del plazo establecido.

2. Posiciones de las Partes

Demanda y Contestación de la Demanda

Posición de EGAMILK

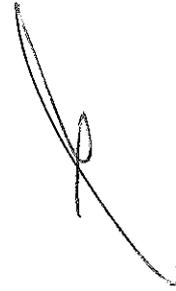
- 2.1. Señala que con fecha 23 de enero de 2017, se llevó a cabo la presentación de propuestas del proceso de Compras N° 001-2017-CC-

- ICA1-PRODUCTOS (segunda convocatoria): Proceso de compras de la Modalidad Productos para la Provisión del Servicio Alimentario 2017 del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma. (PNAEQW), como puede apreciarse en el Acta N° 007-2017-CC-ICA 1.
- 2.2. Manifiesta que en la misma fecha, se llevó a cabo la evaluación y selección de propuestas del proceso de compras, donde el Comité detalla que cumplió con los requisitos obligatorios, pasó la etapa de evaluación de propuesta técnica y económica y quedó seleccionado para la siguiente etapa de supervisión inicial de planta y almacén, tal como se aprecia en el Acta N° 011-2017-CC-ICA 1.
- 2.3. Agrega que con fecha 25 de enero de 2017, se llevó a cabo la adjudicación de propuestas del proceso de compras de la modalidad productos para la provisión del servicio alimentario 2017 PNAEQW, donde se dio por ganador a EGAMILK de los ítems Chincha Alta, Chincha Baja, Independencia y Pisco, como puede apreciarse en el Acta N° 013-2017-CC-ICA1.
- 2.4. Mediante Carta N° 005-2017-CC-ICA1-Productos de fecha 26 de enero de 2017, se le comunica que su empresa había resultado adjudicada en el ítem "Chincha Alta", "Chincha Baja", "Independencia" y "Pisco", motivo por el cual en un plazo máximo de seis (02) días hábiles [sic], debía apersonarse en la sede del Comité con la finalidad de suscribir el contrato.
- 2.5. Afirma que, en cumplimiento de lo señalado, con fecha 30 de enero de 2017 firmó los contratos N° 002, 003, 004, y 005-2017-CC-ICA1/PRODUCTOS.
- 2.6. Añade que con fecha 01 de febrero de 2017, la empresa Alimentos Procesados S.A. presentó su reclamo, manifestando que la evaluación del Comité fue incorrecta, hecho que no fue comunicado a las empresas ganadoras.
- 2.7. Asimismo, en su escrito presentado el 31 de enero, Alimentos Procesados S.A. solicita la nulidad de la evaluación técnica efectuada por el Comité y que se revise su actuación.
- 2.8. Señala que mediante Informe N° 023-2017-MIDIS/PNAEQW/UTICA-CC-ICA1/RMZP, en relación a la solicitud de revisión a la actuación del Comité de Compras Ica 1 efectuada por Alimentos Procesados S.A., la Jefa de Unidad Territorial concluye que la decisión del Comité con la asistencia técnica del supervisor del Comité fue correcta.
- 2.9. Así, con fecha 20 de febrero de 2017, veintiún (21) días después de haber firmado el Contrato, la Jefa de Unidad Territorial Ica, Rosa María

Mendoza Espinoza, le envía un correo electrónico donde le informa que ha recibido copia del Memorando 02221-2017-MIDIS/PNAEQW-UOP sobre el informe técnico respecto a los fundamentos de la observación de los Formatos N° 11 y 12 del postor Alimentos Procesados S.A., comunicando que, referente a la opinión emitida por la UOP, se estará realizando seguimiento ante la UGCTR sobre gestión de la Resolución de la Dirección Ejecutiva sobre la solicitud de nulidad hasta la etapa de evaluación técnica y económica presentada por el postor Alimentos Procesados S.A.

- 2.10. Mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW de fecha 24 de febrero, se declara de oficio la nulidad parcial del proceso de compras N° 001- 2017-CC-ICA1-PRODUCTOS (Ítems Chincha Alta, Chincha Baja, Independencia, Pisco y Grocio Prado) y declara de oficio la nulidad de los contratos 002, 003, 004 y 005-2017-CC-ICA-PRODUCTOS, retrotrayendo el proceso N° 001- 2017-CC-ICA1-PRODUCTOS a la etapa de evaluación y selección de propuestas.
- 2.11. De esta forma manifiesta que con fecha 01 de marzo, junto a los representantes de Consorcio Tasayco (empresa también afectada con la nulidad de los contratos) formuló recuso de reconsideración contra la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW (ANEXO 1-N) a fin que se deje sin efecto la misma y se continúe con el proceso programado de acuerdo a la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 060-2017/MIDIS-PNAEQW.
- 2.12. Con fecha 07 de marzo de 2017, se llevó a cabo la evaluación retrotraída donde resultó apta para pasar la otra evaluación, como se aprecia en el Acta N° 18-2017-CC-ICA1. Añade que, en este proceso de selección, Alimentos Procesados S.A quedó descalificado una vez más.
- 2.13. Asimismo, con fecha 08 de marzo, el Acta N° 20-2017-CC-ICA1 da como ganador a EGAMILK de los ítems "Chincha Alta", "Chincha Baja", "Independencia" y "Pisco"; sin embargo, mediante correo electrónico de fecha 13 de marzo de 2017 el supervisor de obra [sic], Ray Zárate Pérez, no indica la suspensión de la firma del contrato.
- 2.14. Afirma que mediante Resolución N° 175-2017-MIDIS-PNAEQW se declara de oficio la nulidad parcial de la segunda convocatoria del proceso de compra N° 001-2017-CC-ICA1-PRODUCTOS, a efectos que el Comité lo retrotraiga a la etapa de evaluación y selección de propuestas.
- 2.15. Con fecha 22 de Marzo de 2017, los encargados de dirigir el proceso de selección tuvieron intercambio de pareceres entre el Comité y la Supervisora del Comité, razón por la cual se suspendió el proceso, una vez más, como consta en el Acta N° 022-2017-CC-ICA1, siendo que

mediante Resolución Directoral N° 197-2017-MIDIS/PNAEQW de fecha 24 de marzo, se encarga temporalmente las funciones del Comité de Compra Ica 1 al Comité de Compra Lima 3, hasta que las instituciones del ámbito del Comité de Compra Ica 1 designen nuevos representantes.

- 2.16. De esta forma, con fecha 03 de abril de 2017, se realizó una vez más el proceso de selección, el mismo que se llevó a cabo en la ciudad de Lima. En dicho acto, no se revisó adecuadamente el expediente presentado por la empresa Alimentos Procesados S.A., el cual contaba con muchos errores, los cuales como señala el Manual de Compras y las Bases, es causal de eliminación automática; sin embargo, esta empresa resultó ganadora, como se aprecia en el Acta N° 024-2017-CC-ICA1 ya que desestimaron la propuesta de EGAMILK debido a que en la evaluación se verificó que los volúmenes a postular (TM por 2 días de atención) señalados en el Formato N° 05 – Declaración Jurada de Cumplimiento de Condiciones Higiénicas Sanitarias y capacidad de Almacenamiento, no correspondía a lo señalado en el anexo 04-A Requerimiento de volúmenes por ítem, los cuales forman parte de las Bases Integradas del Proceso de Compra N° 001-2017-CC ICA1-PRODUCTOS-SEGUNDA CONVOCATORIA.
- 2.17. Por último, mediante Acta N° 025-2017-CC-ICA1 de fecha 04 de abril de 2017, se nombra ganador del proceso de compra a Alimentos Procesados S.A.
- 2.18. Con relación a su primera pretensión principal, EGAMILK manifiesta que, como ha señalado, el día 30 de enero firmó los contratos N° 002, 003, 004 y 005-2017-CC-ICA 1/ PRODUCTOS como consecuencia de haber sido ganadores del proceso de compras N° 001-2017-CC-ICA1-Productos (Segunda Convocatoria).
- 2.19. Afirma que en el mencionado proceso, uno de los postores fue Alimentos Procesados S.A., quien fue descalificado pues: i. en la copia de licencia municipal expedida por la Municipalidad Distrital de Sachaca, no se consigna el metraje o área asignado para el funcionamiento "Elaboración y Comercialización de Alimentos Balanceados para animales (aves, cerdos Sutuches) y elaboración y comercialización de alimentos para personas (Lácteos instantáneos, leche de soya, papillas, hojuelas de cebada y otros)" incluyendo su almacenamiento y fraccionamiento otorgada predio; ii. foliación ilegible en el Formato N° 18 Lista de Alimentos a entregar según el anexo N° 03 B Tabla de Alternativas para la provisión de alimentos para la modalidad Raciones; y, iii. no adjuntó la declaración Jurada de Fiel Cumplimiento de Plan de Rastreabilidad y Retiro de Productos no Conformes firmado por el Representante Legal de la empresa, requisito considerado como mínimo en el esquema del Plan de Rastreabilidad y Retiro de Productos no Conformes (Formato N° 11); por lo que el Comité en pleno no admite su propuesta.
- 
- 
- 

- 2.20. Siendo que EGAMILK fue la ganadora de los ítems “Chincha Alta”, “Chincha Baja”, “Independencia” y “Pisco”, firmó contrato el 30 de enero, y el 20 de febrero (veintiún días después) le comunican vía correo electrónico sobre la solicitud de nulidad presentada por Alimentos Procesados S.A.
- 2.21. Finalmente, agrega que mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW, publicada en su página web el día 24 de febrero, se anula el contrato y se retrotrae el proceso hasta la etapa de evaluación de expedientes.
- 2.22. Al respecto argumenta que, dicha Resolución de Dirección Ejecutiva es nula e ineficaz ya que no señala cual es la causal para que se proceda a la nulidad del contrato. Los procedimientos administrativos internos no pueden afectar un contrato con terceros, peor aún luego de transcurrido tantos días, por lo que debe dejarse sin efecto la nulidad del Contrato.
- 2.23. Con relación a su segunda pretensión principal, el contrato fue declarado nulo de oficio mediante la Resolución de Dirección Ejecutiva 145-2017-MIDIS/PNAEQW, luego de lo cual se realizó un nuevo proceso de selección en el que resultó ganador también; sin embargo, se declara de oficio una vez más la nulidad parcial de la segunda convocatoria del proceso de compra.
- 2.24. Finalmente, manifiesta que el 3 de abril, en un tercer proceso, se nombra ganador a Alimentos Procesados S.A.
- 2.25. Afirma que al haber cumplido con todo lo indicado tanto para la firma del contrato como para su cumplimiento, procedió a realizar la compra de los productos, como consta en facturas; sin embargo, debido a la realización de procesos de selección posteriores de los ítems Chincha Alta, Chincha Baja, Independencia y Pisco, a pesar de existir un contrato con EGAMILK para la prestación del servicio, el mismo se encuentra en ejecución por la empresa Alimentos Procesados S.A.
- 2.26. En tal sentido, afirma que en razón a que la nulidad de oficio no tiene efecto, dichos procesos de selección posteriores no se debieron dar, por el contrario, lo que se debió hacer es dar cumplimiento al contrato ya firmado entre EGAMILK con la demandada, siendo esto total responsabilidad del demandado.
- 2.27. Concluye señalando que de lo explicado, se desprende que el contrato está siendo cumplido por otra parte, por consiguiente resulta imposible que EGAMILK pueda cumplirlo. Como consecuencia de ello, deberá declararse la imposibilidad de su cumplimiento por causa imputable al demandado.

2.28. Con relación a su tercera pretensión principal, manifiesta que la cláusula tercera de los contratos "Monto del Contrato" señalan:

a) Contrato 002-2017-CC-ICA1-PRODUCTOS CHINCHA ALTA

"El monto del presente Contrato asciende a la suma de S/ 2'112,101.04 (dos millones ciento doce mil ciento uno con 04/100 Soles), por la prestación del servicio alimentario que incluye el precio unitario de los productos, fletes, gastos administrativos y operativos, impuestos (salvo lo establecido en la Ley N° 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía) y otros factores que determinen el precio final puesto en las Instituciones Educativas según el Anexo N° 01."

b) Contrato 003-2017-CC-ICA1-PRODUCTOS CHINCHA BAJA:

"El monto del presente Contrato asciende a la suma de S/ 1'873,079.52 (un millón ochocientos setenta y tres mil setenta y nueve con 52/100 Soles), por la prestación del servicio alimentario que incluye el precio unitario de los productos, fletes, gastos administrativos y operativos, impuestos (salvo lo establecido en la Ley N° 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía) y otros factores que determinen el precio final puesto en las Instituciones Educativas según el Anexo N° 01."

c) Contrato 004-2017-CC-ICA1-PRODUCTOS INDEPENDENCIA:

"El monto del presente Contrato asciende a la suma de S/ 1'470,660.48 (un millón cuatrocientos setenta mil seiscientos sesenta con 48/100 Soles), por la prestación del servicio alimentario que incluye el precio unitario de los productos, fletes, gastos administrativos y operativos, impuestos (salvo lo establecido en la Ley N° 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía) y otros factores que determinen el precio final puesto en las Instituciones Educativas según el Anexo N° 01."

d) Contrato 005-2017-CC-ICA1-PRODUCTOS PISCO:

"El monto del presente Contrato asciende a la suma de S/ 1'969,580.16 (un millón novecientos sesenta y nueve mil quinientos ochenta con 16/100 Soles), por la prestación del servicio alimentario que incluye el precio unitario de los productos, fletes, gastos administrativos y operativos, impuestos (salvo lo establecido en la Ley N° 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía) y otros factores que determinen el precio final puesto en las Instituciones Educativas según el Anexo N° 01."

2.29. De esta forma afirma que siendo que el cumplimiento de su prestación resulta imposible, corresponde que se declare la resolución del Contrato.

- 2.30. Añade que, los contratos señalan en su cláusula vigésima que se aplica supletoriamente las disposiciones del Código Civil; siendo que el artículo 1371 del Código Civil señala: “Artículo 1371.- La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.”
- 2.31. Sostiene que de acuerdo a lo establecido por dicho artículo, la resolución opera de manera posterior a la celebración del contrato por alguna causa que se encuentra establecida en el mismo o en la Ley. En el presente caso, si la prestación materia del contrato deviene en imposible por causas imputables a alguna de las partes, el contrato se resuelve liberando a la parte inocente del cumplimiento de su prestación, siendo justamente esta causal de resolución la que ha operado en el presente caso. Al respecto cita lo dispuesto en el artículo 1155° del Código Civil.
- 2.32. Afirma que, como ha quedado demostrado, la imposibilidad del cumplimiento del contrato deviene en responsabilidad imputable al demandado; en consecuencia, EGAMILK tiene derecho a la contraprestación del pago correspondiente al servicio, que es la suma de S/ 7 425,421.20 (siete millones cuatrocientos veinticinco mil cuatrocientos veintiuno con 20/100 Soles), quedando liberado de la obligación que le corresponda en aplicación de la regla “*res perit creditori*”.
- 2.33. Como señala el artículo 1155° del Código Civil antes citado, la Ley ha establecido una tarifa como consecuencia del incumplimiento, cuando este se debe a la culpa del acreedor, en este caso, el demandado; manifestando que esta penalidad tasada corresponde al imposible cumplimiento de la obligación por parte del deudor, la que no se llegó a realizar por culpa del acreedor, es decir, en el presente caso, le corresponde al demandado el pago de la contraprestación pactada en la cláusula tercera del contrato.
- 2.34. Al respecto, señala que de la lectura del contrato que, en efecto, existe la cláusula tercera que señala la contraprestación por parte de la demandada y se trata de una penalidad tasada, con tarifa legal pues es la misma Ley la que ha establecido que como consecuencia de la imposibilidad de cumplimiento de la obligación pactada en el contrato por culpa del acreedor, este deberá pagar la contraprestación.
- 2.35. Finalmente argumenta que, con la declaración de nulidad del contrato y el otorgamiento del ítem a otra empresa, el demandado produjo la imposibilidad de la ejecución del mismo, razón por la cual le corresponde, en virtud del artículo 1155° del Código Civil, del derecho del deudor a la resolución del contrato, su liberación para cumplir con su prestación y a exigir el pago de la contraprestación al acreedor [sic].

- 2.36. Sobre la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal, afirma que, en cumplimiento del contrato, adquirió los insumos necesarios, como constan en las facturas que adjunta, sin embargo, el demandado procedió a la nulidad del contrato, sin justificación alguna, con el único objetivo de que gane la empresa Alimentos Procesados S.A.
- 2.37. Agrega que tal como se puede apreciar de las pruebas actuadas, la demandada no tuvo nunca la intención de cumplir con sus obligaciones contractuales, por el contrario buscó bajo todas las formas posibles que no fuera EGAMILK la favorecida con el otorgamiento de la buena pro y en consecuencia con el contrato que de ella se deriva.
- 2.38. Afirma que ha incurrido en gastos como consecuencia del contrato, los cuales deben ser reembolsados ya que la imposibilidad del contrato es netamente responsabilidad del demandado.
- 2.39. Siendo así, indica que corresponde el pago de indemnización por la suma ascendente al monto del contrato, equivalente a de S/ 7'425,421.20.

