

PROCESO ARBITRAL N° 233-2021/CEAR.LATINOAMERICANO/CC

DEMANDANTE: ALDEM S.A.C.
DEMANDADO: CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS
ESTRATÉGICOS EN SALUD
CONTRATO: CONTRATO N° 798-2021-CENARES/INSA

LAUDO ARBITRAL EN MINORÍA

(Árbitro Jhanett Victoria Sayas Orocaja)

DECISIÓN ARBITRAL N°27

VOTO SINGULAR

Lima, 21 de marzo de 2023

1. Con fecha 29 de noviembre de 2021, la empresa ALDEM SAC, al amparo del convenio arbitral contenido en la Cláusula Decimoséptima del Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA, interpuso solicitud arbitral contra el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud - CENARES, la misma que fue subsanada con fecha 03 de diciembre de 2021, formulando como materia controvertida la referida a que se declare la validez del Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA.
2. Con fecha 17 de diciembre de 2021, CENARES contestó la solicitud arbitral, contradiciendo la posición del contratista e indicando que sus argumentos los detallará en el momento que formule la contestación de la demanda.
3. Con fecha 06 de abril de 2022, ALDEM SAC presentó demanda arbitral contra CENARES, formulando cuatro pretensiones, las mismas que han sido recogidas en calidad de puntos controvertidos a ser dilucidados en el laudo arbitral que se emita al final del proceso.
4. Con fecha 25 de mayo de 2022, CENARES presentó escrito de contestación de demanda, contradiciendo las pretensiones de la demanda y adjuntando sus respectivos medios probatorios.
5. Mediante Decisión N°13 de fecha 20 de junio de 2022, se fijó los puntos controvertidos y se admitieron los medios probatorios presentados por ambas partes:

RECIBIDO
2023 MAR 22 AM 9:39
FOLIOS 16
FIRMA
RECIPCIÓN NO INOLICITA
CONFIRMIDAD

CEAR LATINOAMERICANO
RECIBIDO

Primer punto controvertido

Determinar si corresponde o no declarar la validez del Contrato N° 798-2021-CENARES/MINSA para el "SERVICIO DE DEPÓSITO TEMPORAL PARA PRODUCTOS FARMACÉUTICOS REFRIGERADOS Y NO REFRIGERADOS, MODALIDAD DE TRANSPORTE POR VÍA AÉREA", por no haber incurrido en causal de resolución o nulidad contractual.

Segundo punto controvertido

Determinar si corresponde o no obligar a la Entidad a cumplir con el objeto del contrato, de tal forma que permita a la Contratista realizar los servicios de almacenamiento hasta agotar el monto contratado, el cual asciende a S/. 14'630,230.00.

Tercer punto controvertido

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que cumpla con el pago por las prestaciones efectuadas por la Contratista y las que se efectúen en cumplimiento del contrato.

Cuarto punto controvertido

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que asuma el pago de los costos del presente proceso arbitral, incluido los incurridos por la obtención de medidas cautelares, tasas, honorarios arbitrales, secretaría arbitral; así como los gastos de defensa técnica y legal incurridos por la Contratista.

6. A través de escrito de fecha 12 de julio del 2022, la Entidad solicitó se levante la medida cautelar otorgada en mayoría.
7. Mediante Decisión N°18 de fecha 18 de julio del 2022, se dispuso a fijar el plazo de cinco (5) días hábiles a efectos de revisar la medida cautelar otorgada en el Arbitraje de Emergencia N°008-2021/CEAR LATINOAMERICANO a favor de ALDEM S.A.C.
8. Con Decisión N°19 de fecha 02 de agosto de 2022, el Tribunal Arbitral en mayoría decidió ratificar la medida cautelar otorgada por el Árbitro de Emergencia mediante Resolución Cautelar N°1 de fecha 29 de noviembre de 2021.
9. Con Decisión N°19 -VOTO SINGULAR del árbitro Jhanett Sayas Orocaja de fecha 02 de agosto de 2022, se resolvió "DEJAR SIN EFECTO la medida cautelar otorgada por el Árbitro de Emergencia mediante Resolución Cautelar N° 1 de fecha 29 de noviembre de 2021, por los fundamentos expuestos en dicho voto singular.
10. Por Decisión Arbitral N°20 de fecha 11 de agosto del 2022, se dispuso, entre otros, convocar a las partes a Audiencia Virtual de Informes Orales para el día 29 de agosto del 2022. De la misma manera, se otorgó a las partes cinco (5) días hábiles a efectos que cumplan con presentar sus alegatos finales.
11. Con fecha 16 de agosto del 2022, la Contratista solicitó ampliación para presentar la contracautela.
12. Con fecha 18 de agosto del 2022, las partes presentaron sus alegatos escritos.

