

EXP. N° 3760-53-22 | PUCP

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO-OSITRAN vs. CERCOR LOGISTICS S.A.C.

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO (en adelante, el demandante o “OSITRAN”)

DEMANDADO: CERCOR LOGISTICS S.A.C. (en adelante, el demandado o el “CERCOR LOGISTICS”)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional

ÁRBITRO ÚNICO: Eduardo Buendía De Los Santos

SECRETARÍA ARBITRAL: Ana Lino Suárez

DECISIÓN N° 4

En Lima, a los 26 días del mes de julio de 2023, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada en el presente arbitraje.

1. LA CONTROVERSIA ARBITRABLE:

- 1.1. Conforme al numeral 2) del artículo 226 del Reglamento de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, “RLCE”), se señala que son materias arbitrables las controversias que se desprenden de órdenes de compra o de servicios derivadas del Acuerdo Marco, siempre que no se haya incorporado un convenio arbitral en las mismas.
- 1.2. Conforme a lo establecido en el RLCE, OSITRAN presentó la solicitud de arbitraje de fecha 3 de febrero de 2022, siendo que el presente arbitraje es organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos

de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el “Centro”), de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, el “Reglamento”).

2. DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO ÚNICO:

- 2.1. Surgidas las controversias entre las partes, la Corte de Arbitraje del Centro designó al Dr. Eduardo Buendía De Los Santos, lo cual le fue comunicado mediante correo de fecha 11 de octubre de 2022, quien aceptó su designación mediante formulario presentado el 18 de octubre de 2022, nombramiento que quedó firme al no haber ningún cuestionamiento presentado por las partes.

3. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES:

- 3.1. Mediante la Decisión N° 1 de fecha 13 de enero de 2023, se resolvió, entre otros, establecer las reglas aplicables al presente arbitraje; y, se otorgó a OSITRAN un plazo de diez (10) días hábiles para que presente su demanda arbitral.
- 3.2. Mediante la Decisión N° 2 de fecha 23 de marzo de 2023, se resolvió, entre otros, admitir a trámite la demanda; y, en la medida que CERCOR LOGISTICS no contestó la demanda y/o presente reconvenición dentro del plazo concedido para dichos efectos, se dispuso a tener por no contestada la demanda arbitral. A través de la Decisión N° 2 de fecha 23 de marzo de 2023 también se determinaron las cuestiones controvertidas, admitieron los medios probatorios y se fijó fecha para la Audiencia Única de Ilustración de Hechos, Sustentación de posiciones y pruebas.
- 3.3. Mediante la Decisión N° 3 de fecha 9 de junio de 2023, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales; se fijó el plazo para laudar en cuarenta (40) días hábiles; y, se prorrogó dicho plazo por diez (10) días hábiles adicionales.

4. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:

- 4.1. El 8 de noviembre de 2022, la Secretaría Arbitral efectuó la determinación de los gastos arbitrales conforme al detalle siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Árbitro Único	S/. 4,958.00 neto más impuestos de ley
Tasa Administrativa del Centro	S/. 5,232.00 más IGV

- 4.2. Dichos montos ya fueron cancelados por las partes, con respecto a los gastos arbitrales.

5. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

- 5.1. Estando a lo dispuesto en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071,

Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, la “Ley de Arbitraje”), el Árbitro Único advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se va a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

- 5.2. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Árbitro Único deja expresa constancia de que en el presente arbitraje se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 43° de la Ley de Arbitraje, norma que señala lo siguiente:

“1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”.

- 5.3. El Árbitro Único deja constancia de que desde el inicio y durante la tramitación de este arbitraje: (i) el Árbitro Único se constituyó de conformidad con la legislación aplicable; (ii); que OSITRAN presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iii) que CERCOR LOGISTICS fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iv) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y (v) que el Árbitro Único ha procedido a emitir el presente laudo dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

- 5.4. El Árbitro Único deja también constancia de que, para la expedición de este laudo, ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, y 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 no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo los principios que orientan y ordenan todo arbitraje.

6. POSICIONES DE LAS PARTES:

6.1 De la demanda arbitral de OSITRAN de fecha 1 de febrero de 2023:

RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

SE DECLARE LA INVALIDEZ E INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO NOTIFICADA POR EL CONTRATISTA CERCOS LOGISTICS S.A.C. MEDIANTE CARTA N° 0002-01021-2021 DE FECHA 17 DE DICIEMBRE DE 2021.

El Contratista pretende resolver el Contrato a través de la Carta N° 002-01021-2021 de fecha 17 de diciembre de 2021.



