

Lima, 5 de noviembre de 2018

Señores
**PROCURADURÍA PÚBLICA DEL
MINISTERIO DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL
MIDIS**
Avenida Nicolás de Piérola N° 826
Cercado de Lima. -

**Referencia: Arbitraje SERCONSFA DORAL – COMITÉ DE
COMPRA CALLAO 1 (Exp. N° 629-33-15)**

De mi consideración:

Tengo a bien dirigirme a ustedes a fin de remitirles un original de la Resolución N° 34 de fecha 26 de octubre de 2018, a fojas 45, la cual contiene el laudo arbitral emitido por los árbitros Pierina Mariela Guerinoni Romero, Fabiola Paulet Monteagudo y Luis Álvaro Zúñiga León en el proceso seguido entre el Consorcio Serconsfa S.A.C y Doral INN E.I.R.L. y el Comité de Compra Callao 1.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIONES DE CONFLICTOS
ANDREA PIZARRO MORINA
Gestora Arbitral

Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social


1260951
REGISTRO N° 00076557-2018
REGISTRADOR: ecazoria
FECHA: 05/11/2018 15:57:35
PP
Folios : 46

Resolución N° 34

Lima, 26 de octubre de 2018

I. ANTECEDENTES

1. Del Contrato y de las Partes Intervinientes en el Arbitraje

1.1. El 17 de febrero de 2014 el Consorcio Serconsfa S.A.C. y Doral Inn E.I.R.L. (en adelante el Consorcio, el Proveedor o el demandante) y el Comité de Compra Callao 1 (en adelante el Comité o el demandado) suscribieron los siguientes Contratos (en adelante los Contratos):

- i. Contrato N° 001-2014-CC-CALLAO 1/RAC (en adelante Contrato 001), cuyo objeto fue la provisión del servicio alimentario de raciones para usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma de los niveles inicial y primaria del Ítem Ventanilla 1 por un monto contractual ascendente a la suma de S/. 1 083 078,00.
- ii. Contrato N° 002-2014-CC-CALLAO 1/RAC (en adelante Contrato 002) cuyo objeto fue la provisión del servicio alimentario en la modalidad raciones para usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma de los niveles inicial y primaria del Ítem Ventanilla 3 por un monto contractual ascendente a la suma de S/. 818 976,60.
- iii. Contrato N° 003-2014-CC-CALLAO 1/RAC (en adelante el Contrato 003) cuyo objeto fue la provisión del servicio alimentario en la modalidad raciones para usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma de los niveles inicial y primaria del Ítem Ventanilla 4 por un monto contractual ascendente a la suma de S/. 1 533 199,86.
- iv. Contrato N° 004-2014-CC-CALLAO 1/RAC (en adelante el Contrato 004) cuyo objeto fue la provisión del servicio alimentario en la modalidad raciones para usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma de los niveles inicial y primaria del Ítem Ventanilla 5 por un monto contractual ascendente a la suma de S/. 1 154 686,14.
- v. Contrato N° 005-2014-CC-CALLAO 1/RAC (en adelante el Contrato 005) cuyo objeto fue la provisión del servicio alimentario en la modalidad raciones para usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma de los niveles inicial y primaria

del Ítem Ventanilla 6 por un monto contractual ascendente a la suma de S/. 711 360,72.

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

En la cláusula vigésima primera 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 PNAEQW) en la resolución mediante arbitraje de todo litigio y controversia derivado o resultante de los Contratos. ⁽¹⁾

3. Existencia del Convenio Arbitral

El convenio arbitral se encuentra contenido en el numeral 20.1 de la cláusula “Solución de Controversias” contenida en la cláusula vigésima de los Contratos que habilita al arbitraje como medio de solución de controversias.

4. Designación del Tribunal Arbitral

El Consorcio designó como árbitro al abogado Carlos Puerta Chu, mientras que el Comité designó como árbitro al abogado Antonio Llanos Cárdenas. La abogada Pierina Mariela Guerinoni Romero fue designada residualmente por el Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

5. Secretaría Arbitral

La abogada Pierina Mariela Guerinoni Romero, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, encargó al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP, en adelante el Centro, la secretaría arbitral *ad hoc* para la organización, administración y desarrollo del presente arbitraje, lo cual fue aceptado por las partes.

(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.”

6. Instalación del Tribunal Arbitral

El 27 de febrero de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, actuación que contó con la presencia de las partes y de Qali Warma a través de la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – MIDIS -, estableciéndose las reglas del proceso.

7. Normativa aplicable

De conformidad con lo establecido en la cláusula décimo novena de los Contratos, el fondo del asunto se resolverá aplicando el Manual de Compras aprobado por Qali Warma ⁽²⁾. 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 del Tribunal Arbitral de fecha 27 de febrero de 2015 y, supletoriamente por la Ley de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071.

8. Etapa Postulatoria

- 8.1. Conforme al Acta de la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 27 de febrero de 2015, se otorgó al Consorcio el plazo de quince (15) días hábiles a fin de que presente su escrito de demanda.
- 8.2. El 20 de marzo de 2015, esto es dentro del plazo otorgado, el Consorcio cumplió con presentar su demanda arbitral.
- 8.3. Las pretensiones postuladas por el Consorcio en su demanda arbitral son:

Primera Pretensión Principal

Se declare la ineficacia y/o invalidez de la imposición de las penalidades económicas por un monto de s/. 982,295.32 nuevos soles, indebidamente impuestas al consorcio SERCONSFA S.A.C. y Servicios Generales DORAL INN E.I.R.L., y que se encuentran contenidas en la Carta 279-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA, Carta 053-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA, Carta 054-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA y Carta 055-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA, por el supuesto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato N° 001-2014-CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014-CALLAO 1/RAC, Contrato N° 003-

(2) Manual de Compras del Modelo de Cogestión para la Atención del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, aprobado por la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 2031-2013-MIDIS/PNAEQW modificado por la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 1031-2014-MIDIS/PNAEQW. Fue presentado por Qali Warma, ante la solicitud del Tribunal Arbitral en la Audiencia de Informes Orales realizada el 27 de febrero de 2018, mediante escrito presentado el 6 de marzo de 2018.

2014-CALLAO 1/RAC, Contrato N° 004-2014-CALLAO 1/RAC y Contrato N° 005-2014-CALLAO 1 /RAC referidas a la provisión del servicio de raciones a favor de los usuarios de los niveles inicial y primaria de los Ítems Ventanilla 1, Ventanilla 3, Ventanilla 4, Ventanilla 5 y Ventanilla 6 del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

Primera Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal

Se ordene el reintegro y/o devolución por parte del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1 a favor del Consorcio SERCONSFA S.A.C. y Servicios Generales DORAL INN E.I.R.L. del monto de S/. 982,295.32 Nuevos Soles, como consecuencia del amparo de la primera pretensión principal.

Segunda Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal

Se ordene el pago de intereses legales que el monto de S/. 982,295.32 nuevos soles, hubiese generado desde la fecha en que debió realizarse el pago al Consorcio SERCONSFA S.A.C. y Servicios Generales DORAL INN E.I.R.L., hasta la fecha de cancelación efectiva, que el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o el Comité de Compra Callao 1, deberán asumir como consecuencia del amparo de la primera pretensión principal.

Segunda Pretensión Principal

Se declare la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución del Contrato N° 001-2014-CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 003-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 004-2014- CALLAO 1 /RAC y Contrato N° 005-2014- CALLAO 1 /RAC contenida en la Carta 089-2014-CC-Callao-1 fechada el 02 de diciembre del 2014, pero recepcionada por nuestra parte el día 03 del mismo mes y año.

Primera Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal

Se establezca que como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución del Contrato N° 001-2014-CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 003-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 004-2014- CALLAO 1 /RAC y Contrato N° 005-2014- CALLAO 1 /RAC, los mismos han recobrado plena vigencia, debiendo reiniciarse su ejecución hasta su total conclusión con la entrega de la conformidad respectiva, debiendo precisarse que el reinicio del plazo de la ejecución de cada uno de los contratos antes señalados, deberá computarse a partir del día siguiente de emitida la comunicación efectuada por el Comité de Compra Callao 1 en la que procede a la resolución de cada uno de los contratos.

Segunda Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal

Se establezca que como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución del Contrato N° 001-2014-CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 003-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 004-2014- CALLAO 1 /RAC y Contrato N° 005-2014- CALLAO 1 /RAC, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1 se encuentran obligados a indemnizar por concepto de lucro cesante al Consorcio SERCONSFA S.A.C. y Servicios Generales DORAL INN

E.I.R.L., por la parte de cada uno de los contratos que no pudo concluir su ejecución, como consecuencia de la resolución unilateral y arbitraria de los mismos, y cuyo monto asciende a S/. 414,527.10 Nuevos Soles.

Tercera Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal

Se establezca que como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución del Contrato N° 001-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 003-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 004-2014- CALLAO 1 /RAC y Contrato N° 005-2014- CALLAO 1 /RAC, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1, se encuentran obligados a asumir a favor del Consorcio SERCONSFA S.A.C. y Servicios Generales DORAL INN E.I.R.L., el pago de los intereses legales correspondientes a la suma que se detalla en la segunda pretensión accesoria a la segunda pretensión principal (es decir, respecto de la indemnización), los mismos que deberán ser liquidados al momento de la expedición del laudo arbitral o en la etapa de ejecución arbitral.

Cuarta Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal

Se establezca que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución del Contrato N° 001-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 003-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 004-2014- CALLAO 1 /RAC y Contrato N° 005-2014- CALLAO 1 /RAC, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1, deberán asumir a favor del Consorcio SERCONSFA S.A.C. y Servicios Generales DORAL INN E.I.R.L., el pago de los costos financieros por el mantenimiento de la carta fianza de garantía de fiel cumplimiento ocasionados durante todo el lapso de tiempo que tome la sustanciación del presente procedimiento arbitral.

Quinta Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal

Se establezca que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución del Contrato N° 001-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 003-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 004-2014- CALLAO 1 /RAC y Contrato N° 005-2014- CALLAO 1 /RAC, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1, deberán asumir a favor del Consorcio SERCONSFA S.A.C. y Servicios Generales DORAL INN E.I.R.L., el pago de los intereses legales de los costos financieros por el mantenimiento de la carta fianza de garantía de fiel cumplimiento ocasionados durante todo el lapso de tiempo que tome la sustanciación del presente procedimiento arbitral.

Tercera Pretensión Principal

Se ordene que el pago de los gastos arbitrales que genere el presente procedimiento arbitral, tales como honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, gastos administrativos del centro de arbitraje y los honorarios de la defensa legal, sean asumidos por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1.

8.4. Mediante Resolución N° 1, el Colegiado admite la demanda, disponiendo se corra traslado a la parte demandada por el plazo de quince (15) días hábiles a fin de que la conteste.

8.5. Dentro del plazo otorgado, Qali Warma contesta la demanda la cual es admitida por el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 3.

9. **Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos**

9.1. Mediante Resolución N° 4 se citó a las partes a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, actuación que se realizó el día 19 de junio de 2015 con la presencia de ambas partes.

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

i. **Sobre la Primera Pretensión Principal**

Se solicita al Tribunal Arbitral +, que declare la ineficacia y/o invalidez de la imposición de penalidades económicas por el monto de S/. 982,295.32, contenidas en la Carta 279-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA, Carta 053-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA, Carta 054-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA y Carta 055-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA, por el supuesto incumplimiento de las obligaciones contenidas en los contratos materia de arbitraje.

i.i. **Primera Pretensión Accesoría**

Se ordene el reintegro y/o devolución por parte del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1 a favor del Consorcio SERCONSFA S.A.C. y Servicios Generales DORAL INN E.I.R.L. del monto de S/. 982,295.32 Nuevos Soles.

i.ii. **Segunda Pretensión Accesoría**

Se ordene el pago de intereses legales que el monto de S/. 982,295.32 nuevos soles, hubiese generado desde la fecha en que debió realizarse el pago al Consorcio SERCONSFA S.A.C.

ii. **Sobre la Segunda Pretensión Principal**

Se declare la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución del Contrato N° 001-2014-CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014-CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 003-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 004-2014- CALLAO 1 /RAC y Contrato N° 005-2014- CALLAO 1 /RAC.

ii.i. **Primera Pretensión Accesoría**

Se establezca que como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución de los contratos indicados en la segunda pretensión principal, estos recobren plena vigencia, debiendo reiniciarse su ejecución hasta su total conclusión con la entrega de la conformidad respectiva, debiendo precisarse que el reinicio del plazo de la ejecución de cada uno de

los contratos antes señalados, deberá computarse a partir del día siguiente de emitida la comunicación efectuada por el Comité de Compra Callao 1 en la que procede a la resolución de cada uno de los contratos.

ii.ii. Segunda Pretensión Accesorias

Se establezca que como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución de los contratos indicados en la segunda pretensión principal, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1, se encuentran obligados a indemnizar por concepto de lucro cesante al Consorcio SERCONSFA S.A.C. ascendente a a S/. 414,527.10 Nuevos Soles.

ii.iii. Tercera Pretensión Accesorias

Se establezca que como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución de los contratos indicados en la segunda pretensión principal, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1, se encuentren obligados a asumir a favor del Consorcio SERCONSFA S.A.C. el pago de intereses legales correspondientes a la suma que se detalla en la segunda pretensión accesorias, los mismos que deberán ser liquidados al momento del laudo.

ii.iv. Cuarta Pretensión Accesorias

Se establezca que como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución de los contratos indicados en la segunda pretensión principal, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1, se encuentren obligados a asumir a favor del Consorcio SERCONSFA S.A.C. el pago de los costos financieros por el mantenimiento de la carta fianza de garantía de fiel cumplimiento ocasionado durante todo el lapso de tiempo que tome el proceso arbitral.

ii.v. Quinta Pretensión Accesorias

Se establezca que como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución de los contratos indicados en la segunda pretensión principal, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1, deban asumir a favor a favor del Consorcio SERCONSFA S.A.C. el pago de intereses legales de los costos financieros ocasionados durante todo el lapso de tiempo que tome el proceso arbitral.

iii. Sobre la Tercera Pretensión Principal

Se ordene que el pago de los gastos arbitrales que genere el presente procedimiento arbitral, tales como honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, gastos administrativos del centro de arbitraje y los

honorarios de la defensa legal, sean asumidos por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1.