13. Con Decisión N°21 de 19 de agosto de 2022, se tiene por presentado los alegatos de las partes.
14. Con fecha 22 de agosto del 2022, la Entidad solicitó informar el cumplimiento de la presentación de contracautela.
15. Con Decisión Arbitral N°23 de fecha 06 de octubre del 2022, se dejó sin efecto la medida cautelar dictada por el Árbitro de Emergencia mediante Resolución Cautelar N°1 de fecha 29 de noviembre de 2021; referida a mantener el *statu quo* el Contrato, al no haber cumplido el Contratista con presentar la contracautela.
16. Con fecha 10 de octubre de 2022, se emitió voto singular del árbitro Jhanett Sayas Orocaja sobre la materia controvertida, el mismo que se emitió ante la fijación del plazo para laudar que había sido establecido en la Audiencia de Informes Orales realizada por el Tribunal Arbitral primigenio..
17. Con Decisión Arbitral N°24 de fecha 18 de octubre del 2022, se informó de la renuncia del presidente del Tribunal, abogado Dennis Ítalo Roldán Rodríguez, suspendiéndose ante ello, el plazo para laudar dispuesto en Acta de Audiencia de Informes Orales de fecha 01 de setiembre de 2022 realizada por el Tribunal Arbitral primigenio..
18. Luego de la reconfirmación del Tribunal Arbitral, a través de la Decisión Arbitral N°25 de fecha 20 de diciembre del 2022, se convocó a Audiencia Virtual Especial de Ilustración de Hechos e Informes Orales para el día 13 de enero del 2023.
19. Con fecha 13 de enero del 2023, se llevó a cabo la Audiencia Virtual Especial de Ilustración de Hechos e Informes Orales solicitada por el nuevo Presidente del Tribunal Arbitral considerando su reciente incorporación al proceso por reconfirmación del Tribunal Arbitral a razón de la renuncia del árbitro Dennis Ítalo Roldán Rodríguez.
20. Con Decisión Arbitral N°26, se dispuso nuevo plazo para laudar.

ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Puntos controvertidos

1. Primer punto controvertido, (primera pretensión de la demanda).-

Determinar si corresponde o no declarar la validez del Contrato N° 798-2021-CENARES/MINSA para el "Servicio de depósito temporal para productos farmacéuticos refrigerados y no refrigerados, modalidad de transporte por vía aérea", por no haber incurrido en causal de resolución o nulidad contractual.

Posición del Contratista

- 1.1. Con fecha 18 de noviembre del 2021, CENARES emitió la nota informativa N°448-2021-DA-CENARES/MINSA, conjuntamente, con el Oficio N°1902-2021-DG-CENARES/MINSA, suscrito por el ejecutivo adjunto de la dirección de adquisiciones del Ministerio de salud, informando que la Entidad ha activado el procedimiento de declaratoria de nulidad del Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA, basándose en que ALDEM S.A.C. se encuentra impedida de contratar con el Estado de acuerdo a lo previsto en el literal a) del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley.
- 1.2. Ante el acto anunciado por CENARES, ALDEM con fecha 25 de noviembre de 2021 solicitó una medida cautelar ante el árbitro de emergencia designado por el Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas S.A.C. - según lo dispuesto en el artículo 226.2º-inciso d) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 1.3. La medida cautelar fue otorgada por el árbitro de emergencia, el 29 de noviembre de 2021 ordenando en el artículo primero de la parte resolutive, lo siguiente:

PRIMERO: DICTAR MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR a favor de la empresa ALDEM S.A.C; en consecuencia, DISPÓNGASE que CENTRO NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATEGICOS EN SALUD - CENARES:

- **Mantenga** el STATU QUO del contrato N°798-2021- CENARES/MINSA suscrito el día 12 de agosto 2021, manteniéndose la vigencia y eficacia de la relación contractual entre ALDEM SAC y CENARES, y se sigan ejecutando las obligaciones a su cargo según lo pactado.
- **Suspender** cualquier procedimiento que conlleve a la anulación o resolución contractual, o cualquier acto que perturbe la ejecución del contrato, hasta que en sede arbitral se determine que ALDEM S.A.C. ha incurrido o no, en causal de nulidad de contrato, al no estar impedido para contratar con el Estado vinculado con el accionista y apoderado Víctor Antonio Torres Vásquez y el actual ministro de Justicia Aníbal Torres Vásquez.
- **Cumplir** con las obligaciones pendientes a su cargo derivadas del contrato N°798-2021- CENARES/MINSA

- 1.4. Respecto a la validez del Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA suscrito por ALDEM, dicha parte considera:
 - 1.4.1 Que no se encontraba impedido para contratar con el Estado el 12 de agosto de 2021 al suscribir el Contrato N°798-2021- CENARES/MINSA, el cual considera que suscribió respetando lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, teniendo en cuenta las inaplicaciones a los impedimentos, según el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha 6 de noviembre de 2020 (Pleno Sentencia 1087/2020), relativa al Expediente N°03150-2017-PA/TC.
 - 1.4.2 Que CENARES en su Nota Informativa N° 448-2021-DACENARES/ MINSA del 18 de noviembre del 2021, al activar el procedimiento de declaratoria de

nulidad de contrato, no tomó en cuenta lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha 6 de noviembre de 2020 (Pleno Sentencia 1087/2020), en cambio señala que ALDEM al haber suscrito el contrato, estando impedido para ello, se ha configurado la causal de nulidad del contrato, previsto en el literal a) del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley.

