

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

LAUDO ARBITRAL

(Resolución n.º 22)

En la ciudad de Lima, con fecha 23 de octubre de 2017, en la sede del Tribunal Arbitral, sita en Avenida Arequipa n.º 2327, distrito de Lince, Provincia y Departamento de Lima, se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral, conformado por el abogado Mario Castillo Freyre, en su calidad de Presidente, el abogado Marco Antonio Gutarra Baltazar y el abogado Leonardo Caparrós Gamarra, como árbitros, a fin de emitir el Laudo Arbitral, en el proceso arbitral iniciado por Negociaciones NELYSA S.A.C. contra el Comité de Compra Pasco 1 y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

ANTECEDENTES

- Con fecha 12 de febrero de 2014, Negociaciones NELYSA S.A.C. (en adelante, Nelysa) y el Comité de Compra Pasco 1 (en adelante, el Comité) suscribieron los Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO1/PRO (en adelante, los Contratos).
- Por Carta Notarial s/n, de fecha 12 de junio de 2015, Nelysa solicitó al Comité el inicio de un arbitraje, designando como árbitro al abogado Marco Antonio Gutarra Baltazar, quien aceptó dicha designación.
- Por Carta n.º 010-2015-CC-PASCO 1, de fecha 25 de junio de 2017, el Comité contestó la solicitud de arbitraje, designado como árbitro al abogado Leonardo José Caparrós Gamarra, quien aceptó dicha designación.



Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- Por Acta de fecha 22 de septiembre de 2015, los abogados Gutarra y Caparrós designaron al abogado Mario Castillo Freyre como Presidente del Tribunal Arbitral.
- Por Carta s/n, de fecha 30 de septiembre de 2015, el abogado Castillo aceptó la designación como Presidente del Tribunal Arbitral.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 1 de diciembre de 2017, el Comité se apersonó y delegó facultades a los abogados que ahí se indican. Dicho escrito fue tramitado en el Acta de la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, de fecha 1 de diciembre de 2015.
- Mediante Resolución n.º 1, de fecha 30 de diciembre de 2015, se tuvo por efectuado el pago de los honorarios arbitrales por ambas partes. Asimismo, se declaró abierto el proceso arbitral. Finalmente, se otorgó a Nelysa un plazo de veinte (20) días hábiles, para la presentación de su demanda.
- Con fecha 2 de febrero de 2016, Nelysa presentó su escrito de demanda. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 2, de fecha 8 de febrero de 2016, a través de la cual se otorgó al demandante un plazo de cinco (5) días hábiles, para que cumpla con ofrecer y presentar los medios probatorios que sustentan su demanda, bajo apercibimiento de tener por no ofrecido medio probatorio alguno. De igual manera, se señaló que debía presentar el archivo electrónico de la demanda.
- Por Carta s/n, presentada con fecha 12 de febrero de 2016, el doctor Castillo cumplió con ampliar su declaración.
- Mediante Resolución n.º 3, de fecha 15 de febrero de 2016, se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, para que cumplan con presentar los Certificados de Rentas y Retención de Cuarta Categoría correspondientes al ejercicio 2015, de los árbitros y de la secretaria arbitral.



(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- Por escrito s/n, presentado con fecha 22 de febrero de 2016, el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma (en adelante, Qali Warma) solicitó un plazo adicional de cinco (5) días hábiles, a fin de cumplir con lo ordenado mediante la Resolución n.º 3. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 4, de fecha 1 de marzo de 2016, a través de la cual se otorgó a las partes un plazo adicional de cinco (5) días hábiles, para que cumplan con presentar los referidos Certificados.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 1 de marzo de 2016, Nelysa ofreció y adjuntó los medios probatorios de su demanda. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 5, de fecha 9 de marzo de 2016, a través de la cual se tuvo por cumplido el requerimiento efectuado mediante Resolución n.º 2 por parte de Nelysa. Asimismo, se requirió a dicha parte para que en el plazo de cinco (5) días hábiles, cumpla con subsanar las observaciones específicas detalladas en el sexto considerando de dicha Resolución, bajo apercibimiento de tener por no ofrecidos determinados medios probatorios.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 9 de marzo de 2016, Qali Warma solicitó un plazo adicional de tres (3) días hábiles, a fin de remitir las copias de los Certificados.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 14 de marzo de 2016, Nelysa adjuntó las copias de los Certificados de los árbitros y de la secretaria arbitral.
- Mediante Resolución n.º 6, de fecha 28 de marzo de 2016, se otorgó a Qali Warma un plazo adicional de tres (3) días hábiles, para que cumpla con presentar los Certificados. Asimismo, se tuvo por cumplido el requerimiento efectuado mediante Resolución n.º 4 por parte de Nelysa.



(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- Por escrito s/n, presentado con fecha 28 de marzo de 2016, Nelysa subsanó las observaciones señaladas en la Resolución n.º 5. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 7, de fecha 3 de mayo de 2016, a través de la cual se tuvo por cumplido —en parte— el requerimiento efectuado mediante Resolución n.º 5 por parte de Nelysa. Asimismo, se admitió a trámite la demanda presentada por Nelysa. Finalmente, se otorgó al Comité y a Qali Warma un plazo de veinte (20) días hábiles, a fin de que contesten la demanda y, de considerarlo conveniente, formulen reconvencción.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 5 de abril de 2016, Qali Warma cumplió con el requerimiento efectuado mediante Resolución n.º 6. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 8, de fecha 3 de mayo de 2016, a través de la cual se tuvo por cumplido el requerimiento.
- Por Carta s/n, presentada con fecha 23 de mayo de 2016, el doctor Caparrós cumplió con ampliar su declaración.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 3 de junio de 2016, el Comité contestó la demanda.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 3 de junio de 2016, Qali Warma contestó la demanda y formuló reconvencción.
- Mediante Resolución n.º 9, de fecha 15 de junio de 2016, se otorgó a los demandados un plazo de cinco (5) días hábiles, para que cumplan con subsanar las observaciones formuladas, bajo apercibimiento de tener por no ofrecidos determinados medios probatorios.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 27 de junio de 2016, Qali Warma subsanó las observaciones señaladas mediante Resolución n.º 9.



(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- Por escrito s/n, presentado con fecha 27 de junio de 2016, el Comité subsanó las observaciones señaladas mediante Resolución n.º 9.
- Por Carta s/n, presentada con fecha 13 de julio de 2016, el doctor Castillo cumplió con ampliar su declaración.
- Mediante Resolución n.º 10, de fecha 13 de julio de 2016 se tuvo por cumplido el requerimiento efectuado mediante Resolución n.º 9 por parte de los demandados. Asimismo, se admitieron a trámite las dos contestaciones de demanda, así como la reconvencción presentada por Qali Warma. Finalmente, se otorgó a Nelysa un plazo de veinte (20) días hábiles, a fin de que conteste la reconvencción.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 22 de agosto de 2016, Nelysa contestó la reconvencción formulada por Qali Warma. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 11, de fecha 6 de septiembre de 2016, a través de la cual se admitió a trámite. Asimismo, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. Finalmente, se otorgó a las partes un plazo de tres (3) días hábiles, para que presenten su propuesta de puntos controvertidos.
- Por Carta s/n, presentada con fecha 1 de septiembre de 2016, el doctor Castillo cumplió con ampliar su declaración.
- Por Carta s/n, presentada con fecha 6 de septiembre de 2016, el doctor Caparrós cumplió con ampliar su declaración.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 14 de septiembre de 2016, Nelysa presentó su propuesta de puntos controvertidos.



(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- Por escrito s/n, presentado con fecha 14 de septiembre de 2016, Qali Warma presentó —extemporáneamente— su propuesta de puntos controvertidos.
- Con fecha 26 de septiembre de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y, entre otros, se otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles para que las partes presenten sus alegatos escritos y, de estimarlo conveniente, soliciten el uso de la palabra. Asimismo, se emitió la Resolución n.º 12, de fecha 26 de septiembre de 2016, a través de la cual se tuvo presente la propuesta de puntos controvertidos presentada por Nelysa, con conocimiento de la parte contraria; y se tuvo presente la propuesta de puntos controvertidos presentada —extemporáneamente— por Qali Warma, con conocimiento del Comité y Nelysa.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 3 de octubre de 2016, Nelysa presentó sus alegatos y solicitó el uso de la palabra.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 4 de octubre de 2016, Qali Warma presentó sus alegatos escritos.
- Mediante Resolución n.º 13, de fecha 3 de noviembre de 2016, se tuvieron presentes los alegatos presentados, dejándose constancia de que el Comité no presentó sus alegatos escritos. Finalmente, se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales.
- Mediante Resolución n.º 14, de fecha 3 de octubre de 2016, se fijó el segundo anticipo de honorarios, otorgando a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para el pago.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 24 de noviembre de 2016, Qali Warma delegó facultades de representación a los abogados que ahí se

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

indicaban. Dicho escrito fue tramitado en el Acta de la Audiencia de Informes Orales, realizada con fecha 24 de noviembre de 2016.