Posición de Qali Warma ⁽³⁾

- 2.40. Con relación a la primera pretensión principal, manifiesta que de la lectura de los fundamentos de derecho de la demanda, aprecia que el único argumento que sustenta la referida pretensión es el señalado en el punto 24 en el que la demandante afirma: *“Que, dicha Resolución de Dirección Ejecutiva es nula e ineficaz ya que no señala cual es la causal para que se proceda a la nulidad del contrato. Los procedimientos administrativos internos no pueden afectar a un contrato con terceros, peor aún luego de transcurrido tantos días.”*
- 2.41. Al respecto afirma que el contratista solicita se declare la nulidad e ineficacia de la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW (pese a que en su *“petitum”* sólo solicita se declare la ineficacia), sin precisar las razones jurídicas por las cuales la referida resolución habría incurrido en algún vicio que genere su nulidad o ineficacia, tan sólo menciona de forma ligera que *“(…) no señala cual es la causal para que se proceda a la nulidad del contrato.”*, afirmación que, manifiesta, es falsa ya que la Resolución de Dirección Ejecutiva se encuentra debidamente motivada, conforme lo acreditará más adelante.
- 2.42. Señala que se entiende por negocio jurídico nulo aquel al que le falte un elemento, o un presupuesto, o un requisito, o sea contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, o cuando infrinja una norma imperativa. Las causales de nulidad del acto jurídico, dentro del Código Civil, se encuentran contempladas en el artículo 219°

⁽³⁾ El Comité no contestó la demanda.

del Código Civil, mientras que las causales de nulidad del acto administrativo se encuentran contempladas en el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Sin embargo, de la lectura de la demanda se puede apreciar que el Contratista no ha invocado cuál es la causal de nulidad que justifica su pretensión, a saber, si la Resolución de Dirección Ejecutiva se encuentra en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.
 3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
 4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.
- 2.43. Por otro lado, agrega, se tiene que la ineficacia puede ser a su vez estructural o de origen funcional, mientras que ésta última puede ser legal o voluntaria. Al respecto indica que, en el caso de la ineficacia estructural, el acto no surte sus efectos por su misma estructura, no hay objeto o no hay consentimiento, esto al existir vicios en la estructura del acto que no permite que surta sus efectos, por ejemplo, la compraventa de un bien propiedad de un menor.
- 2.44. En ese sentido, afirma que de la lectura del escrito de demanda no encuentra un párrafo en el que el Contratista cuestione jurídicamente la estructura del acto jurídico y que por lo tanto correspondería declarar la ineficacia estructural de la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW.
- 2.45. Añade que en el caso de la ineficacia funcional esta puede ser: por falta de legitimación, por incumplimiento del plazo, y por la condición de origen. En ese sentido, del mismo modo, argumenta que de la lectura del escrito de demanda no encuentra un párrafo en el que el Contratista cuestione jurídicamente la falta de legitimación, el incumplimiento del plazo o la condición de origen, razón por la que al carecer de todo tipo sustento jurídico corresponderá que el Tribunal Arbitral rechace el pedido del demandado.
- 2.46. Alega que estando a lo expuesto, se ha demostrado que el Contratista no ha demostrado ni fáctica ni jurídicamente las razones por las cuáles correspondería declarar la nulidad y/o ineficacia del acto administrativo

(Resolución de Dirección Ejecutiva), razón por la que corresponde que se declare infundada su primera pretensión principal.

- 2.47. Sin perjuicio de lo antes señalado, señala que se debe de tomar en consideración que la referida Resolución de Dirección Ejecutiva sí ha señalado cual fue la causal para que se proceda a declarar la nulidad del contrato.
- 2.48. Al respecto sostiene que con fecha 16 de enero de 2017, se lleva a cabo la segunda convocatoria del proceso de compra N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS de los ítems Grocio Prado, Chincha Alta, Chincha Baja, Independencia y Pisco, aprobándose el cronograma del proceso de compra conforme el Acta N° 006-2017-CC ICA 1.
- 2.49. Con fecha 23 de enero de 2017, el Comité de Compra Ica 1 lleva a cabo la evaluación y selección de propuestas del proceso de compra 2017, de la modalidad productos, para la provisión del servicio alimentario 2017; en dicho proceso fueron seleccionados: el postor Consorcio Tasayco's para el ítem Grocio Prado y el postor Egamilk EIRL para los ítems Chincha Alta, Chincha Baja, Independencia y Pisco, quienes obtuvieron el mayor puntaje, pasando a la siguiente fase de supervisión inicial de plantas y/o almacenes, conforme el Acta N° 011-2017-CC ICA 1.
- 2.50. Agrega que mediante Acta de Adjudicación N° 013-2017-CC ICA 1, de fecha 25 de enero de 2017 y con los resultados de la supervisión inicial de plantas, se dio como ganadores al postor Consorcio Tasayco's para el Ítem Grocio Prado; y al postor Egamilk EIRL, para los ítems Chincha Alta, Chincha Baja, Independencia y Pisco, los mismos que fueron "satisfactorios", declarándose como ganadores del proceso de compras N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS.
- 2.51. Con fecha 31 de enero de 2017, el postor Alimentos Procesados S.A., solicita la nulidad de la evaluación técnica efectuada por el Comité, indicando que fue descalificado por lo siguiente: (i) no haber consignado el metraje o área asignada en la Licencia de Funcionamiento; (ii) la foliación en el Formato N° 18 - Lista de Alimentos a entregar, es ilegible (anexo N° 03-B); y, (iii) no presentar la declaración jurada de fiel cumplimiento del Plan de Rastreabilidad y Retiro de productos no conformes (requisito obligatorio N° 18 – Formato N° 11).
- 2.52. Con fecha 3 de febrero de 2017, la Unidad Territorial Ica remite la solicitud de nulidad a la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos, indicando que la evaluación realizada por el Comité se realizó conforme a las disposiciones establecidas en el Manual del Proceso de Compra y las Bases integradas, de acuerdo al Memorando N° 129-2017-MIDIS/PNAEQW-UTICA.

- 2.53. Con fecha 9 de febrero de 2017, la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos, solicita a la Unidad de Organización de las Prestaciones que emita informe técnico detallando los fundamentos de las observaciones realizadas al Formato N° 11 del expediente técnico presentado por el postor ante el Comité de Compra Ica 1, para absolver la consulta solicitada por el postor Alimentos Procesados S.A., conforme el Memorando N° 01757-2017-MIDIS/PNAEQW-UGCTR.
- 2.54. Alega que con fecha 16 de febrero de 2017, mediante Memorando N° 0221-2017-MIDIS/PNAEQW-UOP, la Unidad de Organización de las Prestaciones del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en adelante PNAEQW), concluye que el postor Alimentos Procesados S.A., si considera en su propuesta técnica la “Declaración Jurada plan de Rastreabilidad y Retiro de los Productos de las Instituciones Educativas Públicas en caso de alerta sanitaria y/o presentarse no conformidades” según (Formato N° 11) de las Bases Integradas, siendo esta la misma Declaración Jurada contenida en los Lineamientos de la Elaboración del Plan de Rastreabilidad y Retiro de los Productos de las Instituciones Educativas Públicas en caso de alerta sanitaria y/o presentarse no conformidades.
- 2.55. Con Memorando N° 2026-2017-MIDIS/PNAEQW-UGCTR, la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencias de Recursos del PNAEQW, coincide con el Informe N° 162-2017-MIDIS/PNAEQW-UGCTR-CGCSEC de la Coordinadora de Gestión de Contrataciones y Seguimiento de Ejecución Contractual, el que a su vez hace suyo el Informe N° 0008-2017-MIDIS/PNAEQW-UGCTR-CGCSEC-GMCV de la Especialista Legal, quien realiza la evaluación técnica efectuada por el Comité de Compra Ica 1, concluye lo siguiente:

“Licencia de funcionamiento – Requisito Obligatorio N° 03:

De acuerdo al Acta N.° 011-2017-CC-ICA 1, el Comité de Compras Ica 1 señaló como motivo de descalificación, que la copia de la licencia municipal expedida por la Municipalidad Distrital de Sachaca, presentada por el postor Alimentos Procesados S.A. no consigna el metraje o área asignado para el funcionamiento.

Sin embargo, en dicho requisito no se exige que el metraje o área de funcionamiento sea consignado en la Licencia Municipal de Funcionamiento. Cabe indicar que, es potestad de cada Municipalidad Distrital o Provincial indicar en su formato dicha información, resaltándose que en la Ley N° 28976, “Ley Marco de licencia de funcionamiento”, no se señala cual es el contenido de las licencias.

Declaración jurada de fiel cumplimiento de Plan de Rastreabilidad y Retiro de Productos no Conformes – Requisito Obligatorio N° 18

El postor Alimentos Procesados S.A., no adjuntó la declaración jurada de fiel cumplimiento del Plan de Rastreabilidad y Retiro de Productos no Conformes, firmado por el representante legal de la empresa, requisito considerado como mínimo en el esquema del Plan de Rastreabilidad y Retiro de Productos no Conformes (Formato N° 11 de las Bases Integradas del Proceso de Compra); sin embargo, consta del expediente técnico que Alimentos Procesados S.A., presentó la “Declaración Jurada Plan de Rastreabilidad y Retiro de los Productos de las Instituciones Educativas Públicas en caso de alerta sanitaria y/o presentarse no conformidades”, además del Plan de Rastreabilidad y Retiro de Productos no Conformes (Productos), con lo cual cumple con el requisito establecido en las bases.

Foliación Ilegible en el Formato N° 18:

La numeración del folio 0251 (Formato N° 18) es ilegible; sin embargo, consta del expediente técnico que el número de folio 0251 se encuentra debidamente numerado y es legible, siguiendo los parámetros y contenidos mínimos establecidos en las Bases Integradas del Proceso de Compras.”

- 2.56. Sostiene que, por esas razones, con fecha 22 de febrero de 2017 se emite la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW, que declaró de oficio la nulidad del Contrato N° 001-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS (ítem Grocio Prado), suscrito con el postor Consorcio Tasayco's; a efectos que el Comité de Compra Ica 1, retrotraiga el proceso a la etapa de Evaluación y Selección de Propuestas.
- 2.57. Afirma que tal y como se ha podido apreciar, si se encuentra debidamente motivada la decisión del Programa para declarar la nulidad de oficio del Contrato suscrito en su momento con su contraparte, ya que existieron errores por parte del Comité al evaluar la propuesta de la empresa Alimentos Procesados y que fueron subsanados por el Programa al momento de resolver la nulidad planteada por la referida empresa en contra de la evaluación técnica efectuada por el Comité, subrayando que conforme al numeral 22) del Manual de Compras, el Programa se encuentra legitimado para declarar la nulidad de oficio de la evaluación técnica efectuada por el Comité.
- 2.58. En relación a la segunda pretensión principal de la demanda, manifiesta que el Programa no tiene ningún tipo de responsabilidad respecto a la declaración de nulidad Contrato N° 002, 003, 004 y 005-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS, dado que como se ha demostrado, la decisión de declarar la nulidad del mismo se dio dentro de los parámetros

establecidos en el Manual de Compras, y por causas objetivas debidamente expresadas en la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW.

- 2.59. Asimismo, alega que se debe tener en consideración que ha sido responsabilidad del propio Contratista no adjudicarse el proceso de compra N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS, ya que de la evaluación realizada por el Comité de Compra Lima 3, se determinó que Egamilk EIRL señaló en el Formato N° 05 –Declaración Jurada de cumplimiento de condiciones higiénicas sanitarias y capacidad de almacenamiento los volúmenes a postular, que no corresponde a lo señalado en el anexo 04-A Requerimiento de volúmenes por ítem las cuales forman parte de las Bases Integradas del proceso de Compra N° 001-2007-CC-ICA 0-PRODUCTOS-SEGUNDA CONVOCATORIA, tal como se detalla a continuación:

Ítem	Formato N° 05	Volumen según Anexo N° 04-a
Chincha Alta	8 TN	19.09407 TN
Chincha Baja	7 TN	16.09648 TN
Independencia	6.5 TN	13.60730 TN
Pisco	8 TN	18.15627 TN

- 2.60. En consecuencia, mal hace el Contratista pretender imputarle algún tipo de responsabilidad cuando éste no cumplió en su propuesta con presentar los volúmenes exigidos en las Bases Integradas.
- 2.61. Seguidamente, el demandado se refiere al cumplimiento de lo establecido en la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW, señalando que el Comité de Compras Ica 1, en cumplimiento de lo establecido en la referida Resolución, aprueba el cronograma del Proceso de Compras N° 001-2017-CC-ICA 1- PRODUCTOS (Segunda Convocatoria), de los ítems Grocio Prado, Chincha Alta, Chincha Baja, Independencia y Pisco, llevándose a cabo, el 07 de marzo de 2017, la evaluación y selección de propuestas acto en el que el Comité de Compra Ica 1 descalifica al postor Alimentos Procesados S.A., según consta del Acta N° 018-2017-CC-ICA 1.
- 2.62. Con Memorando N° 2317-2017-MIDIS/PNAEQW-UGCTR, la Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencias de Recursos del PNAEQW, hace suyo el Informe N° 210-2017-MIDIS/PNAEQW-UGCTR-CGCSEC de la Coordinadora de Gestión de Contrataciones y Seguimiento de Ejecución Contractual, quien recomienda declarar de oficio la Nulidad Parcial del Proceso de Compras N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS, a efectos que el Comité de Compra Ica 1, retrotraiga el Proceso de Compras N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS de los Ítems: Chincha Alta, Chincha Baja, Independencia, Pisco y Grocio Prado, a la etapa de

evaluación y selección de propuestas, por considerar que la evaluación de la propuesta técnica del postor Alimentos Procesados S.A., fue realizada de manera errónea por el Comité, según se detalla a continuación:

“Respecto a los folios

De acuerdo al Acta N° 18-2017-CC-ICA 1, el Comité de Compra Ica 1 señaló como motivo de descalificación, que los folios del expediente de postor Alimentos Procesados S.A. entre la pagina 133 y 135 existe foja con folio en el cual el ultimo dígito se aprecia el N° 1 por lo que se estaría repitiendo el folio N° 131; según bases en su página 13 señala: Asimismo, la documentación presentada no podrá tener borrones, tachaduras, enmendaduras, impresiones y copias ilegibles u otros similares. Asimismo, entre la pagina 254 y 257 existe fojas con igual numeración (255).

De acuerdo con lo establecido en el numeral 62) del Manual del Proceso de Compras y el literal b) del numeral 2.2.3 de las Bases Integradas del Proceso de Compras – Productos, los documentos que contienen las propuestas técnicas y económicas deben estar en idioma castellano, foliados (numerados) y firmados por el postor o su representante legal o apoderado, en todas sus páginas útiles (a excepción de aquellas que se encuentren en blanco).

De la revisión de la propuesta técnica presentada por el postor Alimentos Procesados S.A., se aprecia que la foliación del expediente técnico es legible y correlativa, por lo que se ha cumplido con lo señalado en el párrafo anterior; no existiendo causal para la descalificación”.

Respecto a la Licencia de Funcionamiento – Requisito Obligatorio N° 03

De acuerdo al Acta N° 018-2017-CC-ICA 1, el Comité de Compra Ica 1 señala como motivo de descalificación que no cumple con el requisito obligatorio N° 03 referente a la actividad consignada en la licencia municipal de funcionamiento, respecto al almacenamiento, dado que de acuerdo a las bases esta debe ser: producción y/o elaboración y/o almacenamiento y/o distribución y/o comercialización y/o venta de alimentos de consumo humano y/o ser operador logístico. En el caso concreto, la licencia presentada hace referencia en primer lugar a: licencia para el funcionamiento, elaboración y comercialización de alimentos balanceados para animales (aves, cerdos, sutchés, etc.) y como segunda opción, la elaboración, comercialización de alimentos para personas.

Las Bases Integradas del Proceso de Compra de Productos, señalan que el postor debe presentar fotocopia de la Licencia Municipal de Funcionamiento, del o de los almacenes del Postor, cuyas actividades económicas sean: producción y/o elaboración y/o almacenamiento y/o distribución y/o comercialización y/o venta de alimentos de consumo humano y/o ser operador logístico.

En la subetapa de absolución de consultas (primera convocatoria) se realiza la consulta con -Código ID N° 918- con relación a la licencia de funcionamiento:

“CONSULTA: (...) ¿Los documentos solicitados deben decir específicamente que el almacenamiento de alimentos es para “CONSUMO HUMANO”? ya que al momento de solicitar algunos documentos a las entidades, como por ejemplo la licencia de funcionamiento, muchas veces no especifican el término “CONSUMO HUMANO” a la denominación de lo otorgado, por ejemplo “Almacenamiento y Comercialización de Productos Alimenticios.

ABSOLUCIÓN: No es causal de descalificación, en la supervisión inicial el PNAEQW verificará que los establecimientos declarados por el postor sean de uso exclusivo para alimentos de consumo humano.”