- 1.4.3 Que, asimismo, en relación con el numeral 3) de la citada Nota Informativa N°448-2021-DACENARES/ MINSA, el mismo que hace referencia al Dictamen N°154-2021/OGR-SIRE del 17 de noviembre de 2021:

"(...) 5.2. De conformidad con la información obrante en la Partida Registral N° 11215662 de la empresa ALDEM S.A.C., obtenida como resultado de la búsqueda efectuada en el portal web de la SUNARP, tendría al señor Víctor Hugo Torres Vásquez (hermano), como apoderado, pese a que el señor Aníbal Torres Vásquez viene desempeñando el cargo de Ministro de Estado desde el 30.JUL.2021 a la fecha. Por consiguiente, la empresa ALDEM S.A.C. se encontraría impedida de contratar con el Estado a nivel nacional durante el ejercicio del cargo del mencionado Ministro, y hasta doce (12) meses después que dicha autoridad cese en sus funciones solo en el ámbito de su sector.

5.3. Se advierte que el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud contrató los servicios del proveedor ALDEM S.A.C., aun cuando los impedimentos señalados en el artículo 11 del TUO de la Ley le resultarían aplicables.

(...)"

- 1.4.4 ALDEM alega al respecto, lo siguiente:

1.4.4.1 Que, el señor Víctor Antonio Torres Vásquez es accionista de ALDEM con un porcentaje menor al 30% establecido en la norma de contrataciones del Estado, según se desprende de los libros de actas de la sociedad y de la Partida Registral N° 11215662, asimismo, es apoderado desde hace más de seis años.

1.4.4.2 Que, si bien, el señor Víctor Antonio Torres Vásquez es hermano del que fuera ministro de Justicia al momento de la suscripción del contrato, Dr. Aníbal Torres Vásquez, también es verdad que ello no representa impedimento alguno para contratar con CENARES en la medida que ninguno de los impedimentos que se vinculan con un ministro de Estado, resultan aplicables al caso concreto, pues al suscribir el Contrato N° 798-2021-CENARES/MINSA, ALDEM no ha cometido la infracción señalada, teniendo en cuenta las inaplicaciones a los impedimentos, según el pronunciamiento ya existente del Tribunal Constitucional, de fecha 6 de noviembre de 2020 (Pleno Sentencia 1087/2020), relativa al Expediente N°03150-2017-PA/TC.

1.4.4.3 Que, CENARES es una entidad perteneciente al sector del Ministerio de Salud, ámbito diferente al Sector Justicia, de donde el señor Aníbal Torres Vásquez fue ministro de Justicia, por lo que considera que resultaba evidente que ALDEM no se encontraba impedida para contratar con una entidad distinta al Ministerio de Justicia, en tanto era de conocimiento público la resolución del Tribunal Constitucional antes citada.

1.4.4.4 Que, sobre lo manifestado por CENARES considera que ALDEM no se encontraba impedida de contratar con el Estado, pues el numeral 11. 1 del artículo 11 de la Ley, dispone, de manera diferenciada, según el ámbito de su competencia, que se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 (contrataciones iguales o inferiores a 8 UIT), determinadas personas detalladas en los literales a) al g), según sus funciones tengan alcance nacional, sectorial, regional, local, territorial, etc, impedimentos que también alcanzan a determinadas personas naturales o jurídicas según los literales h) y k).

Posición de la Entidad

- 1.5 La Nota Informativa N° 448-2021-DACENARES/ MINSA, conjuntamente con el Oficio N°1902-2021-DG-CENARES/MINSA, referidos a la advertencia del impedimento en el cual se encontraba el contratista y por lo tanto, la nulidad del contrato, fue remitida con fecha 22/11 /2021 al entonces Ministro de Justicia y Derechos Humanos Aníbal Torres Vásquez.
- 1.6 También refiere que los demandantes omiten referirse a la Carta N° 1163-2021-DG-CENARES/MINSA notificada el 17/11/2021, con la que se les hizo conocer el impedimento y los vicios que configuraban la causal de nulidad, otorgándosele el plazo de cinco (05) días hábiles para que absuelva el traslado, bajo apercibimiento de resolver con la documentación existente, sin que el contratista formule sus descargos, plazo que venció el 24/11/2021.
- 1.7 En la documentación presentada en la oferta y documentos para el perfeccionamiento del contrato, ALDEM SAC no presentó copia del poder otorgado a favor de Víctor Antonio Torres Vásquez, por lo que resulta evidente que la Entidad no conocía la existencia de dicho poder, motivo por el cual el contratista actuó con la convicción que el postor no estaba impedido para otorgarle la buena pro, ni para suscribir el contrato.
- 1.8 El 30 de julio de 2021, mediante Resolución Suprema N° 085-2021-PCM, se designó en el despacho de ministro de Estado en la Cartera de Justicia y Derechos Humanos al señor Aníbal Torres Vásquez, el mismo que en la Declaración Jurada de Intereses declaró como su hermano al Sr. Víctor Antonio Torres Vásquez.
- 1.9 Mediante **Dictamen N° 154-2021/DGR-SIRE** emitido el 17 de noviembre de 2021, la Subdirección de Identificación de Riesgos en Contrataciones Directas y Supuestos Excluidos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, concluye lo siguiente:

"(...)