- 9.3. Asimismo, en este acto se admitieron los medios probatorios ofrecidos tanto en la demanda arbitral como en la contestación de la demanda.
- 9.4. En ese mismo acto, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho a analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente con la finalidad 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. Por último, el Colegiado se reservó el derecho de solicitar medios probatorios de oficio en cualquier momento, de considerarlo necesario para el esclarecimiento de los hechos que originan la controversia, de conformidad con lo dispuesto en el acápite 35) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 27 de febrero de 2015.
- 9.6. En esta actuación, el Colegiado solicitó como prueba de oficio, que el Comité y Qali Warma, en el plazo de diez (10) días hábiles, computados desde el día siguiente de la realización de la audiencia, adjunten copia del Informe N° 000146-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLM-zbautista, referido en el Informe Técnico N° 010-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLM.
- 9.7. Mediante escrito de fecha 07 de julio de 2015, Qali Warma cumple con adjuntar el informe solicitado, teniéndose por presentado mediante la Resolución N° 6.

10. **Audiencia Especial**

Estando a la convocatoria realizada mediante Resolución N° 13, el 12 de enero de 2017 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos, acto que contó con la presencia de Qali Warma, dejándose constancia de la inasistencia del Consorcio a pesar de haber sido debidamente notificado tal como consta en los cargos de notificación que obran en el expediente arbitral.

11. **Cierre de Etapa Probatoria y Alegatos**

- 11.1. Mediante Resolución N° 20, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la etapa probatoria y otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días para que presenten sus alegatos.

11.2. El 24 de noviembre de 2017, tanto el Consorcio como Qali Warma cumplen con presentar su alegato y conclusiones finales respectivamente, los que se tuvieron por presentados mediante Resolución N° 29.

12. Audiencia de Informes Orales

12.1. Mediante Resolución N° 26, el Tribunal Arbitral convocó a audiencia de informes orales para el día 28 de noviembre de 2017, actuación que fue reprogramada mediante Resolución N° 29 para el día 22 de enero de 2018, y nuevamente reprogramada mediante Resolución N° 31 para el día 27 de febrero de 2018.

12.2. El 27 de febrero de 2018 se realizó la audiencia de informes orales, actuación que contó con la presencia de ambas partes, en la que tuvieron oportunidad de exponer sus posiciones y responder las preguntas que el Colegiado tuvo a bien formularles.

12.3. En el Acta de la Audiencia consta que fue grabada con consentimiento de ambas partes.

13. Plazo para Laudar

Mediante Resolución N° 32 se fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles, prorrogándose dicho plazo mediante Resolución N° 33 por un plazo similar. El plazo vence indefectiblemente el 07 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 "Solución de Controversias" de los Contratos.

- 1.2. El Tribunal Arbitral 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. El presente arbitraje es *ad hoc*, nacional y de Derecho.
- 1.4. 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.
- 1.5. 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 valoración 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.
- 1.6. 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.
- 1.7. En relación a las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, por aplicación del Principio de Comunidad o Adquisición de la Prueba, las pruebas ofrecidas y admitidas en el proceso pertenecen al presente arbitraje. En consecuencia, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.
- 1.8. Procede a laudar dentro del plazo establecido.

2. **Recusaciones y Designación de Árbitros Sustitutos**

- 2.1. El 02 de julio de 2015, Qali Warma formula recusación contra el árbitro Carlos Puerta Chu.
- 2.2. Luego de recibidos los descargos correspondientes del árbitro recusado Carlos Puerta Chu como la posición del Consorcio, mediante Resolución N° 9 del 23 de marzo de 2016, el Tribunal Arbitral en mayoría declaró fundada en parte la recusación.

- 2.3. El 05 de octubre de 2015 el Consorcio formula recusación contra el árbitro Antonio Llanos Cárdenas.
- 2.4. Luego de recibidos los descargos correspondientes del árbitro recusado Antonio Llanos Cárdenas como la posición de Qali Warma, con fecha 17 de noviembre de 2015 el árbitro Antonio Llanos Cárdenas presenta renuncia al encargo.
- 2.5. Con fecha 15 de diciembre de 2015, la abogada Fabiola Paulet Monteagudo, acepta la designación efectuada por el Comité en sustitución del abogado Antonio Llanos Cárdenas.
- 2.6. Con fecha 09 de mayo de 2016, el abogado Luis Álvaro Zúñiga León, acepta la designación efectuada por el Consorcio en sustitución del abogado Carlos Puerta Chu.
- 2.7. El 11 de mayo de 2016, el Consorcio formula recusación contra la árbitro Fabiola Paulet Monteagudo y contra la tercera árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral Pierina Mariela Guerinoni Romero.
- 2.8. Luego de recibidos los descargos correspondientes de las árbitros recusadas como la posición de Qali Warma, la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, mediante Resolución Administrativa N° 1 de fecha 30 de noviembre de 2016, declaró improcedentes e infundadas las recusaciones formuladas contra las árbitros Fabiola Paulet Monteagudo y Pierina Mariela Guerinoni Romero.

3. Posiciones de las Partes

Del Consorcio

- 3.1. Señala que con fecha 14 de enero del 2014, Qali Warma procedió a la convocatoria del proceso de compra destinado a la provisión de raciones, en que el Consorcio fue adjudicado con la Buena Pro.
- 3.2. Manifiesta que el 12 de febrero del 2014, suscribió con el Comité de Compras Callao 1 el Contrato N° 001-2014-CALLAO 1 /RAC, el Contrato N° 002-2014- CALLAO 1 /RAC, el Contrato N° 003-2014- CALLAO 1 /RAC, el Contrato N° 004-2014- CALLAO 1 /RAC y el Contrato N° 005-2014- CALLAO 1 /RAC.
- 3.3. Afirma que durante la ejecución de los contratos, Qali Warma procedió a imponerle mediante Carta 039-2014-CC-CALLAO 1, Carta 040-2014-CC-CALLAO 1, Carta 041-2014-CC-CALLAO 1 y Carta 046-2014-CC-CALLAO 1

- 1, una serie de penalidades económicas como consecuencia de supuestos incumplimientos a sus obligaciones contenidas en los contratos.
- 3.4. Agrega que por carta fechada el 15 de agosto del 2014, recepcionada el día 18 del mismo mes y año, solicitó se proceda a dejar sin efecto las penalidades impuestas, no recibiendo respuesta alguna; asimismo solicitó una reunión con los funcionarios responsables de Qali Warma y del Comité de Compra Callao 1 para poder tomar conocimiento de la decisión recaída en las solicitudes de ineficacia de penalidades, reunión que se realizó el 19 de agosto del 2014, y en la cual, la única respuesta obtenida fue que: *“se remitiría nuestros pedidos a la Asesoría Legal del Programa, para que emita una opinión al respecto, luego de lo cual se tomaría una decisión.”*
- 3.5. Ante la falta de respuesta, procedió a efectuar un requerimiento notarial a efectos que, en un plazo perentorio de dos días hábiles, se declare la ineficacia o invalidez de las penalidades pedido que al igual que en los casos anteriores, no mereció siquiera respuesta alguna.
- 3.6. Indica que el monto total de las penalidades asciende s/. 982,295.32 Nuevos Soles, sanción que resulta totalmente carente de sustento factico y jurídico, y lo más importante, viola el propio procedimiento de aplicación de penalidades establecidos en el numeral 77, 78 y 79 del manual de compras de Qali Warma.
- 3.7. Manifiesta que con fecha 20 de noviembre de 2014, siendo aproximadamente las 18:50 horas el ingeniero Jesús Ángel Solís Trujillo Supervisor de Qali Warma, solicitó a su personal de vigilancia de su planta de bebidas ubicada en la Calle Las Flores Mz “F” lote 02 de la urbanización Shangrila en Puente Piedra, ingresar a la misma.
- 3.8. Señala que a pesar de no tener justificación alguna para ingresar a su planta de bebidas, y solo por una cuestión de cortesía, su vigilante dejó que el ingeniero Jesús Ángel Solís Trujillo ingresara a la misma, luego de lo cual, y sin presencia alguna del personal de la planta, o de otro servidor de Qali Warma, debido a que se trataba de horario de no producción como lo reconoce expresamente la Jefa de la Unidad Territorial de Lima Metropolitana y Callao de Qali Warma en el primer párrafo de su Carta 432-2014/MIDIS-PNAEQW/UTLM del 21 de noviembre del año en curso, comenzó a vociferar que un roedor (ratón) había ingresado desde la calle a su planta de bebidas, procediendo en dicho acto a levantar el acta respectiva, en la cual dispuso, por el solo mérito de su dicho y sin ninguna clase de medio probatorio que lo sustente, la suspensión de la producción como medida preventiva.
- 
- 
- 

- 3.9. Añade que la decisión de proceder a la suspensión de la producción como medida preventiva el día 21 de noviembre del 2014 constituyó un acto unilateral que careció de todo medio de prueba que lo sustente, como se desprende del texto del acta, el mismo que solo se explicaría, como dejó expresa constancia su jefe de calidad ingeniero Joel Caja Moreno, en el acta del primer turno de producción del día 21 de noviembre de 2014 a las 01:00 horas, en el hecho que el ingeniero Jesús Ángel Solís Trujillo tuvo que esperar a otro supervisor en un ambiente que no le correspondía, y que tenía que proceder a su desocupación, por el inicio de las actividades de higienización previas al iniciar del turno antes mencionado, lo que habría originado que este último, en represalia, por “la molestia” ocasionada, haya creado la historia del ingreso del ratón a la planta, pues nadie además de él, se percató del mismo.
- 3.10. Afirma que tan cierto es lo antes expuesto, que la “inspección y/o supervisión” del ingeniero Jesús Ángel Solís Trujillo, no contó con la presencia de algún profesional de calidad que confirme su versión, aunado al hecho de todas las deficiencias de la “inspección y/o supervisión” que fueron acotadas por el ingeniero Joel Caja Moreno en la antes citada acta.
- 3.11. Mediante Carta 432-2014/MIDIS-PNAEQW/UTLM del 21 de noviembre de 2014 la Jefa de la Unidad Territorial de Lima Metropolitana y Callao de Qali Warma le comunica que la suspensión de la producción como medida preventiva impuesta por el ingeniero Jesús Ángel Solís Trujillo por acta del 20 de noviembre de 2014 en su planta de producción se mantendrá vigente hasta la inspección a cargo de la autoridad sanitaria correspondiente.
- 3.12. Mediante escrito de fecha 21 de noviembre del 2014, solicitó a la mencionada funcionaria de Qali Warma, que le informe la fecha en la cual la autoridad sanitaria correspondiente realizaría la inspección que le permita continuar con la producción de raciones contratadas.
- 3.13. Agrega que conforme se aprecia del Acta de Inspección de fecha 21 de noviembre del 2014 a las 11:30 horas se constituyó en su planta de producción de bebidas personal de la DISA II Lima Sur, a efectos de realizar una inspección sanitaria, originada como consecuencia de los hechos acontecidos el día anterior, con el siguiente resultado: “ *J) Oficina Administrativa se hace nuevamente la búsqueda de indicios de roedor alrededor de la pared y piso en la zona en donde está puesto el horno micro ondas se aprecia aparentemente heces de roedor tiene la forma alargada y color oscuro...*”.
- 3.14. Por Carta 437-2014/MIDIS-PNAEQW/UTLM del 21 de noviembre del año 2014, notificada por correo electrónico del 22 de noviembre de 2014 a las 18:15:31 horas, la Jefa de la Unidad Territorial de Lima Metropolitana y Callao de Qali Warma le comunica que la suspensión de la producción

como medida preventiva impuesta por el ingeniero Jesús Ángel Solís Trujillo mediante acta del 20 de noviembre de 2014 en su planta de producción de bebibles se mantendría vigente hasta la emisión de los resultados de laboratorio de la DISA II Lima Sur.