Respecto al Certificado de Vigencia de Poderes – Requisito Obligatorio N° 06

De acuerdo al Acta N° 18-2017-CC-ICA 1, el Comité de Compra Ica 1 señala como motivo de descalificación, que el postor Alimentos Procesados S.A., no cumple el requisito obligatorio N° 6, en vista que los nombres consignados en la vigencia poder y documento nacional de identidad presentados por el representante legal, no son los mismos. En el DNI dice: Javier Alberto Gonzalo Tapia Corrales Nieves y en la vigencia poder certifican a Tapia Corrales Nieves, Javier; por lo que el Comité considera que para el presente proceso no existe una correlación entre el DNI y la Vigencia Poder.

Al respecto, el numeral 3.1) de las Bases Integradas del Proceso de Compra de Productos, establece que las propuestas técnicas presentadas por los postores deben cumplir los requisitos obligatorios; entre ellos, el requisito obligatorio N° 06: Vigencia de poder del representante legal de la persona jurídica con una antigüedad no mayor a treinta (30) días calendario a la fecha de presentación de la propuesta técnica y económica, la misma que será emitida por la Oficina de Registros Públicos (...).

Sobre el Poder del representante legal de la persona jurídica, el Certificado de Vigencia de Poder que adjunta el postor Alimentos

Procesados S.A., indica como representante legal al Gerente Legal y de Recursos Humanos de la sociedad, al señor Javier Alberto Gonzalo Tapia Corrales Nieves, identificado con Documento Nacional de Identidad número 29263386. Si bien se señala tanto en la introducción del certificado como al indicar el documento que dio mérito a la inscripción de los poderes al señor Javier Tapia Corrales Nieves, es decir, sin señalar los tres prenombrados del representante legal, en todos los puntos del certificado en el que se indica el nombre de dicho representante, sea de forma completa o abreviada, se consigna como el número de Documento Nacional de Identidad, el mismo número: 29263386. Por lo que queda plenamente establecido que se trata de la misma persona, toda vez que el número de documento nacional de identidad es único.

Sobre la antigüedad no mayor a treinta días (30) y emitido por la Oficina de Registros Públicos, el Certificado de Vigencia de Poder del postor, fue verificado y expedido a las 08:14 horas del 05 de enero de 2017, por el certificador Mayela Lupe García Chávez de la Oficina Registral de Arequipa. Dicho certificado fue presentado al proceso el día 23 de enero de 2017, es decir, dentro del plazo de treinta (30) días que establecen las bases.”

- 2.63. De esta forma sostiene que, tal y como se puede apreciar, existieron nuevamente ciertos errores por parte del Comité de Compra Ica 1 que motivaron que el Programa tenga que declarar nuevamente la nulidad de la evaluación realizada.
- 2.64. Afirma que es por ello que, con fecha 15 de marzo de 2017, se emite la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 175-2017-MIDIS/PNAEQW que declara de oficio la nulidad parcial de la segunda convocatoria del Proceso de Compras N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS, a efectos que el Comité de Compra Ica 1, retrotraiga a la etapa de evaluación y selección de propuestas del Proceso de Compra N° 001-2017-CC-ICA1-PRODUCTOS, correspondiente a los ítems: Chincha Alta, Chincha Baja, Independencia, Pisco y Grocio Prado.
- 2.65. A continuación, Qali Warma se refiere al cumplimiento de lo establecido en la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 175-2017-MIDIS/PNAEQW, manifestando que el Comité de Compras Ica 1, en cumplimiento de lo establecido en la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 175-2017-MIDIS/PNAEQW, aprueba el cronograma del Proceso de Compras N° 001-2017-CC-ICA 1- PRODUCTOS (Segunda Convocatoria), llevándose a cabo la evaluación y selección de propuestas el 22 de marzo de 2017, acto en el que el Comité de Compra ICA 1 descalifica al postor Alimentos Procesados S.A., según consta del Acta N° 022-2017-CC-ICA 1.
- 2.66. Conforme al Acta N° 022-2017-CC-ICA 1 del 22 de marzo de 2017, se llevó a cabo la etapa de evaluación y selección de propuestas por los

miembros del Comité de Compra Ica 1, contando con la asistencia técnica de la supervisora de compras, para continuar con la evaluación de los expedientes presentados por los postores en el Proceso de Compra N° 001-2017-CC-ICA1 – PRODUCTOS – Segunda Convocatoria (Proceso retrotraído), señalando que, durante la calificación, el Comité de Compra no quiso implementar las recomendaciones respecto al requisito obligatorio N° 12 – Certificado de Saneamiento Ambiental presentado por el postor Alimentos Procesados S.A., y negándose a la suscripción del acta, poniéndose en riesgo los objetivos del Programa, a lo que se suspendió la sesión y la misma se buscará la continuación y dar por concluido la Segunda Convocatoria del Proceso de Compras 2017 – Ica 1[sic].

- 2.67. La Unidad de Gestión de Contrataciones y Transferencia de Recursos, se pronuncia sobre el contenido de la referida acta y recomienda se evalúe la remoción de los integrantes del Comité, por negarse a implementar las recomendaciones de la supervisora de compras, a efectos de continuar y culminar la etapa de evaluación y selección de propuestas del Proceso de Compra N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS, según consta el Memorando N° 2513-2017-MIDIS/PNAEQW-UGCTR.
- 2.68. En razón a ello, sostiene el demandado, la Coordinación del Componente de Articulación concluye que el actuar de los integrantes del Comité de Compras Ica 1, al no implementar las recomendaciones efectuadas por la supervisora de compras, indujo a error al Programa, poniendo en riesgo el proceso de compras para la provisión del servicio alimentario, así como los objetivos del Programa, configurándose causal de remoción de los integrantes del Comité, según lo establecen los literales a), f) e i) del numeral 20) del Manual del Proceso de Compra.
- 2.69. De esta forma, mediante Memorando N° 538-2017-MIDIS/PNAEQW-UOP, la Unidad de Organización de las Prestaciones emite opinión favorable a la remoción del Comité de Compra Ica 1, al evaluar sin considerar la asistencia técnica de la supervisora de compras, durante la etapa de evaluación y selección de propuestas del Proceso de Compras de la Modalidad Productos para la provisión del servicio alimentario 2017 del Programa (segunda convocatoria), poniendo en riesgo el proceso de compras para la provisión del servicio alimentario a los usuarios del Programa.
- 2.70. Así, con fecha 24 de marzo de 2017, se emite la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 197-2017-MIDIS/PNAEQW-DE, en cuyo artículo 3° dispone encargar temporalmente las funciones del Comité de Compra Ica 1 al Comité de Compra Lima 3, hasta que las instituciones del ámbito del Comité de Compra Ica 1 designen nuevos representantes.

- 2.71. Agrega que mediante el Acta N° 023-2017-CC ICA 1, de fecha 31 de marzo de 2017, los integrantes del Comité de Compra Lima 3, sesionan a efectos de dar cumplimiento con lo dispuesto en la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 175-2017-MIDIS/PNAEQW-DE, acordando establecer el cronograma correspondiente a la etapa de evaluación y selección de propuestas del Proceso de Compra N° 001-2017-CC – ICA 1 – PRODUCTOS – Proceso Retrotraído.
- 2.72. Conforme al Acta N° 024-2017-CC-ICA 1, de fecha 03 de abril del 2017, el Comité de Compra Lima 3 continuó con la evaluación y selección de propuestas del Proceso de Compras N° 001-2017-CC-ICA 1 de la Modalidad Productos, de los postores Alimentos Procesados S.A., Consorcio Tasayco's y Egamilk E.I.R.L., desestimándose la propuesta técnica del Postor Egamilk EIRL por los volúmenes propuestos en el Formato N° 05 –Declaración Jurada de cumplimiento de condiciones higiénicas sanitarias y capacidad de almacenamiento; agregando el demandado que el Contratista fue el único responsable de que no se le adjudicara con el referido Proceso de Compra, al no cumplir con todos los requisitos establecidos en las Bases Integradas.
- 2.73. De otra parte, sostiene que conforme al Acta antes indicada, y del resultado de la revisión y verificación de los requisitos obligatorios de las propuestas técnicas presentadas, el postor Alimentos Procesados S.A. pasó a la etapa de selección de propuestas para los Ítems Chincha Alta, Grocio Prado, Independencia y Pisco, quedando desierto el Ítem Chincha Baja.
- 2.74. Mediante el Acta de Adjudicación N° 025-2017-CC ICA 1, de fecha 04 de abril de 2017, y con los resultados de la supervisión inicial de plantas se dio como ganador al postor Alimentos S.A.; y con fecha 7 de abril de 2017 el representante legal de la empresa firmó los correspondientes contratos de provisión del servicio alimentario en la modalidad productos de los Ítems: Chincha Alta, Grocio Prado, Independencia y Pisco; servicio alimentario que se inició el 10 de mayo del 2017 en las IIEE de los Ítems antes indicados.
- 2.75. Posteriormente, informa Qali Warma, mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 292-2017-MIDIS/PNAEQW, de fecha 23 de junio de 2017, se declara de oficio la nulidad parcial del Proceso de Compras N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS (segunda convocatoria) del ítem Pisco, y la nulidad del Contrato N° 009-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS suscrito por la empresa Alimentos Procesados S.A., a efectos de que el Comité de Compra Ica 1 retrotrajera a la etapa de evaluación y selección de propuestas del proceso de compras antes mencionado.
- 2.76. Explica que dicha resolución fue emitida debido a que el Comité de Compra Lima 3 no evaluó el Formato N° 10 – Plan de Rutas para la

Distribución de Productos, presentado por el postor Alimentos Procesados S.A., en su expediente técnico para el ítem Pisco, de acuerdo a las Bases Integradas del Proceso de Compra 2017.

- 2.77. Al respecto, Qali Warma enfatiza la actitud imparcial por parte del Programa, ya que al detectar un vicio en el procedimiento de adjudicación decidió declarar la nulidad de oficio del procedimiento y retrotraer a la etapa correspondiente, agregando que mal hace en insinuar el demandante en que Alimentos Procesados habría tenido un indebido favorecimiento.
- 2.78. En relación a la tercera pretensión principal de la demanda, señala el demandado que el Programa no tiene ningún tipo de responsabilidad respecto a la declaración de nulidad de los Contratos N° 002, 003, 004 y 005-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS, ni mucho menos en la adjudicación del Contrato a favor de la empresa Alimentos Procesados SA, dado que la decisión de declarar la nulidad del mismo se dio dentro de los parámetros establecidos en el Manual de Compras, y por causas objetivas debidamente expresadas en la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQ, mientras que la descalificación del demandante se dio porque éste no cumplió con los requisitos de las Bases Integradas para el proceso de compra.
- 2.79. Asimismo, indica que se debe de tener en consideración que ha sido responsabilidad del propio Contratista no adjudicarse la buena pro en el Proceso de Compra N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS, como se encuentra acreditado, lo cual es imputable al Contratista y no a la parte demandada.
- 2.80. En consecuencia, Qali Warma argumenta que mal hace el Contratista en pretender imputarle algún tipo de responsabilidad cuando éste no cumplió con presentar toda la documentación necesaria para adjudicarse el Proceso de Compra N° 001-2017-CC-ICA1-PRODUCTOS, razón por la cual no procede amparar la pretensión referida al pago del íntegro de la contraprestación como si la prestación hubiera sido cumplida por el contratista.
- 2.81. En relación a la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de la demanda arbitral, Qali Warma señala que no se puede generar un daño por el solo hecho de decirlo, debiéndose acreditar fehacientemente con las pruebas pertinentes, en la medida que ello supone la apreciación y valoración de circunstancias o sucesos que no están a disposición de los miembros del tribunal, sino de las partes del proceso arbitral.
- 2.82. En ese sentido, alega, no solo debe acreditarse la existencia del daño supuestamente causado sino el cumplimiento de los demás presupuestos

- necesarios de la responsabilidad contractual, esto es, la conducta antijurídica, la relación de causalidad y el factor atributivo de responsabilidad.
- 2.83. Agrega que el demandante no hace mención a los presupuestos necesarios para que se configure la pretendida indemnización, ni menos los desarrolla, limitándose a pronunciarse sobre el supuesto daño emergente que se le habría ocasionado; comprendidos en la adquisición de insumos como constaría en las facturas que adjunta.
- 2.84. Asimismo, afirma que el Contratista no ha acreditado incumplimiento de obligación contractual alguna de la parte demandada que haya generado un daño a su representada, entendiéndose éste – el daño – como la lesión a todo derecho subjetivo jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación.
- 2.85. Con relación a la antijuricidad - uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil - señala que una conducta es antijurídica no solo cuando contraviene una norma prohibitiva sino cuando la conducta transgrede el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico.
- 2.86. Explica que en el campo de la responsabilidad civil contractual dicha antijuricidad es típica, pues ella resulta del incumplimiento total de una obligación, del cumplimiento parcial, del cumplimiento defectuoso o del cumplimiento tardío o moroso, siendo que en nuestro ordenamiento legal dicha conducta se encuentra regulada por el numeral 1321° del Código Civil.
- 2.87. De esta forma argumenta que de la revisión del escrito de demanda, se advierte que la accionante no ha señalado cuál es la conducta antijurídica de la demandada que habría dado origen a la pretendida indemnización y de haber existido dicha conducta en qué consistió; tampoco ha precisado en cuál de los supuestos contemplados en el artículo citado se encontraría.
- 2.88. En relación al daño causado, que también es un elemento constitutivo de la responsabilidad civil, la Contratista no ha cumplido con señalar en forma pormenorizada en qué consistió el presunto daño causado ni ha adjuntado prueba alguna que dé certeza respecto a este supuesto daño, pues se ha limitado en presentar unas facturas de adquisición de productos.
- 2.89. Añade que de la revisión de tales facturas se advierte que se trata de comprobantes de pago que hacen referencia a la adquisición de productos que no necesariamente fueron adquiridos para la ejecución de los contratos materia de controversia, es decir, tales medios

probatorios no acreditan fehacientemente que tales bienes hayan sido adquiridos para ejecutar específicamente los contratos que se celebraron, porque se está ante una empresa cuyo rubro justamente es el que es objeto de los contratos que se celebraron, por lo que pudieron ser adquiridos tales productos para atender cualquier otro contrato que haya celebrado la empresa demandante.

- 2.90. En cuanto, a la relación de causalidad, explica Qali Warma que consiste en la relación de causa a efecto entre la conducta típica y el daño producido a la víctima. Afirma que al respecto, la demandante tampoco ha cumplido con señalar o describir la relación que debería existir entre el presente caso y el negado daño irrogado.
- 2.91. Por último, respecto a los factores de atribución, manifiesta que tratándose del sistema subjetivo, el factor de atribución es la culpa (la cual se clasifica en dolo, culpa leve o culpa inexcusable), apreciándose que la demandante no ha descrito de qué forma concurriría el factor de atribución en los hechos alegados.

Reconvención

Posición de Qali Warma

- 2.92. Señala que, tal como ha indicado anteriormente, al demandante se le descalifica del proceso de evaluación y selección, por cuanto su propuesta no contiene los volúmenes exigidos para cada ítem contemplados en las Bases Integradas del proceso de Compra N° 001-2007-CC-ICA-PRODUCTOS-SEGUNDA CONVOCATORIA, conforme al siguiente detalle:

2.93. A
g
r
e
g
a
q
u

ÍTEM	EGAMILK E.I.R.L. Según Formato N° 05	VOLUMEN Según Anexo 04-a
CHINCHA ALTA	8 TN	19.09407 TN
CHINCHA BAJA	7 TN	16.09648 TN
INDEPENDENCIA	6.5 TN	13.60730 TN
PISCO	8 TN	18.15627 TN

e, con el fin de no reiterar argumentos, sustenta fáctica y jurídicamente su pretensión reconvencional en los argumentos desarrollados en la parte referida a su contestación de demanda, en el extremo de que la descalificación de Contratista en el Proceso de Compras N° 001-2017-CC-ICA1-PRODUCTOS, se dio por absoluta responsabilidad de éste, al no cumplir con presentar la documentación requerida en las bases.