5.4. De conformidad con la información obrante en la Partida Registral N° 11215662 de la empresa ALDEM S.A.C., obtenida como resultado de la búsqueda efectuada en el portal web de la SUNARP, tendría el señor Víctor Hugo Torres Vásquez (hermano) como apoderado, pese a que el señor Aníbal Torres Vásquez viene desempeñando el cargo de Ministro de Estado desde el 30 JULIO 2021 a la fecha. Por consiguiente, la empresa ALDEM S.A.C. se encontraría impedida de contratar con el Estado a nivel nacional durante el ejercicio del cargo del mencionado Ministro y hasta doce (12) meses después que dicha autoridad cese en sus funciones solo en el ámbito de su sector.

5.5. Se advierte que el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud contrató los servicios del proveedor ALDEM S.A.C. aun cuando los impedimentos señalados en el artículo 11 del TUO de la Ley le resultaría aplicables. (...)"

- 1.10 Se desprende que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, ha señalado que al haberse suscrito el contrato encontrándose impedido el proveedor, se ha configurado la causal de nulidad del contrato, previsto en el literal s) del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, que establece:

Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11. Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.

- 1.11 Por lo tanto, la entidad se encuentra facultada para declarar la nulidad del contrato, por adolecer de vicio en su perfeccionamiento, por lo que se inició el procedimiento de evaluación de declaratoria de nulidad de oficio, habiendo solicitado a la empresa su descargo, sin embargo, con la Resolución Cautelar N°01, el árbitro de emergencia dictó medida de cautelar de no innovar, manteniéndose vigente el contrato.
- 1.12 En relación con lo resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 03150-2017-PA/TC, este corresponde a un proceso de agravio constitucional, por lo que dichas disposiciones dictadas solo surten efecto en dicho proceso, por lo que no existe sustento para apartarse de las disposiciones legales de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Posición del arbitro que emite el presente voto singular

- 1.13 De la lectura del texto de la primera pretensión de la demanda formulada por ALDEM, se verifica que dicha parte solicita que: *"se declare la validez del Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA para el "Servicio de depósito temporal para productos farmacéuticos refrigerados y no refrigerados, modalidad de transporte por vía aérea", por no haber incurrido en causal de resolución o nulidad contractual."*

- 1.14 En este sentido, considerando que son tres los elementos que componen toda pretensión (*sujeto, objeto y título*), se verifica que la primera pretensión de la demanda arbitral tiene como sujetos a ALDEM y a CENARES; asimismo, tiene como objeto (*interés jurídico existente al formularse la demanda y que debe estar detallado en la demanda*), el derecho reclamado por ALDEM, consistente en que se declare la validez del Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA; y finalmente en relación al título (*fundamento o motivo de la pretensión alegada en el proceso arbitral*), se verifica que el motivo que alega ALDEM para su primera pretensión es la situación resolutoria o de nulidad del referido contrato, basándose para ello en la Nota Informativa N°448-2021-DACENARES/MINSA de fecha 18 de noviembre de 2021.
- 1.15 Asimismo, también se verifica que la primera pretensión de la demanda de ALDEM, constituye una pretensión declarativa por la cual ALDEM busca que, a través del pronunciamiento del Tribunal Arbitral, se elimine un estado de incertidumbre respecto a la validez del contrato N°798-2021-CENARES/MINSA.
- 1.16 Igualmente, para el análisis de la primera pretensión de la demanda, también resulta necesario tener consideración que, de los diversos escritos, documentos, alegaciones e informes orales realizados por las partes en el proceso arbitral, se ha podido corroborar:
- i) Que, al interponerse la demanda, que es el momento en el que se formulan las pretensiones de esta, el estado situacional del Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA es el de contrato vigente.
 - ii) Que, si bien la primera pretensión de la demanda de ALDEM, solicita que el Tribunal Arbitral analice que el Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA no está incurso en causal resolutoria, sin embargo, no especifica a cuál causal resolutoria de contrato, hace referencia.
 - iii) Que, en relación con la causal de nulidad de contrato, ALDEM hace referencia a la Nota Informativa N°448-2021-DACENARES/MINSA de fecha 18 de noviembre de 2021, la misma que basándose en el Dictamen N°154-2021-DGR-SIRE de fecha 17 de noviembre de 2021 emitido por la Subdirección de Riesgos de OSCE, refiere como causal de nulidad en la que estaría incurso el contrato N°798-2021-CENARES/MINSA, la referida al literal k) del artículo 11 del TUO de la Ley N°30225 – Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que tratándose del Sr. Víctor Hugo Torres Vásquez (apoderado de la empresa ALDEM y hermano del entonces Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Sr. Aníbal Torres Vásquez) se refiere a impedimento a contratar con el Estado, que recae en persona jurídica cuyo apoderado tiene vínculo de parentesco por segundo grado de consanguinidad con un Ministro de Estado.
- 1.17 Por consiguiente, el análisis de la primera pretensión de la demanda en relación con la existencia o no de causal resolutoria, resulta improcedente por las razones siguientes:
- i) El demandante, ALDEM no ha especificado la causal resolutoria que estaría afectando al contrato N°798-2021-CENARES/MINSA.
 - ii) No obstante ello, debe tenerse en consideración que las causales resolutorias no constituyen causa que afecte la validez del contrato, sino que su configuración,

de ser el caso, constituye una forma de conclusión anticipada de la relación contractual, lo cual puede darse por causa de incumplimiento de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias de alguna de las partes (Entidad o Contratista) o por un hecho sobreviniente ajeno a la responsabilidad de las mismas, que genera la imposibilidad de ejecución de la prestación.