- 3.15. Señala que por escrito del 01 de diciembre de 2014, y habiendo transcurrido 10 días desde la realización de la inspección efectuada por la Dirección Ejecutiva de Salud Ambiental sin tener conocimiento del resultado de la misma, lo que le ocasionó no solo daños y perjuicios económicos sino lo que es peor, privó a los beneficiarios del servicio de la entrega de raciones bebibles y solidas contratadas, requirió a la Jefa de la Unidad Territorial de Lima Metropolitana y Callao de Qali Warma, a efectos cumpla con poner en su conocimiento el resultado de la inspección efectuada por la Dirección Ejecutiva de Salud Ambiental en su planta de bebibles el 21 de noviembre del 2014 y/o el informe técnico respectivo, dado que desde la fecha antes señalada se vió perjudicado económicamente por la suspensión, lo que equivale a un incumplimiento contractual tanto del Comité de Compra, así como de Qali Warma.
- 3.16. Argumenta que en el numeral 79 del Manual de Compra y en la cláusula décimo segunda numeral 12.5 de los Contratos respectivamente, se señala expresamente: la definición de las actas de entrega, quién las recepciona y sobre todo quién las suscribe: el Comité de Alimentación Escolar – CAE, así como, los documentos que acreditan la conformidad de la entrega de las raciones distribuidas en las instituciones educativas públicas; para ratificar esta posición, el numeral 77 del Manual de Compras y el numeral 12.3 de la misma cláusula contractual, señalan que la conformidad de raciones será otorgada por el respectivo Comité de Alimentación Escolar (CAE) y de existir cualquier observación sobre el particular, se consignarán en el acta de entrega-recepción, indicando con claridad el sentido de ello.
- 3.17. Como consecuencia de lo expuesto, en opinión del Consorcio, queda claro que la conformidad de la prestación del servicio y el sustento para la aplicación de penalidades se debe realizar mediante las actas de entrega-recepción y en el caso de la supervisión de la prestación del servicio, las actas de supervisión de planta que suscriben los supervisores de Qali Warma y el personal responsable del proveedor, por lo tanto, ni el Manual de Compras ni los contratos suscritos, consideran otro documento que sustente aplicación de penalidades como los señalados en la Carta 039-2014-CC-CALLAO 1, Carta 040-2014-CC-CALLAO 1, Carta 041-2014-CC-CALLAO 1 y Carta 046-2014-CC-CALLAO 1 tales como, los oficios de instituciones educativas e informes de supervisores de planta, motivo por el cual, todos y cada uno de dichos oficios e informes carecen de cualquier sustento legal y administrativo; vulnerando con ello el principio de legalidad.
- 
- 
- 

- 3.18. Asimismo, señala que, con referencia a los oficios e informes de la referencia, ninguno ha sido puesto en su conocimiento, violando de esta manera su derecho de defensa y al debido procedimiento.
- 3.19. El Consorcio argumenta su pretensión sobre la base del principio de legalidad, que considera el principio más importante en todas las ramas del derecho, debido a la seguridad jurídica que proporciona y en el caso concreto de un determinado procedimiento administrativo, refiere que ante un procedimiento todas las autoridades administrativas (como por ejemplo: un Coordinador Administrativo y de Seguimiento de Contratos del Programa Qali Warma) deben trazar su actuación en el marco de la legalidad establecido en el ordenamiento jurídico, refiriéndose a los numerales 77 y 79 del Manual de Compras de Qali Warma.
- 3.20. En ese sentido, fundamenta que las autoridades administrativas, no deben actuar al margen de lo estipulado en las normas jurídicas vigentes, caso contrario, ese comportamiento acarrearía un acto administrativo ilegal y nulo, y en consecuencia, una vez cometidos estos actos de violación y transgresión al principio de legalidad, se activarían los órganos administrativos, judiciales y/o arbitrales correspondientes a fin que los derechos de los administrados previamente violados, se encuentren garantizados plenamente.
- 3.21. En este orden de ideas, alega que el principio de legalidad en el procedimiento administrativo actúa de manera preexistente y por ello, regula anteriormente a la actuación de la Administración Pública (por ejemplo: imposición de penalidades a un contratista, por supuestos incumplimientos contractuales por parte de un Coordinador Administrativo y de Seguimiento de Contratos del Programa Qali Warma) lo que legitima la actuación de esta, señalando que si la Administración Pública transgrede ese marco legal contraviniendo las leyes y normas (imposición de penalidades por supuestos incumplimientos contractuales como consecuencia de informes emitidos por los supervisores de planta y oficios emitidos por las instituciones educativas), resulta ser un procedimiento distinto al establecido en el numeral 77 y 79 del Manual de Compras de Qali Warma.
- 3.22. Por último, en cuanto a la imposición de penalidades, afirma que no existe en el Manual de Compras de Qali Warma, ni en ningún otra norma legal o administrativa interna del Programa Qali Warma (principio de legalidad) que autorice o faculte a ningún funcionario y/o servidor del Programa a imponer penalidades a los contratistas basándose única y exclusivamente en los informes expedidos por los supervisores, más aún si estos, contradicen los informes emitidos por los Comités de Alimentación Escolar (CAE) que son los únicos facultados por el numeral 77 y 79 del Manual de

Compras de Qali Warma, a dejar constancia y/o informes que sustentarán las penalidades a imponerse a los contratistas.

- 3.23. De otra parte, argumenta que mediante Carta N° 089-2014-CC-CALLAO-1 de fecha 02 de diciembre del 2014, pero recepcionada el día 03 del mismo mes y año el presidente del Comité de Compra Callao 1, le comunica que como consecuencia de los resultados de la inspección sanitaria realizada por la DISA II Lima Sur el pasado 21 de noviembre del 2014 se ha evidenciado de acuerdo a lo señalado en el Oficio 4800-2014-DSBHAZ-DESA-DG-DISA-II-L.S/MINSA el cual adjunta el Informe N° 1275-2014-DSBHAZ-DESA-DG-DISA-II-L.S/MINSA en el cual se presencia en el área de oficina de: *“Excreta de roedor de roedor corresponde a la especie mus musculus”*.
- 3.24. Como consecuencia de ello, se concluye la misiva en comentario de la siguiente manera: *“El hallazgo detectado en el establecimiento de preparación de raciones ubicado en Calle Las Flores Mz F lote 02-A Urb. Shangrila – Puente Piedra, presencia de heces de roedor de la especie MUS MUSCULUS (SIC) incurren en la causal de resolución contractual detallada en el numeral 16.5 de la cláusula decima sexta del contrato que se detalla: “Si como resultado de las acciones dispuestas por Qali Warma o, a través de informes emitidos por terceros acreditados o autorizados para dicho fin, las condiciones de los establecimientos de preparación de raciones de EL PROVEEDOR, no cumplen con los parámetros mínimos de idoneidad, en atención a la regulación especial que apruebe Qali Warma para dichos efectos. En este contexto, de acuerdo a las condiciones del contrato se invoca la cláusula resolutoria y se procede a RESOLVER los contratos señalados (05) de pleno derecho, reservándonos el derecho de exigir el pago de las penalidades y demás conceptos que correspondan.”*
- 3.25. Señala que, como ha quedado indubitablemente acreditado, la decisión del Comité de Compra Callao 1 de resolver el Contrato N° 001-2014-CALLAO 1 /RAC, el Contrato N° 002-2014-CALLAO 1/RAC, el Contrato N° 003-2014-CALLAO 1/RAC, el Contrato N° 004-2014-CALLAO 1/RAC y el Contrato N° 005-2014-CALLAO 1 /RAC se basa exclusivamente en el Informe N° 1275-2014-DSBHAZ-DESA-DG-DISA-II-L.S/MINSA el mismo que fue puesto en conocimiento de la Directora Ejecutiva del Programa Qali Warma, mediante el Oficio 4800-2014-DSBHAZ-DESA-DG-DISA-II-L.S/MINSA.
- 3.26. Alega el Consorcio que el Informe N° 1275-2014-DSBHAZ-DESA-DG-DISA-II-L.S/MINSA no concluye expresando que:
- i. Existe contaminación del área de producción o áreas conexas.
 - ii. Existe contaminación de las raciones bebibles.
 - iii. Existe peligro para la vida y/o la salud de los beneficiarios del programa que reciben las raciones bebibles.

- iv. Debe procederse a la cancelación o conclusión del servicio que se viene prestando.
 - v. Deba proceder a la clausura de su planta de producción de alimentos.
 - vi. Debe informarse la Procuraduría Pública del MINSA a efectos que proceda a la denuncia penal por la comisión de delito.
- 3.27. Por el contrario, el Informe N° 1275-2014-DSBHAZ-DESA-DG-DISA-II-L.S/MINSA concluye expresando que:
- i. Ha incumplido disposiciones de orden administrativo en materia sanitaria.
 - ii. Se ha evidenciado la presencia de muestras de excreta de roedor.
- 3.28. Manifiesta que en el punto 5.3 del Informe N° 1275-2014-DSBHAZ-DESA-DG-DISA-II-L.S/MINSA se recomienda lo siguiente: “ *...en cumplimiento al Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas aprobado por D.S 007-98-SA, art. 120 literal b) Suspensión temporal del ejercicio de actividades y comercio de alimentos y bebidas.*”
- 3.29. Como ha quedado evidenciado de las conclusiones y recomendaciones del propio Informe N° 1275-2014-DSBHAZ-DESA-DG-DISA-II-L.S/MINSA la DISA II Lima Sur, no ha considerado que exista contaminación del área de producción o áreas conexas, contaminación de las raciones bebibles, peligro para la vida y/o la salud de los beneficiarios del programa que reciben las raciones bebibles, y que por ende, deba procederse al cierre temporal o definitivo del establecimiento, como lo establece el inciso d) del artículo 120 del Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas aprobado mediante D.S 007-98-SA, el mismo que a la letra dice: “*En aplicación de las normas sobre vigilancia de la calidad sanitaria e inocuidad de alimentos y bebidas de este reglamento, así como de las normas sanitarias y demás disposiciones obligatorias que de él emanen, se podrá disponer una o más de las siguientes medidas de seguridad sanitaria: d) Cierre temporal o definitivo de toda o parte de las instalaciones del establecimiento.*”
- 3.30. A pesar que la DISA II Lima Sur, solo formuló una recomendación administrativa: la suspensión temporal hasta que se levantaran las observaciones contenidas en su Informe N° 1275-2014-DSBHAZ-DESA-DG-DISA-II-L.S/MINSA, el Comité de Compra callao 1 decide proceder a la resolución del Contrato N° 001-2014-CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014-CALLAO 1/RAC, Contrato N° 003-2014-CALLAO 1/RAC, Contrato N° 004-2014-CALLAO 1/RAC y Contrato N° 005-2014-CALLAO 1 /RAC.

- 3.31. De lo antes expuesto, se tiene que, la resolución del Contrato N° 001-2014-CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014-CALLAO 1/RAC, Contrato N° 003-2014-CALLAO 1/RAC, Contrato N° 004-2014-CALLAO 1/RAC y Contrato N° 005-2014-CALLAO 1 /RAC, carece del informe técnico que fundamente tal decisión, de conformidad con lo que establece el numeral 86 del Manual de Compra de Qali Warma, el mismo que a la letra dice: *“para proceder con la resolución de un contrato, la unidad territorial debe haber emitido previamente el informe técnico que sustente los fundamentos de dicha decisión.”*
- 3.32. El Comité de Compra Callao 1 o Qali Warma podrían alegar que el Informe Técnico que sustenta la resolución contractual es el Informe N° 1275-2014-DSBHAZ-DESA-DG-DISA-II-L.S/MINSA, sin embargo en dicho Informe no se establece que debe procederse con la resolución de los Contratos, independientemente de lo que se acreditara con el medio probatorio 29 y medio probatorio 30 de la presente demanda.
- 3.33. A mayor abundamiento, solicita que se tenga en consideración que:
- i. Las excretas de roedor fueron halladas en una segunda revisión realizada en el área de oficina el día 21 de noviembre del 2014.
 - ii. El área de oficina fue la única área que fue inspeccionada el día 21 de noviembre del 2014.
 - iii. En el área de producción de alimentos no se encontró no solo excretas de roedor, sino ningún otro elemento contaminante que pudiera poner en peligro la salud y/o la vida de los beneficiarios de las raciones bebibles entregadas o por entregar.
 - iv. El día de evidenciado el hallazgo de las excretas de roedor, ni los días anteriores al mismo, ninguno de los beneficiarios de las raciones bebibles entregadas sufrió padecimiento estomacal alguno o similar que pudiera evidenciar alguna clase de contaminación.
- 3.34. Por último, el Consorcio señala que la decisión adoptada viola los principios generales del derecho de razonabilidad y proporcionalidad, debido a que es totalmente arbitrario e injusto que un informe técnico concluya por la suspensión de un servicio, y la decisión jurídica que se sustenta en el mismo, determine excesivamente que se debe proceder a la resolución contractual.