Posición de EGAMILK

- 2.94. Argumenta la demandante que el demandado señala que fue descalificada del proceso de evaluación y selección debido a que supuestamente su propuesta no contenía los volúmenes por cada ítem contemplados en las Bases Integradas, y señala que ello es de absoluta responsabilidad de EGAMILK al no cumplir con presentar la documentación requerida en las bases, lo que confunde al Tribunal Arbitral en primer lugar, porque no le corresponde determinar la descalificación sino que ello es potestad del Comité y, en segundo lugar, porque no explica los hechos como fueron realmente.
- 2.95. Señala que la primera evaluación y selección de propuestas del proceso de compras se llevó a cabo el día 23 de enero de 2017. En esa oportunidad participó presentando su propuesta, y como consecuencia de ello, resultó ganadora de los ítems Chincha Alta, Chincha baja, Independencia y Pisco, firmándose los contratos 002, 003, 004, y 005-2017-CC-ICA1/PRODUCTOS.
- 2.96. Agrega que posteriormente, con fecha 24 de febrero de 2017, se declara de oficio la nulidad parcial del proceso de compras N° 001-2017-CC-ICA1-PRODUCTOS (segunda convocatoria) y se declara de oficio la nulidad de los contratos 002, 003, 004, y 005-2017-CC-ICA1-PRODUCTOS, retrotrayendo el proceso a la etapa de evaluación y selección de propuestas. Como consecuencia de ello, se llevó a cabo una segunda evaluación y selección de propuestas el día 07 de marzo de 2017, en la que también resultó ganadora de los ítems Chincha Alta, Chincha Baja, Independencia y Pisco, sin embargo, nuevamente declaran de oficio la nulidad parcial de la convocatoria.
- 2.97. Afirma que la tercera evaluación y selección de propuestas se llevó a cabo el día 22 de marzo, sin embargo, debido a intercambio de pareceres entre el Comité y la supervisora del Comité de Compra Junín 5 [sic], se suspendió el proceso.
- 2.98. Finalmente, alega que la cuarta evaluación y selección se realizó el 03 de abril de 2017, la misma que da como ganador a Alimentos Procesados S.A., razón por la cual firman contrato con el Comité por los mismos ítems que había firmado previamente con EGAMILK.
- 2.99. Manifiesta que, para la primera evaluación y selección de propuestas, EGAMILK presentó su propuesta, la cual cumple con todos los requisitos obligatorios, como se puede apreciar en el Acta 011-2017-CC-ICA1, habiendo resultado ganadora suscribiéndose el contrato correspondiente.
- 2.100. Afirma que, en las siguientes evaluaciones, EGAMILK no presentó propuesta alguna, sino que el Comité tomó los mismos documentos

presentados en la primera evaluación, es decir, en la segunda, tercera y cuarta evaluación, el Comité utilizó la propuesta presentada por EGAMILK para la primera evaluación.

- 2.101. De esta forma, siendo que en la primera evaluación EGAMILK cumplió con todos los requisitos, (incluso en la segunda también) no entiende cómo es posible que, en una cuarta evaluación, el Comité señale que ese mismo expediente (conteniendo los mismos documentos) no cumple con un requisito ya evaluado previamente, y que, paradójicamente, lo presentado por Alimentos Procesados S.A. que no cumplía, ahora si cumple.
- 2.102. Insiste en que EGAMILK no presentó propuesta alguna para esa cuarta evaluación, donde se otorgó la buena pro a ALIMENTOS PROCESADOS, sino que utilizaron el mismo expediente presentado en la primera evaluación; por tanto, si la evaluación tiene que ser igual, y ya en dos oportunidades se había establecido que había cumplido con los requisitos necesarios, no tiene sentido que en la cuarta evaluación establezcan la falta de documentos.
- 2.103. En su concepto, estos hechos dan a entender que ha existido una manipulación de su expediente, donde han extraído documentos de su propuesta, ya que como se puede ver en las Actas N° 011-2017-CC-ICA1 y N° 018-2017-CC-ICA1, correspondientes a la primera y segunda evaluación, señalan que cumple con los requisitos obligatorios.
- 2.104. Al tratarse del mismo expediente presentado, el resultado debe ser el mismo que en las dos primeras evaluaciones, peor aun teniendo en cuenta que EGAMILK no ha vuelto a presentar propuesta, ni ha tenido acceso a la presentada desde la primera evaluación, motivo por el cual resulta extraño que este haya variado estando en posesión del Comité de Lima.

Excepción de Inexistencia de Convenio Arbitral respecto a la pretensión reconvenicional postulada por Qali Warma

Posición de EGAMILK

- 2.105. Manifiesta la demandante que Qali Warma plantea como pretensión reconvenicional la siguiente:

“Que, el Tribunal Arbitral declare que Egamilk EIRL no cumplió con formular su propuesta técnica contenida en el formato N° 05: Declaración Jurada de cumplimiento de condiciones higiénicas sanitarias y capacidad de almacenamiento conforme a lo señalado en el anexo 04-A Requerimiento de volúmenes por ítem las cuales forman parte de las Bases Integradas del proceso de Compra N° 001-2007-CC-ICA 0-PRODUCTOS-SEGUNDA CONVOCATORIA, y en consecuencia declare que su descalificación en la evaluación y selección de propuesta

del Proceso de Compras N° 001-2017-cc-ica1-productos, se ajustó a lo dispuesto en las Bases Integradas".^()*

2.106. Afirma que lo que pretende el demandado es que el Tribunal Arbitral declare que EGAMILK no cumplió con un requisito de las Bases Integradas, por tanto, su descalificación del proceso de compras sería correcto; sin embargo, el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta que este arbitraje se inició en base a los contratos firmados entre la ENTIDAD y EGAMILK, Contratos N° 002, 003, 004 y 005 - 2017-CC-ICA1/PRODUCTOS cuyas cláusulas vigésimo primera, Solución de Controversias, señala:

"Toda y cualquier controversia contractual, será resuelta por un Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros, mediante arbitraje de derecho organizado y administrado por la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de conformidad con los reglamentos vigentes de dicha institución y lo establecido en la presente cláusula (...)"

2.107. De esta forma, siendo que la pretensión efectuada por Qali Warma hace referencia a un proceso de compras distinto, pues se realizó en otra oportunidad y producto del cual firmó un contrato con otra empresa, no corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie al respecto.

2.108. Al respecto, argumenta que, como se puede apreciar, no existe cláusula arbitral en la cual el demandado pueda basar su reconvención, ya que producto del proceso de selección al cual hace referencia, firmó contrato con Alimentos Procesados S.A. y no con EGAMILK; es decir, el proceso de selección al que hacen referencia se encuentra fuera del ámbito de los Contratos firmados con EGAMILK, por tanto no corresponde plantear pretensiones dentro del arbitraje haciendo referencia a lo establecido en el numeral 1. del artículo 41° de la Ley de Arbitraje sobre la competencia del tribunal arbitral.

2.109. Refiere que, como consecuencia del proceso de compras N° 001-2017-CC-ICA1-PRODUCTOS (segunda convocatoria) que se llevó a cabo el 23 de enero de 2017, EGAMILK resultó ganadora de los ítems Chincha Alta, Chincha Baja, Independencia y Pisco, razón por la cual con fecha 30 de enero, firmó los Contratos.

2.110. Posteriormente, con fecha 24 de febrero de 2017, se declara de oficio la nulidad parcial del proceso de compras N° 001-2017-CC-ICA1-PRODUCTOS (segunda convocatoria) y se declara de oficio la nulidad de los contratos 002, 003, 004, y 005-2017-CC-ICA1-PRODUCTOS, retro trayendo el proceso a la etapa de evaluación y selección de propuestas.

^(*) Resaltado y subrayado por el Tribunal Arbitral.

- 2.111. En tal sentido, siendo que EGAMILK y Qali Warma ya habían firmado los Contratos, los cuales posteriormente se declaran nulos ilegalmente, es que procedió a iniciar el presente arbitraje, basándose en las cláusulas vigésimo primera de los Contratos, y es en razón a ello que el Tribunal Arbitral es competente para resolver las controversias surgidas dentro de estos, pues contienen una cláusula arbitral.
- 2.112. Añade que al ser declarado nulo el proceso de compras, y retrotraído a la etapa de evaluación y selección de propuestas, este se llevó a cabo nuevamente en más de una oportunidad, tal como ha detallado en su escrito de demanda, siendo el 03 de abril de 2017 la última vez que se llevó a cabo resultando ganadora la empresa Alimentos Procesados con quien Qali Warma firmó contrato.
- 2.113. Sostiene que lo que está haciendo el demandado es pedir al Tribunal que se pronuncie respecto de un proceso de compras (llevado a cabo el 03 de abril) que no corresponde al mismo de los Contratos materia del presente arbitraje (que se llevó a cabo el 23 de enero) y que contienen la cláusula arbitral, por tanto el Tribunal no tiene competencia para pronunciarse al respecto.
- 2.114. Afirma que tan es así, que en el proceso de selección llevado a cabo el 03 de abril, donde se otorga la buena pro a otra empresa, ni siquiera participó, por tanto, Qali Warma no puede plantear pretensiones que escapen del ámbito de los Contratos, ni el Tribunal Arbitral pronunciarse al respecto, ya que las controversias sometidas a su conocimiento son única y exclusivamente las surgidas de los Contratos firmados entre las partes y que contienen las cláusulas arbitrales.
- 2.115. En tal sentido, señala que el Tribunal Arbitral no se encuentra facultado para pronunciarse respecto de la pretensión planteada por el demandado, sino que a quien correspondería pronunciarse es al Comité de Compras, quien por cierto ya lo hizo de manera indebida mediante la cuarta evaluación, donde la eliminó del proceso de compras y resultó ganador la empresa Alimentos Procesados S.A.
- 2.116. Añade que el artículo 45° del Reglamento señala que los árbitros son los únicos facultados para decidir acerca de su propia competencia, así como sobre las excepciones; asimismo, por su parte, el numeral 4 del artículo 41° de la Ley de Arbitraje señala que el tribunal decidirá estas excepciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión, relativas al fondo de la controversia.

Posición de Qali Warma

- 2.117. En el convenio arbitral contenido tanto en los contratos que suscribió EGAMILK como Alimentos Procesados, se establece que “toda y

cualquier controversia contractual” será materia de arbitraje, lo cual se corrobora con lo establecido en el Manual de Compras en su numeral 146. Ello se ve reforzado con lo dispuesto en las Bases Integradas que regula: “cualquier discrepancia, litigio o controversia resultante del contrato o relativo a éste, se resolverá por un tribunal arbitral”

- 2.118. Afirma que, en efecto el Manual de Compra en su numeral 146 establece que el contrato contendrá obligatoriamente una cláusula por la cual las partes acuerdan que cualquier discrepancia, litigio o controversia resultante del contrato o relativo a este, se resolverá a través del arbitraje.
- 2.119. En ese sentido sostiene que las partes pactaron que cualquier controversia relacionada a los contratos suscritos podrá ser ventilada en sede arbitral, es decir, en sede arbitral no solo se puede ventilar controversias relacionadas con la ejecución del contrato sino también relacionados con el Proceso de Compra N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS-SEGUNDA CONVOCATORIA que dio lugar a la suscripción de los Contratos N° 002, 003, 004 y 005- 2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS).
- 2.120. Indica que el propio contratista cuestiona en sede arbitral la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW mediante la cual se declara de oficio la nulidad parcial de la segunda convocatoria del Proceso de Compra N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS, a efectos que el Comité de Compra Ica 1 retrotraiga la etapa de evaluación y selección de propuestas del mencionado Proceso de Compra, correspondiente a los ítems Chincha Alta, Chincha Baja, Independencia, Pisco y Grocio Prado, por tal razón, señala el demandado, cabría preguntarse cuál sería el impedimento legal para un pronunciamiento en sede arbitral respecto a la participación que tuvo el propio contratista en el mismo Proceso de Compra, máxime si el propio contratista alega haber cumplido con todos y cada uno de los requisitos exigidos y que fue injustamente descalificado.
- 2.121. Refiere a que como consecuencia de esa Resolución de Dirección Ejecutiva, se dejan sin efecto los contratos firmados con EGAMILK y el mencionado Proceso de Compra se retrotrae a la etapa indicada, por lo [que] se vuelve a realizar la evaluación y selección de propuestas; es por ello que considera que el Tribunal Arbitral tiene competencia para pronunciarse respecto a la pretensión formulada por su parte a fin de declarar o no que EGAMILK no cumplió con formular su propuesta técnica contenida en el formato N° 05: Declaración Jurada de cumplimiento de condiciones higiénicas sanitarias y capacidad de almacenamiento conforme a lo señalado en el anexo 04-A Requerimiento de volúmenes por ítem las cuales forman parte de las Bases Integradas del proceso de Compra N° 001-2007-CC-ICA °-PRODUCTOS-SEGUNDA CONVOCATORIA y, en consecuencia, declare que su descalificación en la evaluación y selección de propuesta del Proceso de Compras N° 001-

2017-CC-ICA1-PRODUCTOS-SEGUNDA CONVOCATORIA, se ajustó a lo dispuesto en las Bases Integradas.

- 2.122. En ese orden de ideas, para Qali Warma resulta evidente que su pretensión reconvenicional se encuentra vinculada al mismo Proceso de Compras en el que participo el contratista y que dio lugar a la celebración de los contratos que son materia de controversia, resultando por lo tanto válida y legítima la competencia del tribunal para pronunciarse sobre el particular.
- 2.123. El dejar o no sin efecto la supuesta nulidad de los contratos decretada por la referida RDE está pues vinculada con la descalificación posterior del contratista en el mismo Proceso de Compra N° 001-2017-CC-ICA1-PRODUCTOS; proceso en el que participó pese a la declaración de oficio de la nulidad parcial de la segunda convocatoria del Proceso de Compra N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS, emitida por el Director Ejecutivo del Programa, resultando finalmente desfavorecido por no cumplir los requisitos exigidos en las Bases Integradas.
- 2.124. Indica el demandado que, por lo expuesto, considerando que el convenio arbitral es claro al indicar *“toda y cualquier controversia contractual”* será materia de arbitraje (entiéndase ineficacia estructural y funcional que declaró nulo el contrato y parcialmente el proceso) resulta válida y legítima la competencia del tribunal para pronunciarse sobre el particular. Esto se ve reforzado con lo dispuesto en las Bases Integradas como lo ha indicado que establece: *“cualquier discrepancia, litigio o controversia resultante del contrato o relativo a éste, se resolverá por un tribunal arbitral.”*
- 2.125. Considerando, concluye, que existe una controversia referida a la declaración de nulidad parcial de la segunda convocatoria del Proceso de Compra N° 001-2017-CC-ICA1-PRODUCTOS, que dio lugar a la celebración de los contratos suscritos con el Contratista, no existe impedimento alguno para que se ventile en sede arbitral la controversia planteada por su parte que se deriva del mismo Proceso de Compra que dio origen a la suscripción de los contratos N° 002,003,004 y 005-2017-CC-ICA1/PRODUCTOS, no cabiendo duda que el Tribunal es competente para pronunciarse sobre su pretensión propuesta en su reconvenición.

3. Análisis de las Pretensiones

De la Demanda Arbitral

Primera Pretensión Principal de la demanda (primer punto controvertido): Que, se deje sin efecto la nulidad de los Contratos firmados entre EGAMILK E.I.R.L. y el Comité de Compra ICA 1 de

fecha 30 de enero de 2017, que fue decretada por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MISDIS/PNAEQW de fecha 22 de febrero de 2017.

- 3.1. El Tribunal Arbitral advierte, de lo solicitado expresamente por el Proveedor en su primera pretensión principal, que el demandante pretende que se deje sin efecto la nulidad de los Contratos dispuesta por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW.
- 3.2. En tal sentido, el Tribunal Arbitral deberá analizar si la nulidad de los Contratos efectuada por Qali Warma mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW, se adecúa y fue efectuada conforme al marco jurídico que rige a los Contratos celebrados para posteriormente, como consecuencia de ese análisis, pronunciarse en el sentido de si corresponde dejar o no sin efecto tal nulidad.
- 3.3. Previamente, el Tribunal Arbitral considera relevante referirse a la fuerza vinculante de los contratos y al marco normativo aplicable a los contratos suscritos por Qali Warma con sus proveedores.
- 3.4. Al respecto, el Código Civil, específicamente el artículo 1361°, establece que: *“Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.”*
- 3.5. Sobre el particular, Manuel De la Puente y Lavalle señala que la obligatoriedad del contrato comprende determinadas características jurídicas y deriva de la fuerza obligatoria reconocida por la ley y recogida en el acuerdo de voluntades -plasmado por las partes-, mediante su voluntad común recogida en el contrato. ⁽⁵⁾
- 3.6. El referido autor precisa, además, que la obligatoriedad del contrato también genera consecuencias para el juez y/o para el árbitro, de ser el caso. Esto, debido a que éstos deben aplicar el contrato de conformidad con lo expresado en él y esta aplicación no puede dejar de hacerse so pretexto de interpretación o por respeto a los principios de equidad. ⁽⁶⁾
- 3.7. Por último, De La Puente y Lavalle asevera que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que el contrato como categoría general es obligatorio sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: “un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter

⁽⁵⁾ DE LA PUENTE Y LAVALLE. Manuel. “El Contrato en General”. Tomo I. Editorial Palestra. Lima. p. 315.