En este sentido, este extremo de la primera pretensión de la demanda, que pretende se analice la validez del contrato a la luz de causal resolutoria constituye un imposible jurídico al no existir relación causal entre una y otra, a lo cual se añade el hecho que incluso la demandante ni siquiera ha señalado la causa resolutoria que cuestiona, lo cual imposibilita cualquier análisis al respecto.

1.18 Asimismo, siguiendo con el análisis de la primera pretensión de la demanda, en relación con la existencia o no de causal de nulidad del contrato N°798-2021-CENARES/MINSA, conforme se ha expresado en los numerales precedentes, la relación obligacional objeto de análisis en sede arbitral es una que al momento de interponerse la demanda se encontraba vigente, por lo que en base a ello, corresponde determinar si la causal k) del numeral 11 del TUO de la Ley N°30225, a que se refiere la Nota Informativa N°448-2021-DACENARES/MINSA de fecha 18 de noviembre de 2021, así como el Dictamen N°154-2021-DGR-SIRE de fecha 17 de noviembre de 2021, en el que se basa la citada nota informativa, constituye o no una causal que impedía a la empresa ALDEM a contratar con el Estado y por ende afectaba la validez del contrato N°798-2021-CENARES/MINSA por encontrarse incurso en vicio de nulidad al haberse suscrito con sujeto incurso en impedimento para contratar con el Estado.

1.19 Así tenemos que:

1.19.1 Se verifica que la causal de nulidad del Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA se refiere a haber firmado contrato estando incurso en el impedimento por razón de parentesco por consanguinidad del apoderado de la empresa ALDEM SAC. Sr. Víctor Antonio Torres Vásquez con el entonces Ministro de Justicia, Aníbal Torres Vásquez.

1.19.2 La condición de apoderado de ALDEM SAC, del Sr. Víctor Antonio Torres Vásquez se verifica de la Partida Registral N°11215662, Asiento C00016, correspondiente a la empresa ALDEM S.A.C., que obra en autos como parte de los documentos que conforman la solicitud arbitral, de cuya revisión, se verifica que, por junta de accionistas del 3 de junio de 2019, se acordó ampliar las facultades y poderes a favor del señor Víctor Antonio Torres Vásquez, en calidad de apoderado de la citada empresa. Asimismo, también se verificó que el título que dio mérito al acto de ampliación de facultades y poderes a favor del señor Víctor Antonio Torres Vásquez, fue inscrito en los registros públicos el 1 de julio de 2019, no existiendo a la fecha del perfeccionamiento del Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA, acto alguno de modificación y/o remoción de poderes del Sr. Víctor Antonio Torres Vásquez, siendo que su inscripción en registros públicos genera su publicidad registral y por ende su oponibilidad a terceros.

- 1.19.3 Asimismo, conforme es de verse del texto del Dictamen N°154-2021/DGR-SIRE de fecha 17 de noviembre de 2021, que obra en autos, se verifica que hace mención que por Declaración Jurada de Intereses del Sr. Aníbal Torres Vásquez, obrante en el sistema de la Contraloría General de la República, el señor Víctor Antonio Torres Vásquez es su pariente en segundo grado de consanguinidad, teniendo los mismos la condición de hermanos.
- 1.19.4 De los puntos 1.19.3 y 1.19.4 precedentes, queda entonces acreditada la relación de parentesco en segundo grado de consanguinidad (hermanos), del Sr. Víctor Antonio Torres Vásquez y el Sr. Aníbal Torres Vásquez, ostentando el primero, además, la condición de apoderado de la empresa ALDEM SAC a la fecha de suscripción del contrato N°798-2021-CENARES/MINSA 08 de agosto de 2021 y el segundo el cargo de Ministro de Justicia y Derechos Humanos desde el 31 de julio de 2021, lo que implica que a la fecha de firma del contrato existía impedimento de la empresa ALDEM SAC para contratar con el Estado, por razón de parentesco en segundo grado de consanguinidad con un ministro de estado en ejercicio del cargo.
- 1.19.5 Al respecto, tenemos que el texto del literal h) en concordancia con el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, indica que el impedimento aplicable al Ministro y a sus parientes por consanguinidad se aplica en igual medida, esto es, durante el ejercicio del cargo en toda Entidad Pública y solo se restringe a su sector durante el período de los doce (12) meses después de haber dejado el cargo, lo que se encuentra recogido en igual sentido por la Dirección Técnico Normativa en la Opinión N° 029-2022-DTN¹ de fecha 25 de abril de 2022.
- 1.19.6 Asimismo, si bien existe la Sentencia recaída en el expediente N°3150-2017-PA/TC, la misma que se ha emitido respecto a un caso particular de agravio constitucional contra una resolución de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente una determinada demanda de amparo contra OSCE por no permitir la inscripción de dicha persona en el Registro Nacional de Proveedores, la propia sentencia establece que el alcance de la misma es para dicho caso en particular y para una situación y hechos referidos a la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, que son hechos y situaciones distintas al que ocupa el presente arbitraje.