- Mediante Resolución n.º 15, de fecha 5 de diciembre de 2016, se otorgó a las partes un plazo adicional de cinco (5) días hábiles, a fin de que cumplan con los respectivos pagos a su cargo, de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución n.º 14.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 19 de diciembre de 2016, Qali Warma solicitó un plazo extraordinario de diez (10) días hábiles, para cumplir con el pago del reajuste. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 16, de fecha 27 de diciembre de 2016, a través de la cual se otorgó a las partes un plazo adicional de diez (10) días hábiles, a fin de que cumplan con el pago dispuesto en la Resolución n.º 14, bajo apercibimiento de archivar el proceso.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 11 de enero de 2017, Qali Warma acreditó el pago de la parte a su cargo del reajuste de honorarios. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 17, de fecha 31 de enero de 2017, a través de la cual se facultó a Qali Warma para que en un plazo de cinco (5) días hábiles, efectúe el pago en subrogación de Nelysa, bajo apercibimiento de suspender el presente proceso.
- Por Carta s/n, presentada con fecha 8 de febrero de 2017, el doctor Castillo cumplió con ampliar su declaración.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 9 de febrero de 2016, Qali Warma solicitó se remitan los respectivos recibos por honorarios. Asimismo, se requirió que el plazo para efectuar el pago se compute a partir del día siguiente de notificado con dichos recibos. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 18, de fecha 21 de febrero de 2017.



(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- Mediante Resolución n.º 19, de fecha 9 de marzo de 2017, el Tribunal Arbitral hizo efectivo el apercibimiento señalado en la Resolución n.º 17 y, por tanto, suspendió el presente proceso.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 24 de marzo de 2017, Qali Warma acreditó el pago en subrogación de la parte demandante. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 20, de fecha 20 de julio de 2017, a través de la cual se levantó la suspensión y se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contado a partir de la última notificación de la referida Resolución. Dicho plazo venció el 11 de septiembre de 2017.
- Mediante Resolución n.º 21, de fecha 5 de septiembre de 2017, se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales. Dicho plazo vencerá el lunes 23 de octubre de 2017.

CUESTIONES PRELIMINARES DEL PROCESO ARBITRAL

Que, antes de analizar la materia controvertida, corresponde recordar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que ninguno de los árbitros fue recusado; (iii) que no se impugnó ni reclamó contra las disposiciones de procedimiento contenidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral; (iv) que Nelysa presentó su demanda dentro del plazo establecido por el Tribunal Arbitral; (v) que el Comité y Qali Warma fueron debidamente emplazados con la demanda y ejercieron plenamente su derecho de defensa; (vi) que Qali Warma reconvino dentro del plazo concedido y que Nelysa fue debidamente emplazada, ejerciendo plenamente sus derecho de defensa; (vii) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios; (viii) que el Consocio y Qali Warma presentaron sus alegatos escritos;¹ (ix) que el Comité y Qali Warma hicieron uso de la palabra en la

¹ El Comité no presentó sus alegatos escritos a pesar de estar debidamente notificado.

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

Audiencia de Informes Orales;² y (x) que el Tribunal Arbitral ha procedido a emitir el Laudo dentro del plazo establecido en la Resolución n.º 21, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación.

DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

Que el Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes. Asimismo, se deja constancia de que ha examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo n.º 1071, que regula el Arbitraje. Finalmente, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente Laudo.

CONSIDERANDO

1. Que Nelysa interpuso demanda en contra del Comité y de Qali Warma, a efectos de que se declaren fundadas las siguientes pretensiones:

Pretensión Principal

Que, en cumplimiento del Acta de Conciliación, la demandada haga la entrega del 10% retenido por convenio contractual, ascendente a la suma de S/ 150,622.96, más los intereses legales desde el mes de diciembre del año 2014, al haber efectuado la demandada el último pago (cancelando por el total de los bienes entregados según contrato civil), sin existir observaciones por la demandada.

Pretensiones Secundarias

² El Consorcio no asistió a la Audiencia de Informes Orales, a pesar de estar debidamente notificado.



Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

Que se ordene el cumplimiento del Acta de Conciliación, de fecha 23 de enero del año 2015.

Que se ordene el pago de una indemnización ascendente a S/100,000.00 por incumplimiento de contrato, incumplimiento del Acta de Conciliación y otras acciones de carácter dilatorio.

2. Que Qali Warma y el Comité contestaron la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.
3. Que, además, Qali Warma formuló reconvencción en contra de Nelysa, a fin de que se declaren fundadas las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Objetiva Originaria Principal

Que se declare la invalidez, ineficacia, nulidad y/o inexistencia del Acta de Conciliación n.º 0003-2015-CC/JC, de fecha 23 de enero de 2015, ante el Centro de Conciliación Extrajudicial “JUSTICIA CONTIGO”.

Segunda Pretensión Objetiva Originaria Principal

Que se declare la resolución de los Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO1/PRO, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1428 del Código Civil, bajo las causales de resolución establecidas en los numerales 13.2, 14.2, 16.1 y 16.2 de los Contratos.

Tercera Pretensión Objetiva Originaria Principal

Que se ordene a la parte demandante asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma para su mejor defensa en este proceso arbitral.



(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

4. Que, en el Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral dejó establecido que se reservaba el derecho de analizar y, en su caso, resolver, los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que habían sido señalados.

Que, en ese sentido, el Colegiado estima conveniente comenzar con el análisis de la primera pretensión de la reconvención, relativa a la validez del Acta de Conciliación n.º 0003-2015-CC/JC, de fecha 23 de enero de 2015. Luego, de ello, proseguirá con el análisis de la pretensión relativa al pedido de declaración de resolución de los Contratos. Finalmente, continuará con el análisis de las pretensiones de la demanda, en tanto, este Colegiado estima conveniente determinar, en primer lugar, si el Acta de Conciliación es válida y eficaz y, en segundo lugar, si corresponde o no declarar la resolución de los contratos.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA INVALIDEZ, INEFICACIA, NULIDAD Y/O INEXISTENCIA DEL ACTA DE CONCILIACIÓN N.º 0003-2015-CC/JC, DE FECHA 23 ENERO DE 2015

Posición de Qali Warma

- 4.1. Que, la referida Acta de Conciliación adolece de nulidad y, por lo tanto, no tiene ningún efecto jurídico, al existir una indebida representación por parte del señor Elmer Hugo Bao Zchutze, quien suscribe dicha Acta, en tanto que en dicha fecha ya no era Presidente del Comité. Tampoco, tenía las facultades de conciliar extrajudicialmente a nombre del Comité, conforme a lo dispuesto en el Manual de Compras de Qali Warma (instrumento normativo que contiene las disposiciones, lineamientos y procedimientos de observancia obligatoria para los Comités, proveedores y Qali Warma).



Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

4.2. Que, además, corresponde precisar que para poder conciliar se requiere de un poder especial, al ser un acto de disposición, conforme lo establece el artículo 167 del Código Civil.

4.3. Que, asimismo, de lo establecido en los Contratos, resulta claro que el Presidente del Comité sólo tenía poder de representación para recurrir a un arbitraje de derecho, mas no a una conciliación extrajudicial, siendo por tanto nulo todo acuerdo llevado en ella.

Que, entonces, la celebración y posterior suscripción del Acta se encuentra dentro de los presupuestos de nulidad establecidos en los incisos 1 y 6 del artículo 219 del Código Civil.

4.4. Que dicha nulidad está referida a dos presupuestos diferentes, pero conexos entre sí:

(i) Primer supuesto:

- Falta de manifestación de voluntad del agente:

Que el señor Elmer Hugo Bao Zchutze actuó sin tener una representación legítima por parte del Comité. Tampoco se contaba con un Informe legal previo de la Unidad Territorial, tal como lo prescribe en forma supletoria el numeral 90 del Manual de Compras.

Que tal hecho se corrobora con el reconocimiento tácito de su indebido apersonamiento a la Conciliación Extrajudicial, mediante el documento signado como Informe n.º 001-2015-PCCPASCO1/EHBS, dirigido al Jefe de la Unidad Territorial de Pasco de Qali Warma, a través del cual señala que asistió a la



(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

celebración de dicha Conciliación sin ningún asesoramiento por parte de la Unidad de Asesoría Jurídica.

- De la falta de representación del Presidente del Comité:

Que, en la misma fecha de la realización de la Conciliación (23 de enero de 2015), se expidió la Resolución de Dirección Ejecutiva n.º 433-2015-MIDIS/PNAEQW mediante la cual se modificó la conformación del Comité.

Que el señor Bao ya no ostentaba el cargo de Presidente del Comité al momento de la celebración de la conciliación extrajudicial, participando en ella sin tener facultades, ni ser representante legal, ni mucho menos Presidente del Comité, siendo por lo tanto nula toda decisión tomada en el referido documento.

Que, por otro lado, debe mencionarse que como consecuencia de la indebida conciliación en la que participó el señor Bao, la Unidad de Asesoría Jurídica emitió el Memorándum n.º 0726-2015-MIDIS/PNAEQW-UAJ, de fecha 24 de julio de 2015, advirtiendo que la referida Acta fue suscrita por una persona que no gozaba de facultad expresa para tomar este tipo de acuerdo y que, por tal razón, no tiene validez legal; consecuentemente, no es posible de generar efecto jurídico alguno.

(ii) Segundo supuesto

- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad:

Que, teniendo en cuenta el numeral 4 del artículo 140 del Código Civil, se puede señalar que el señor Bao intervino en una

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

conciliación sin considerar que en los Contratos y Manual de Compras se establece como mecanismo alternativo de resolución de conflictos el arbitraje de derecho y no la conciliación.

- 4.5. Que, por lo tanto, resulta claro que el Acta de Conciliación Extrajudicial n.º 0003-2015-CC/JC deviene en nula, invalida e ineficaz, y sin ningún efecto jurídico para las partes.

Posición del Comité

- 4.6. Que a pesar de que el Comité fue debidamente notificado con la reconvencción de Qali Warma, no se pronunció sobre el particular.