De Qali Warma

- 3.35. En relación a la primera pretensión principal de la demanda, Qali Warma sostiene que corresponde analizar las obligaciones del proveedor, contenidas en la cláusula octava del contrato: *“(…) (8.2) EL PROVEEDOR se obliga a entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o*

productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.”

3.36. Asimismo, señala que el numeral 87 del Manual de Compras, establece: *“En caso el contratista incurra en causales de incumplimiento al contrato, se aplicará la sanción económica establecida en calidad de penalidad; conforme el contrato y las bases integradas del proceso de compra, sin perjuicio de la potestad resolutoria del Comité de Compra.”*

3.37. Agrega que el numeral 97 del Manual de Compras dispone: *“Constituyen causales de incumplimiento, que dan lugar a la imposición de penalidades los siguientes supuestos:*

a) Retrasos en plazo de entrega de raciones o productos.

b) Incumplimiento de condiciones ofrecidas.

c) Incumplimiento de entregas.

(...)”

3.38. Argumenta Qali Warma que, la obligación jurídica, en Derecho, es el vínculo jurídico mediante el cual dos partes (acreedora y deudora) quedan ligadas, debiendo la parte deudora cumplir con una prestación objeto de la obligación. Dicha prestación puede consistir en dar, hacer o no hacer.

3.39. Continúa señalando que la obligación crea un lazo, una liga-vinculum-, que presupone por lo menos dos sujetos: uno activo y otro pasivo; el primero creditor sujeta en cierta forma al segundo deudor para que le preste la conducta debida. El vínculo que es un lazo de Derecho permite al acreedor usar los medios coactivos para que el deudor preste el comportamiento debido. El objeto de la obligación, consistía en la conducta que el deudor debía observar en provecho del acreedor; así, un dare, facere o praestare.

3.40. Prosigue señalando que la obligación comprende dos elementos el debitum: “Schuld” de los alemanes, es decir, el deber de prestar cierta conducta y la responsabilidad: “Haftung” que otorga al acreedor un medio de ejecución; sin embargo, tales elementos no siempre se conjugaron, pues el debitum en un principio no fue estrictamente jurídico ya que frente al deudor remiso, el acreedor no podía lograr la ejecución forzada de la prestación misma, porque la obligación en su origen no llevaba aparejada responsabilidad, pues para que ésta naciera era necesario que el acto que originara a la obligación (así, a la promesa contractual) se añadiera otro nuevo que fundamentara la responsabilidad para el caso de incumplimiento. Es hasta el momento en que el debitum y la responsabilidad están unidos en un mismo negocio cuando se puede hablar de obligación tal como en la actualidad se conoce.

3.41. En definición se debe entender a las obligaciones como la cosa que se debe hacer, normalmente, cuando el deudor cumple con sus obligaciones,

éstas se extinguen; pero si el deudor incumple alguna obligación corresponde ser reclamadas por el acreedor e imponer las penalidades pactadas contractualmente, conforme se ha establecido en el contrato de controversia; lo que comúnmente se conoce como clausula penal.

- 3.42. En tal sentido, señala Qali Warma, queda claro de manera expresa lo que acordaron las partes contratantes, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, debiendo cumplirse entre ellas como si fuera una ley, y en caso de incumplimiento la parte perjudicada pueda imponer penalidades si se hubiese pactado; lo que sucede en el contrato materia de controversia.
- 3.43. Asimismo, argumenta que corresponde aplicar supletoriamente el artículo 1361° del Código Civil peruano que establece: *“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”*, norma en la que se encuentra positivizado el principio de la obligatoriedad del contrato o pacta sunt servanda; por lo tanto, los pactos (obligaciones) deben cumplirse entre las partes.
- 3.44. Afirma que en la cláusula segunda de los contratos materia de controversia, se hace referencia a las Fichas Técnicas de producción de recetas las cuales el proveedor no ha cumplido relacionadas a la cantidad y calidad; por ello se comunicó el detalle de los incumplimientos con las cartas N° 40, 41 y 46-2014-CC CALLAO de fecha 08/08/15, quedando acreditado los incumplimientos del proveedor por lo que corresponde la aplicación de la penalidades, perjudicándose gravemente a los beneficiarios del Programa Qali Warma.
- 3.45. De ahí que con las cartas N° 40, 41 y 46-2014-CC CALLAO, de fecha 08 de agosto de 2015, también se acredita que el proveedor tenía perfecto conocimiento desde mucho antes de ser notificado de sus incumplimientos, pues los supuestos de hecho que motivan la aplicación de las penalidades ocurrieron por inexecución de las prestaciones a su cargo, las cuales son evidentemente de su conocimiento, pues no podría afirmar que no sabe cuándo no cumplió con la entrega de raciones a las Instituciones Educativas beneficiadas o cuándo entregó raciones de menos o cuándo no cumplió con las características ofrecidas estipuladas en el contrato a las cuales se obligó realizar.
- 3.46. En ese sentido, a quien le corresponde la carga de probar de que efectivamente no se incurrió en las penalidades con las cartas N° 40, 41 y 46-2014-CC CALLAO de fecha 08 de agosto de 2015, no es a Qali Warma sino única y exclusivamente el proveedor quien, como se desprende de la demanda, no ha cumplido con adjuntar medio probatorio alguno que permita desvirtuar la aplicación de penalidades realizadas y debidamente notificadas, todo lo cual tiene como base legal el artículo N° 1329° del

Código Civil, que señala: “Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.”

- 3.47. Por ende, señala que existe presunción de culpa leve de la parte demandante, bajo prueba en contrario; presunción que ser destruida [sic] por la parte demandante. En consecuencia, la carga de probar que sí se cumplió con las obligaciones contractuales (no debiendo haber generado penalidades) es la parte demandante.
- 3.48. Añade que si la carga de probar de que efectivamente no se incurrió en las penalidades notificadas le corresponde a la parte demandante; en caso, la parte demandante no demuestre lo contrario, se presumirá que la inejecución de las obligaciones le corresponde al deudor (parte demandante); y no a Qali Warma.
- 3.49. En relación a la primera y segunda pretensiones accesorias a la primera pretensión principal de la demanda, señala la Entidad que, debido a la accesoriedad de las pretensiones, se remite a los argumentos fácticos y legales desarrollados en la contestación de la primera pretensión principal.
- 3.50. Respecto a la segunda pretensión principal de la demanda, Qali Warma alega que el 20 de noviembre de 2014, el Ingeniero Jesús Ángel Solís Trujillo, supervisor de planta del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, se encontraba en la oficina administrativa de la planta de bebidas del proveedor advirtiendo el ingreso de un roedor (lo cual se acredita con el acta de supervisión de la misma fecha, por lo que como medida preventiva se procedió a la suspensión de la producción y distribución de las raciones para el siguiente día; dando aviso a la autoridad sanitaria y a la UT Lima Metropolitana del PNAEQW.
- 3.51. Señala que la cláusula décima tercera dispone claramente lo siguiente:

“13.1 (...) Qali Warma se encuentra facultado para, directamente o a través de terceros contratados para tal fin, desarrollar acciones de supervisión en los establecimientos de preparación de raciones (...).”

13.2 Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengan las condiciones higiénicas sanitarias (...)

13.3 La facultad de supervisión de Qali Warma comprende la realización de muestreos e inspecciones inopinadas en cualquier etapa de la cadena de abastecimiento. A tal efecto, Qali Warma podrá coordinar con las entidades públicas o privadas competentes en materia de salud y nutrición, con la finalidad de coadyuvar a la realización de las evaluaciones que correspondan.

13.4 Si como resultado de las acciones de supervisión, se detectaran situaciones que resulten susceptibles de poner en riesgo la salud de los usuarios, en atención a los lineamientos técnicos aprobados por la Unidad de Supervisión y Monitoreo, Qali Warma podrá suspender temporalmente la producción de las raciones y/o suspender la distribución de las raciones, sin perjuicio de la aplicación de penalidades y/o resolución del contrato de pleno derecho, conforme a lo establecido en el Manual de Compra.”

3.52. Afirma que de la cláusula mencionada se puede concluir:

- i. Que Qali Warma tiene legitimidad para realizar supervisiones inopinadas (en cualquier momento) a través de sus supervisores.
- ii. Las supervisiones buscan verificar las condiciones higiénicas sanitarias, pudiendo coordinar con otras instituciones competentes en materia de salud y nutrición.
- iii. Que, si el supervisor detectara situaciones que resulten susceptibles de poner en riesgo la salud de los usuarios, tal como sucedió en el presente caso al encontrarse la presencia de un roedor en la zona de producción de bebibles; por lo que, dentro de sus facultades se procedió a suspenderse la producción y distribución de las raciones para el siguiente día.
- iv. Existiendo la potestad de resolver el contrato de pleno derecho.

3.53. Manifiesta que con fecha 21 de noviembre de 2014, la autoridad sanitaria DISA II LIMA SUR, se apersona al establecimiento sito en Calle Las Flores Mz. F, Lote 02 A – Urbanización Shangrila – Puente Piedra, para realizar la inspección a la planta; evidenciando en las instalaciones de la Oficina Administrativa heces de roedor; por lo que se toman muestras que son llevadas al laboratorio de dicha entidad para su evaluación respectiva.

3.54. Asimismo, que mediante Oficio N° 4800-2014-DSBHAZ-DESA-DG-DISA-II-L.S./MINSa la Dirección General de la DISA IV Lima Este, hace de conocimiento los resultados de identificación de las muestras tomadas al proveedor, señalando que se ha realizado la inspección sanitaria, evidenciando heces de roedor en el área de oficina, cuya “Excreta de roedor corresponde a la especie *mus musculus*”.

3.55. El hallazgo detectado en el establecimiento de preparación de raciones, ratifica que en las instalaciones del proveedor no existían las condiciones sanitarias para la elaboración de raciones, al concluirse que existen roedores por ello la presencia de heces de roedor de la especie *mus musculus*, incurriendo en la causal de resolución contractual detallada en el numeral 16.5 de la cláusula décimo sexta del contrato:

“Si como resultado de las acciones de supervisión dispuestas por Qali Warma o, a través de informes emitidos por terceros acreditados o autorizados para dicho fin, las condiciones de los establecimientos de preparación de raciones del PROVEEDOR, no cumplen con los parámetros mínimos de idoneidad, (...)

(...)

En cualquiera de estos supuestos la resolución se producirá automáticamente cuando el comité comunique a el proveedor que ha decidido valerse de la causal resolutoria correspondiente.

Para proceder con la resolución de un contrato, la unidad territorial debe haber emitido previamente el informe técnico que sustente los fundamentos de dicha decisión. (...)”

- 3.56. Manifiesta que el marco legal de los contratos materia de controversia, establece en la cláusula décima novena, que: *“El presente contrato se rige por el Manual de Compras aprobado por QALI WARMA (ANEXO 1-C). Las partes acuerdan que en defecto o vacío de las reglas o normativas anteriores, se podrá aplicar supletoriamente las disposiciones que establezca QALI WARMA para su regulación especial y, supletoriamente las disposiciones del Código Civil.”*
- 3.57. Añade que conforme se aprecia en las cláusulas citadas, el Comité de Compra Callao 1, al resolver el contrato materia de controversia, se ha valido de una cláusula resolutoria de pleno derecho, pactada voluntariamente por las partes, correspondiendo recordar lo regulado en el artículo 1430° del Código Civil.
- 3.58. Precisa que en el supuesto de una cláusula resolutoria expresa -como ocurre en el presente caso-, no tiene como eje ni base el interés en mantener la relación jurídica creada ante el incumplimiento contractual, sino, por el contrario, se fundamenta en la situación de desinterés del acreedor en continuar dentro de ella en caso su deudor incumpla prestaciones específicas, por lo que esta cláusula gira en torno a la resolución automática (una vez comunicada al deudor) en cuanto ocurra el incumplimiento establecido por las partes en pacto expreso y en base a la autonomía privada de la voluntad de las partes.
- 3.59. De esta forma, por convenio expreso de las partes, (el artículo 1430° del Código Civil es norma de aplicación supletoria, que faculta a que las partes acuerden de manera expresa sobre una situación concreta dotando de una solución práctica y eficiente a casos de incumplimientos específicos que de producirse eliminen el interés del acreedor en continuar con la relación

y lo liberen de ella; por ello la cláusula contractual ha de pactarse de manera específica y clara) y cuyo sustento es el interés del acreedor quien ante el incumplimiento del deudor no desea ya conservar la relación ni quiere la prestación, sino que prefiere separarse de la relación jurídica de manera definitiva.