¹ “En ese sentido, del análisis conjunto de los literales a), b) y h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se puede inferir que los cónyuges, convivientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los altos funcionarios comprendidos en los literales a) y b) del referido dispositivo se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, en todo proceso de contratación que convoque cualquier Entidad, a nivel nacional (lo que incluye a todas las Entidades que conforman los tres poderes del Estado) mientras dichos altos funcionarios ejerzan el cargo. Una vez que lo han dejado y hasta doce (12) meses después de dicho momento, los mencionados familiares de los funcionarios contemplados en el literal a) seguirán impedidos para todo proceso a nivel nacional, mientras que los familiares de los funcionarios contemplados en el literal b) solo estarán impedidos en el ámbito de su sector”.

En este orden de ideas, el Tribunal de Contrataciones del Estado en Resolución N°1426-2022-TCE-S4, que obra en el expediente del presente proceso arbitral, citando lo dicho por el propio Tribunal de Contrataciones del Estado, en Resolución N°1128-2022-TCE-S4 del 20 de abril de 2022, señala que en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N°3150-2017-PA/TC, no se señala ni se desprende de su texto que el artículo 11 del TUO de la Ley N°30225 haya sido declarado inconstitucional, motivo por el cual, las causales de impedimento previsto en el artículo 11 del citado cuerpo normativo, se mantienen vigentes y son aplicables a los proveedores, participantes, postores, contratista y/o subcontratistas que participen en un procedimiento de selección o contraten con el Estado.

Asimismo, para mayor explicación el Tribunal de Contrataciones del Estado, también refiere que de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, vigente al momento de la emisión de la sentencia recaída en el expediente N°3150-2017-PA/TC, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, lo cual no se advierte del contenido de la referida sentencia del Tribunal Constitucional.

Del mismo modo refiriéndose a la Resolución N°125-2021-TCE-S3 refiere que los criterios recogidos en los pronunciamiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, en virtud de lo establecido en el artículo 130 del Reglamento del TUO de la Ley N° 30225, sólo constituyen precedentes de observancia obligatoria cuando se trata de Acuerdos de Sala Plena que han sido emitidos por el Tribunal, que interpretan de modo expreso y con alcance general las normas establecidas en el TUO de la Ley N° 30225 y el Reglamento de dicha norma, lo cual no ocurre con la Resolución N°125-2021-TCE-S3 por lo que la misma no constituye precedente vinculante y además el impedimento analizado en dicha resolución es distinto.

- 1.19.7 Como es de verse del análisis realizado por el propio Tribunal de Contrataciones del Estado, citado en el numeral 1.19.3 precedente, respecto del alcance de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N°3150-2017-PA/TC así como del alcance de la Resolución N°125-2021-TCE-S3 del Tribunal de Contrataciones del Estado, a cuyos argumentos me remito para estos fines, queda acreditado que dichas dos resoluciones en las que el demandante ALDEM SAC sostiene su primera pretensión de la demanda, no constituyen precedente vinculante, son resoluciones emitidas con alcance para un caso particular y los hechos allí analizados no se refieren a los que son materia del presente arbitraje, por lo que el Árbitro que emite el presente voto singular concluye que no corresponde su aplicación al presente caso.
- 1.19.8 Igualmente, del texto del artículo 11° del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, referido impedimentos para contratar con el Estado, cuando se refiere al impedimento de un Ministro de Estado, de la lectura de su texto se puede desprender con absoluta precisión y claridad que mientras éste se encuentre en ejercicio del cargo, su impedimento es de carácter total, es decir a nivel nacional con toda Entidad Pública, y una vez que deje de ejercer el cargo de Ministro el

impedimento persiste hasta por doce (12) meses pero deja de ser impedimento total para convertirse en uno de carácter parcial, porque su impedimento se restringe sólo al ámbito de su sector en el que ejerció el cargo de Ministro.

En ese orden de ideas, el antes citado artículo 11 del TUO de la Ley N°30225, establece que los parientes consanguíneos hasta el segundo grado (hermano/a) tienen el mismo grado de impedimento que el de su pariente que ejerce el cargo, lo que, en el presente caso, implica que al hermano de un ministro le aplica el mismo tipo de impedimento, lo cual a su vez se hace extensivo en igual medida y condiciones, a las personas jurídicas en la que su apoderado tenga dicha relación parental, cuyo impedimento se encuentra recogido en el literal k) del citado artículo 11° del TUO de la Ley N°30225.

1.19.9 Por consiguiente, en el caso de estos autos, en la medida que el apoderado de la empresa ALDEM SAC es el Sr. Víctor Antonio Torres Vásquez, quien es hermano del Sr. Aníbal Torres Vásquez – Ministro de Justicia y Derechos Humanos (cargo que ejerció durante el período del 30 de julio de 2021 (fecha en que por Resolución Suprema N°085-2021-PCM es designado Ministro de Justicia y Derechos Humanos, cargo que ejerció hasta el 07 de febrero de 2022 en que asume el cargo de Premier), el impedimento de la citada autoridad se extiende a dicha persona jurídica en igual medida.