Posición de Nelysa

- 4.7. Que la forma en la que Qali Warma plantea su Primera Pretensión de la reconvencción refleja debilidad, al existir pluralidad de pedidos (invalidéz, ineficacia, nulidad o inexistencia), siendo que además incumple en sustentar su pretensión al señalar que a efectos de no incurrir en innecesarias repeticiones, se tenga presente los puntos de vista expuestos en los fundamentos de hecho de la contestación de la Primera Pretensión de la demanda, en lo que fuera pertinente.
- 4.8. Que, por lo tanto, resulta evidente que Qali Warma no desarrolla los respectivos fundamentos por los que se debería declarar la invalidéz o ineficacia o nulidad o inexistencia del Acta, tratándose de justificar únicamente en la formalidad de la Cláusula Vigésima de los Contratos (de recurrir al arbitraje de derecho como mecanismo de solución de controversias).
- 4.9. Que, por otro lado, resulta errado desconocer a la persona que celebró el Acta de Conciliación, el señor Elmer Bao Schutze,

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

señalando que ese mismo día se emitió una Resolución reconviniendo a los miembros del Comité. Ello, en la medida de que todo acto resolutivo en sede administrativa opera desde el momento de su notificación o, si se quiere, desde la fecha de su publicación, mas no desde la fecha de su firma. No se cumplen las reglas de la publicación y notificación establecidas por la Ley n.º 27444.

Posición del Tribunal Arbitral

- 4.10. Que, en primer lugar, se debe determinar cuál es la norma aplicable para analizar cada uno de los puntos controvertidos del presente caso.
- 4.11. Que, al respecto, considerando lo establecido en la Cláusula Décimo Novena de los Contratos,³ se puede advertir que las normas aplicables son las siguientes (y en el siguiente orden de prelación): (i) el Contrato; (ii) el Manual de Compras; (iii) las disposiciones emitidas por Qali Warma; y (iv) el Código Civil.
- 4.12. Que los Contratos fueron suscritos por el señor Elmer Hugo Bao Shtuze, en su calidad de Presidente del Comité de Compra Pasco 1.
- 4.13. Que el numeral 15 del Manual de Compras establece las funciones del Comité de Compras, señalando lo siguiente:

«15) Funciones del Comité de Compras:

- a) Convocar al proceso de compra de raciones y productos
- b) Conducir el proceso de compra, conforme a los lineamientos aprobados por Qali Warma.

³ Que indica lo siguiente:

«CLÁUSULA NOVENA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

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



(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- c) Seleccionar a los proveedores de raciones y productos de conformidad con las respectivas bases aprobadas por Qali Warma.
- d) Suscribir contratos con los proveedores seleccionados, de conformidad con lo establecido en las bases y el presente Manual de Compras, así como, de ser el caso, suscribir las adendas respectivas.
- e) Resolver contratos con los proveedores por las causales establecidas en el presente Manual.
- f) Realizar los pagos a los proveedores y rendir cuenta documentada de los recursos transferidos, a través del Presidente y Tesorero, con la asistencia técnica de la Unidad Territorial, de acuerdo a lo establecido en los procedimientos específicos de transferencia, desembolso y rendición de cuentas aprobados por Qali Warma.
- g) Implementar las acciones que, como resultado de la supervisión y asistencia realizada, disponga, con carácter vinculante, el Jefe de la Unidad Territorial
- h) Remitir a la Unidad Territorial las solicitudes de información, denuncias y/o requerimientos referidos a las contrataciones, para la atención correspondiente».

4.14. Que, por su parte, el numeral 16 del Manual de Compras establece cuáles son las funciones del Presidente del Comité de Compra, indicando lo siguiente:

«16) Funciones del Presidente del Comité de Compra:

- a) Ejercer la representación legal del Comité de Compra.
- b) Suscribir el convenio de cooperación de Qali Warma en representación del Comité de Compra.
- c) Convocar y conducir las sesiones del Comité de Compra inherentes al proceso de compra.
- d) Suscribir el contrato con los proveedores en representación del Comité de Compra y remitir copia a la Unidad Territorial de Qali Warma.
- e) Registra su firma para la apertura de la cuenta bancaria del Comité de Compra.
- f) Suscribir las órdenes de pago a favor de proveedores, conjuntamente con el Tesorero, de acuerdo con lo autorizado por Qali Warma.
- g) Remitir el balance de recursos transferidos mensualmente, de acuerdo con las disposiciones establecidas por Qali Warma».



(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- 4.15. Que, como se puede apreciar, el Manual de Compras no contempla — ni como una de las funciones del Comité ni del Presidente— la posibilidad de la conciliación extrajudicial.
- 4.16. Que, al respecto, corresponde recordar que conforme lo señala el artículo 13 del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobada mediante Decreto Supremo n.º 014-2008-JUS, la representación de personas naturales y jurídicas para participar en una conciliación extrajudicial deberá efectuarse con poderes expresos y específicos a través de los cuales se otorgue la facultad de conciliar extrajudicialmente y de disponer del derecho materia de conciliación.
- 4.17. Que en los numerales 15 y 16 del Manual de Compras no se establece ninguna facultad para que el Presidente del Comité ejerza la representación en una conciliación extrajudicial, ni mucho menos cuenta con el poder de disponer respecto de las materias que fueron objeto de la conciliación.
- 4.18. Que si bien es cierto en el literal a) del citado numeral 16 se señala que el Presidente ejerce la representación legal del Comité, dicha facultad no basta para poder efectuar actos de disposición respecto a las materias que se estaban sometiendo a conciliación.

Que, en el Acta de Conciliación, se «acordaron» actos de disposición: (i) dar por culminados y ejecutados parcialmente los Contratos; y (ii) establecer una penalidad compensatoria de S/ 100.00 por cada día de incumplimiento de lo acordado en el Acta.

Que, como se puede advertir, los acuerdos a los que se llegaron no fueron actos de mera administración, sino de culminación del Contrato e incluso de generación de obligaciones (con recursos que provienen de Qali Warma); es decir, actos de disposición.

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- 4.19. Que, por lo tanto, resulta evidente que el señor Bao, quien era Presidente del Comité, no contaba con las facultades de representación necesarias para acudir a la Conciliación Extrajudicial celebrada el 23 de enero de 2015, ni mucho menos para decidir en nombre del Comité.

Que, de los medios probatorios que obran en el Expediente, no se acredita la existencia de poder especial alguno otorgado por el Comité o Qali Warma para que el señor Bao represente a dicha Entidad en la referida conciliación y se comprometa a efectuar actos de disposición.

- 4.20. Que, por el contrario, tenemos el Acta n.º 024-2014-CCPASCO1, de fecha 30 de diciembre de 2014, suscrita por el señor Bao, en su calidad de Presidente del Comité, en donde se concluye que —considerando que del Informe n.º 0399-2014-MIDIS/PNAEQW se desprende que Nelysa incumplió los Contratos al presentar el Certificado Sanitario n.º 14343 que no corresponde a SANIPES— es necesaria la asesoría jurídica para poder actuar de manera correcta.

- 4.21. Que, sin embargo, de los medios probatorios no se advierte que a la fecha de la celebración de la conciliación extrajudicial (23 de enero de 2015), el Comité (incluido el Presidente) haya recibido el debido asesoramiento legal, tan es así que en el propio Informe n.º 001-2015-PCCPASCO1/EHBS, a través del cual el señor Bao hace de conocimiento de la Unidad Territorial del Acta celebrada, se señala que aún no se recibe respuesta alguna de la Oficina de Jurídica.

- 4.22. Que, dentro de este orden de ideas, queda claro que la participación del señor Bao, como Presidente del Comité, en la Conciliación Extrajudicial se dio en un contexto en el que no contaba con las facultades necesarias para celebrar dicho acto en representación del Comité.



Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

4.23. Que, ahora bien, es importante mencionar que Qali Warma señala que la actuación del señor Bao, al participar de la Conciliación Extrajudicial sin las facultades de representación debida, configuraría el supuesto de nulidad del acto jurídico por falta de manifestación del agente, regulado en el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil. Sin embargo, se debe recordar que el referido artículo se aplica en los casos en los que existe algún tipo de vicio o defecto en la manifestación de voluntad del agente, sea porque no es un agente capaz o porque en realidad no ejerció libremente su manifestación de voluntad. Sin embargo, en el presente caso, no estamos ante dicho supuesto, sino más bien ante actos del representante sin facultades suficientes para acudir y decidir en una Conciliación Extrajudicial.

4.24. Que, en ese sentido, corresponde analizar lo establecido en el artículo 161 del Código Civil, que establece lo siguiente:

«Artículo 161.- El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros. También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye». (El subrayado es nuestro).

Que, del citado artículo podemos afirmar que en todos los casos de falta o exceso de poder no hay representación, por lo que el acto llevado a cabo por el falso representante no es susceptible de producir efectos para el *dominus* (supuesto representado), es decir, es ineficaz para él. En otros términos, el acto concluido por el *falsus procurator* es inoponible al *dominus* –como si no se hubiera celebrado en su nombre– dado que el sustituto no gozaba del poder necesario. Ciertamente, también es ineficaz entre las partes que lo celebraron, pues en este caso, no han querido estipular para sí, sino para el *dominus*.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- 4.25. Que, como se puede apreciar, es evidente que los supuestos previstos en el citado artículo del Código Civil son situaciones de inoponibilidad en base al principio *res inter alios acta*; es decir, los actos no alcanzan al tercero supuestamente representado, no produciéndose en la esfera jurídica de éste el efecto *contemplati domini*, propio de la representación directa.
- 4.26. Que así, el acto no tiene eficacia alguna para el supuesto representado y, conforme al artículo 162 del Código Civil,⁴ sólo la ratificación que éste haga (es decir, una declaración de voluntad expresa por la cual acepte y haga suyos los efectos del acto) lo vinculará. Si la ratificación no tiene lugar, el tercero no tiene nada que exigirle; sólo le quedará dirigir sus pretensiones contra el seudorepresentante, quien a su vez quedará obligado por los daños y perjuicios tanto frente al *dominus* como al tercero.
- 4.27. Que, según Betti,⁵ puede producirse la representación sin poderes cuando quien obra en representación no respeta los límites (de contenido) de los poderes conferidos, o se encuentra en conflicto de intereses con el representado (conflicto que puede existir también en caso de doble representación), o actúa traspasando los límites de tiempo, cuando la representación ha cesado.