La referida Carta carece de sustento válido para resolver el contrato, en virtud de lo señalado en el artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; donde se prescribe que: **“Artículo 164. Causales de resolución (...) 164.3 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.”** (Es transcripción textual y subrayado agregado).

Tal como se advierte de la Carta N° 002-01021-2021, los argumentos del demandado no resultan suficientes, pues, solamente mencionó lo siguiente: **“(...) 2. Con fecha 16 de diciembre de 2021, solicitamos la atención de los bienes de la empresa ARTI S.A., representante de la marca “ARTI CREATIVO”, quienes, manifiestan no contar con stock para proveer los almacenes a sus clientes presentando un desabastecimiento a nivel nacional debido a la demora en el tránsito de las importaciones, con fecha próxima de ingreso de 60 días hábiles.**

3. En vista de lo expresado, y ante la imposibilidad de atención por parte de nuestra representada, respecto de los bienes que forman parte de la OCAM-2021-1268-10-1, toda vez que la empresa representante de marca no cuenta con stock para proveer a nuestros almacenes, se ha tomado la decisión de “RESOLVER EL CONTRATO” (...)

Por lo expuesto anteriormente, y teniendo en consideración los hechos expresados; se ha tomado la decisión de “RESOLVER EL CONTRATO” por caso hechos fortuitos que imposibilitan el cumplimiento de nuestras obligaciones contractuales, tal como lo establecen los Artículos 164°; del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente” (Es transcripción textual y subrayado agregado).

Como puede apreciarse, el demandado sustenta su decisión de resolver el contrato en la falta de stock supuestamente comunicada por el fabricante.

Sin embargo, de la lectura del correo electrónico adjunto a la Carta N° 002-01021-2021, el tenor de este no coincide con lo señalado por dicho contratista, siendo que, el correo electrónico del 17 de diciembre de 2021, emitido por ARTI S.A. solo precisa que **“(...) el ingreso de este producto 1303-01 Pioneer Bantex está ingresado 22/12=100 unidades. Después de esta fecha no tenemos ingresos en el sistema.”**, lo cual no se condice con el tenor de la Carta del demandado.

CERCOR: SOLICITO ATENCION DE PIONER BANTEX

Lady Guerrero <lady.guerrero@arti.com.pe>
Para: CERCOR LOGISTICS <cercorlogistics@gmail.com>

17 de diciembre de 2021, 09:03

Estimado Socio Estratégico;
Buenos días, el ingreso de este producto 1303-01 Pioner Bantex está ingresando 22/12 = 100 unidades. Después de esta fecha no tenemos ingresos en el sistema.

Atte
 Descripción: <http://www.arti.com.pe/logoarti.jpg>
Lady Guerrero | Representante de Ventas
C: 995744083
E: lady.guerrero@arti.com.pe
W: www.arti.com.pe

[Texto citado oculto]



De lo anterior, se evidencia que dicho contratista no habría cumplido con probar la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor sobreviniente al perfeccionamiento del contrato, y la consecuente imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo de acuerdo con lo establecido en el numeral 164.4 del artículo 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, menos aún que dicho hecho no le sea imputable.

Aunado a ello, es pertinente citar la Opinión N° 104-2016/DTN de fecha 14 de julio de 2016, donde indican de manera expresa la obligación de probar de la parte que pretende resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor:

“(…) En este supuesto, correspondía a la parte que solicitó la resolución del contrato, probar a su contraparte la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor, y la consecuente imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo.

Para tal efecto, debe tenerse en consideración que el artículo 1315 del Código Civil, de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, establece que “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.” (El subrayado es agregado).

*Sobre el particular, resulta necesario precisar que un hecho o evento **extraordinario**¹ se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas.*

¹De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, lo extraordinario es aquello “**1. adj.** Fuera del orden o regla natural o común.”

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=extraordinario



Asimismo, un hecho o evento es **imprevisible**² cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible.

Por último, el que un hecho o evento sea **irresistible**³ significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento. (...)” (Es transcripción textual y el resaltado es agregado).

Asimismo, el Tribunal de Contrataciones del Estado (Tercera Sala) en su Resolución N° 2170-2019-TCE-S3 de fecha 31 de julio de 2019, ha señalado que a efectos de reconocer el “caso fortuito” o “fuerza mayor”, se requiere la concurrencia de las siguientes condiciones: (i) extraordinario, entendido como el hecho o evento que sale de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas; (ii) imprevisible, entendido como el hecho o evento que supera o excede la razonabilidad de previsión del deudor en la relación obligatoria; e (iii) irresistible, entendiendo como tal al hecho o evento en el que el deudor no tiene la posibilidad de evitar o impedir su ejecución.