1.19.10 Estando a que la participación de la empresa ALDEM SAC, en el proceso de contratación a que se refiere el Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA fue conforme se detalla a continuación:

Proceso de selección Concurso Público N° 002-2021-CENARES/MINSA que dio lugar al Contrato N° 798-2021-CENARES/MINSA		
Acto	Fecha	Impedimento de ALDEM SAC acorde a literal k) del art. 11 del TUO de la LCE.
Convocatoria	03.06.2021	No tenía este impedimento No tenía este impedimento No tenía este impedimento
Registro de participantes	04.07.2021 al 06.07.2021	
Presentación de oferta	07.07.2021	
Adjudicación de Buena Pro	22.07.2021	
Registro del consentimiento de Buena Pro	08.08.2021	Ya estaba impedido para contratar con el Estado (porque el hermano del apoderado de ALDEM SAC ya había sido designado Ministro de Justicia y Derechos Humanos el 30.07.2021 -Resolución Suprema N°085-2021-PCM).
Presentación de documentos para firma de contrato	10.08.2021	
Firma del Contrato N°798-2021- CENARES/MINSA	12.08.2021	

1.19.11 Del cuadro citado en el numeral precedente, se verifica que el impedimento para contratar con el Estado en que está incurso la empresa ALDEM SAC se produjo a partir del 30 de julio de 2021, por consiguiente, se encuentra acreditado que el

Contrato N°098-2021-CENARES/MINSA fue suscrito cuando la empresa ALDEM SAC ya se encontraba impedida para contratar con el Estado por razón del impedimento a que se refiere el literal k) del artículo 11 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado – Ley N°30225.

1.19.12 En consecuencia, al estar impedida para contratar con el Estado, la empresa ALDEM SAC., el Contrato N°798-2021-CENARES/2021 se encuentra incurso en causal de nulidad por haberse suscrito por persona jurídica que no tenía la capacidad jurídica válida para contratar con el Estado, la cual la había perdido desde el 30/07/2021, por lo que dicho contrato no es válido.

1.19.13 En este sentido, la nulidad de oficio del Contrato N°798-2021-CENARES/2021 dispuesta con Resolución Directoral N° 819-2022-CENARES-MINSA de fecha 06 de octubre de 2022, documento incorporado al proceso arbitral con ocasión de la reconfiguración del Tribunal Arbitral y la realización de nueva audiencia de Informes orales, sostiene la argumentación antes descrita, por lo que ALDEM S.A.C. no podía válidamente haber suscrito el contrato al 12 de agosto del 2021, por encontrarse incurso en el impedimento prescrito en el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11° LCE.

1.20 Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar que la primera pretensión de la demanda es:

- Improcedente en el extremo referido a que se declare la validez del Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA por no estar incurso en causal resolutoria, por las consideraciones expuestas líneas arriba.; e
- Infundada en el extremo referido a que se declare la validez del Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA por no estar incurso en causal de nulidad, por las consideraciones expuestas líneas arriba.

2 Segundo punto controvertido, (segunda pretensión de la demanda) y Tercer punto controvertido, (tercera pretensión de la demanda)

Determinar si corresponde o no obligar a la Entidad a cumplir con el objeto del contrato, de tal forma que permita a la contratista realizar los servicios de almacenamiento hasta agotar el monto contratado, el cual asciende a S/ 14'630,230.00.

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que cumpla con el pago por las prestaciones efectuadas por la Contratista y las que se efectúen en cumplimiento del contrato.

Posición del Contratista

2.4 El incumplimiento constituye por parte de la entidad un apartamiento del convenio arbitral, CENARES está obligado a respetar y cumplir con lo establecido en La Ley de Arbitraje, el Reglamento Procesal de la Institución Arbitral, así como lo ordenado en la medida cautelar.

2.5 La medida cautelar otorgada por el árbitro de emergencia y de conocimiento del CENARES, viene haciéndose caso omiso por CENARES, quien ha suspendido la entrega de carga, perturbando de esta manera el contrato,

volviéndolo ineficaz hasta la fecha, con el agravante de seguir adeudando una factura por S/. 43,096.80.

- 2.6 Con fecha 28 de enero de 2022, ALDEM notificó una carta notarial a CENARES haciendo saber que no se venía respetando la finalidad para la cual se ha suscrito el contrato, el mismo que no obstante encontrarse vigente en todos sus extremos se encuentra desvirtuado por el incumplimiento de CENARES, al no direccionar la carga a los almacenes de ALDEM desde el 17 de noviembre de 2021.
- 2.7 ALDEM considera que CENARES está obligado a cumplir con el objeto del contrato, de tal forma que se le permita realizar los servicios de almacenamiento hasta agotar el monto contratado, el cual asciende a S/.14'630,230.00.

Posición de la Entidad

- 2.8 La Entidad no está obligada a continuar el contrato, en vista que estaba habilitada para declarar la nulidad por causal, desarrollada ampliamente en los argumentos de la contestación de la primera pretensión.
- 2.9 Respecto al pago pendiente, al haber tomado conocimiento de la medida cautelar y manteniéndose vigente el contrato se procedió al pago total de las prestaciones ejecutadas, conforme se detalla:

Valor contratado	Valor ejecutado	Valor pagado	Saldo sin ejecutar
S/ 14'630,230.00	S/ 1'808,075.13	S/ 1'808,075.13	S/ 12'822,154.87