⁴ «Artículo 162.- En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración. La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho del tercero.

El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.

La facultad de ratificar se transmite a los herederos».

⁵ BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1943, p. 449.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- 4.28. Que, para Vidal Ramírez,⁶ todo representante legal o voluntario tiene las facultades que le confiere la ley o le ha otorgado el interesado. Es así que la ley o el acto de otorgamiento del poder le sirven de título para legitimar su actuación y, al mismo tiempo, le determinan los límites de la representación, obligándolo a actuar con arreglo a las facultades de que se le ha investido. El exceso de los límites de las facultades o la violación de éstas, se produce cuando el representante no se atiene a los términos estrictos del título de su representación o cuando no respeta los límites, tanto de contenido como temporales en el ejercicio del poder, y extiende su actividad a extremos para los cuales no ha sido facultado.
- 4.29. Que, por lo tanto, resulta claro que al no tener el señor Bao, como Presidente del Comité, facultades para conciliar extrajudicialmente, ni en representación del Comité, ni de Qali Warma, el Acta de Conciliación es ineficaz, es decir, no tiene eficacia alguna para exigir su cumplimiento al representado.
- 4.30. Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que este Tribunal Arbitral no puede concluir que en la fecha de la celebración de la Conciliación Extrajudicial (23 de enero de 2017) el señor Bao no ostentaba el cargo de Presidente del Tribunal, como afirma la parte demandada, toda vez que no se ha acreditado que la Resolución de Dirección Ejecutiva n.º 433-2015-MIDIS/PNAEQW, de fecha 23 de septiembre de 2015, a través de la cual se reconfirma el Comité, y ya no se nombra al señor Bao como miembro, que ese mismo día se le hubiese notificado al señor Bao,⁷ para que dicha Resolución surta efecto. En ese sentido, se concluye que no se ha acreditado que ese día haya dejado de ejercer su cargo como Presidente del Comité.

⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1985, p. 202-203.

⁷ A fin de que tome conocimiento de su cambio.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- 4.31. Que, por otro lado, es importante mencionar que el Manual de Compras es el instrumento normativo que contiene las disposiciones, lineamientos y procedimientos de observancia obligatoria por los Comités de Compra, proveedores y Qali Warma, siendo aplicables a las contrataciones que se realicen para la atención del servicio alimentario a los usuarios del programa. Ello, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del referido Manual.

Que, en ese sentido, el numeral 89 del Manual de Compras, además de la Cláusula Vigésima del Contrato, señala que el mecanismo alternativo para resolver los conflictos de los Contratos es el arbitraje de derecho. Por lo tanto, al ser una norma de cumplimiento obligatorio, no corresponde hacer extensiva dicha posición incorporando otro mecanismo de resolución de controversias. Así pues, del referido numeral queda totalmente claro que la única vía por la que se puede discutir las discrepancias en torno al Contrato es a través del arbitraje.

- 4.32. Que, no obstante ello, no se puede concluir que la vulneración a lo establecido en el Manual de Compras, configure el supuesto de nulidad contemplado por el inciso 6 del artículo 219 del Código Civil, toda vez que no se advierte que dicha vulneración sea sancionada con nulidad.

Que, al respecto, corresponde recordar que la sanción de nulidad, en caso no se cumpla con una formalidad de observancia obligatoria, debe ser establecida de forma expresa. Sin embargo, en el presente caso el Manual de Compras no sanciona el incumplimiento de lo establecido en el numeral 89 con nulidad.

- 4.33. Que, por otro lado, Nelysa menciona que debería desestimarse la presente pretensión, en tanto la pluralidad del pedido (invalidez, ineficacia, nulidad o inexistencia) resulta poco clara y sólida.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

Que, al respecto, corresponde señalar que si Nelysa consideraba que la forma en que Qali Warma planteó la primera pretensión de su reconvencción era oscura o ambigua, debió formular la respectiva excepción.

Que, sin embargo, no se advierte que se haya presentado dicha excepción.

Que, sin perjuicio de lo anterior, a entender de este Colegiado, más allá de que el demandado no haya fundamentado cada uno de los extremos de dicha pretensión, la misma es clara: se pretende que el Tribunal Arbitral declare que el Acta es inválida o ineficaz o nula o inexistente. Y, en este proceso arbitral, se está determinando que la misma es ineficaz, en virtud de lo establecido por el artículo 161 del Código Civil.

- 4.34. Que, dentro de este orden de ideas, se debe declarar fundada la Primera Pretensión de la reconvencción y, en ese sentido, declarar ineficaz el Acta de Conciliación n.º 003-2015-CC/JC, celebrada el 23 de enero de 2015 ante el Centro de Conciliación Extrajudicial «Justicia Contigo».

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS N.º 001-2014-CC-PASC01/ PRO Y N.º 008-2014-CC-PASC01/PRO, EN APLICACIÓN DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 1428 DEL CÓDIGO CIVIL, BAJO LAS CAUSALES DE RESOLUCIÓN ESTABLECIDAS EN LOS NUMERALES 13.2,14.2, 16.1 Y 16.2 DE LOS CONTRATOS.

Posición de Qali Warma

- 4.35. Que, teniendo en cuenta que los anexos y formatos de las Bases Integradas son parte del Contrato, se advierte que Nelysa debía cumplir con lo establecido en dichos documentos. Así pues, Nelysa presentó el



Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

Formato n.º 8 (Declaración Jurada), declarando, entre otros, que los productos hidrobiológicos que distribuiría cuentan con el Protocolo Técnico de Registro Sanitario vigente, Certificado Oficial Sanitario y de Calidad del Producto; y que han sido elaborados en plantas que cuentan con Protocolo Técnico de Habilitación o Registro de Planta de Procesamiento Industrial del fabricante o distribuidor autorizado, además de acreditarse documentariamente (factura) procedencia, en que figure el lote, marca y otros, con fines de rastreabilidad.

- 4.36. Que de la referida Declaración Jurada resulta evidente concluir que Nelysa tuvo pleno conocimiento de que debía contar con los certificados mencionados, entre ellos el Certificado de SANIPES, siendo obligación del Proveedor la presentación de dicho documento, conforme a lo señalado en el literal i) de las Bases Integradas.
- 4.37. Que, atendiendo al Principio de Presunción de Veracidad, se presume que todas las declaraciones juradas y certificados presentados por los proveedores se tienen por ciertos. Sin embargo, se debe tener en cuenta que Qali Warma tiene la potestad de verificar en cualquier momento la veracidad de la presentación de los documentos presentados por el proveedor, más aún si se trata de los certificados de SANIPES.
- 4.38. Que, con fecha 13 de octubre de 2014, mediante Carta n.º 013-2014, Nelysa solicitó la liberación de productos, razón por la cual la ingeniera Verónica Cortez Gonzales, en su condición de Supervisora de Plantas y Almacenes, procede con dicha liberación el 15 de octubre de 2014. Así pues, dicho procedimiento fue realizado según lo dispuesto por la Resolución Jefatural n.º 001-2014-MIDIS/PNAEQW, solicitando para los productos hidrobiológicos:
- Protocolo Técnico de Habilitación;
 - Protocolo técnico de registro sanitario otorgado por SANIPES; y,



Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- Documentación para los demás productos de acuerdo a la ficha técnica.

- 4.39. Que, en este contexto, Nelysa entregó el Certificado Sanitario n.º 14343, y, considerándose correcta la documentación, se liberaron los productos, a fin de que se efectúe su entrega a partir del 17 de octubre de 2014, según Informe n.º 019-MIDIS-PNAEQW-MCC-VCG/PASCO.
- 4.40. Que, el 29 de octubre de 2014, mediante correo electrónico del Jefe de la Unidad Territorial Pasco, se remiten los Memorándum n.º 3326 y n.º 3328-2014-MIDIS/PNAEQW-US&M, a través de los cuales se indica que el documento denominado Certificado Sanitario Oficial n.º 14343-2014 SANIPES-ITP, es un documento presuntamente falso, toda vez que el coordinador del Área de Certificación Pesquera del SANIPES-ITP, comunicó mediante correo electrónico que no fue emitido por dicha Autoridad Sanitaria. Asimismo, se señala que los Certificados Sanitarios n.º 17243-2014 SANIPES-ITP y n.º 17798-2014 han sido emitidos por SANIPES, pero al comparar con el certificado entregado por la proveedora, no coinciden los datos.
- 4.41. Que, con el Memorándum Múltiple n.º 145 y el Oficio n.º 2209-2014-ITP/DG/SANIPES, SANIPES informa sobre los resultados de la verificación de los certificados observados, señalándose que el Certificado Sanitario n.º 14343-2014-SANIPES, entregado por Nelysa es «no conforme», en tanto que la numeración del certificado corresponde a uno de importación, emitido por la empresa DSM Marine Productos, hecho que trasgrede la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato.
- 4.42. Que, con fecha 11 de noviembre de 2014, se emite el Informe n.º 0399-2014-MIDIS/PNAEQW-UTPASC, a través del cual se comunica al

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

señor Bao, en aquel entonces Presidente del Comité de Compras Pasco 1, lo siguiente:

- Que el proceso de liberación de productos ha sido realizado;
- Que Nelysa ha contravenido la Cláusula Décimo Cuarta de los Contratos, razón por la cual el Comité debe tomar las acciones administrativas correspondientes de acuerdo a sus atribuciones, tipificadas en el Manual de Compras de Qali Warma; y,
- Que se ha tomado acciones preventivas para que el producto inmovilizado no sea distribuido y afecte a la salud de los usuarios.