⁽⁶⁾ Idem.

patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él.”⁽⁷⁾

- 3.8. Si bien es cierto que los contratos que suscribe Qali Warma con sus proveedores están inmersos dentro de la categoría de los denominados contratos administrativos, que algunos autores definen como aquellos contratos en los que siempre una de las partes es necesariamente una entidad del Estado⁽⁸⁾, ello no implica que los términos y condiciones pactados no tengan fuerza vinculante y sean de obligatorio cumplimiento para las partes.
- 3.9. De esta forma, como se ha señalado en el numeral 7. de los Antecedentes del presente laudo arbitral, estando a lo establecido en la cláusula vigésima de los Contratos suscritos por EGAMILK y el Comité, el marco normativo aplicable a los Contratos está constituido, en primer lugar, por el Manual de Compras de Qali Warma⁽⁹⁾, siendo que, solo por defecto o vacío de dicho documento, se aplicarán las disposiciones emitidas por Qali Warma y supletoriamente el Código Civil.
- 3.10. Por su parte, y a mayor abundamiento, el Tribunal Arbitral considera pertinente acotar lo que establece el numeral 103) del Manual de Compras por tratarse de una disposición que está directamente vinculada con el Contrato y su interpretación. Al respecto, el referido numeral establece que: *“Forman parte del contrato, el documento que lo contiene y sus anexos, las propuestas técnica y económica, y las bases integradas, así como las disposiciones establecidas en el Manual del Proceso de Compras y la normativa complementaria. En caso exista contradicción y/o incongruencia entre los documentos previamente citados, las bases integradas del Proceso de compras tienen prevalencia sobre los demás documentos.”*
- 3.11. En ese orden de ideas, analizados los Contratos, el Manual de Compras y, especialmente, las bases integradas del proceso de compra, no se advierten contradicciones ni incongruencias respecto al marco jurídico que resulta aplicable a los Contratos, por lo que indubitablemente el marco normativo aplicable es el establecido en el Manual de Compras y, supletoriamente, el Código Civil.

Sobre la Nulidad de los Contratos dispuesta mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MISDIS/PNAEQW de fecha 22 de febrero de 2017

⁽⁷⁾ Ibid, p 360.

⁽⁸⁾ SALAZAR CHÁVEX Ricardo, “La Contratación de la Administración Pública en función a los Intereses Involucrados en cada Contrato”, en Derecho & Sociedad, Año XV, N° 23, 2004, pp 37.

⁽⁹⁾ El Manual de Compras aplicable es el aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 014-2017-MIDIS-PNAEQW. Ambas partes ofrecieron el referido Manual de Compras como medio probatorio, tanto con la demanda como con el escrito de contestación de la demanda.

- 3.12. Para este análisis, resulta necesario examinar los fundamentos y consideraciones alegadas por Qali Warma en la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MISDIS/PNAEQW de fecha 22 de febrero de 2017, en adelante la Resolución, a fin de determinar si la nulidad de los Contratos es eficaz o no.
- 3.13. A través de la Resolución, Qali Warma decide de oficio declarar parcialmente la nulidad de:
- i. El Proceso de Compra N° 001-2017-CC ICA 1 – Productos que retrotrae el Proceso a la etapa de evaluación y selección de propuestas; y,
 - ii. Los Contratos que había suscrito con EGAMILK el 30 de enero de 2017 derivados del referido proceso de compra.
- 3.14. El numeral 40) del Manual de Compras establece que el proceso de compras consta de tres fases:
- i. Convocatoria y selección de participantes.
 - ii. Ejecución contractual.
 - iii. Liquidación del contrato.
- 3.15. Al respecto, en cuanto a la primera fase, Roberto Dromi define al proceso de selección como *“El **procedimiento administrativo** de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará las más convenientes”* ⁽¹⁰⁾ Enfatizado y subrayado nuestro.
- 3.16. Por su parte, Juan Carlos Morón Urbina, nos ilustra señalando que: *“Los procesos de selección **culminan** sólo **cuando el contrato queda perfeccionado** (...)”* ⁽¹¹⁾ Enfatizado y subrayado nuestro.
- 3.17. Este Colegiado advierte que la razón principal de Qali Warma para declarar de oficio la nulidad parcial del Proceso de Compras y de los Contratos, fue el hecho que, durante la primera fase de convocatoria y selección de participantes, el Comité evaluó incorrectamente la propuesta técnica presentada por el postor Alimentos Procesados S.A.
- 3.18. En ese sentido, sobre la base del inciso 1. del artículo 10° y del numeral 12.1 del artículo 12° de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobada por Ley N° 27444, Qali Warma declara, de oficio, tanto el

⁽¹⁰⁾ DROMI Roberto. Licitación pública. Editora Ciudad Argentina. Buenos Aires, 2006, pp 172.

⁽¹¹⁾ MORÓN URBINA Juan Carlos. La Contratación Estatal: Análisis de las diversas Formas y Técnicas Contractuales que utiliza el Estado. Gaceta Jurídica. Lima – Perú. 2016. pp 303.

Proceso de Compra N° 001-2017-CC ICA 1 – Productos, hasta la etapa de evaluación y selección de propuestas, así como los Contratos.

- 3.19. Al respecto, el inciso 1. del artículo 10° de la Ley N° 27444 establece lo siguiente:

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

(...)” Enfatizado y subrayado nuestro.

- 3.20. Asimismo, el numeral 12.1 del artículo 12° de la Ley N° 27444 dispone:

“Artículo 12.- Efectos de la declaración de nulidad

12.1 La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro.

(...)” Enfatizado y subrayado nuestro.

- 3.21. Estando a lo que nos informa el Manual de Compras, las citas doctrinarias antes reseñadas y los artículos 10° [inciso 1.] y 12° [numeral 12.1] de la Ley del Procedimiento Administrativo General, este Colegiado considera que durante la fase de convocatoria y selección de participantes, que culmina con la firma del contrato y que da lugar al inicio de la segunda fase que es la de ejecución contractual, la relación existente entre la Entidad convocante y los participantes o postores es una relación Estado – administrado, esto es, de naturaleza administrativa, que se rige, en el presente caso, por la normas procedimentales especiales establecidas en el Manual de Compras y en las Bases del proceso y, supletoriamente, por las disposiciones del procedimiento administrativo general.

- 3.22. Por consiguiente, las nulidades aplicables a esta fase son aquellas referidas a la nulidad del acto administrativo por las causales contempladas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, considerando que ni el Manual de Compras ni las Bases del proceso de compra prevén causales específicas de nulidad durante esta primera fase.

- 3.23. Luego, una vez firmado el contrato, surge una relación distinta ⁽¹²⁾ e independiente entre Qali Warma y el proveedor seleccionado, que es de naturaleza jurídico-contractual, iniciándose la segunda fase concerniente a la ejecución contractual, a la que evidentemente no alcanzan las normas del procedimiento administrativo las que no son aplicables, máxime cuando en los Contratos y en las Bases Integradas se ha establecido de manera expresa el marco jurídico específico que regirá al contrato y que está constituido fundamentalmente por el Manual de Compras y, supletoriamente, el Código Civil.
- 3.24. En ese sentido, una vez firmado el contrato, éste no puede ser declarado nulo de oficio por deficiencias o vicios procedimentales ocurridos durante el proceso de selección, ya que se entiende que las fases de la contratación o del proceso de compra ⁽¹³⁾ son preclusivas, menos aún sobre la base de una ley que única y exclusivamente es aplicable a los procedimientos administrativos y no a relaciones contractuales aun cuando una parte del contrato sea una Entidad del Estado.
- 3.25. Entenderlo de otra manera, permitiría aceptar permanentes situaciones de inseguridad jurídica para el proveedor de buena fe que suscribe contratos con Qali Warma, ya que el contrato suscrito por el proveedor de buena fe avalado por el resultado de un procedimiento de selección que le adjudica la buena pro, como sucede en el presente caso, podría ser declarado nulo de oficio en cualquier momento por errores o vicios procedimentales incurridos por el propio convocante por aplicación del principio de privilegio de controles posteriores a favor de las entidades del Estado ⁽¹⁴⁾, incluso cuando se está en un avance importante en la ejecución contractual o, peor aún, cuando la ejecución contractual está por finalizar.
- 3.26. Estos posibles escenarios, resultan particularmente gravosos en el modelo de cogestión que aplica el demandado, considerando que ni en el Manual de Compras ni en las Bases Integradas del proceso de compra se prevén plazos ni procedimiento especial alguno a efectos de que los postores que se sientan perjudicados con el resultado de la selección puedan reclamar antes de la firma del contrato por Qali Warma con el postor ganador; es decir, además de generar inseguridad jurídica para el postor contratante, vulnera un derecho fundamental como es el derecho a un debido proceso.

⁽¹²⁾ O por lo menos cuya regulación ya no está dada por el Ley del Procedimiento Administrativo General sino por el Código Civil (de manera supletoria a lo no previsto en el Manual de Compras).

⁽¹³⁾ Como se denomina en el Modelo de Cogestión para la Atención del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

⁽¹⁴⁾ Principio del procedimiento administrativo contenido en el sub numeral 1.16 del numeral 1. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

- 3.27. Claro que ante la falta de procedimiento administrativo especial, se podría alegar que resulta aplicable la Ley General del Procedimiento Administrativo; sin embargo, este procedimiento no resulta idóneo para los Procesos de Compra que convoca Qali Warma en la medida que los plazos de la referida ley no se ajustan a los plazos que establece el propio Qali Warma en el Calendario y Etapas del Proceso de Compra de las Bases ⁽¹⁵⁾.
- 3.28. De otra parte, las únicas referencias en el Manual de Compras, respecto a posibles nulidades en ejecución contractual, son el literal d) del numeral 12) y el numeral 22), que establecen:

“12) El Comité de Compras tiene competencia para sesionar de forma obligatoria, en los siguientes actos:

d) Para implementar a solicitud del Jefe de la Unidad Territorial, entre otras acciones, las opiniones técnicas que el PNAEQW emite sobre incumplimientos contractuales que conlleven a resoluciones, nulidades, penalidades y/o requerimientos de firma de adendas por incremento o reducción de las prestaciones y otras que pueda determinar el PNAEQW.

“22) Es competencia del PNAEQW la planificación del proceso de compras para la provisión del servicio alimentario, así como el seguimiento, supervisión y monitoreo de la ejecución contractual de los proveedores, a través de las Unidades Técnicas de la sede central y/o la Unidades Territoriales. En ese sentido, las opiniones técnicas que emita en el marco del Convenio de Cooperación suscrito entre el PNAEQW y el Comité de Compra y del Modelo de Cogestión, con ocasión de las actividades de supervisión, como suspensión del servicio, imposición de penalidades, nulidades, resoluciones o adendas de contrato y otras, son de carácter vinculante y deben ser obligatoriamente implementadas por el Comité de Compra y, en consecuencia, dichas opiniones técnicas son responsabilidades del PNAEQW.” Enfatizado y subrayado nuestro.

- 3.29. Como se aprecia, Qali Warma sólo tiene competencia para emitir opiniones técnicas relacionadas, entre otros, a nulidades, siendo que quien debe implementar, entendiéndose materializar, tales opiniones técnicas es el Comité de Compras correspondiente que deberá actuar **siempre que así se lo solicite el Jefe de la Unidad Territorial de Qali Warma.**

⁽¹⁵⁾ Por ejemplo, en el Calendario del Proceso de Compra N° 001-2017-CC ICA 1-PRODUCTOS, de acuerdo a las Bases Integradas [página 9], entre la evaluación y selección de participantes, la supervisión inicial de plantas y/o almacenes, la adjudicación de la buena pro y la firma del contrato sólo existe cinco (5) días, mientras que la Ley del Procedimiento Administrativo General establece un plazo de quince (15) días para reconsiderar o apelar [numeral 207.2 del artículo 2017°].

- 3.30. En el presente caso, el Colegiado advierte que Qali Warma se ha irrogado una facultad que no le ha sido atribuida legalmente que, además, ha sido atribuida expresamente al Comité de Compra.
- 3.31. A mayor abundamiento, obra en el expediente arbitral el Informe N° 023-2017-MIDIS/PNAEQW/UTICA-CC-ICA 1/RMZP emitido el 2 de febrero de 2017 por el **Supervisor de Compras de la Unidad Territorial de Ica** que dirige al Jefe de la Unidad Territorial de Ica, así como el Memorándum N° 129-2017-MIDIS/PNAEQW-UTICA emitido el 3 de febrero de 2017 por el **Jefe de la Unidad Territorial de Ica** ⁽¹⁶⁾, documentos que concluyen que la evaluación realizada por el Comité que descalifica a la empresa Alimentos Procesados S.A. y selecciona a EGAMILK para los ítems Chincha Alta, Chincha Baja, Independencia y Pisco, como consta en el Acta N° 013-2017-CC-ICA 1 de fecha 25 de enero de 2017 ⁽¹⁷⁾, **fue correcta**.
- 3.32. En ese sentido, este Tribunal Arbitral considera que la nulidad de los Contratos efectuada mediante la Resolución se realizó indebidamente y por ende debe ser dejada sin efecto, al haberse efectuado bajo una normativa que no corresponde a la prevista en los Contratos que es el Manual de Compras y, supletoriamente el Código Civil y, además, porque a Qali Warma no se le ha facultado legalmente para declarar de oficio la nulidad de los contratos que suscriban los Comités de Compra con los proveedores, limitándose su actuación a la emisión de opiniones técnicas que deben ser implementadas por los referidos Comités. En consecuencia, los Contratos son válidos.

Nulidad de los Contratos bajo las disposiciones del Código Civil

- 3.33. Sin perjuicio de la conclusión antes arribada, este Colegiado estima pertinente analizar si los Contratos están afectados por algún vicio de nulidad conforme a las causales de nulidad establecidas en el Código Civil.
- 3.34. Al respecto, el artículo 1351° define al contrato como *“el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.*
- 3.35. Por su parte, el artículo 140° del Código Civil establece: *“El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.”* De esta forma, siendo que los Contratos constituyen actos jurídicos destinados a crear una relación jurídica entre Qali Warma y el Comité, corresponde analizar si los Contratos son nulos

⁽¹⁶⁾ Medios probatorios ofrecidos por EGAMILK con su escrito de demanda y por Qali Warma con su escrito presentado el 23 de mayo de 2018, medios probatorios que han sido admitidos en el proceso.

⁽¹⁷⁾ Medio probatorio aportado por el demandante con su escrito de demanda arbitral.

conforme a las causales de nulidad del acto jurídico establecidas en el Código Civil.

3.36. El artículo 219° del Código Civil establece que el acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
- 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.”

3.37. Para estos efectos, el Tribunal Arbitral analizará todas las causales de nulidad del acto jurídico previstas en el mencionado artículo 219° del Código Civil.

3.38. La primera causal prevista en el artículo 219°, sanciona con nulidad al acto jurídico cuando falta la manifestación de voluntad del agente. En el presente caso, los Contratos han sido suscritos por los representantes del Comité y de EGAMILK lo cual corrobora la existencia de manifestación de voluntad de ambas partes.

3.39. La segunda causal contemplada en el artículo 219° del Código Civil, sanciona con nulidad al acto que haya sido practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358° del mismo Código ⁽¹⁸⁾. En el presente caso, no se ha aportado prueba alguna ni se ha alegado que el representante del Comité o el representante de EGAMILK sean incapaces, por lo que esta causal no es aplicable.

3.40. La tercera causal prevista en el mentado artículo 219°, sanciona con nulidad el acto jurídico cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. Sobre el particular, los Contratos tienen por objeto la provisión de alimentos, en la modalidad de productos, objeto que es física y jurídicamente posible. Tampoco aplica la alusión a objeto indeterminable, dado que el objeto de los Contratos está perfectamente determinado al establecerse los productos que deben ser suministrados por el proveedor.

3.41. La cuarta causal que contempla el artículo 219° del Código Civil, sanciona con nulidad al acto jurídico cuando su fin sea ilícito. En este

⁽¹⁸⁾ Que no resulta aplicable al caso, ya que lo que establece el referido artículo 1358° es que: “Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.”

- caso, el fin de los Contratos está lejos de ser ilícito; en efecto y, por el contrario, la finalidad de los Contratos es proveer de alimentos a niños en situación vulnerable durante los meses de asistencia escolar [inicial y primaria].
- 3.42. La quinta causal contemplada en el artículo 219° del Código Civil, sanciona con nulidad al acto jurídico que adolezca de simulación absoluta. En este caso, no se ha alegado ni probado en el arbitraje que los Contratos adolezcan de simulación absoluta, ni existen indicios de la existencia de un acto simulado, por lo que no resulta aplicable esta causal.
- 3.43. La sexta causal contemplada en el artículo 219°, sanciona con nulidad el acto jurídico que no reviste la forma prescrita bajo sanción de nulidad. El Manual de Compras prevé que el contrato se perfecciona con las firmas del documento que lo contiene, formalidad que, de la revisión de los Contratos, se comprueba que ha sido cumplida.
- 3.44. La séptima causal de nulidad de acto jurídico contemplada en el artículo 219° del Código Civil, establece que el acto jurídico es nulo cuando la ley lo declare nulo, lo que no corresponde ni aplica al presente caso.
- 3.45. La octava y última causal prevista en el artículo 219° del Código Civil, sanciona con nulidad el acto jurídico que se encuentre incurso en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, salvo que la ley establezca sanción diversa. El mencionado artículo V del Título Preliminar del Código Civil establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. En el presente caso, los Contratos no son contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, pues se limita a crear una relación entre EGAMILK y Qali Warma para satisfacer necesidades alimenticias de poblaciones vulnerables como son los niños en edad escolar de inicial y primaria.
- 3.46. En tal sentido, por lo antes expuesto, el Tribunal Arbitral estima amparar la primera pretensión principal de la demanda, en el sentido de declarar la validez de los Contratos y, por tanto, la ineficacia de la nulidad de los Contratos dispuesta por Qali Warma mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MISDIS/PNAEQW de fecha 22 de febrero de 2017.