Posición del árbitro

- 2.10 Habiéndose determinado líneas arriba en el presente voto singular, que el Contrato N°798-2021-CENAAARES/MINSA no es válido al haberse suscrito por agente que se encontraba impedido para contratar con el Estado (literal k del art. 11 del TUO de la LCE); por consiguiente, un efecto inmediato de la invalidez de dicha relación contractual implica que la Entidad no puede continuar con la ejecución del contrato, al no existir válidamente dicha relación contractual, siendo aplicable al acto nulo la máxima romana *quod nullum est nullum producit effectum*, lo que es nulo no produce ningún efecto, lo que significa la negación de toda eficacia al acto nulo y el tenerlo por no celebrado.
- 2.11 Ante ello, en la relación contractual, la obligación que generaba el contrato había de cumplirse en el momento pactado o según sea el tipo u objeto de este. Sin embargo, la eliminación de la exigibilidad de la obligación extingue la cobranza del crédito, por lo tanto, no resulta reclamable para su

satisfacción, esto sin ser un pacto determinado entre los contratantes, sino uno derivado de los efectos principales de la declaración de nulidad. Cabe resaltar entonces que, ante esta circunstancia, no cumplir con la prestación que se había predeterminado no es sinónimo, ni debe ser entendido como incumplimiento de la obligación. En este sentido, en el contrato objeto de este arbitraje, un requerimiento de pago al cual antes no se podía rehusar la Entidad con arreglo a derecho, luego de declarada su nulidad, no generará la exigibilidad de la obligación, porque presupone la exigibilidad anterior que es eliminada al momento de la declaración de nulidad.

2.12 Asimismo, considerando que el vicio de nulidad ataca incluso al nacimiento del contrato, lo que implica que el mismo nunca existió, por consiguiente, frente a una relación obligacional inválida desde su origen, ello imposibilita disponer pago alguno a la referida empresa ALDEM SAC, lo cual se ajusta a lo dispuesto en el literal a) del numeral 44.2 del artículo 44 del TUO de la Ley N°30225.

2.13 Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar INFUNDADA la segunda pretensión de la demanda E INFUDADA la tercera pretensión de la demanda, no correspondiendo en consecuencia obligar a la Entidad a cumplir con el objeto del contrato ni ordenar que pague monto alguno a ALDEM SAC.

3 Cuarto punto controvertido, (cuarta pretensión de la demanda).-

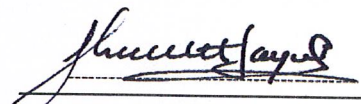
Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que asuma el pago de los costos del presente proceso arbitral, incluido los incurridos por la obtención de medidas cautelares, tasas, honorarios arbitrales, secretaria arbitral; así como los gastos de defensa técnica y legal incurridos por la Contratista.

3.4 Que, de los actuados no se aprecia la existencia de documento alguno que acredite la existencia de acuerdo entre las partes respecto a la distribución o asunción de los gastos arbitrales, por lo que este elemento no puede tomarse en consideración para los efectos de distribución o no de gastos arbitrales.

3.5 De las posiciones expuestas por las partes en el curso del proceso arbitral, así como de los hechos acontecidos durante la ejecución contractual y que dieron lugar a la controversia sometida al presente arbitraje, así como de los medios probatorios aportados y la conducta que han tenido durante el presente arbitraje, se aprecia que ALDEM SAC no ha tenido éxito en sus pretensiones y que CENARES legítima y válidamente activó las acciones administrativas que la ley le facultaba ante una situación de nulidad contractual por causa de impedimento de ALDEM SAC para contratar con el Estado, conforme se ha explicado a lo largo del presente documento. Por lo que corresponde que ALDEM SAC asuma la condena de la totalidad de los honorarios arbitrales y gastos administrativos efectuados con motivo del presente proceso.

En razón de análisis efectuado de los actuados, alegatos, informes orales, documentos conformantes del contrato y de conformidad con la Ley de Contrataciones y su Reglamento, y demás normas aplicables, el Árbitro Único **RESUELVE:**

- PRIMERO :** **DECLARAR INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda arbitral, en el extremo referido a que se declare que el Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA, es válido porque no está incurso en casual de nulidad, en consecuencia el Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA es inválido, conforme a los fundamentos expuestos en el presente Voto Singular de Laudo; **E IMPROCEDENTE** la primera pretensión de la demanda arbitral, en el extremo referido a que se declare que el Contrato N°798-2021-CENARES/MINSA, es válido porque no está incurso en casual de resolución de contrato, conforme a los fundamentos expuestos en el presente Voto Singular de Laudo.
- SEGUNDO :** **DECLARAR INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda arbitral, por consiguiente, la Entidad no está obligada a cumplir con el objeto del contrato N°798-2021-CENARES/MINSA, conforme a los fundamentos expuestos en el presente Voto Singular de Laudo.
- TERCERO :** **DECLARAR INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda arbitral, por consiguiente, la Entidad no está obligada a cumplir con el pago por las prestaciones efectuadas por la Contratista y las que se efectúen en cumplimiento del contrato, conforme a los fundamentos expuestos en el presente Voto Singular de laudo.
- CUARTO :** **DISPONER** que los costos del arbitraje sean asumidos en su totalidad por la parte demandante, ALDEM SAC, conforme a los fundamentos expuestos en el presente Voto Singular de Laudo.
- QUINTO :** **REMÍTASE** al Organismo de Contrataciones del Estado - OSCE copia del presente Voto Singular del Laudo Arbitral.



Jhanett Victoria Sayas Orocaja
Árbitro

Este voto singular ha sido firmado digitalmente por JHANETT VICTORIA SAYAS OROCAJA (Árbitra).