- 4.43. Que, debido al Informe n.º 0399-2014-MIDIS/PNAEQW-UTPASC y conforme a lo establecido en la Cláusula Décimo Sexta de los Contratos, mediante Acta n.º 024-2014-CC-PASCO 1, Acta de Resolución de Contratos, se acordó que en tanto que Nelysa incumplió los Contratos, al haber presentado el Certificado Sanitario n.º 14343-2014-ITP/SANIPES, que no es conforme, correspondía solicitar asesoramiento jurídico a Qali Warma, a fin de actuar de manera correcta, de acuerdo a la normativa correspondiente.
- 4.44. Que el Presidente del Comité remitió el Informe n.º 001-2015-PCCPASCO1/EHBS, de fecha 25 de enero de 2015, al Jefe de la Unidad Territorial de Pasco, comunicando su participación en la celebración de la Audiencia de Conciliación Extrajudicial n.º 003-2015-CC/JC, de fecha 23 de enero de 2015.
- 4.45. Que, sin embargo, mediante Resolución de Dirección Ejecutiva n.º 433-2015-MIDIS/PNAEQW, de fecha 23 de enero de 2015, se modificó la conformación del Comité, siendo que el señor Bao ya no formaba parte del Comité. En ese sentido, a la fecha de la ineficaz conciliación, el referido señor no era parte integrante del Comité.



Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- 4.46. Que, en respuesta del Informe n.º 001-2015-PCCPASCO1/EHBS y a solicitud del nuevo Presidente del Comité, mediante Acta n.º 017-2015-CCPASCO 1, el Jefe de la Unidad Territorial de Pasco remite el Informe n.º 0147-2015-MIDIS/PNAEQW, dirigido al Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica de Qali Warma, a fin de solicitar opinión legal para poder resolver los Contratos de manera adecuada.
- 4.47. Que, mediante Memorándum n.º 726-2015-MIDIS/PNAEQW-UAJ, de fecha 24 de julio de 2015, el Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica señaló que los miembros del Comité tomaron conocimiento del Acta de Conciliación; sin embargo, de la normativa no se evidencia que el Comité o el Presidente del Comité cuente con la facultad expresa para celebrar acuerdos conciliatorios en relación a cualquier controversia que pueda surgir con un proveedor. En tal sentido, la referida Acta fue suscrita por una persona que no gozaba de la facultad expresa para tomar este tipo de acuerdos y, en consecuencia, dicha Acta no tiene validez ni efecto legal alguno. Por último, agregó que habiéndose verificado el incumplimiento de obligaciones de Nelysa, corresponde que el Comité dé cabal cumplimiento a lo estipulado en la Cláusula Décimo Sexta de los Contratos (cursar cartas notariales comunicando la resolución contractual por incumplimiento de las cláusulas pertinentes).
- 4.48. Que, de lo antes señalado, se advierte que corresponde que el Tribunal Arbitral declare la resolución de los Contratos, en tanto que se cumplió con lo establecido en la Cláusula Décimo Sexta, al existir incumplimiento por parte de Nelysa (Certificado Sanitario no conforme, según información de SANIPES), habiéndose además emitido el Informe n.º 0399-2014-MIDIS/PNAEQW-UTPASC, refrendado con el Memorándum n.º 726-2015-MIDIS/PNAEQW-UAJ.



(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- 4.49. Que, finalmente, corresponde precisar que Qali Warma tiene como finalidad brindar un servicio alimentario de calidad a los niños de nivel inicial (a partir de los 3 años de edad) y primaria de las instituciones educativas públicas en todo el territorio nacional. Por ello, ante el solo riesgo de exposición de peligro, 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.

Posición del Comité

- 4.50. Que a pesar de que el Comité fue debidamente notificado con la reconvencción de Qali Warma, no se pronunció sobre la misma.

Posición de Nelysa

- 4.51. Que Qali Warma solicita la resolución de los contratos fuera del plazo contractual, y luego de haberse efectuado el pago por el servicio prestado, luego de un año y seis meses de haber culminado la ejecución de los Contratos. Por ello, este pedido es impertinente, desfasado e ilegal, toda vez que una resolución contractual se plantea cuando el Contrato está vigente y cuando existe el incumplimiento de una de las partes contractuales. No está sujeto a caprichos, sino a las reglas contenidas en los Contratos y a las reglas del Código Civil.
- 4.52. Que no se acredita el supuesto incumplimiento que alega Qali Warma, así como tampoco se demuestra en qué momento de la vigencia de los Contratos impusieron penalidades o resolvieron el Contrato, conforme lo señala el numeral 13.2 del Contrato.
- 4.53. Que Qali Warma alude a la Cláusula Décima Sexta; sin embargo, no toma en claro que dicha disposición señala que para proceder con la



Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

resolución, la Unidad Territorial debe haber emitido previamente el informe técnico que sustente los fundamentos de dicha decisión.

- 4.54. Que mediante el Acta n.º 24-2014-CCPASCO1, de fecha 30 de diciembre de 2014, el Comité señala que luego de analizar el Informe n.º 0399-2014-MIDIS/PNAEQW-UTPASC y los documentos presentados por Nelysa, se requiere de asesoría jurídica de Qali Warma, para poder actuar de manera correcta. No obstante ello, no se considera que, a dicha fecha, ya se había cumplido con el Contrato y se estaba efectuando el pago faltante.
- 4.55. Que, por otro lado, resulta errado desconocer a la persona que suscribió el Acta de Conciliación, el señor Elmer Bao Schutze, señalando que ese mismo día se emitió una Resolución reconformando a los miembros del Comité, toda vez que todo acto resolutivo en sede administrativa opera desde el momento de su notificación o, si se quiere, desde la fecha de su publicación, mas no de la fecha de su firma. La posición de Qali Warma no se ajusta a las reglas de la publicación y notificación establecidas por la Ley n.º 27444.
- 4.56. Que, en el año 2014, se debió de remitir, a Nelysa, vía conducto notarial la resolución de los dos Contratos, pero no fue así, permitiendo con ello que el contrato llegue a su fin. Así pues, culminó con el pago correspondiente y al existir el último pago no se puede hablar de resolución de Contrato.

Posición del Tribunal Arbitral

- 4.57. Que, en el presente caso, Qali Warma invoca el artículo 1428 del Código Civil para solicitar que el Tribunal Arbitral declare la resolución de los Contratos, precepto que señala lo siguiente:

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

«Artículo 1428.– En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación». (El subrayado es nuestro).

- 4.58. Que, al respecto, es importante mencionar que tradicionalmente existen dos formas para resolver un contrato por incumplimiento, las mismas que han sido reconocidas e incorporadas por casi todas las codificaciones modernas: judicial y extrajudicial.

Que la resolución judicial (o arbitral) —figura que se encuentra regulada en el artículo bajo comentario— se actúa a través de un proceso judicial o arbitral, caracterizándose, además, porque la ineficacia tiene lugar como consecuencia de una sentencia constitutiva.

Que, de acuerdo a Scognamiglio,⁸ el que la resolución judicial no opere automáticamente se explica por la necesidad práctica de obtener un pronunciamiento del juzgador, el cual sirve para decidir, en una situación que se presta a dudas, si efectivamente se ha presentado el incumplimiento de la otra parte y en una medida que justifique la disolución del contrato.

Que, la resolución extrajudicial es aquella que, por el contrario, no requiere de la presencia del juez. Esta modalidad abarca, en nuestro sistema, dos supuestos: la resolución por intimación y la resolución por

⁸ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 268.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

cláusula expresa, previstas en los artículos 1429 y 1430, respectivamente, del Código Civil.

- 4.59. Que, en ese sentido, corresponde determinar si existe incumplimiento por parte de Nelysa, a fin de que se pueda declarar la respectiva resolución, de ser el caso.

Que cabe precisar que Qali Warma invoca el artículo 1428 del Código Civil, en tanto que, en los hechos, las partes dieron por culminados (inválidamente) los Contratos, mediante Acta de Conciliación Extrajudicial n.º 003-2015-CC/JC, de fecha 23 de enero de 2015; por lo tanto, luego de dicha Acta, no se podía resolver un vínculo que, en estricto, ya no estaba vigente.

Que, por ello, primero se debía determinar —en sede arbitral— si el Acta de Conciliación (y, por ende, los acuerdos adoptados en ella) era válida y/o eficaz, para luego pretender que se declare la resolución de los Contratos.

- 4.60. Que el incumplimiento invocado por Qali Warma se relaciona con el Certificado Sanitario n.º 14343 presentado por Nelysa, el cual no coincide con los emitidos por SANIPES.

Que, en ese sentido, Qali Warma indica que el incumplimiento y, consecuente resolución, se sustentaría en los numerales 13.2., 14.2, 16.1 y 16. 2 de los Contratos.

- 4.61. Que, sobre el particular, la Cláusula Décimo Sexta de los Contratos establece lo siguiente:

«CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO



Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

EL COMITÉ resolverá el presente contrato de pleno derecho, cuando:

16.1. EL PROVEEDOR incumpla injustificadamente las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo.

16.2 EL PROVEEDOR no cuente con los certificados correspondientes a los requisitos obligatorios o estos no se encuentren vigentes hasta por un periodo superior a los tres (03) días hábiles de realizada la observación.