3.60. Además, agrega, la cláusula décimo sexta de los contratos materia de controversia establecen dos condiciones para resolver el contrato:

- i. La primera: *en cualquiera de estos supuestos la resolución se producirá automáticamente cuando el Comité comunique a el proveedor que ha decidido valerse de la causal resolutoria correspondiente.*

Por ello, con la Carta Notarial N° 89-2014-CC CALLAO 1 de fecha 02 de diciembre de 2014 el Comité comunica al proveedor la resolución de contrato por las causales mencionadas con anterioridad. (Cumpliéndose con la primera condición)

- ii. La segunda: *Para proceder con la resolución de un contrato, la unidad territorial debe haber emitido previamente el informe técnico que sustente los fundamentos de dicha decisión. (...)*

Lo cual se puede apreciar en el Informe Técnico N° 010-2014-MIDIS/PNAEQW/UTLM de la Jefa de la Unidad Territorial de Lima Metropolitana y Callao, (ANEXO 1-E) mediante el cual se concluye: *“El Comité de Compra Callao 1 deberá resolver de pleno derecho los contratos materia de controversia.”*

3.61. Sostiene Qali Warma que la resolución de los contratos de pleno derecho, se realizó sobre la base de lo dispuesto en los numerales 16.3 de los contratos materia de controversia; correspondiendo aplicar supletoriamente el artículo 1361° (obligatoriedad del contrato) del Código Civil peruano 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”.*

3.62. En tal sentido, afirma que lo mencionado por el proveedor en su demanda: *“(…) Que, esta decisión de resolver el contrato es arbitraria, e irregular al no cumplirse fielmente los procedimientos establecidos por el Código Civil, en lo referente al procedimiento de resolución de contrato”,* es absolutamente falso.

3.63. El Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, tiene como finalidad brindar un servicio alimentario de calidad a niños y niñas del nivel

inicial (a partir de los 3 años de edad) y primario de las instituciones educativas públicas en todo el territorio nacional, por lo que, es de vital importancia garantizar la salubridad de los productos que se distribuyan a los beneficiarios del Programa, debiendo tener la calidad de aptos para el consumo humano; lo cual es imposible con la presencia heces de roedores en la planta de elaboración de raciones.

- 3.64. Qali Warma asevera que "peligro" es una situación que se caracteriza por la "viabilidad de ocurrencia de un incidente potencialmente dañino", es decir, un suceso apto para crear daño sobre bienes jurídicos protegidos. El peligro es "real" cuando existe aquí y ahora, y es "potencial" cuando el peligro ahora no existe, pero se sabe que puede existir a corto, medio, o largo plazo, dependiendo de la naturaleza de las causas que crean peligro.
- 3.65. Afirma la Entidad que con la presencia de heces de roedores en la planta de elaboración de raciones, se aumentan las posibilidades de peligro en contra de los beneficiarios del Programa, limitando la posibilidad que obtengan productos de calidad en condiciones necesarias para el consumo humano, siendo razones más que suficientes para resolver el contrato.
- 3.66. De ahí que, en todo momento, el Comité se haya valido de una cláusula resolutoria contractual expresa, regulada en el artículo 1430° del Código Civil, que es norma de aplicación supletoria, y faculta a que las partes acuerden de manera expresa sobre una situación concreta dotando de una solución práctica y eficiente a casos de incumplimientos específicos que de producirse, eliminen el interés del acreedor en continuar con la relación y lo liberen de ella; por ello, la cláusula contractual ha de pactarse de manera específica y clara (en el presente caso: no cumplir con los parámetros mínimos de idoneidad). El sustento de la cláusula resolutoria expresa es el interés del acreedor quien ante el incumplimiento del deudor no desea ya conservar la relación ni quiere la prestación, sino que prefiere separarse de la relación jurídica de manera definitiva.
- 3.67. De este modo, se tiene lo siguiente:
- i. **Premisa 1:** De acuerdo a la cláusula vigésimo sexta del contrato, si como resultado de las acciones dispuestas por Qali Warma o, a través de informes emitidos por terceros acreditados o autorizados para dicho fin, las condiciones de los establecimientos de preparación de raciones de la parte demandante, no cumplieran con los parámetros mínimos de idoneidad, en atención a la regulación especial que apruebe Qali Warma para dichos efectos; se produciría la resolución contractual de manera automática.
 - ii. **Premisa 2:** Se ha acreditado por la DISA II LIMA SUR, que los establecimientos de la parte demandante contenía heces de roedor con "excreta de roedor corresponde a la especie mus musculus"; lo cual evidentemente no cumple con los parámetros de inocuidad.

iii. **Consecuencia:** Es justificado técnica y legalmente resolver el contrato, al encontrar en la cláusula resolutoria contractual tipificada en el numeral 16.5 de la Cláusula Vigésimo Sexta del referido contrato.

- 3.68. Qali Warma aclara que la validez técnica – legal del informe de DISA II LIMA SUR no es materia de controversia en el presente arbitraje y en consecuencia surte todos sus efectos jurídicos. Es decir, la competencia de DISA II LIMA SUR, la calificación de su intervención, los alcances del mismo y los resultados del mismo no son materia de controversia.
- 3.69. Precisa que en el presente proceso arbitral, la relación contractual es entre la parte demandante y Qali Warma. La relación contractual no es entre DISA II LIMA SUR, la parte demandante y Qali Warma, siendo competencia del tribunal arbitral evaluar si se siguió o cumplió el procedimiento de resolución de contrato de acuerdo a lo pactado por las partes –términos contractuales-, más no lo resuelto por DISA II LIMA SUR.
- 3.70. Finalmente, considera importante resaltar el hecho que Qali Warma ha seguido en forma adecuada el debido procedimiento para la resolución del contrato celebrado entre las partes, por cuanto las partes contratantes, haciendo uso de la autonomía de su voluntad, suscribieron el contrato, debiendo cumplirse el mismo en su integridad por ser ley entre las partes.
- 3.71. En relación a la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda, señala la Entidad que, debido a la accesoriedad de la pretensión, se remite a los argumentos fácticos y legales desarrollados en la contestación de la segunda pretensión principal, agregando que no correspondería recobrar la vigencia del contrato por cuanto la necesidad pública de alimentación escolar ya ha sido atendida por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.
- 3.72. Respecto a la segunda pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda, Qali Warma precisa que a lo largo de su contestación de la demanda, ha demostrado y sustentado que los puntos antes referidos carecen de todo valor fáctico y jurídico y que por consiguiente la pretensión carece de sustento que pueda demostrar daño alguno generado por su parte, con lo cual puede decir que:

- i. Está probado que al suscribirse un contrato con el proveedor, las partes se comprometieron a cumplir con las obligaciones contractuales, estableciéndose de manera clara y objetiva los supuestos de resolución de contrato e imposición de penalidades.
- ii. Está acreditado que el proveedor incumplió con sus obligaciones.

contractuales, existiendo causales de resolución de contrato y de imposición de penalidades, afectándose de esta manera a los escolares a los cuales se necesitaba entregar los productos de manera oportuna y respetando las condiciones de salubridad.

- 3.73. Además, señala que el proveedor, además indica en la presente pretensión que el daño causado corresponde ser indemnizado por daños y perjuicios, sin especificar mayor detalle; las obligaciones contraídas por el proveedor son ajenas a Qali Warma, más aún si solo se ha limitado a indicar que se ha generado un daño sin haber podido demostrar fehacientemente dicha afectación, teniendo en cuenta que por las propias actividades como proveedor, siempre va a contraer obligaciones para los diversos servicios que brinda, sin que muchos de ellos tengan relación directa con la prestación brindada a la parte demandada.
- 3.74. Manifiesta que no se puede generar un daño por el solo hecho de decirlo; por el contrario el contratista incumplió con sus obligaciones contractuales y frente a su incumplimiento es que se procedió a resolver el contrato y a la imposición de penalidades, siendo que el proveedor deberá demostrar que ha sufrido un daño, dado que no es suficiente el dicho de lo expuesto en su demanda sino que debe existir la prueba indubitable que lo acredite, por cuanto hablar sin existir hechos concretos no hace suponer un daño cuantificable, dado que para cuantificar es importante determinar cuál es el daño generado, por lo que a la fecha se encuentra carente de todo valor lo expuesto en la presente pretensión.
- 3.75. Indica que, de lo expuesto por el contratista, no ha logrado acreditar fehacientemente los daños generados, además de no haber fundamentado con los hechos acontecidos y que son materia de la controversia; más aún, deben estar fehacientemente acreditados a fin de causar certeza frente al tribunal del hecho generador causado.
- 3.76. En relación a la tercera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda, Qali Warma señala que, debido a la accesoriedad de la pretensión, se remite a los argumentos fácticos y legales desarrollados en la contestación de la segunda pretensión principal.
- 3.77. Respecto a la cuarta pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda, Qali Warma señala que, debido a la accesoriedad de la pretensión, se remite a los argumentos fácticos y legales desarrollados en la contestación de la segunda pretensión principal.
- 3.78. Sin perjuicio de ello, precisa que como consecuencia de los incumplimientos del proveedor se resolvió el contrato y se le aplicaron penalidades, según lo pactado contractualmente. Al respecto invoca la cláusula undécima del contrato (ejecución de garantías) establece lo siguiente:

“QALI WARMA está facultado para ejecutar las garantías, a su simple requerimiento, cuando:

11.1 El proveedor no hubiere renovado la garantía antes de su fecha de vencimiento. Contra esta ejecución, el proveedor no tiene derecho a interponer reclamo alguno.

11.2 La resolución del contrato por causa imputable al proveedor haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponde íntegramente a Qali Warma, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.”

- 3.79. En tal sentido, afirma que teniendo un proceso arbitral en curso donde una de las pretensiones es la nulidad y/o ineficacia de la resolución de contrato por causal atribuible al proveedor la cual no ha quedado consentida, y no existiendo laudo arbitral consentido y ejecutoriado, el proveedor tiene la obligación contractual de mantener vigente su garantía caso contrario Qali Warma ejecutará su garantía y el proveedor no podrá interponer reclamo alguno.
- 3.80. En cuanto a la quinta pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda, Qali Warma señala que, debido a la accesoriedad de la pretensión, se remite a los argumentos fácticos y legales desarrollados en la contestación de la segunda pretensión principal.

4. **Análisis de las Pretensiones**

Primera Pretensión Principal de la demanda (primer punto controvertido): Se declare la ineficacia y/o invalidez de la imposición de las penalidades económicas por un monto de S/. 982,295.32 nuevos soles, indebidamente impuestas al consorcio SERCONSFA S.A.C. y Servicios Generales DORAL INN E.I.R.L., y que se encuentran contenidas en la Carta 279-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA, Carta 053-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA, Carta 054-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA y Carta 055-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA, por el supuesto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato N° 001-2014-CALLAO 1/RAC, Contrato N° 002-2014-CALLAO 1/RAC, Contrato N° 003-2014-CALLAO 1/RAC, Contrato N° 004-2014-CALLAO 1/RAC y Contrato N° 005-2014-CALLAO 1/RAC referidas a la provisión del servicio de raciones a favor de los usuarios de los niveles inicial y primaria de los Ítems Ventanilla 1, Ventanilla 3, Ventanilla 4, Ventanilla 5 y Ventanilla 6 del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda (segundo punto controvertido): Se ordene el reintegro y/o

devolución por parte del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1 a favor del Consorcio SERCONSFA S.A.C. y Servicios Generales DORAL INN E.I.R.L. del monto de S/. 982,295.32 Nuevos Soles, como consecuencia del amparo de la primera pretensión principal.

Segunda Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal de la demanda (segundo punto controvertido): Se ordene el pago de intereses legales que el monto de S/. 982,295.32 nuevos soles, hubiese generado desde la fecha en que debió realizarse el pago al Consorcio SERCONSFA S.A.C. y Servicios Generales DORAL INN E.I.R.L., hasta la fecha de cancelación efectiva, que el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o el Comité de Compra Callao 1, deberán asumir como consecuencia del amparo de la primera pretensión principal.