Segunda Pretensión Principal de la demanda (segundo punto controvertido): Que, se declare la imposibilidad de cumplir el contrato, por causa atribuible al acreedor, al haber suscrito otro contrato con la empresa ALIMENTOS PROCESADOS S.A., el mismo que se viene ejecutando.

3.47. EGAMILK solicita que se declare la imposibilidad de cumplir con las prestaciones establecidas en los Contratos por causa atribuible a Qali Warma, al haber suscrito otro contrato con la empresa Alimentos Procesados S.A.

3.48. En consecuencia, corresponde que este Tribunal Arbitral determine si efectivamente resultaba imposible que EGAMILK cumpla con sus obligaciones derivadas de los Contratos por causa atribuible a Qali Warma o al Comité, Contratos que son válidos de acuerdo a lo determinado al analizar la primera pretensión principal.

3.49. Al respecto, el artículo 1155° del Código Civil establece:

“Artículo 1155.- Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.

Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.

Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.”

3.50. Como se ha determinado al resolver la primera pretensión principal, la nulidad de oficio de los Contratos dispuesta por Qali Warma es ineficaz, por tanto, los Contratos son válidos. De esta forma, en los Contratos con prestaciones recíprocas, como corresponde al presente caso, se establecen obligaciones a cargo de las partes, siendo la obligación principal de EGAMILK la de proveer oportunamente, de acuerdo a un cronograma, los productos previstos en los Contratos, mientras que la obligación principal de Qali Warma es la de pagar el precio correspondiente de acuerdo al monto o precio establecido en la cláusula tercera de cada uno de los Contratos.

3.51. Entonces, siendo válidos los Contratos, lo natural es que se hubiesen ejecutado normalmente, lo que no sucedió en el presente caso.

3.52. En efecto, tal como se desprende de los medios probatorios ofrecidos y admitidos en el proceso arbitral, al declararse de oficio la nulidad parcial del proceso de compra y de los Contratos mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MISDIS/PNAEQW de fecha 22 de febrero de 2017, se ordena retrotraer el proceso de compra a la primera fase subetapa de evaluación y selección de propuestas técnicas y económicas.

3.53. De esta forma, se realiza una segunda evaluación como consta en el Acta N° 18-2017-CC-ICA 1 de fecha 7 de marzo de 2017, acto en el cual se descalifica nuevamente a la empresa Alimentos Procesados S.A. y

- califica positivamente a EGAMILK para los ítems Chincha Alta, Chincha Baja, Independencia y Pisco, declarándosele ganador para dichos ítems mediante Acta N° 020-2017-CC-ICA 1 de fecha 8 de marzo de 2017 ⁽¹⁹⁾.
- 3.54. Más aun, la Presidente del Comité le remite a EGAMILK la Carta N° 007-2017-CC-CC1-Productos de fecha 9 de marzo de 2017 a efectos de proceder con la firma de los Contratos, acto que es suspendido mediante correos electrónicos del 13 de marzo de 2017 emitidos por la Unidad Territorial de Ica.
- 3.55. La segunda evaluación culmina con la expedición de la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 175-2017-MIDIS/PNAEQW del 15 de marzo de 2017 ⁽²⁰⁾, mediante la cual Qali Warma declara de oficio la nulidad parcial del proceso de compra, retrotrayéndolo a la subetapa de evaluación y selección de propuestas técnicas y económicas.
- 3.56. De esta manera, se realiza una tercera evaluación, la cual se suspende conforme consta en el Acta N° 022-2017-CC-ICA 1 de fecha 22 de marzo de 2017 ⁽²¹⁾.
- 3.57. Por último, se realiza una cuarta evaluación en la que se descalifica a EGAMILK y se califica positivamente a la empresa Alimentos Procesados S.A. como consta en el Acta N° 024-2017-CC-ICA 1 del 3 de abril de 2017, dándosele como ganador de los ítems Chicha Alta, Independencia y Pisco ⁽²²⁾ mediante Acta N° 025-2017-CC-ICA 1 de fecha 4 de abril de 2017 ⁽²³⁾, siendo que el Comité suscribió los contratos correspondientes con la empresa Alimentos Procesados S.A., tal como ha sido reconocido por Qali Warma en su escrito de contestación de la demanda y reconvención, en el que también indica que el 11 de mayo de 2017 Alimentos Procesados S.A. inició la ejecución de la prestación del servicio alimentario por los ítems adjudicados a su favor ⁽²⁴⁾.
- 3.58. Como se puede apreciar, además que los Contratos suscritos con EGAMILK fueron ilegalmente declarados nulos por Qali Warma, el Comité suscribió contratos con la empresa Alimentos Procesados S.A. para los ítems Chincha Alta, Independencia y Pisco, ítems que originalmente fueron adjudicados a EGAMILK. Más aun, los contratos suscritos con la empresa Alimentos Procesados S.A. se han ejecutado normalmente, a excepción del ítem Pisco.

⁽¹⁹⁾ Medios probatorios aportados por el demandante con su escrito de demanda arbitral.

⁽²⁰⁾ Medio probatorio aportado por el demandante con su escrito de demanda arbitral.

⁽²¹⁾ Medio probatorio aportado por el demandante con su escrito de demanda arbitral.

⁽²²⁾ El ítem Chincha Baja fue declarado desierto.

⁽²³⁾ Medios probatorios aportados por el demandante con su escrito de demanda arbitral.

⁽²⁴⁾ Posteriormente, específicamente el 23 de junio de 2017, la Dirección Ejecutiva de Qali Warma mediante Resolución N° 292-2017-MIDIS/PNAEQW declara la nulidad parcial del proceso de compra respecto del ítem Pisco, así como la nulidad del Contrato N° 009-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS suscrito con la empresa Alimentos Procesados S.A.

- 3.59. De otra parte, de acuerdo con los Contratos, EGAMILK tenía la obligación de entregar los productos de acuerdo al cronograma establecido en la cláusula cuarta de los Contratos. De acuerdo con dichos cronogramas, EGAMILK debía realizar diez entregas durante la ejecución de los Contratos, siendo la primera entrega del 27 de febrero al 10 de marzo de 2017.
- 3.60. Sin embargo, el 22 de febrero de 2017 se emite la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW que declaró de oficio la nulidad de los Contratos, nulidad que este Tribunal Arbitral considera ineficaz conforme se desprende del análisis realizado por el Colegiado al resolver la primera pretensión principal de la demanda, por lo que resulta evidente que EGAMILK se encontraba imposibilitada de ejecutar los Contratos, máxime si en abril los ítems que le fueron adjudicados fueron concedidos a otra empresa que ha venido ejecutando normalmente sus contratos.
- 3.61. De otra parte, conforme a las Bases Integradas del Proceso de Compra N° 001-2017-CC ICA 1-PRODUCTOS, el objeto de la convocatoria fue la **compra de productos para la provisión del servicio alimentario 2017** del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, razón por la cual carece de sentido que a la fecha EGAMILK ejecute los Contratos declarados válidos por este Colegiado, considerando que el servicio alimentario para el año escolar 2017 fue suministrado y ejecutado por la empresa Alimentos Procesados S.A.
- 3.62. En ese orden de ideas, considerando la actuación del Comité y del propio Qali Warma durante el desarrollo del proceso de compra para el año 2017 que finalmente culminó con la suscripción de contratos con la empresa Alimentos Procesados S.A. por los ítems adjudicados inicialmente y **hasta en dos oportunidades** a la demandante, hecho que sumado a la declaración de oficio de nulidad de los Contratos efectuada mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW, nulidad que este Tribunal Arbitral considera ineficaz, determinan para este Colegiado que la imposibilidad del cumplimiento de los Contratos por parte de la demandante es atribuible al Comité y especialmente a Qali Warma, por lo que corresponde amparar la segunda pretensión principal de la demanda.

Tercera Pretensión Principal de la demanda (tercer punto controvertido): Que, frente a la imposibilidad del cumplimiento de la prestación por culpa del acreedor, se declare que nuestra obligación queda resuelta, y como consecuencia, se nos abone el monto de S/ 7'425,421.20 (siete millones cuatrocientos veinticinco mil cuatrocientos veintiuno con 20/100 Soles), equivalente a la totalidad

de la contraprestación a cargo del Programa Qali Warma, en aplicación de lo establecido en el artículo N° 1155 del Código Civil.

- 3.63. De acuerdo a esta pretensión, al Tribunal Arbitral le corresponde analizar y resolver: i) si se debe declarar resuelta la obligación a cargo de EGAMILK; y, ii) si corresponde que Qali Warma pague a EGAMILK el íntegro de la contraprestación ascendente a la suma de S/ 7 425 421,20 (siete millones cuatrocientos veinticinco mil cuatrocientos veintiuno con 20/100 Soles).
- 3.64. Para estos efectos, es necesario recurrir nuevamente al artículo 1155° del Código Civil que establece:

“Artículo 1155.- Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.

Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.

Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor. Enfatizado y subrayado nuestro.

- 3.65. Concordante con el artículo 1155°, el artículo 1432° del Código Civil establece en su segundo párrafo lo siguiente:

“Artículo 1432.-

(...)

*Quando la imposibilidad sea imputable al acreedor, **el contrato queda resuelto de pleno derecho.** Sin embargo, **dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación,** correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación.”*

- 3.66. Al resolver la segunda pretensión principal, el Colegiado determinó que la imposibilidad del cumplimiento de la prestación a cargo de EGAMILK se produjo por causas atribuibles al Comité y a Qali Warma, por lo que en estricta aplicación del artículo 1155° concordante con el segundo párrafo del artículo 1432° del Código Civil ⁽²⁵⁾ corresponde liberar a EGAMILK. frente al Comité y a Qali Warma, del cumplimiento de sus obligaciones contractuales derivadas de los Contratos, declarando resuelta las

⁽²⁵⁾ A mayor abundamiento y a modo de comentario, estos artículos siguen la misma lógica del numeral 3) del artículo 1138° del Código Civil “Teoría del riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos” que establece: “*Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.*”

obligaciones a cargo de la demandante y, por tanto, resueltos los Contratos.

- 3.67. Ahora bien, en cuanto al reconocimiento a favor de EGAMILK del íntegro de la contraprestación, el Colegiado no puede soslayar lo establecido en el tercer párrafo del artículo 1155° del Código Civil que establece: *“Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.”*
- 3.68. Es decir, si bien de acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 1155° del Código Civil se persigue compensar al deudor ante la imposibilidad de cumplir con su prestación por culpa del acreedor reconociéndole la contraprestación pactada, tal contraprestación puede ser reducida en la medida que el deudor se haya beneficiado o, en otras palabras, no se haya visto perjudicado con gastos efectivamente realizados o comprometidos para cumplir con sus obligaciones extinguidas por causa atribuible al acreedor; entenderlo de otra forma propiciaría situaciones de enriquecimiento indebido lo que es repudiado por el Derecho.
- 3.69. En ese orden de ideas, debe entenderse el tercer párrafo del artículo 1155° del Código Civil, como “obtención de algún beneficio” aquellos gastos en los que no incurrió el deudor como consecuencia de la extinción de las obligaciones a su cargo, reconociéndole en primer término los gastos asumidos y/o que pueda haber comprometido para la ejecución del contrato hasta el 22 de febrero de 2017, fecha de la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW.⁽²⁶⁾
- 3.70. Los gastos que deben ser reconocidos, por concepto de daño emergente, son aquellos relacionados directamente con su prestación principal que son los productos que, de acuerdo a los Contratos, tenía la obligación de suministrar a las instituciones educativas con cada entrega, debiéndose considerar, asimismo, los gastos de transporte ⁽²⁷⁾.
- 3.71. En el presente caso, el demandante adjuntó con su demanda facturas y comprobantes de pago por la adquisición de parte de los bienes que eran objeto de los Contratos, gastos en los que habría incurrido considerando que los Contratos se suscribieron el 30 de enero de 2017 y que su ejecución, de acuerdo con el cronograma incluido en la cláusula cuarta de

⁽²⁶⁾ En este sentido el Tribunal advierte que EGAMILK ha presentado una factura emitida por Sociedad de Asesoramiento Técnico S.A.C. del 27 de marzo de 2017 que no tomará en consideración.

⁽²⁷⁾ De conformidad con la cláusula octava de los Contratos, EGAMILK tenía la obligación de entregar los productos en las Instituciones Educativas Públicas, en las cantidades exactas, íntegras y oportunas bajo responsabilidad, siempre que cuente con el acta de liberación de los productos otorgada por Qali Warma. Cabe indicar que tales obligaciones también se encuentran previstas expresamente en los literales d) y k) del acápite V. “Ejecución Contractual”, numeral V.1 “Obligaciones del Proveedor” de las Bases Integradas del Proceso de Compra N° 001-2017-CC ICA1-PRODUCTOS.

los Contratos, se iniciaría el 13 de febrero de 2017, fecha máxima para la presentación del expediente de liberación de la primera entrega, debiendo liberarse los productos el 24 de febrero de 2017 y cumplir con la primera entrega del 27 de febrero al 10 de marzo de 2017. En este punto, es pertinente recordar que la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW que declara nulos los Contratos es de fecha 22 de febrero de 2017, por lo que al 13 de febrero de 2017 EGAMILK tenía que contar, por lo menos, con los productos objeto de la primera entrega.

3.72. De acuerdo a las facturas y constancias de pago presentados por EGAMILK, se acreditan los gastos siguientes:

Proveedor	Producto	Factura y fecha de emisión	Monto (S/.)	Fecha de Pago
BHG Corp. S.A.C.	470 cajas de carne de res molida cocida	Factura N° 010159 del 9 de febrero de 2017	67 398,00	6 y 8 de febrero de 2017
Continental Group del Perú S.A.C.	104 cajas de chocolate para taza	Factura N° 000592 del 14 de febrero de 2017	9 776,00	8 de febrero de 2017
Graneiera S.R.L.	160 cajas de aceite vegetal	Factura N° 001530 del 8 de febrero de 2017	6 304,88	8 de febrero de 2017
Inversiones Prisco S.A.C.	345 cajas de filete de cabaya en aceite vegetal	Factura N° 0002273 del 6 de febrero de 2017	50 025,00	6 de febrero de 2017
Fouscas Trading E.I.R.L.	1425 kilos de hojuela de avena con quinua precocida 1062,50 kilos de hojuela de avena con kiwicha precocida	Factura N° 0001255 del 14 de febrero de 2017	10 306,00	8 de febrero de 2017 ⁽²⁸⁾
Molino de Servicios Agroindustriales E.I.R.L.	5800 paquetes de quinua entera 5700 paquetes de harina de maíz	Factura N° 002398 del 16 de febrero de 2017	23 040,00	Consta el pago pero no aparece la fecha
Continental Group del Perú S.A.C.	Arroz pilado superior	Factura N° 000740 del 21 de febrero de 2017	20 832,00	8 de febrero de 2017 por la suma de S/. 20 748,00 ⁽²⁹⁾
Consorcio Rivera Consorcio Inmobiliario & Servicios Generales S.A.C.	338 paquetes de azúcar rubia 514 paquetes de fideos espagueti	Factura Electrónica N° 314 del 13 de febrero de 2017	27 174,34	8 de febrero de 2017
TOTAL		S/. 214 772,22		

3.73. De otra parte, el demandante adjunta un Contrato para el Servicio de Transporte suscrito el 1 de febrero de 2017 con la empresa Servicios Generales Padial E.I.R.L. dedicada al servicio de transporte terrestre de carga, el cual estaba vinculado a los contratos que se suscribieron como consecuencia del Proceso de Compra N° 001-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS. De acuerdo con dicho contrato, específicamente lo

⁽²⁸⁾ Aparece como monto efectivamente pagado la suma de S/. 175 726,15; sin embargo, el demandante no adjunta Facturas que justifiquen ese monto, por lo que sólo se considera el monto que figura en la Factura que asciende a S/. 10 306,00.

⁽²⁹⁾ Si bien la Factura se emite por la suma de S/. 20 832,00, el pago se efectúa por la suma de S/. 20 748,00, por lo que se considera este último monto que está debidamente acreditado.