[...]

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.

[...]». (El subrayado es nuestro).

4.62. Que, como se aprecia, la citada Cláusula Décimo Sexta de los Contratos pretende regular los supuestos de resolución de pleno derecho aplicables al presente caso.⁹

Que, sin embargo, resulta evidente que el supuesto contemplado en el numeral 16.1. de la Cláusula Décimo Sexta del Contrato no puede considerarse como una cláusula resolutoria expresa, ya que la misma únicamente constituiría una «cláusula de estilo», al establecer (de manera general y sin especificar cuál es el incumplimiento que generaría la resolución) que se puede resolver el contrato cuando «EL

⁹ Como sabemos, la cláusula resolutoria expresa está regulada en el artículo 1430 del Código Civil. Sobre el particular, Romero Zavala señala que, en principio, la cláusula resolutoria expresa parece hacer innecesaria la interpelación, el requerimiento exigible por el artículo 1429, pues anteladamente las partes han integrado el contrato con una cláusula especial, en la cual declaran que si una de ellas no cumple con la prestación determinada a su cargo, el contrato quedará resuelto automáticamente, de pleno derecho. Claro está, luego de cumplirse el trámite respectivo. (Ver: ROMERO ZAVALA, Luis. *Derecho de los Contratos en el Código Civil Peruano. Teoría General de los Contratos. Libro VII del Código Civil. Sección Primera* (artículos 1351 al 1425). Lima: Editora FECAT, 1999, tomo II, p. 69).

Por su parte, Rodolfo Sacco advierte que la cláusula debe contener referencias específicas a las obligaciones cuya infracción producirá la resolución. Si ella comprende todas las obligaciones impuestas por el contrato a cargo de una de las partes, genéricamente indicadas, se entiende, dice, como cláusula de estilo, y se tiene por no puesta. (Ver: SACCO, Rodolfo. «La resolución por incumplimiento». En: *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)*. Lima: ARA Editores, 2003, p. 910).

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

PROVEEDOR incumpla injustificadamente las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo».

Que, en torno al numeral 16.2, resulta evidente que sí constituye una cláusula resolutoria de pleno derecho, en tanto que se hace referencia explícita al incumplimiento que generará válidamente una resolución de pleno derecho (sin necesidad de requerimiento previo alguno).

- 4.63. Que, por otro lado, el numeral 14.2 del Contrato, también invocado por Qali Warma, señala lo siguiente:

«CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA. RESPONSABILIDAD POR VICIOS OCULTOS

[...]

14.2. EL COMITÉ podrá aplicar la acción redhibitoria por vicio oculto, establecida en el artículo 1511 del Código Civil, cuando, al momento de la entrega, por cualquier circunstancia, imputable o no imputable a EL PROVEEDOR, EL COMITÉ no haya podido detectar que los bienes: (i) no cuentan con el respectivo Registro Sanitario y/o Autorización Sanitaria de Establecimiento, según corresponda, o (ii) no cumplen con las características físico-químicas, microbiológicas u organolépticas lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos según corresponda, [...]. La resolución en estos supuestos será de pleno derecho y en consecuencia, EL COMITÉ se encontrará facultado a suspender inmediatamente la distribución del alimento sin perjuicio de que se inicien las acciones legales que correspondan». (El subrayado es nuestro).

Que la referida Cláusula también resulta evidente que es una de naturaleza resolutoria de pleno derecho, en tanto que se establece con claridad cuál es el incumplimiento que acarrearía la resolución del Contrato.

- 4.64. Que, finalmente, el numeral 13.2 de los Contratos establece lo siguiente:



Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

«CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: SUPERVISIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO»

Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengan las condiciones higiénicas sanitarias, operativas que dieron lugar a que fueran contratados, así como el cumplimiento de los términos ofrecidos en las propuestas técnicas. Asimismo, Qali Warma verificará el cumplimiento de las especificaciones técnicas de los productos contenidos en las Fichas Técnicas de Alimentos, la vigencia de las certificaciones presentadas en el proceso de compra y de la documentación sanitaria exigida al personal a cargo de la manipulación de alimentos, y demás declaraciones y compromisos asumidos por los proveedores. En caso de verificarse el incumplimiento de dichas condiciones, y/o la falsedad o inexactitud de documentos, se procederá a emitir los informes técnicos respectivos con la finalidad de aplicar las penalidades establecidas en el Manual de Compra y en el contrato respectivos, y/o resolver el contrato, según corresponda». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Que, en el presente caso, el Tribunal Arbitral advierte que el referido numeral también constituye una cláusula resolutoria de pleno derecho, en tanto se establece con claridad que en caso de que se verifique la falsedad o inexactitud de documentos, se procederá a resolver el Contrato.

- 4.65. Que el incumplimiento alegado por Qali Warma es la presentación del Certificado Sanitario de SANIPES n.º 14343, que fue declarado como «no conforme» con el registrado en SANIPES, según lo informado por el Oficio n.º 2209-2014-ITP(DG-SANIPES).¹⁰

Que, además, cabe preciar que la demandante no ha negado la falsedad del referido Certificado, es decir, no ha acreditado que no se haya presentado el supuesto contemplado en el referido numeral 13.2. del Contrato que sustenta, entre otros, la resolución de los Contratos. Por

¹⁰ Dicho documento establece que el referido Certificado es «No conforme» habida cuenta de que «la numeración del certificado corresponde a un certificado de importación emitido a la empresa DSM MARINE PRODUCTS».

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

el contrario, el demandante afirma que es responsabilidad de la empresa distribuidora.

- 4.66. Que, a entender del Tribunal Arbitral, el hecho de que el referido certificado haya sido entregado por otra empresa a Nelysa, no exonera la responsabilidad del demandante en el cumplimiento de sus obligaciones.

Que tema aparte¹¹ son las acciones legales que pueda seguir el demandante en contra de dicha empresa, en el escenario de que se le hubiese ocasionado algún daño o perjuicio en su relación contractual con el Comité y/o Qali Warma.

- 4.67. Que, incluso, en el supuesto de que la adulteración del certificado no resultase imputable directamente al demandante, se debe tener presente que, como deudor de una obligación, la misma debe ser cumplida con los deberes de diligencia mínima, sobre todo si tomamos en cuenta que se trata de certificados relacionados a alimentos que serán destinados a niños en edad escolar (población beneficiaria de Qali Warma).

- 4.68. Que, en efecto, debemos recordar que, de conformidad con lo establecido por el artículo 1314 del Código Civil, «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Que si partimos de la premisa de que quien actúa con dicha diligencia no es imputable de la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, llegamos a la conclusión evidente de que quien no actúa con tal diligencia sí es imputable (o responsable) de la

¹¹ Ajeno a las materias controvertidas que han sido sometidas a la competencia de este Tribunal Arbitral.



Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación.

Que, sobre el particular, en la Exposición de Motivos del numeral antes referido, Osterling Parodi,¹² señala lo siguiente:

«El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.

En caso de ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación».

Que la diligencia ordinaria importa una conducta o comportamiento — pudiendo ser esta actividad negativa— que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor, es decir, el deber del deudor consiste en la ejecución de la prestación debida. El carácter subjetivo de nuestro ordenamiento está marcado, pues, por este requisito de «diligencia ordinaria», ya que de lo contrario, si tan sólo importase el resultado —sin considerar conducta, actividad o comportamiento alguno por parte del deudor—, sería irrelevante que el deudor hubiese actuado diligente o negligentemente, puesto que sólo se evaluaría dicho resultado, y esta evaluación devendría en objetiva. El cumplimiento o

¹² OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, vol. VI, pp. 198 y 199.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutierrez Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

incumplimiento sería todo lo que habría que verificar a efectos de la determinación de responsabilidad.¹³

- 4.69. Que para Cabanellas,¹⁴ el término «diligencia» ostenta múltiples y trascendentes significados jurídicos: cuidado, solicitud, celo, esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona, etc. Los demás significados apuntan más a su acepción de trámite, siendo la acepción general la que nos atañe. Al respecto, Cabanellas amplía: «La *diligencia* se erige en la clave de la observancia de las obligaciones legales y aun voluntarias; y determina, en su declinación o falta, la calibración de la *culpa*, desde el rigor de la *grave* a la eventual exigencia de las resultas de la *levísima*. Como desempeño de funciones y cargo, el eclipse de esta *diligencia* —en el parcial de la *negligencia* o en el total de la *omisión*— origina además eventuales sanciones punitivas, con la pérdida de los puestos desempeñados y el resarcimiento económico pertinente (...)».

Que, en ese sentido, el Tribunal Arbitral estima que no existió un actuar —previo— diligente por parte del demandante.

- 4.70. Que, asimismo, no se puede dejar de lado lo establecido por el artículo 1325 del Código Civil, en el sentido de que «el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario».

Que hoy se entiende que la responsabilidad es directa. Así, ese deudor es directamente responsable porque la ley establece que en los supuestos en que se vale de un tercero para cumplir con su obligación, asume una responsabilidad objetiva, de modo tal que deberá asumir los

¹³ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra editores S.A.C., 2008, pp. 820-821.

¹⁴ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1989, tomo III, p. 253.

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

daños que ese tercero ocasione al acreedor, claro, siempre y cuando ese tercero sí haya actuado con culpa o dolo y no se haya pactado en contrario.¹⁵

4.71. Que, dentro de tal orden de ideas, habiéndose acreditado que Nelysa incumplió el Contrato, al haber presentado un Certificado Sanitario de SANIPES adulterado, corresponde declarar la resolución de los Contratos.