- 4.1. Este Tribunal Arbitral estima conveniente resolver conjuntamente los tres puntos controvertidos antes señalados por tratarse de la misma materia, cual es, como pretensión principal, la invalidez y/o ineficacia de las penalidades impuestas y, como pretensiones accesorias, las posibles consecuencias en caso de ser amparada la principal, conforme al segundo y tercer puntos controvertidos.
- 4.2. Previamente, el Colegiado considera pertinente aclarar que el Consorcio solicitó como primera pretensión principal de su demanda, que se declare la ineficacia y/o la invalidez de las penalidades que le ha impuesto Qali Warma a través de la Carta N° 279-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA, Carta N° 053-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA, Carta N° 054-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA y Carta N° 055-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLMC/CA.
- 4.3. Sin embargo, con su demanda arbitral ofrece como medios probatorios, relacionados con su primera pretensión principal, la Carta N° 039-2014-CC-CALLAO 1; Carta N° 040-2014-CC-CALLAO 1; Carta N° 041-2014-CC-CALLAO 1 y Carta N° 046-2014-CC-CALLAO 1, documentos a los que también alude el demandante en el cuerpo de su demanda arbitral cuando sustenta sus fundamentos de hecho, como se aprecia en las páginas 4, 5 y 10 de la demanda arbitral.
- 4.4. En consecuencia, el Tribunal Arbitral se pronunciará respecto de la ineficacia y/o invalidez de las penalidades impuestas mediante Carta N° 039-2014-CC-CALLAO 1; Carta N° 040-2014-CC-CALLAO 1; Carta N° 041-2014-CC-CALLAO 1 y Carta N° 046-2014-CC-CALLAO 1.
- 4.5. De otra parte, la Carta N° 039-2014-CC-CALLAO 1 se refiere a aplicación de penalidades respecto al Contrato N° 002 (Ítem Ventanilla 3) por la suma de S/. 29 483,14; la Carta N° 040-2014-CC-CALLAO 1 se refiere a aplicación de penalidades respecto al Contrato N° 003 (Ítem Ventanilla 4) por la suma de S/. 72 060,40; la Carta N° 041-2014-CC-CALLAO 1 se

refiere a aplicación de penalidades respecto al Contrato N° 001 (Ítem Ventanilla 1) por la suma de S/. 81 230,85; y, la Carta N° 046-2014-CC-CALLAO 1 se refiere a aplicación de penalidades respecto al Contrato N° 002 (Ítem Ventanilla 3) por la suma de S/. 19 655,44. Estas cuatro (4) Cartas también serán identificadas, cuando sean referidas en el presente laudo en su conjunto, como las Cartas.

- 4.6. En consecuencia, se analizarán las penalidades impuestas durante la ejecución de los Contratos N° 001, N° 002 y N° 003, que en total asciende a la suma de S/. 202 429,83 (Doscientos Dos Mil Cuatrocientos Veinte y Nueve con 83/100 Soles) que es el monto sobre el cual se pronunciará el Colegiado, y no sobre la suma de S/. S/. 982 295.32 (Novecientos Ochenta y Dos Mil Doscientos Noventa y Cinco con 32/100 Soles) como ha sido solicitado por el demandante.
- 4.7. Entrando al fondo del asunto, de conformidad con lo estipulado en la cláusula décima novena de los Contratos, éstos se rigen, en primer lugar, por el Manual de Compras. Esta estipulación contractual concuerda con el numeral 92) del Manual de Compras que señala: *“Lo establecido en el presente Manual de Compras prevalece sobre las normas de derecho privado que pudieran ser aplicables.”*
- 4.8. En consecuencia, se tendrá presente lo dispuesto en el numeral 61) del Manual de Compras aplicable, establece:

“Forma parte integrante del contrato, el documento que lo contiene, los anexos, las propuestas técnica y económica, las bases integradas y los requerimientos técnicos mínimos consignados en las bases, así como las disposiciones establecidas en el Manual de Compras y en la normativa complementaria. En caso exista una contradicción y/o incongruencia entre los documentos previamente citados, las bases integradas tienen prevalencia sobre los demás documentos.”

- 4.9. El demandante solicita la ineficacia e invalidez de la imposición de penalidades a través de las Cartas, fundamentalmente por considerar que conforme a los numerales 12.3. y 12.5. de la cláusula décimo segunda de los Contratos, concordado con el numeral 77) del Manual de Compras, es el Comité de Alimentación Escolar – CAE el único autorizado a otorgar la conformidad de las prestaciones a través de las Actas de Entrega – Recepción de raciones, siendo estas Actas, de acuerdo al Contrato y al Manual, el único sustento para la aplicación de penalidades y no otros documentos señalados en las Cartas tales como oficios de instituciones educativas e informes de supervisores de planta, documentos que, además, nunca han sido puestos a su conocimiento.

- 4.10. Al respecto, la cláusula décimo segunda de los Contratos en cuestión, en sus numerales 12.3. y 12.5. señalan lo siguiente:

“12.3. La conformidad de raciones será otorgada por el respectivo Comité de Alimentación Escolar (CAE), el cual deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, y cantidad de los mismos, de acuerdo con la programación de raciones entregadas **por EL PROVEEDOR** a cada Institución Educativa. De existir observaciones se consignarán en el acta de entrega – recepción respectiva, indicándose claramente el sentido de aquellas.

(...)

12.5. Las actas de entrega – recepción suscritas por el Comité de Alimentación Escolar acreditan la conformidad de la entrega de las raciones distribuidas en las Instituciones Educativas Públicas. Estas son indispensables para que la Unidad Territorial inicie el procedimiento de pago respectivo. Las actas de entrega – recepción presentadas por **EL PROVEEDOR** para efectos del pago tienen carácter de declaración jurada.”

4.11. Por su parte, el Manual de Compras en su numeral 77) señala:

“La conformidad de los productos y raciones será otorgada por el respectivo Comité de Alimentación Escolar (CAE), el cual deberá verificar, dependiendo de la prestación, la calidad, y cantidad de los mismos, de acuerdo con la programación de raciones o los volúmenes de productos entregados **por EL PROVEEDOR** a cada Institución Educativa. De existir observaciones se consignarán en el acta de entrega – recepción respectiva, indicándose claramente el sentido de aquellas.”

4.12. Se tiene entonces que, en efecto, es el Comité de Alimentación Escolar (CAE) quien otorga la conformidad de las raciones a través del Acta de Entrega – Recepción de raciones respectiva.

4.13. Ahora bien, de la revisión de las Cartas, se aprecia por parte de este Tribunal Arbitral, que las penalidades se sustentan en Actas de Entrega – Recepción de raciones, así como en Informes emitidos por supervisores de la Unidad Territorial de Lima Metropolitana y Callao de Qali Warma, estos últimos cuestionados por el Consorcio al considerar, como se ha señalado, que no son los documentos idóneos para sustentar la aplicación de penalidades.

4.14. Al respecto, este Colegiado considera que ello no es así, en razón a que las unidades territoriales de Qali Warma tienen dentro de sus funciones la de supervisar el cumplimiento de las prestaciones, tal como lo dispone el Manual de Operaciones del Programa Nacional de Alimentación Escolar

Qali Warma, aprobado por la Resolución Ministerial N° 174-2012-MIDIS aplicable en ese momento. ⁽³⁾

- 4.15. En efecto, en el referido Manual de Operaciones del PNAEQW se establece expresamente, entre las funciones de las unidades territoriales, la de supervisar las actividades relacionadas con la organización, implementación y funcionamiento de las prestaciones, realizando acciones de asistencia técnica y supervisión. A continuación, se reproduce en copia la parte específica del referido Manual:

SUB CAPÍTULO IV

UNIDADES TERRITORIALES

II.2.9. Unidad Territorial

La Unidad Territorial es la encargada de la ejecución de actividades orientadas a la prestación de los servicios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma en el marco de los criterios y mecanismos establecidos por las unidades competentes del programa y en cumplimiento de las políticas y lineamientos dictados por la Dirección Ejecutiva.

La Unidad Territorial está a cargo de un Jefe y depende jerárquicamente de la Dirección Ejecutiva y está organizada en equipos provinciales a cargo de un Supervisor Jefe.

Funciones de la Unidad Territorial: Son funciones de la Unidad Territorial, las siguientes:

- a. Planificar, ejecutar, controlar y supervisar las actividades relacionadas con la organización, implementación y funcionamiento de las prestaciones del programa en el ámbito de su competencia, realizando acciones de asistencia técnica y supervisión que garanticen el cumplimiento de los objetivos del programa, en concordancia con los lineamientos, directivas, criterios e instrumentos técnico-normativos del programa en el marco de las políticas y lineamientos dispuestos por el MIDIS.

- 4.16. De otra parte, ni las Bases del proceso del cual derivan los Contratos ⁽⁴⁾, ni el Manual de Compras en sus numerales 80) al 83), al regular las penalidades, establecen que éstas se aplicarán única y exclusivamente sobre la base de la no conformidad de la prestación otorgada por el Comité de Alimentación Escolar en las actas de entrega – recepción de raciones.

- 4.17. En efecto, estos documentos establecen lo siguiente:

*“Las penalidades son aplicables automáticamente por la Unidad Territorial de Qali Warma **cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el Manual de Compra y en el contrato respectivo**, y aquella responda a circunstancias imputables al proveedor.*

(...)

⁽³⁾ Esta Resolución Ministerial fue derogada expresamente por la Resolución Ministerial N° 124-2016-MIDIS que a su vez fue derogada expresamente por la Resolución Ministerial N° 283-2017-MIDIS a la fecha vigente.

⁽⁴⁾ Aportadas por Qali Warma, mediante escrito presentado el 6 de marzo de 2018, ante la solicitud del Tribunal Arbitral en la Audiencia de Informes Orales realizada el 27 de febrero de 2018.

Cada penalidad se calculará de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas por la Unidad Territorial de Qali Warma de los pagos parciales o del pago final, conforme a lo señalado en el numeral 80) del Manual de Compra.

(...)” Lo enfatizado y subrayado es nuestro.

- 4.18. De esta forma, se advierte que Qali Warma, a través de sus unidades territoriales, tiene la potestad de decidir la aplicación penalidades cuando en el ejercicio de sus funciones de supervisión, se configure algún incumplimiento en las prestaciones a cargo del Proveedor, incumplimientos que se pueden verificar, sin duda, a través de las Actas de Entrega - Recepción que suscribe el Comité de Alimentación Escolar, pero que también se pueden verificar a través de los Informes de Supervisión que las Unidades Territoriales realizan, de acuerdo a sus funciones, para asegurar la adecuada ejecución de las prestaciones a cargo de los proveedores; informes cuya mención en las Cartas no puede ser soslayado por este Colegiado.
- 4.19. Siguiendo con el análisis, el Consorcio adjunta como medio probatorio una comunicación de fecha 15 de agosto de 2014 dirigida al Presidente del Comité de Compra, señor Christopher Alexander Falcón Mayta.
- 4.20. En dicha comunicación, el Proveedor alega, que los Informes mencionados en las Cartas no fueron puestos a su conocimiento, sin embargo tales Informes son mencionados en las Cartas en las cuales, además, se describe el supuesto de incumplimiento o los supuestos de incumplimientos en los que habría incurrido el Consorcio en cada caso.
- 4.21. De otra parte, en la referida comunicación, el Proveedor argumenta carta por carta, las razones por las cuales considera que no se deben aplicar penalidades, manifestando fundamentalmente que cuenta con las actas de entrega – recepción sin observaciones; sin embargo no se desprende que el Consorcio haya adjuntado tales actas de entrega- recepción a que hace referencia, las cuales tampoco han sido adjuntadas u ofrecidas como medios probatorios en el presente proceso arbitral.
- 4.22. En esa medida, el Tribunal Arbitral considera que el Proveedor tenía la posibilidad de desvirtuar los incumplimientos imputados a través de los informes referidos en las Cartas emitidas por la Unidad Territorial de Qali Warma con las actas de entrega – recepción en las que conste la conformidad del Comité de Alimentación Escolar - CAE, actas que debían obrar necesariamente en poder del Consorcio en la medida que son requeridas para tramitar el pago y que el Proveedor está obligado a presentar para tal efecto con carácter de declaración jurada; sin embargo no lo hizo.