- establecido en su cláusula quinta, el monto total del contrato era por la suma de S/. 750 000,00, debiéndose pagar S/. 100 000,00 a la firma del contrato, dividiéndose la diferencia en nueve (9) meses a razón de S/. 72 200,00 mensuales, debiéndose pagar el 50% [S/. 36 100,00] el día que se iniciase el reparto y el otro 50% una vez terminado el reparto.
- 3.74. Al respecto el demandante adjunta copia de un cheque N° 00001479 del Banco de Crédito de fecha 1 de febrero de 2017 girado por EGAMILK a favor de Servicios Generales Padial E.I.R.L. por la suma de S/. 100 000,00. Asimismo, consta la copia de un cheque N° 00001500 del Banco de Crédito de fecha 20 de febrero de 2017 girado por EGAMILK a favor de Servicios Generales Padial E.I.R.L. por la suma de S/. 36 100,00.
- 3.75. En ese sentido, el Tribunal Arbitral en mayoría, considera reconocer a favor de EGAMILK, respecto al Contrato de Servicio de Transporte celebrado el 1 de febrero de 2017 entre la demandante y la empresa Servicios Generales Padial E.I.R.L., la suma ascendente a S/. 136 100,00.
- 3.76. Asimismo, el Tribunal Arbitral considera dejar en claro que si bien EGAMILK ha presentado documentos con el objeto de pretender acreditar endeudamiento ante entidades bancarias por montos ascendentes a S/. 1'200,000.00 y S/. 265,600.00 cada uno de ellos con tasas de 13.450267% y 10.50% T.E.A., respectivamente ⁽³⁰⁾; no toma en cuenta ello pues no le es posible identificar dichas operaciones con los Contratos cuya nulidad fue decretada por Qali Warma.
- 3.77. De otra parte, siendo EGAMILK una empresa dedicada a la comercialización de alimentos, es evidente que persigue obtener una utilidad por la venta de los productos.
- 3.78. De esta forma, parte de la contraprestación corresponde a la utilidad que esperaba recibir el demandante como consecuencia de la ejecución de los Contratos, ejecución que se vio frustrada por culpa de Qali Warma y del Comité como se ha determinado en el presente laudo arbitral.
- 3.79. Ahora bien, este Tribunal Arbitral advierte que ni en los Contratos ni en el expediente arbitral consta el porcentaje de utilidad calculada por el demandante en su propuesta económica por la que resultó adjudicado con los Contratos; en consecuencia, el Colegiado considera pertinente aplicar lo establecido en el artículo 1332° del Código Civil que establece: *“Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.”*

⁽³⁰⁾ Medios probatorios aportados por el demandante con su escrito de demanda arbitral.

- 3.80. En ese sentido, el Tribunal Arbitral estima considerar una utilidad razonable y a su vez conservadora ascendente al 3.55% del monto contractual establecido en la cláusula tercera de los Contratos, porcentaje que corresponde a la tasa de interés promedio del sistema bancario por depósitos a plazos, entre 181 a 360 días, al 27 de noviembre de 2018 ⁽³¹⁾, lo que equivale a la suma de S/ 263 602,45 ⁽³²⁾, monto que por concepto de utilidad [lucro cesante], dejó de percibir EGAMILK como consecuencia de la imposibilidad sobrevenida para cumplir con su prestación, imposibilidad generada por la ilegal declaración de nulidad de los Contratos por parte de Qali Warma.
- 3.81. Por tanto, este Colegiado, estima amparar en parte la tercera pretensión principal de la demanda declarando resueltos los Contratos y, en mayoría ⁽³³⁾, reconociendo a EGAMILK la suma total ascendente a S/ 614 474,67 (Seiscientos catorce mil cuatrocientos setenta y cuatro con 67/100 Soles) monto que comprende los conceptos establecidos en los numerales 3.72., 3.75. y 3.80. del presente laudo arbitral.

Primera Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal (cuarto punto controvertido): Que, se pague una indemnización a EGAMILK E.I.R.L. por la suma de S/ 7 425,421.20 (siete millones cuatrocientos veinticinco mil cuatrocientos veinte y uno con 20/100 Soles) por los daños y perjuicios causados (daño emergente).

- 3.82. Habiéndose amparado en parte la tercera pretensión principal de la demanda, no corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie respecto de la presente pretensión al haberse propuesto como subordinada, es decir, su análisis y resolución estuvo condicionado a la no estimación de la tercera pretensión principal, la misma que ha sido amparada en parte.

De la Reconvención

Pretensión Principal (sexto punto controvertido): Que, el Tribunal Arbitral declare que Egamilk EIRL no cumplió con formular su propuesta técnica contenida en el formato N° 05: Declaración Jurada de cumplimiento de condiciones higiénicas sanitarias y capacidad de almacenamiento conforme a lo señalado en el anexo 04-A Requerimiento de volúmenes por ítem las cuales forman parte de las Bases Integradas del proceso de Compra N° 001-2017-CC-ICA

⁽³¹⁾ De acuerdo con la información pública que aparece en el Portal de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP:

<http://www.sbs.gob.pe/app/pp/EstadisticasSAEEPPortal/Paginas/TIPasivaDepositoEmpresa.aspx?tip=B> cuya impresión se adjunta como Anexo del presente laudo arbitral.

⁽³²⁾ Monto resultante de aplicar el porcentaje de utilidad sobre la sumatoria de los montos contractuales establecidos en los Contratos, que asciende a S/. 7 425 421.20.

⁽³³⁾ El árbitro, abogado Sergio Tafur Sánchez, discrepa respecto del monto que debe ser reconocido a EGAMILK respecto al Contrato de Servicio de Transporte celebrado el 1 de febrero de 2017 entre la demandante y la empresa Servicios Generales Padial E.I.R.L., motivo por el cual emitirá su voto singular. Cabe indicar que esa es la única discrepancia existente entre los miembros del Colegiado.

1-PRODUCTOS-SEGUNDA CONVOCATORIA, y en consecuencia declare que su descalificación en la evaluación y selección de propuesta del Proceso de Compras N° 001-2017-CC-ICA 1-PRODUCTOS, se ajustó a lo dispuesto en las Bases Integradas.

- 3.83. El Tribunal Arbitral advierte que EGAMILK propuso una excepción de inexistencia de convenio arbitral respecto de la única pretensión reconvenicional postulada por Qali Warma.
- 3.84. En tal sentido, corresponde que el Colegiado analice y resuelva, en primer lugar, la excepción de inexistencia de convenio arbitral para posteriormente, de ser el caso, analizar y resolver la pretensión reconvenicional presentada por Qali Warma.
- 3.85. Qali Warma, a través de su pretensión reconvenicional, pretende que este Colegiado declare que EGAMILK no cumplió con formular su propuesta técnica conforme a lo exigido en las Bases Integradas del Proceso de Compra ⁽³⁴⁾ y, por tanto, que declare que la descalificación de EGAMILK en la evaluación y selección de propuestas se ajustó a lo establecido en las mencionadas Bases.
- 3.86. Al respecto, al analizar y resolver la primera pretensión principal de la demanda, este Colegiado hizo referencia al numeral 40) del Manual de Compras que establece que el proceso de compras consta de tres fases:
- i. Convocatoria y selección de participantes.
 - ii. Ejecución contractual.
 - iii. Liquidación del contrato.
- 3.87. Asimismo, señaló que debe entenderse que estas fases son preclusivas, afirmando que entenderlo de otra manera, permitiría aceptar permanentes situaciones de inseguridad jurídica para el proveedor que de buena fe suscribe contratos con Qali Warma, al verse expuesto irremediablemente, en cualquier momento durante la ejecución de los contratos, a posibles nulidades por errores en la primera fase.
- 3.88. De otra parte, el Tribunal Arbitral indicó asimismo que durante la fase de convocatoria y selección de participantes, que culmina con la firma del contrato y que da lugar al inicio de la segunda fase que es la de ejecución contractual, la relación existente entre la Entidad convocante y los participantes o postores es una relación Estado – administrado, que es de naturaleza netamente administrativa, mientras que, una vez firmado el contrato, surge una relación distinta e independiente entre Qali Warma y el proveedor seleccionado, que es una relación jurídico-contractual cuyo

⁽³⁴⁾ Específicamente, respecto a la incongruencia existente en el Formato N° 05: "Declaración Jurada de Cumplimiento de Condiciones Higiénicas Sanitarias y Capacidad de Almacenamiento" y el Anexo 04-A "Requerimiento de Volúmenes por Ítem".

marco jurídico es el Manual de Compras y, supletoriamente, el Código Civil.

- 3.89. Se deduce de la única pretensión reconvenzional del demandado, que pretende someter a arbitraje la descalificación de EGAMILK en la cuarta evaluación y selección de participantes del Proceso de Compras N° 001-2017-CC ICA 1-PRODUCTOS, realizada el 3 de abril de 2017, al amparo de la cláusula de solución de controversias contenida en la cláusula vigésimo primera de los Contratos, los mismos que se suscribieron como consecuencia de la evaluación y selección de participantes realizada el 23 de enero de 2017.
- 3.90. Como se puede advertir, si bien la evaluación y selección de participantes realizada el 3 de abril de 2017 deriva del mismo Proceso de Compras del cual también derivaron los Contratos declarados nulos mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 145-2017-MIDIS/PNAEQW, la cláusula de solución de controversias incluida en los Contratos sólo se puede activar por controversias contractuales que surjan de la ejecución de esos Contratos o por controversias que estén vinculadas a los mismos [como su nulidad por ejemplo] y no otras, menos aun si son de naturaleza administrativa y máxime cuando se trata de controversias derivadas de la evaluación y selección de participantes realizada con posterioridad a la suscripción de los Contratos [3 de abril de 2017] y no de la evaluación y selección de participantes de la cual derivaron los Contratos [23 de enero de 2017] ⁽³⁵⁾.
- 3.91. En efecto, el numeral 1. del artículo 2° de la Ley de Arbitraje, establece 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." Enfatizado y subrayado nuestro.
- 3.92. Asimismo, en este punto, el numeral 1. del artículo 13° de la referida Ley señala: "El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza." Enfatizado y subrayado nuestro.
- 3.93. De la primera disposición de la Ley de Arbitraje se deduce, claramente, que las controversias que surjan de la relación Estado – administrado no pueden ser sometidas a arbitraje por ser de orden público lo que, *contrario sensu*, significa que no son de libre disposición de las partes.
- 3.94. En efecto, en las relaciones Estado – administrado el Estado participa ejerciendo *ius imperium*, que es el poder jurídico que la ley le otorga a las

⁽³⁵⁾ Debiendo ser aclarado que, aun cuando derivasen de la evaluación y selección de participantes de la cual derivaron los Contratos, éstas tampoco podrían ser sometidas a arbitraje.

- entidades de la Administración Pública para decidir sobre asuntos de su competencia, a través de actos administrativos que el propio Estado ejecuta. La Ley General de Procedimientos Administrativos prevé cuales son los recursos a través de los cuales se pueden impugnar tales actos administrativos pudiéndose recurrir, en última *ratio*, al Poder Judicial vía la acción contencioso administrativa, a efectos de discutir los efectos de tales actos.
- 3.95. En las relaciones contractuales, el Estado participa ejerciendo *ius gestionis*, es decir, como un particular más. En este caso, la posición del Estado en las actividades privadas en las que participa, que esencialmente son de naturaleza contractual, es como la de cualquier particular.
- 3.96. De otra parte, de acuerdo con la definición de convenio arbitral, éste siempre debe estar vinculado a una relación jurídica, sea contractual o de otra naturaleza; lo importante es que esa relación jurídica esté plenamente determinada, que en el presente caso no es otra que la relación jurídica existente, entre EGAMILK y Qali Warma, derivada de los Contratos.
- 3.97. En ese orden de ideas, lo pretendido por Qali Warma en su pretensión reconvenicional, vinculada netamente con aspectos de naturaleza administrativa ocurridos durante la fase de evaluación y selección de participantes realizada el 3 de abril de 2017, no son de competencia de este Colegiado, tanto por no existir convenio arbitral que justifique tal competencia como porque el convenio arbitral contenido en los Contratos no se puede extender a aspectos ajenos a los propios Contratos.
- 3.98. Por último, Qali Warma incurre en error cuando sostiene que la cláusula de solución de controversias contenida en las Bases Integradas le otorga competencia a este Colegiado para pronunciarse sobre su pretensión cuando señala que “cualquier discrepancia, litigio o controversia resultante del contrato o relativo a éste se resolverá por un tribunal arbitral ...”, ya que por el propio tenor del texto incluido en las Bases, las controversias siempre deben derivarse de la ejecución del contrato o deben ser controversias relacionadas con el mismo como, por ejemplo, su validez, nulidad o existencia.
- 3.99. En tal sentido de pronunciarse este Colegiado respecto de la pretensión reconvenicional de Qali Warma podría generar, en su caso, una futura anulación del laudo arbitral por parte del Poder Judicial.
- 3.100. Estando a estas consideraciones, el Tribunal Arbitral estima declarar fundada la excepción de inexistencia de convenio arbitral y, en consecuencia, abstenerse de pronunciarse respecto de la pretensión

reconvencional propuesta por Qali Warma por ser incompetente para avocarse a su resolución.

Sobre la Asunción entre las partes de las Costas y Costos Arbitrales
(Cuarta pretensión de la demanda, quinto punto controvertido)

3.101. El artículo 103° del Reglamento del Centro establece que los costos del arbitraje comprenden los siguientes conceptos:

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

3.102. De otra parte, el artículo 104° del mismo Reglamento establece que:

“Los árbitros se pronunciarán en el laudo que pone fin a la controversia sobre la imputación de los costos del arbitraje, atendiendo a lo establecido en el convenio arbitral. De no existir acuerdo al respecto, los costos serán de cargo de la parte que haya sido vencida en el arbitraje.

Sin perjuicio de ello, los árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo considera atendible de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje.”

3.103. En el presente caso, de la revisión del convenio arbitral contenido en la cláusula vigésimo primera de los Contratos “Solución de Controversias”, el Tribunal Arbitral advierte que las partes no han establecido o acordado disposición alguna relacionada con la imputación o distribución de los costos del arbitraje.

3.104. En ese sentido, este Colegiado considera que los costos arbitrales, esto es los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del Centro, sean asumidos íntegramente por la parte vencida, en el presente caso por Qali Warma.

3.105. Los costos arbitrales fueron asumidos por las partes de la siguiente manera:

Honorarios del Tribunal Arbitral	Tasa Administrativa del Centro
Los honorarios del Tribunal Arbitral ascendieron, en total, la suma de S/ 93	Los gastos por administración que corresponden al Centro ascendieron a S/.

345,36 neto, es decir la suma de S/ 101 462,35 bruto. Cada parte pagó por cada uno de los árbitros la suma de S/. 15 557,56 neto, lo que hace un total de S/. 46 672,68 neto (S/ 50 731,18 bruto), monto desembolsado por cada parte como honorario del Tribunal Arbitral.	32 339,00 más IGV. Cada parte pagó por tasa administrativa la suma de S/. 16 169,50 más IGV.
---	---

3.106. En consecuencia, corresponde que Qali Warma restituya a EGAMILK la suma ascendente a S/. 50 731,18 (monto bruto que incluye la retención tributaria que corresponde a los honorarios de los árbitros y que fue asumido por EGAMILK) por concepto de honorarios del Tribunal Arbitral y la suma ascendente a S/. 16 169,50 más IGV por concepto de tasa administrativa del Centro.

3.107. Asimismo, dispone que cada una de las partes asuma los gastos en los que haya incurrido por concepto de defensa legal y cualquier otro concepto en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar en el futuro con motivo de su defensa.

Por los fundamentos expuestos en las Consideraciones precedentes del presente laudo, el Tribunal Arbitral **LAUDA**:

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda.

SEGUNDO.- DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda.

TERCERO.- DECLARAR FUNDADA EN PARTE la tercera pretensión principal de la demanda; en consecuencia, **DECLARAR** resueltos el Contrato N° 002-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS, el Contrato N° 003-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS, el Contrato N° 004-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS y el Contrato N° 005-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS, y, **EN MAYORÍA, ORDENAR** que el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma pague a EGAMILK E.I.R.L. la suma total ascendente a S/ 614 474,67 (Seiscientos catorce mil cuatrocientos setenta y cuatro con 67/100 Soles), monto que comprende los conceptos y cantidades señalados en los numerales 3.72., 3.75. y 3.80 del presente laudo arbitral.

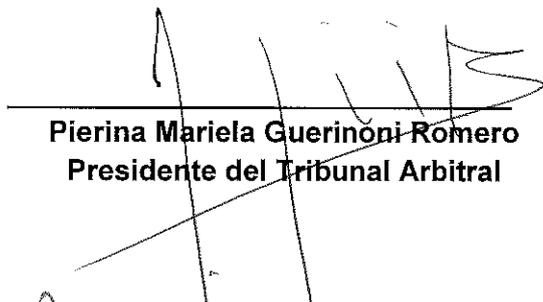
CUARTO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de la demanda.

QUINTO.- DECLARAR FUNDADA la excepción de inexistencia de convenio arbitral; en consecuencia, declarar **IMPROCEDENTE** la única pretensión de la reconvencción.