4.72. Que los beneficiarios hayan consumido el producto sin ningún problema para su salud, tampoco exonera al demandante de cumplir con su obligación de presentar certificados válidos.

Que, en el presente caso, se declaran resueltos los Contratos por la presentación del certificado adulterado, no porque se hayan generado problemas de salud.

4.73. Que, sin embargo, en el presente caso, al momento de la declaración de la resolución de los Contratos, ya todas las prestaciones del mismo a cargo de cada una de las partes han sido ejecutadas. En efecto, el demandante ejecutó todas las prestaciones a su cargo, a saber, la provisión de los productos materia del Contrato y el Comité canceló todos los montos correspondientes a dicha provisión.

Que distinto sería si todavía estuviere pendiente la ejecución de prestaciones a cargo de las partes.

4.74. Que, en ese sentido, resulta imposible que cada parte se restituya las prestaciones ejecutadas. Por ello, el Tribunal Arbitral declara que la resolución, en el presente caso, no tendrá efectos retroactivos.

¹⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, p. 884.

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

Que, ello, tomando en cuenta que Qali Warma no ha solicitado la restitución de las prestaciones a su cargo. En efecto, en ningún escrito del presente proceso se indica que se pretenda la restitución de dichas prestaciones ejecutadas.

- 4.75. Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que todavía no se ha efectuado la liquidación respectiva de cada uno de los contratos.

Que, en ese sentido, la declaración de resolución tiene otros efectos (distintos a los retroactivos no solicitados por la parte demandada); a saber:

- Disposición del fondo de garantía cuando la resolución del Contrato es por causa imputable al proveedor; y
- Sancionar al proveedor que incurre en incumplimientos contractuales, toda vez que en las futuras participaciones en los procesos de selección se le otorgará puntaje negativo en la evaluación técnica.

- 4.76. Que, por lo tanto, se ampara la Segunda Pretensión de la reconvención y, en consecuencia, se declara la resolución de los Contratos, de conformidad con lo establecido en los numerales 13.2. de los Contratos y del artículo 1428 del Código Civil.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE, EN CUMPLIMIENTO DEL ACTA DE CONCILIACIÓN, LA DEMANDADA HAGA ENTREGA DEL 10% (\$/150,662.96) RETENIDO POR CONVENIO CONTRACTUAL, MÁS LOS INTERESES LEGALES DESDE EL MES DE DICIEMBRE DE 2014, AL HABER EFECTUADO LA DEMANDADA EL ÚLTIMO PAGO POR EL TOTAL DE LOS BIENES ENTREGADOS SEGÚN CONTRATO CIVIL, SIN EXISTIR OBSERVACIONES POR LA DEMANDADA



(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

Posición de Nelysa

- 4.77. Que luego del cumplimiento de lo establecido en los Contratos se firmó el Acta de Conciliación Extrajudicial con acuerdo total, señalándose que ambas partes, previa deliberación y habiéndose satisfecho sus pretensiones, decidieron dar por culminados y ejecutados parcialmente los Contratos, suscritos por las partes.
- 4.78. Que, asimismo, se dejó constancia de la existencia de las Actas de Inmovilización n.º 01- 311014 y n.º 01-311114, de fechas 31 de octubre y 3 de noviembre de 2014, referidas a los productos Entero de caballa, de 425 Gramos P.N. (presentación) y Optima filete, de 170 gramos y con fecha de vencimiento junio del 2018, respectivamente. El cumplimiento con la entrega de dichos productos se encuentra en controversia, la cual sería resuelta en otras instancias. Sin perjuicio de ello, ambas partes expresan haber cumplido con todo lo demás, según lo establecido en los Contratos, no existiendo controversia alguna sobre los productos entregados.
- 4.79. Que, además, se estableció que —como segundo acuerdo conciliatorio— que en caso las partes incumplan los acuerdos arribados, abonarían a la parte perjudicada (en calidad de penalidad compensatoria) la suma de S/ 100.00, por cada día de incumplimiento.
- 4.80. Que del Acta de Conciliación se puede advertir que las partes acordaron que no existía ningún punto a tratar, excepto lo relativo a la inmovilización de las conservas de pescado. En ese sentido, corresponde que la parte demandada proceda a devolver el fondo de garantía, retenido indebida e ilegalmente, ascendente a S/ 150,662.96, más aún si se cumplió con la entrega de los productos pactados, siendo que además la Entidad efectuó el pago final sin existir observación alguna.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

4.81. Que, por otro lado, es importante mencionar que al haberse descubierto una irregularidad del proveedor de conservas de pescado, en torno al Certificado Sanitario n.º 14343-2014, se procedió a efectuar la denuncia ante la Segunda Fiscalía Penal de Chanchamayo, con fecha 31 de octubre de 2014. Dicha irregularidad fue comunicada por Qali Warma mediante la Carta Múltiple n.º 026-2014-MIDIS-PNAEQW-UTPASC, de fecha 24 de septiembre de 2014, y la Carta n.º 117-MIDIS-PNAEQW-UTPASC, de fecha 30 de octubre de 2014.

Que, luego, por Carta n.º 121-MIDIS-PNAEQW-UTPASC, de fecha 3 de noviembre de 2014, Qali Warma comunicó a Nelysa que se intervendría los productos relacionados con el referido Certificado Sanitario. Por ello, se suscribió el Acta de Inmovilización de fecha 3 de noviembre de 2014.

4.82. Que, el tema de la irregularidad en el Certificado Sanitario no forma parte del Acta de Conciliación; sin embargo es importante precisar el nivel de responsabilidad que tiene el proveedor de las conservas de pescado, al haber presentado un código sanitario diferente. Asimismo, se debe resaltar que a pesar de dicha irregularidad la primera distribución de esos productos no ha generado mal alguno a los beneficiarios (escolares).

4.83. Que, por otro lado, corresponde mencionar que Nelysa emitió las Facturas n.º 001045, n.º 001046, n.º 001047 y n.º 001048, todas de fecha 31 de diciembre de 2014, las cuales fueron pagadas en su integridad.

4.84. Que, no obstante ello, corresponde que se devuelva la suma reclamada de S/ 150,662.96 (equivalente al 10% pactado por el Fondo de



(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

Garantía), monto que la demandada ha retenido y que al haberse concluido los Contratos, se debe proceder con la entrega efectiva.

- 4.85. Que, en torno al Acta de Conciliación, corresponde señalar que es de cumplimiento obligatorio de ambas partes, en tanto que su validez no ha sido cuestionada por Qali Warma, siendo que además se debe tener en cuenta que la base de los acuerdos es la autonomía privada de los individuos y que, por tanto, se debe respetar lo establecido en el Acta.
- 4.86. Que, conforme a la doctrina de los Actos Propios y al Principio de Buena Fe, la demandada no puede argumentar en contra de un hecho o acto sobre el cual ya anteriormente dio su conformidad y consentimiento (Acta de Conciliación), máxime cuando se ha obligado además al cumplimiento de dicho acuerdo, por lo tanto, corresponde que se dé cumplimiento a lo acordado en la referida Acta.
- 4.87. Que, finalmente, se debe mencionar que a los doce meses de su suscripción, esta acta de conciliación tiene plena validez, al no existir pronunciamiento de cuestionamiento de la demandada en más de un año, lo que significa su aceptación expresa, tiene validez plena, irrefutable e incuestionable, donde ha operado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Civil, en consecuencia, se demanda su ejecución inmediata.

Posición del Comité y de Qali Warma¹⁶

- 4.88. Que, considerando los argumentos reseñados en los Considerandos 4.1 al 4.5 del presente Laudo, resulta claro que el Acta de Conciliación Extrajudicial n.º 0003-2015-CC/JC deviene en nula, inválida e ineficaz, y sin ningún efecto jurídico para las partes y, por lo tanto, no se puede

¹⁶ Si bien el Comité y Qali Warma contestaron de forma independiente, emplearon los mismos argumentos.

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

requerir el cumplimiento de las obligaciones contenidas en un acto nulo al Comité ni a Qali Warma.

Posición del Tribunal Arbitral

- 4.89. Que Nelysa solicita que en cumplimiento del Acta de Conciliación se haga la entrega del 10% del monto retenido por el Contrato, más los intereses legales desde el mes de diciembre de 2014.
- 4.90. Que, sin embargo, de conformidad con lo analizado en los Considerandos 4.10 a 4.34 del presente Laudo, dicha Acta es ineficaz.
- 4.91. Que, por lo tanto, no se puede ordenar la entrega del 10% del monto retenido, en tanto el presupuesto que sostiene dicha solicitud fue desestimado por el presente Colegiado al analizar la Primera Pretensión de la reconvencción.
- 4.92. Que, sin perjuicio de ello, corresponde precisar que si bien el demandante habría cumplido con la entrega de los productos dentro de los plazos establecidos (materia que no ha sido controvertida en el presente proceso), se debe tener presente que en la Cláusula Décima de los Contratos se estableció expresamente lo siguiente:

«CLÁUSULA DÉCIMA: RETENCIÓN MYPE

EL PROVEEDOR ha acreditado ser un MYPE mediante la presentación de la respectiva constancia de inscripción en el REMYPE, solicitando acogerse al beneficio de la retención.

EL COMITÉ retendrá el 10% del monto total del contrato para constituir el fondo de garantía, durante la primera mitad de la prestación del servicio [...].

[...]

Una vez liquidado el contrato, EL COMITÉ procederá con la devolución de la garantía de fiel cumplimiento». (El subrayado y la negrita son nuestros).

7

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

Que, en ese sentido, a la fecha, el demandante no ha acreditado que ninguno de los dos Contratos haya quedado liquidado, por lo que no se habría presentado el supuesto de hecho contemplado en la citada Cláusula Décima de los Contratos.