- 4.23. Cabe señalar que esta posibilidad no constituye, bajo ningún aspecto, revertir la carga de la prueba y poner en indefensión al Consorcio afectando su derecho de defensa, ya que el Proveedor debía tener en su poder una copia de esos documentos.
- 4.24. Por otro lado, de acuerdo a las Bases del proceso de selección concordadas con el Manual de Compras, las penalidades se aplican de manera automática por parte de la unidad territorial ante la verificación de incumplimientos incurridos por parte del proveedor sea por el Comité de Alimentación Escolar o sea por la unidad territorial en ejercicio de sus funciones de supervisión; es decir, basta que el proveedor incurra en un incumplimiento para que la penalidad sea aplicada, lo que implica que no corresponde que el proveedor sea advertido previamente, ya sea por Qali Warma o por el Comité, que se le va a imponer penalidades.
- 4.25. Por último, respecto a las responsabilidades administrativas y penales de los funcionarios de Qali Warma, este Colegiado considera que no es su competencia pronunciarse al respecto.
- 4.26. Estando a las razones antes expuestas, este Tribunal Arbitral estima no amparar la primera pretensión principal de la demanda.
- 4.27. En relación a la primera y segunda pretensiones accesorias a la primera pretensión principal (segundo y tercer puntos controvertidos), este Colegiado considera que habiendo sido desestimada la primera pretensión principal de la demanda arbitral, las pretensiones accesorias también deben ser desestimadas en la medida que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Segunda Pretensión Principal de la demanda (cuarto punto controvertido): Se declare la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución del Contrato N° 001-2014-CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 003-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 004-2014- CALLAO 1 /RAC y Contrato N° 005-2014- CALLAO 1 /RAC contenida en la Carta 089-2014-CC-Callao-1 fechada el 02 de diciembre del 2014, pero recepcionada por nuestra parte el día 03 del mismo mes y año.

Primera Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal (quinto punto controvertido): Se establezca que como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución del Contrato N° 001-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 003-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 004-2014- CALLAO 1 /RAC y Contrato N° 005-2014- CALLAO 1 /RAC, los mismos han recobrado plena vigencia, debiendo reiniciarse su ejecución hasta su total conclusión con la entrega de la conformidad respectiva, debiendo

precisarse que el reinicio del plazo de la ejecución de cada uno de los contratos antes señalados, deberá computarse a partir del día siguiente de emitida la comunicación efectuada por el Comité de Compra Callao 1 en la que procede a la resolución de cada uno de los contratos.

Segunda Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal

(sexto punto controvertido): Se establezca que como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución del Contrato N° 001-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 003-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 004-2014- CALLAO 1 /RAC y Contrato N° 005-2014- CALLAO 1 /RAC, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1, se encuentran obligados a indemnizar por concepto de lucro cesante al Consorcio SERCONSFA S.A.C. y Servicios Generales DORAL INN E.I.R.L., por la parte de cada uno de los contratos que no pudo concluir su ejecución, como consecuencia de la resolución unilateral y arbitraria de los mismos, y cuyo monto asciende a S/. 414,527.10 Nuevos Soles.

Tercera Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal

(séptimo punto controvertido): Se establezca que como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución del Contrato N° 001-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 003-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 004-2014- CALLAO 1 /RAC y Contrato N° 005-2014- CALLAO 1 /RAC, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1, se encuentran obligados a asumir a favor del Consorcio SERCONSFA S.A.C. y Servicios Generales DORAL INN E.I.R.L., el pago de los intereses legales correspondientes a la suma que se detalla en la segunda pretensión accesoria a la segunda pretensión principal (es decir, respecto de la indemnización), los mismos que deberán ser liquidados al momento de la expedición del laudo arbitral o en la etapa de ejecución arbitral.

Cuarta Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal

(octavo punto controvertido): Se establezca que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución del Contrato N° 001-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 003-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 004-2014- CALLAO 1 /RAC y Contrato N° 005-2014- CALLAO 1 /RAC, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1, deberán asumir a favor del Consorcio SERCONSFA S.A.C. y Servicios Generales DORAL INN E.I.R.L., el pago de los costos financieros por el mantenimiento de la carta fianza de garantía de fiel cumplimiento ocasionados durante todo el lapso de tiempo que tome la sustanciación del presente procedimiento arbitral.

Quinta Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal

(noveno punto controvertido): Se establezca que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia y/o invalidez y/o nulidad de la resolución del Contrato N° 001-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 003-2014- CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 004-2014- CALLAO 1 /RAC y Contrato N° 005-2014- CALLAO 1 /RAC, el Programa

Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao 1, deberán asumir a favor del Consorcio SERCONSFA S.A.C. y Servicios Generales DORAL INN E.I.R.L., el pago de los intereses legales de los costos financieros por el mantenimiento de la carta fianza de garantía de fiel cumplimiento ocasionados durante todo el lapso de tiempo que tome la sustanciación del presente procedimiento arbitral.

- 4.28. Este Tribunal Arbitral estima conveniente resolver conjuntamente los seis puntos controvertidos antes señalados por tratarse de la misma materia, cual es, como pretensión principal, la invalidez y/o ineficacia y/o nulidad de la resolución de los Contratos y, como pretensiones accesorias, las posibles consecuencias en caso de ser amparada la principal, conforme se desprende del quinto al noveno puntos controvertidos.
- 4.29. El Código Civil, específicamente su 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.”*
- 4.30. 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⁾
- 4.31. 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⁾
- 4.32. 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 patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él.”* ⁽⁷⁾
- 4.33. En términos generales, 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

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

⁽⁶⁾ Idem.

⁽⁷⁾ Ibid, p 360.

contratos en los que una de las partes es necesariamente una entidad del Estado.

- 4.34. Al tratarse de contratos administrativos está implícito, por tanto, el ejercicio de prerrogativas públicas a través de cláusulas exorbitantes que pueden o no estar incluidas expresamente en el contrato. Son privilegios de los que goza el Estado cuando contrata con privados, siendo uno de ellos, por ejemplo, la potestad de resolver directamente los contratos cuando así está previsto ya sea en el contrato mismo o en las normas que le sean aplicables.
- 4.35. Es precisamente ese *status* de privilegio lo que caracteriza a los contratos administrativos y que determina que no exista una relación jurídico-contractual de igualdad entre las partes y que la posibilidad de negociar los términos o condiciones contractuales sea mínima o prácticamente inexistente. Esta relación de desigualdad se justifica en razón a que el Estado tiene como deber el de velar por el interés público o satisfacer una necesidad pública basándose, en primerísimo lugar, en el principio de legalidad.
- 4.36. La necesidad pública por satisfacer, que por mandato legal es responsabilidad de Qali Warma, es velar porque los niños de nivel inicial y nivel primaria que están en situación de pobreza o extrema pobreza, tengan acceso a alimentos de calidad durante los días de clases escolares, alimentos que son subvencionados por el Estado para que los niños estén nutridos de la mejor manera posible.
- 4.37. Siendo eso así, cualquier riesgo potencial o real, que pueda afectar la salud de los niños como consecuencia de la mala calidad o por contaminación de los alimentos, definitivamente será responsabilidad directa de Qali Warma. Por lo tanto, su labor no sólo implica satisfacer una necesidad pública como es la alimentación escolar sino velar que los alimentos que se proporcionen cuenten con los mayores estándares de calidad para de esa forma cautelar por la salud de una población altamente vulnerable como son los niños, máxime si para la satisfacción de esa necesidad se utilizan recursos públicos.
- 4.38. En ese contexto, se tiene que el Proveedor solicita que se declare la invalidez y/o ineficacia y/o nulidad de la resolución contractual de los Contratos, resolución contractual materializada por el Comité mediante Carta N° 89-2014-CC-CALLAO1 del 02 de diciembre de 2014 ⁽⁸⁾, que se

⁽⁸⁾ Medio probatorio ofrecido por el demandado con su escrito de contestación de la demanda arbitral.

sustenta en la presencia de excretas (heces) de roedor en el establecimiento donde el Consorcio preparaba las raciones de alimentos.

- 4.39. Al respecto, se desprende del expediente arbitral que el 20 de noviembre de 2014 un supervisor de Qali Warma se percata de la presencia de un roedor en el establecimiento del Proveedor, levantándose un Acta ⁽⁹⁾ que determina, como medida preventiva, la suspensión de la producción de raciones para el día 21 de noviembre de 2014, y dispone comunicar de este hecho a la unidad territorial así como a la autoridad sanitaria correspondiente.
- 4.40. Al día siguiente, esto es el 21 de noviembre de 2014, el Consorcio recibe la Carta N° 432-2014/MIDIS-PNAEQW/UTLM ⁽¹⁰⁾ a través de la cual la Jefa de la Unidad Territorial de Lima Metropolitana y Callao, le comunica que la suspensión de producción, impuesta como medida preventiva mediante Acta del 20 de noviembre de 2014, se mantendrá vigente hasta la inspección de la autoridad sanitaria correspondiente. Es pertinente aclarar que la suspensión abarca la producción de raciones objeto de todos los Contratos.
- 4.41. De esta forma, el 21 de noviembre de 2014, la Dirección de Salud II Lima Sur de la Dirección Ejecutiva de Salud Ambiental del Ministerio de Salud se apersona e inspecciona el establecimiento del Proveedor, levantando un acta de inspección advirtiendo la aparente presencia de heces de pericote, disponiéndose que las muestras sean llevadas a su laboratorio para su análisis y verificación final. ⁽¹¹⁾
- 4.42. Así se indica, además, en la Carta N° 437-2014/MIDIS-PNAEQW/UTLM ⁽¹²⁾ recibida por el Consorcio el 24 de noviembre de 2014 que remite la Jefa de la Unidad Territorial de Lima Metropolitana y Callao, y en la que le comunica que la suspensión se mantendrá vigente hasta la emisión de los resultados de laboratorio de la DISA II Lima Sur.
- 4.43. El 26 de noviembre de 2014, la DISA II Lima Sur emite el Informe N° 1275-2014-DSBHAZ-DESA-DISA II LS/MINSA ⁽¹³⁾, remitido a la Dirección Ejecutiva del PNAEQW mediante Oficio N° 4800-2014-DSBHAZ-DESA-DG-DISA II-L.S./MINSA ⁽¹⁴⁾. En dicho Informe la autoridad sanitaria arriba

⁽⁹⁾ Medio probatorio ofrecido por el demandante con su escrito de demanda arbitral.

⁽¹⁰⁾ Medio probatorio ofrecido por el demandante con su escrito de demanda arbitral.

⁽¹¹⁾ Se ha argumentado, por parte del Consorcio, que las heces se encontraron en las oficinas administrativas. Para este Colegiado, donde se hayan encontrado es irrelevante por circunstancial, ya que lo cierto es que las excretas o heces se encontraron en el local donde se preparaban las raciones de alimentos que son consumidos por los niños. Más aun, en la Audiencia de Informes Orales celebrada el 27 de febrero de 2018 y que consta grabada, se indicó que lo que dividía el área administrativa del lugar donde se preparaban las raciones de alimentos era solo un pasadizo.

⁽¹²⁾ Medio probatorio ofrecido por el demandante con su escrito de demanda arbitral.

⁽¹³⁾ Medio probatorio ofrecido por el demandante con su escrito de demanda arbitral.

⁽¹⁴⁾ Medio probatorio ofrecido por Qali Warma con su escrito de contestación de la demanda.

a dos conclusiones que este Tribunal Arbitral considera sumamente relevantes. Estas conclusiones son:

- i. El Consorcio presenta no conformidades en las condiciones sanitarias de su establecimiento.
- ii. Las muestras de excretas del roedor, pertenece a *mus musculus* por lo que el Consorcio estaría contraviniendo el Decreto Supremo N° 007-98-SA que establece que los establecimientos deben estar libre de roedores e insectos.

4.44. Asimismo, en el referido Informe se recomienda:

- i. El establecimiento debe tener una adecuada estructura para facilitar la limpieza y evitar la acumulación de suciedad.
- ii. El establecimiento debe tener una ventilación adecuada para evitar el calor excesivo.
- iii. El establecimiento debe contar con agua potable suficiente para las operaciones de elaboración, higiene del personal de limpieza y desinfección del local.
- iv. El establecimiento debe tener una adecuada distribución de ambientes que evite contaminaciones cruzadas.
- v. Debe realizar capacitaciones continuas en Buenas Prácticas de Manufactura.
- vi. Debe tener control de lavado de manos.
- vii. **Debe tener un programa de control de plagas.** El enfatizado es de la DISA II Lima Sur.
- viii. El almacenamiento de materias primas y de productos terminados deben estar en áreas exclusivas para tal fin.
- ix. Los envases deben estar limpios y desinfectados.
- x. Las condiciones de los envases deben ser de material inocuo.

4.45. Asimismo, la DISA II Lima Sur recomienda en el Informe N° 1275-2014-DSBHAZ-DESA-DISA II LS/MINSA que Qali Warma tome las acciones respectivas relacionadas con los resultados de la identificación de muestras excretas de roedor.

4.46. Al respecto, se desprende de los numerales 71) y especialmente 72) del Manual de Compras que Qali Warma, a través de su función de supervisión directa o a través de terceros, debe verificar que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengan condiciones higiénico sanitarias, operativas y de producción que dieron lugar a la contratación. Esta disposición también está contenida en los Contratos, específicamente en la cláusula décima tercera numerales 13.1. y 13.2. así como en las Bases del proceso de selección.