SEXO.- ORDENAR que el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma restituya a EGAMILK E.I.R.L. la suma de S/ 50 731,18 (Cincuenta mil setecientos treinta y uno con 18/100 Soles) por concepto de honorarios correspondientes al Tribunal Arbitral y S/. 16 169,50 más IGV, esto es, S/ 19 080,01 (Diecinueve mil ochenta con 01/100 Soles) por gastos administrativos del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, conforme a lo señalado en el numeral 3.105. del presente laudo arbitral.

SÉTIMO.- ORDENAR que cada una de las partes asuma los honorarios que hayan incurrido por concepto de defensa legal, así como cualquier otro concepto en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar en el futuro con motivo de su defensa.

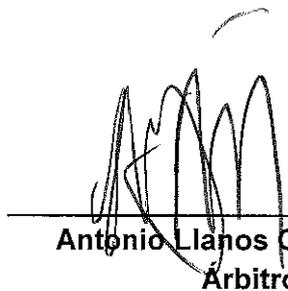
OCTAVO.- ORDENAR que la secretaría arbitral notifique a las partes el presente laudo arbitral.



Pierina Mariela Guerinoni Romero
Presidente del Tribunal Arbitral



Sergio Tafur Sánchez
Árbitro



Antonio Llanos Cárdenas
Árbitro

**VOTO SINGULAR DEL ÁRBITRO DR. SERGIO ALBERTO TAFUR SÁNCHEZ
ÚNICAMENTE EN RELACIÓN CON LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL
DE LA DEMANDA**

La citada pretensión de la demanda (y el punto controvertido vinculado a ella) señala:

***“Tercera Pretensión Principal de la demanda (tercer punto controvertido):
Que, frente a la imposibilidad del cumplimiento de la prestación por culpa del acreedor, se declare que nuestra obligación queda resuelta, y como consecuencia, se nos abone el monto de S/ 7425,421.20 (siete millones cuatrocientos veinticinco mil cuatrocientos veintiuno con 20/100 Soles), equivalente a la totalidad de la contraprestación a cargo del Programa Qali Warma, en aplicación de lo establecido en el artículo N° 1155 del Código Civil”***

Como se ha señalado en el laudo (numerales 3.73 a 3.75 y pie de página N° 33), en relación con el monto que corresponde reconocerse al demandante vinculado con el contrato de transporte que suscribió con la empresa de Servicios Generales Padial E.I.R.L. este árbitro respetuosamente discrepa de sus colegas, siendo su análisis el siguiente:

1. El demandante adjunta en el Anexo 1-R de su demanda un Contrato para el Servicio de Transporte suscrito el 1 de febrero de 2017 con la empresa Servicios Generales Padial E.I.R.L. dedicada al servicio de transporte terrestre de carga, el cual estaba vinculado a los contratos que se suscribieron como consecuencia del Proceso de Compra N° 001-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS. De acuerdo con dicho contrato, específicamente lo establecido en su cláusula quinta, el monto total del contrato era por la suma de S/. 750 000,00, debiéndose pagar S/. 100 000,00 a la firma del contrato, dividiéndose la diferencia en nueve (9) meses a razón de S/. 72 200,00 mensuales, debiéndose pagar el 50% [S/. 36 100,00] el día que se iniciase el reparto y el otro 50% una vez terminado el reparto.
2. Al respecto el demandante adjunta copia de un cheque N° 00001479 del Banco de Crédito de fecha 1 de febrero de 2017 girado por EGAMILK a favor de Servicios Generales Padial E.I.R.L. por la suma de S/. 100 000,00. Asimismo, consta la copia de un cheque N° 00001500 del Banco de Crédito de fecha 20 de febrero de 2017 girado por EGAMILK a favor de Servicios Generales Padial E.I.R.L. por la suma de S/. 36 100,00. Sin perjuicio de ello, se advierte que en la cláusula séptima del referido contrato se señaló lo siguiente:

“SÉTIMA: MULTAS Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

(...)

7.3 *EL TRANSPORTISTA al igual que LA EMPRESA una vez realizado dicho contrato tiene la obligación del cumplimiento del contrato, la cual si se suscitaran problemas ajenas a EL TRANSPORTISTA se realice o no el servicio tiene que cumplir con el pago del 100% del contrato ya que dicha empresa deja de atender a otros usuarios por darle prioridad a esta.* [sic]

3. De lo descrito anteriormente, se aprecia que:

- El contrato de transporte se realizó con el objeto que EGAMILK pueda cumplir con la distribución materia de los contratos cuya nulidad fue declarada por Qali Warma.
- El contrato de transporte se suscribió el 01 de febrero de 2017, es decir, prácticamente de manera inmediata a la suscripción de los contratos cuya nulidad se declaró por Qali Warma, casi un mes después (22 de febrero de 2017).
- Dicho contrato resulta coherente con las obligaciones asumidas por EGAMILK para poder cumplir con los contratos que finalmente se declararon nulos indebidamente por Qali Warma.
- Al amparo de dichos contrato se giraron dos cheques de pago al transportista.
- De acuerdo con el referido contrato de transporte, una vez suscrito el mismo, EGAMILK queda obligado al pago del íntegro el contrato independientemente que el servicio se preste o no, si esto último (no prestación del servicio de transporte) obedece a causas (problemas ajenos) al transportista.
- En el curso de este arbitraje el demandado no ha tachado ni cuestionado el mérito de dicho contrato de transporte ni sus alcances.
- En el presente caso, es evidente que el servicio de transporte finalmente no se pudo brindar porque el cumplimiento de la prestación devino en imposible por culpa del demandado, tal como se indicó en el análisis del punto controvertido anterior.

4. Consecuentemente corresponde reconocer el íntegro del monto del contrato de transporte, es decir los S/ 750,000.00.

5. No escapa a criterio de este árbitro que en la Clausula Octava numeral 8.15 del Contrato, se establece lo siguiente:

“No se permite la cesión de posición contractual ni la subcontratación de la prestación a cargo del proveedor, excepto la subcontratación de los servicios logísticos de almacenaje y transportes de alimentos.

En caso de subcontratación, el proveedor mantiene la responsabilidad por la ejecución total del contrato ante el comité de compras. El servicio subcontratado deberá cumplir con los requisitos y formalidades exigidos por el presente manual y bases del proceso de compra, las normas de la materia así como las disposiciones complementarias que emita PNAEQW.

Las obligaciones derivadas del contrato entre el proveedor y el subcontratista son ajenas y no son oponibles el Comité de Compra y al PNAEQW.”

6. Ello a su vez es concordante con el numeral 119 del Manual de Compras en donde se indica lo siguiente:

“No se permite la cesión de posición contractual ni la subcontratación de la prestación a cargo del proveedor, excepto la subcontratación de los servicios logísticos de almacenaje y transportes de alimentos.

En caso de subcontratación, el proveedor mantiene la responsabilidad por la ejecución total del contrato ante el comité de compras. El servicio subcontratado deberá cumplir con los requisitos y formalidades exigidos por el presente manual y bases del proceso de compra, las normas de la materia así como las disposiciones complementarias que emita PNAEQW.

Las obligaciones derivadas del contrato entre el proveedor y el subcontratista son ajenas y no son oponibles al Comité de Compra y al PNAEQW.”

7. Finalmente, la Clausula Vigésima del Contrato establece lo siguiente:

“El presente contrato se rige por el Manual de Compras aprobado por el PNAEQW. Las partes acuerdan que en defecto o vacío de las reglas o normas establecidas, se podrá aplicar supletoriamente las disposiciones emitidas por el PNAEQW para su regulación especial y, supletoriamente las disposiciones del Código Civil”.

8. En tal sentido, si bien el contrato indica que las obligaciones derivadas del contrato suscrito entre el proveedor (EGAMILK) y el subcontratista (Servicios Generales Padial E.I.R.L.), son ajenas y no son oponibles al Comité de Compra y al PNAEQW; corresponde preguntarse: (i) ¿cuál es el sentido o alcance de dicha obligación? y, (ii) ¿si en el presente caso, en donde ya se ha advertido que la prestación a cargo de EGAMILK ha devenido en una de imposible cumplimiento por culpa del demandado, dicha estipulación contractual puede ser empleada para eximir al

demandado de las consecuencias (responsabilidad) derivada de su actuación?.

9. Este árbitro estima que la interpretación correcta de dicha cláusula contractual (así como de lo indicado en el Manual de Compras) no puede ser sino aquella que conlleve a entender que si bien el Comité de Compra como el PNAEQW permiten la subcontratación del transporte, ellos son ajenos a la responsabilidad del contratista frente al subcontratista, y por ende el sub contratista no puede formular reclamo alguno ante ellos; sin embargo de ninguna manera estas estipulaciones pueden suponer una liberación de la responsabilidad ante el proveedor (EGAMILK) por las consecuencias de sus actos y mucho menos si dicha consecuencia resuta proveniente de un actuar doloso o de culpa inexcusable.

La conclusión anteriormente indicada encuentra su sustento cuando menos en dos principios consagrados en nuestro ordenamiento normativo y que a criterio de este árbitro constituyen pilares del mismo como son: la prohibición del abuso del derecho y la prohibición de las cláusulas que eliminan o limitan la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable.

10. El primero de los principio tiene consagración constitucional y se encuentra recogido en el segundo párrafo del artículo 103 de la Constitución Política, el cual señala que “la Constitución no ampara el abuso del derecho”. Asumir que la estipulación contractual citada debe ser interpretada en sus alcances como una que puede permite que el Comité de Compras y el PNAEQW, independientemente de la conducta que tengan, no asuman responsabilidad alguna ante el proveedor (en este caso EGAMILK) por el perjuicio que este pudiera sufrir como consecuencia de su actuación, importaría asignar el derecho a esa parte a actuar de manera absolutamente irrestricta sin que sea plenamente responsable de sua actos incluso ante supuestos de una actuación dolosa o de culpa inexcusable.
11. De otro lado, debe tenerse en cuenta que el presente contrato el marco normativo de este contrato esta dado por el propio contrato, el Manual de Compras, las disposiciones que dicte de PNAEQW y supletoriamente el Código Civil. En este sentido cabe preguntarse ¿cómo debe entenderse la supletoriedad de las disposiciones del Código Civil? y, ¿si esa supletoriedad puede significar que el Contrato o el Manual de Compras tienen la capacidad de establecer aspectos que resulten contrarios a las normas de orden público previstas en el Código Civil?

Este árbitro estima que el carácter supletorio de las disposiciones del Código Civil, lo es solo en tanto que no existan normas de orden público previstas en el mismo que no sean vulneradas por las disposiciones del Manual de Compras o por el propio Contrato, y obviamente en la medida que no exista otra norma legal (cuando menos con el mismo rango del

Código Civil que expresamente prevéa dicha situación de manera diferente).

12. Así las cosas, este árbitro advierte que el artículo 1328° del Código Civil consagra una disposición de orden público que proscribe toda cláusula que elimine o restrinja la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable. En efecto, dicha norma señala textualmente lo siguiente:

"Nulidad de pacto de exoneración y limitación de responsabilidad

Artículo 1328o.-

Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público."

Evidentemente cuando dicha disposición hace alusión al término "deudor", ello importa analizar en el caso concreto quién es el deudor de la prestación de la que se trate, pues en un contrato con prestaciones recíprocas, ambas partes son deudoras y acreedoras respecto de la prestación que se trate. Por ende, respecto de la consecuencia prevista en el 1155° (pago del íntegro de la contraprestación), el deudor termina siendo el Comité y el PNAEQW.

13. En el presente caso, al advertirse que el demandado ha declarado indebidamente la nulidad de un contrato sin tener amparo para ello, cuando esa misma parte es la que ha dictado las disposiciones que señalan que la relación contractual que celebró se regulaban por las disposiciones del Código Civil y sin que en sus normas especiales le hayan siquiera atribuido la competencia para poder declarar la nulidad de los contratos celebrados, todo lo cual finalmente ha conllevado a que resulte imposible el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte; denota a criterio de este árbitro, cuando menos, la existencia de culpa inexcusable.
14. Bajo estas consideraciones es que éste árbitro estima que corresponde reconocer al demandante los S/ 750,000.00 y no solo S/ 136,000.00 como lo ha estimado la mayoría, más un sí se tiene en consideración que la disposición contenida en el artículo 1155° del Código Civil impone al acreedor demandado la carga de la prueba, y no así a quien invoca su aplicación.
15. Por tanto este árbitro estima que la Tercera Pretensión Principal de la demanda debe declararse Fundada en parte, y en consecuencia **DECLARAR** resueltos el Contrato N° 002-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS,

el Contrato N° 003-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS, el Contrato N° 004-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS y el Contrato N° 005-2017-CC-ICA 1/PRODUCTOS, y, **ORDENARSE** que el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma pague a EGAMILK E.I.R.L. la suma total ascendente a S/ 1 228,374.67 (Un millón doscientos veinte ocho mil trescientos setenta y cuatro con 67/100 Soles).



SERGIO TAFUR SÁNCHEZ
Árbitro



TASA DE INTERÉS PROMEDIO DEL SISTEMA BANCARIO

Ingreso fecha: 27/11/2018

(dd/mm/aaaa)

Consultar

Exportar

Tasas Pasivas Anuales de las Operaciones en Moneda Nacional Realizadas en los Últimos 30 Días Útiles Por Tipo de Depósito al
27/11/2018

Moneda Nacional

Moneda Extranjera

Tasa Anual (%)	Depósitos de Ahorro	Depósitos a Plazo					Depósitos a Plazo	Depósitos CTS
		Hasta 30 días	31-90 días	91-180 días	181-360 días	Más de 360 días		
Continental	0.27	2.76	2.52	2.54	2.88	4.01	2.80	1.82
Comercio	1.45	1.00	1.68	1.81	3.23	5.40	2.73	8.31
Crédito	0.16	2.92	3.48	3.60	3.11	4.06	2.88	2.37
Pichincha	1.05	3.11	3.73	4.19	4.89	5.16	3.45	5.42
BIF	1.05	2.84	3.52	4.05	3.92	4.41	3.08	4.19
Scotiabank	2.64	2.73	2.44	3.68	3.37	4.01	2.81	1.92
Citibank	0.39	1.95	1.95	1.90	-	-	1.95	-
Interbank	0.82	2.76	2.94	3.68	3.96	2.35	2.79	3.01
Mibanco	0.37	3.21	3.62	3.85	3.72	4.64	3.29	5.91
GNB	3.35	3.17	3.67	4.07	5.04	5.92	3.55	4.25
Falabella	2.50	2.87	3.39	3.45	3.99	4.32	2.93	5.12
Santander	0.50	2.83	3.58	3.81	4.05	4.19	3.06	-
Ripley	0.75	2.65	2.47	3.11	4.42	5.23	3.52	6.61
Azteca	1.00	1.80	2.50	3.25	3.85	4.15	3.39	-
Cencosud	-	3.47	3.36	4.38	5.31	5.81	5.36	6.50
ICBC	-	3.08	3.36	-	-	-	3.19	-
Promedio	0.36	2.87	3.31	3.68	3.55	4.05	2.96	2.88

Tasa Anual (%)	Depósitos a Plazo para Personas Naturales					Depósitos a Plazo para Personas Jurídicas				
	Hasta 30 días	31-90 días	91-180 días	181-360 días	Más de 360 días	Hasta 30 días	31-90 días	91-180 días	181-360 días	Más de 360 días
Continental	2.00	1.03	2.03	2.43	2.40	2.76	2.80	3.05	3.46	4.29
Comercio	0.75	1.46	3.11	3.59	5.40	1.00	1.58	1.75	2.00	-
Crédito	2.84	2.97	3.09	3.11	3.78	2.92	3.51	3.87	3.19	4.14
Pichincha	3.75	3.75	4.75	5.27	5.82	3.11	3.73	4.09	4.41	4.36
BIF	1.47	2.61	2.84	3.36	4.95	2.84	3.54	4.06	3.98	4.34
Scotiabank	1.32	1.82	2.72	3.01	3.25	2.74	2.47	3.81	3.72	4.23
Citibank	-	-	-	-	-	1.95	1.95	1.90	-	-
Interbank	-	0.83	1.33	1.27	2.17	2.76	3.41	3.91	4.12	4.23
Mibanco	1.79	2.15	2.80	3.13	4.74	3.21	3.73	4.03	4.18	4.33
GNB	-	-	2.50	6.04	6.12	3.17	3.57	4.07	-	4.19
Falabella	-	-	3.31	4.00	4.32	2.87	3.57	3.75	3.75	-
Santander	-	2.91	-	-	-	2.83	3.58	3.81	4.05	4.19
Ripley	-	-	-	-	-	-	-	2.85	-	-
Azteca	2.85	2.47	3.12	4.42	5.23	-	-	-	-	-
Cencosud	1.80	2.50	3.25	3.85	4.15	-	-	-	-	-
ICBC	3.47	3.36	4.38	5.31	5.81	-	-	-	-	-
Promedio	2.30	2.26	2.63	3.30	3.72	2.88	3.35	3.86	3.84	4.24

Nota: Cuadro elaborado sobre la base de la información remitida diariamente por las Empresas Bancarias a través del Reporte N° 6. Las tasas de interés tienen carácter referencial.