Que, en consecuencia, corresponde desestimar la Pretensión Principal de la demanda.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA DEMANDADA EL CUMPLIMIENTO DEL ACTA DE CONCILIACIÓN DE FECHA 21 DE ENERO DE 2015

Posición de Nelysa

4.93. Que los argumentos señalados por Nelysa son los reseñados en los Considerandos 4.7. a 4.9 del presente Laudo.

Posición del Comité y Qali Warma¹⁷

4.94. Que, al respecto, conviene remitirse a los argumentos reseñados en los Considerandos 4.1 a 4.5 del presente Laudo.

Posición del Tribunal Arbitral

4.95. Que en el presente Laudo se declaró ineficaz el Acta de Conciliación, de conformidad con lo establecido por el artículo 161 del Código Civil. Por lo tanto, no se puede ordenar el cumplimiento de lo acordado en dicho acto.

¹⁷ Si bien el Comité y Qali Warma contestaron de forma independiente, emplearon los mismos argumentos.

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

4.96. Que, sin perjuicio de ello, si consideramos a esta pretensión denominada «secundaria» como una pretensión accesorias, también se debería desestimar.

4.97. Que, en efecto, como sabemos, las pretensiones accesorias deben guardar estricta dependencia de la pretensión principal.

Que, por consiguiente, si se ampara la pretensión principal, ocurre lo propio con la accesorias; o, en sentido contrario, si se desestima la pretensión señalada como principal, también serán rechazadas las pretensiones determinadas como accesorias.

4.98. Que, dentro de tal orden de ideas, corresponde desestimar este extremo de la denominada Pretensión Secundaria de la demanda.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA DEMANDADA AL PAGO DE UNA INDEMNIZACIÓN ASCENDENTE A S/ 100,000.00, POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, INCUMPLIMIENTO DEL ACTA DE CONCILIACIÓN Y POR OTRAS ACCIONES DE CARÁCTER DILATORIAS

Posición de Nelysa

4.99. Que la parte demandada debe pagar una indemnización ascendente a S/ 100,00.00 por el incumplimiento del Contrato, del Acta de Conciliación y por otras acciones de carácter dilatorio.

4.100. Que, sobre el particular, cabe precisar que más allá de la pretensión misma, de los escritos presentados por Nelysa durante el proceso, no se advierten argumentos específicos en torno al presente punto controvertido.

P

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

Posición del Comité y Qali Warma¹⁸

- 4.101. Que del tenor de los argumentos expuestos por Nelysa no se infiere ni acredita la existencia de un daño causado por parte del Comité que sea pasible de ser resarcido.
- 4.102. Que el demandante no ha demostrado cuál sería el incumplimiento incurrido por el Comité. Tampoco se ha acreditado que, ante algún supuesto incumplimiento, se haya cumplido con lo establecido en la Cláusula Decimo Sexta de los Contratos, que señala que en caso el Comité no cumpla con su obligación, el proveedor podrá cursar una carta notarial otorgando un plazo no menor de quince (15) días hábiles para que subsane el incumplimiento y, si vencido dicho plazo el incumplimiento persiste, podrá resolver el Contrato, mediante comunicación notarial.
- 4.103. Que, en torno al supuesto incumplimiento del Acta de Conciliación, se remite a los fundamentos referidos a la nulidad de la misma y, por lo tanto, resulta inexistente e ineficaz cualquier tipo de obligación contenida en ella y, como consecuencia directa, la inexistencia de un supuesto daño producido.
- 4.104. Que el demandante no ha sustentado en lo absoluto cómo se configura la indemnización que solicita. Así como tampoco ha cumplido con fundamentar el daño producido, limitándose únicamente a pedirlo.

Posición del Tribunal Arbitral

- 4.105. Que, de conformidad con lo señalado en los Considerandos 4.10 a 4.34 del presente Laudo, el Acta de Conciliación n.º 0003-2015-CC/JC, de

¹⁸ Si bien el Comité y Qali Warma contestaron de forma independiente, emplearon los mismos argumentos.

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

fecha 23 de enero de 2015, es ineficaz. Asimismo, de acuerdo a lo analizado en los Considerandos 4.57 a 4.76, el Tribunal Arbitral ha declarado la resolución de los Contratos por el incumplimiento de Nelysa.

Que, en ese sentido, el incumplimiento se ha dado por parte de Nelysa, por lo que no resulta válido que se pretenda una indemnización por un daño que ni siquiera se ha identificado ni acreditado.

4.106. Que, sin perjuicio de ello, si consideramos a esta pretensión denominada «secundaria» como una pretensión accesorio, también se debería desestimar.

4.107. Que, en efecto, como sabemos, las pretensiones accesorias deben guardar estricta dependencia de la pretensión principal.

Que, por consiguiente, si se ampara la pretensión principal, ocurre lo propio con la accesorio; o, en sentido contrario, si se desestima la pretensión señalada como principal, también serán rechazadas las pretensiones determinadas como accesorias.

4.108. Que, dentro del tal orden de ideas, también corresponde desestimar este extremo de la denominada Pretensión Secundaria de la demanda.

DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE ASUMIR LOS COSTOS ARBITRALES IRROGADOS EN EL PRESENTE PROCESO

Posición de Nelysa

4.109. Que la demanda arbitral y la contestación de la reconvención es justa y legal; por lo tanto, quien debe asumir los gastos arbitrales es la parte demandada. Las malas gestiones del Comité y de Qali Warma no

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

pueden ser trasladadas a Nelysa, que ha cumplido con los Contratos hasta el final, motivo por el cual se ha pagado el total por los productos entregados.

Posición de Qali Warma

4.110. Que se ordene a la parte demandante asumir el íntegro de las costas arbitrales y demás gastos en que tenga que incurrir Qali Warma para su mejor defensa en el presente proceso, toda vez que los gastos en los que se viene incurriendo son por causas atribuibles exclusivamente al Contratista.

Posición del Tribunal Arbitral

4.111. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, el artículo 73 del Decreto Legislativo n.º 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.

Que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución 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.

4.112. Que el convenio arbitral recogido en la Cláusula Vigésima de los Contratos no regula el tema de los costos arbitrales.

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

4.113. Que, por lo tanto, este Colegiado decidirá el tema de los costos del arbitraje, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando los argumentos de cada una de las partes y el resultado del presente laudo.

Que, dentro de tal orden de ideas, se estima razonable que:

- (i) Nelysa asuma el íntegro de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaria Arbitral.
- (ii) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.

4.114. Que, en torno a los honorarios arbitrales, se debe tener en cuenta la siguiente liquidación:

Primer anticipo de honorarios

Honorarios del Tribunal Arbitral:	S/ 15,000.00
Secretaria arbitral:	S/ 3,000.00

Dicho anticipo fue asumido en partes iguales por Nelysa y Qali Warma, es, decir, cada parte pagó S/ 9,000.00.

Segundo anticipo de honorarios

Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 45,000.00
Secretaria arbitral	S/ 9,000.00

Dicho anticipo fue asumido íntegramente por Qali Warma, es decir, dicha parte pago S/ 54,000.00.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral, por unanimidad, **RESUELVE:**



(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la Pretensión Principal de la demanda interpuesta por Negociaciones Nelysa S.A.C.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADO** el primer extremo de la denominada Pretensión Secundaria de la demanda interpuesta por Negociaciones Nelysa S.A.C.

TERCERO: Declarar **INFUNDADO** el segundo extremo de la denominada Pretensión Secundaria de la demanda interpuesta por Negociaciones Nelysa S.A.C.

CUARTO: Declarar **FUNDADA —en parte—** la Primera Pretensión Principal de la reconvencción interpuesta por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y, en consecuencia, **DECLARAR** ineficaz el Acta de Conciliación n.º 0003-2015-CC/JC, celebrada el 23 de enero de 2015, ante el Centro de Conciliación Extrajudicial «Justicia Contigo».

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la reconvencción interpuesta por el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y, en consecuencia, **DECLARAR** la resolución del Contrato n.º 01-2014-CC-PASCO1/PRO (Ítem Villa Rica) y del Contrato n.º 08-2014-CC-PASCO1/PRO (Ítem Pozuzo).

SEXTO: En torno a los costos arbitrales pretendidos por las dos partes, este Tribunal Arbitral ordena que:

- (i) Negociaciones Nelysa S.A.C. asuma el íntegro de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaria Arbitral; y, en consecuencia, corresponde que Negociaciones Nelysa S.A.C. pague al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma la suma de S/ 63,000.00.

(Contratos n.º 001-2014-CC-PASCO 1/PRO y n.º 008-2014-CC-PASCO 1/PRO)

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- (ii) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.



MARIO CASTILLO FREYRE

Presidente del Tribunal Arbitral

MARCO ANTONIO GUTARRA BALTAZAR

Árbitro



LEONARDO JOSÉ CAPARRÓS GAMARRA

Árbitro



ALICIA ARAUCO PARIONA

Secretaria Ad-Hoc

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

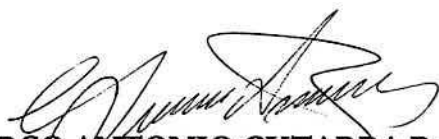
Marco Antonio Gutarra Baltazar

Leonardo José Caparrós Gamarra

- (ii) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.

MARIO CASTILLO FREYRE

Presidente del Tribunal Arbitral



MARCO ANTONIO GUTARRA BALTAZAR

Árbitro

LEONARDO JOSÉ CAPARRÓS GAMARRA

Árbitro



ALICIA ARAUCO PARIONA

Secretaria Ad-Hoc