4.47. Asimismo, el numeral 16.5. de la cláusula décimo sexta de los Contratos establece que los Contratos se resolverán de pleno derecho: “Si como resultado de las acciones de supervisión dispuestas por Qali Warma o, a través de informes emitidos por terceros acreditados o autorizados para dicho fin, las condiciones de los establecimientos de preparación de raciones del **EL PROVEEDOR** no cumple con los parámetros mínimos de idoneidad en atención a la regulación especial que apruebe Qali Warma para dichos efectos.” Esta estipulación contractual es concordante con el literal e) del numeral 84) del Manual de Compras así como con lo establecido en las Bases del proceso de selección.

4.48. Por otro lado, el numeral 74) del Manual de Compras establece lo siguiente:

“Si como resultado de las acciones de supervisión, se detectaran situaciones que resulten **susceptibles de poner en riesgo la salud de los usuarios**, en atención a los lineamientos técnicos aprobadas por la Unidad de Supervisión y Monitoreo, Qali Warma podrá suspender temporalmente la producción de las raciones (desayunos y/o almuerzos) y/o suspender la distribución de los productos o raciones, **sin perjuicio de la** aplicación de penalidades y/o **resolución del contrato de pleno derecho**, conforme a lo establecido en el presente Manual.” Lo enfatizado y subrayado nuestro.

4.49. Es decir, de acuerdo al Manual de Compras, Qali Warma está facultado para suspender la distribución de raciones si se detectan situaciones que pudiesen poner en riesgo la salud de los niños, es decir, el Manual de Compras no exige que se materialice efectivamente un daño en la salud de los niños, sino que es suficiente que ese riesgo sea potencial, situación que, para este Colegiado, queda verificada en el presente caso con lo concluido y recomendado en el Informe N° 1275-2014-DSBHAZ-DESA-DISA II LS/MINSA de la DISA II Lima Sur.

4.50. De otra parte, tanto en las Bases, como en el numeral 86) del Manual de Compras y en la cláusula décimo sexta de los Contratos, se establece que:

- i. En cualquiera de los supuestos de resolución se producirá automáticamente cuando el Comité de Compras comunique al Proveedor que ha decidido valerse de la causal resolutoria correspondiente.
- ii. Para proceder con la resolución contractual, la Unidad Territorial debe haber emitido previamente el informe técnico que sustente los fundamentos de dicha decisión.

4.51. El Consorcio ha alegado, como argumento de defensa, que la Unidad Territorial: i. no habría cumplido con emitir previamente el Informe Técnico;

- ii. que en la Carta N° 089-2014-CC-CALLAO 1 del 02 de diciembre de 2014 a través de la cual se resuelven los Contratos ⁽¹⁵⁾ no se hace referencia a ningún Informe Técnico emitido por Qali Warma; y, iii. el Informe Técnico N° 010-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLM no tiene fecha por lo que no se podría determinar la fecha de su emisión, calificándolo de apócrifo en la audiencia de informes orales realizada el 27 de febrero de 2018; en consecuencia, la resolución contractual sería ineficaz y/o inválida y/o nula.
- 4.52. Este Colegiado no comparte ese criterio. En primer lugar, lo que señalan las Bases, el Manual de Compras y los propios Contratos es que la Unidad Territorial debe haber **emitido** un Informe Técnico, no se indica que dicho Informe deba ser adjuntado o referido en la carta notarial a través de la cual se resuelve el contrato.
- 4.53. En segundo lugar, obra en el expediente arbitral el Informe – 00146-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLM-zbautista de fecha 27 de noviembre de 2014 emitido por la supervisora del Comité de Compra Callao 1 de la Unidad Territorial de Lima Metropolitana, señora Zaria Bautista Almeza, dirigido a la Jefa de la Unidad Territorial de Lima Metropolitana y Callao, señora Ivette Otárola Guillén. ⁽¹⁶⁾
- 4.54. Advierte este Tribunal Arbitral que el Informe – 00146-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLM-zbautista se emitió el 27 de noviembre de 2014, esto es, al día siguiente de haber sido recibido, por la Unidad Territorial de Lima Metropolitana, el Oficio N° 4800-2014-DSBHAZ-DESA-DG-DISA II L.S./MINSA a través del cual la DISA II Lima Sur adjuntó el Informe N° 1275-2014-1 DSBHAZ-DESA-DISA II LS/MINSA.
- 4.55. En el Informe – 00146-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLM-zbautista, la supervisora recomienda a la Jefa de la Unidad Territorial de Lima Metropolitana la resolución de los Contratos ⁽¹⁷⁾ sobre la base del numeral 16.5 de la cláusula décimo sexta de los Contratos, sustentando su recomendación, principalmente, en el Informe N° 1275-2014-1 DSBHAZ-DESA-DISA II LS/MINSA. El Informe - 00146-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLM-zbautista habría sido recibido por la Jefatura de la Unidad Territorial el 28 de noviembre de 2014 ⁽¹⁸⁾.
- 4.56. En tercer lugar, el Informe – 00146-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLM-zbautista es mencionado expresamente como sustento en el Informe Técnico N°

⁽¹⁵⁾ Contrato N° 001-2014-CALLAO 1 /RAC, Contrato N° 002-2014-CALLAO 1/RAC, Contrato N° 003-2014-CALLAO 1/RAC, Contrato N° 004-2014-CALLAO 1/RAC y Contrato N° 005-2014-CALLAO 1 /RAC.

⁽¹⁶⁾ Adjuntado por Qali Warma con su escrito presentado el 07 de julio de 2015 a solicitud del Tribunal Arbitral en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, en la medida que era aludido en el Informe Técnico N° 010-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLM.

⁽¹⁷⁾ Haciendo referencia expresa a los cinco Contratos.

⁽¹⁸⁾ De acuerdo a lo señalado al final del acápite I "Antecedentes" del Informe Técnico N° 010-2014-MIDIS-PMAEQW/UTLM.

010-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLM emitido por la Jefa de la Unidad Territorial de Lima Metropolitana, señora Ivette Otárola Guillén tal como consta de su sello y firma ⁽¹⁹⁾.

- 4.57. En dicho Informe Técnico se indica expresamente en el acápite III “Conclusiones” que: “El Comité de Compra Callao 1 deberá RESOLVER de pleno derecho los contratos señalados en los Antecedentes. ⁽²⁰⁾”, siendo que la resolución contractual, de todos los Contratos, se produce el 02 de diciembre de 2014 mediante Carta N° 089-2014-CC-CALLAO 1 remitida vía notarial y suscrita por el Presidente del Comité de Compra Callao 1.
- 4.58. En cuarto, es cierto que el Informe Técnico N° 010-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLM no tiene fecha; sin embargo, también es cierto que sin el Informe Técnico emitido por la Unidad Territorial el Presidente del Comité de Compra, no hubiera podido resolver los Contratos, en la medida que esa decisión, la de resolver los contratos, se materializa siempre que la Unidad Territorial de Qali Warma así lo dispone, precisamente, a través de un Informe Técnico que es de carácter interno.
- 4.59. En quinto lugar, el Colegiado advierte, además, que el Informe Técnico que no fue objeto de tacha por parte del Consorcio y que ha sido admitido en el arbitraje, consta en papel oficial del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social; consta el sello y firma de la Jefa de la Unidad Territorial; y hace mención expresa al Informe – 00146-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLM-zbautista, lo que genera convicción de su existencia.
- 4.60. También debe tenerse presente que toda la tramitación que se inició con el Acta del 20 de noviembre de 2014 hasta la resolución de los Contratos ocurrida el 02 de diciembre del mismo año, presenta una secuencia lógica desde el punto de vista procedimental y cronológico siendo la contraparte del Consorcio, durante toda esa secuencia la Unidad Territorial de Lima Metropolitana que es la encargada de emitir el Informe Técnico.
- 4.61. Por último, se advierte que existieron cuatro (4) días desde que la Unidad Territorial recibió el Informe – 00146-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLM-zbautista (viernes 28 de noviembre de 2014) hasta la resolución contractual (martes 02 de diciembre de 2014), tiempo suficiente para que el Presidente del Comité de Compra Callao 1 haya recibido el Informe Técnico N° 010-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLM.
- 4.62. Por último debe considerar que los tres documentos (Informe – 00146-2014-MIDIS/PNAEQW-UTLM-zbautista, Informe Técnico N° 010-2014-MIDIS-PNAEQW/UTLM y Carta N° 089-2014-CC-CALLAO 1) aluden a los

⁽¹⁹⁾ Medio probatorio adjuntado por Qali Warma en su escrito de contestación a la demanda.

⁽²⁰⁾ Mencionando expresamente a los cinco Contratos.

mismos hechos e invocan la misma causal de resolución contractual que es la consignada en el numeral 16.5 de la cláusula décimo sexta de los Contratos.

- 4.63. En consecuencia, por estas consideraciones, el Tribunal Arbitral estima no amparar la segunda pretensión principal de la demanda.
- 4.64. En relación a la primera, segunda, tercera, cuarta y quinta pretensiones accesorias a la segunda pretensión principal (puntos controvertidos del quinto al noveno), este Colegiado considera que habiendo sido desestimada la segunda pretensión principal de la demanda arbitral, las pretensiones accesorias también deben ser desestimadas en la medida que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Tercera Pretensión Principal de la demanda (décimo punto controvertido): Se ordene que el pago de los gastos arbitrales que genere el presente procedimiento arbitral, tales como honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, gastos administrativos del centro de arbitraje y los honorarios de la defensa legal, sean asumidos por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y/o por el Comité de Compra Callao

- 4.65. El numeral 1. del artículo 73° de la Ley de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el tribunal arbitral tendrá en cuenta, a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 4.66. Los costos incluyen, de conformidad con el artículo 70° de la Ley de Arbitraje: (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos de la secretaría arbitral; (iii) los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
- 4.67. En el presente caso, ante la inexistencia de un pacto específico entre las partes respecto a la asunción de los gastos arbitrales, de conformidad con lo establecido en el numeral 1. del artículo 73° la Ley de Arbitraje correspondería que la parte vencida, es decir el Consorcio, los asuma.
- 4.68. Sin embargo, si bien el Tribunal Arbitral ha considerado desestimar las pretensiones propuestas por el Consorcio, a su criterio estima pertinente hacer uso de la facultad que le concede la última parte del numeral 1. del artículo 73° de la Ley de Arbitraje al considerar que ambas partes han tenido motivos suficientes para someter las controversias a arbitraje.

4.69. En tal sentido, estima razonable hacer una distribución equitativa en iguales proporciones entre ambas partes del presente proceso arbitral respecto de los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos de la secretaría arbitral *ad hoc* a cargo del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de acuerdo a la liquidación que deberá efectuar la secretaría arbitral, en la que se deberá precisar los montos que deben ser restituidos de una parte a la otra, en caso los hubiere.

4.70. Asimismo, dispone que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal y cualquier otro concepto en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar en el futuro.

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

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

SEGUNDO.- DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda.

TERCERO.- DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda.

CUARTO.- DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda.

QUINTO.- DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda.

SEXTO.- DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda.

SÉTIMO.- DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda.

OCTAVO.- DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda.

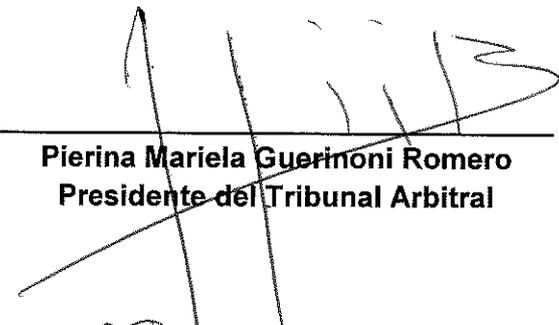
NOVENO.- DECLARAR INFUNDADA la quinta pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda.

DÉCIMO.- ORDENAR que cada una de las asuma en iguales proporciones los honorarios del Tribunal Arbitral así como los gastos administrativos por secretaría

arbitral *ad hoc* a cargo del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

DÉCIMO PRIMERO.- ORDENAR que la secretaría arbitral practique una liquidación de los honorarios arbitrales y de los gastos administrativos por el servicio de secretaría arbitral, con expresa indicación de los montos asumidos por cada una de las partes, precisándose los montos que deben ser restituidos de una parte a la otra parte, en caso los hubiere, conforme a lo ordenado en el punto resolutivo anterior.

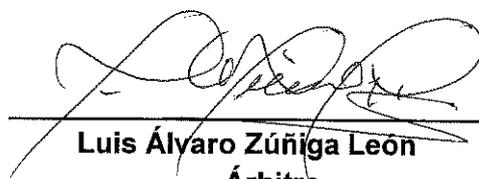
DÉCIMO SEGUNDO.- ORDENAR a la secretaría arbitral que cumpla con notificar a las partes con el presente laudo arbitral.



Pierina Mariela Guerinoni Romero
Presidente del Tribunal Arbitral



Fabiola Paulet Monteagudo
Árbitro



Luis Álvaro Zúñiga León
Árbitro