En ese sentido, el demandado no cumplió con probar la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor sobreviniente y en concordancia con el artículo N° 1315° del Código Civil, tampoco cumplió con probar que el evento de caso fortuito es un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, que impida ejecutar las obligaciones del contrato.

Ahora bien, en el supuesto negado que la falta de stock del fabricante estuviera claramente sustentada en el correo electrónico de fecha 17 de diciembre de 2021, es pertinente anotar que, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.5 de las Reglas Estándar - Tipo I - Modificación III de febrero de 2020 aplicables al Catálogo Electrónico de Útiles de Escritorio (EXT-CE2021-7), es responsabilidad del proveedor mantener actualizado el stock registrado, habiéndose contemplado en dichas Reglas Estándar incluso la posibilidad de restringir la solicitud de proforma en el supuesto que no cuente con la cantidad requerida de stock (numeral 7.4.3.2. de las mencionadas Reglas Estándar); por lo que, lo argumentado por el demandado denotaría falta de diligencia de su parte más que un hecho de caso fortuito o fuerza mayor.

A continuación, se detallan los numerales citados de las referidas Reglas Estándar – Tipo I – Modificación III de febrero de 2020 aplicables al Catálogo Electrónico de Útiles de Escritorio (EXT-CE2021-7):

“(…)”

5.5. Existencias (stock)

Refiérase a las existencias (stock) respecto de las Fichas-producto, registradas por el PROVEEDOR, el cual debe ser expresado en números enteros iguales o

²De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, lo extraordinario es aquello “**1. adj.** Que no se puede prever.”

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=imprevisible

³De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, lo extraordinario es aquello “**1. adj.** Que no se puede resistir.”

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=irresistible

mayores a cero (0).

El PROVEEDOR podrá incrementar y disminuir las existencias de las Fichas-producto a través de la PLATAFORMA, conforme a lo señalado en el numeral 7.16 de las presentes REGLAS.

Es responsabilidad del PROVEEDOR mantener el stock registrado actualizado.

En caso la Ficha-producto se encuentre descontinuada, el PROVEEDOR tendrá que modificar su stock a cero.

El PROVEEDOR deberá de tener en cuenta que: - Cualquier registro de existencias (stock) igual a cero se aplicará desde el momento de su registro.

- En caso la PLATAFORMA haya descontado de manera automática las existencias (stock) y el PROVEEDOR haya actualizado sus existencias (stock) prevalecerá la modificación realizada por el PROVEEDOR, caso contrario la PLATAFORMA restituirá de forma automática las existencias, en caso corresponda.

(...)

7.4.3.2. Restricción de la SOLICITUD DE PROFORMA en la Compra Ordinaria

- Una compra individual, un destino y una entrega El PROVEEDOR puede restringir la solicitud de PROFORMA cuando se presente alguna de las siguientes causales:

(...)

El PROVEEDOR no cuente con la cantidad requerida (stock) por la ENTIDAD, a pesar de haberlo registrado como parte de su oferta. El PROVEEDOR podrá restringir la solicitud de proforma por este supuesto hasta cuatro (04) oportunidades; de suceder una quinta restricción la PLATAFORMA lo excluirá automáticamente. (Es transcripción textual y subrayado agregado)

Asimismo, el Comunicado N 045-2021-PERU COMPRAS/DAM de fecha 17 de junio de 2021 se indica que: "(...) Es responsabilidad del proveedor mantener actualizado el registro de sus existencias y ofertas durante la operatividad en la plataforma, las cuales se reflejarán de modo efectivo desde el primer día calendario siguiente de registradas.

En caso la Ficha-producto se encuentre descontinuada, el proveedor tendrá que modificar su stock a cero. Asimismo, se debe precisar que el referido registro se aplicará de forma automática. (...)" (Es transcripción textual).

Como puede apreciarse, al invocar como causal de resolución la fuerza mayor (en la Carta N° 002-01021-2021), el demandado busco eximirse de responsabilidad.

Así las cosas, la resolución contractual efectuada por el demandado mediante Carta N° 002-01021-2021, bajo la causal establecida en el numeral 164.3 del artículo 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no se encuentra sustentada en un hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no le sea y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato, motivo por el cual dicha carta deviene en ineficaz⁴.

⁴ Lizardo TABOADA CÓRDOVA señala que "las razones de la ineficacia son distintas, pero en términos genéricos la ineficacia bien sea esta inicial, o sobreviniente, es consecuencia por regla general del incumplimiento de un requisito de orden legal, bien sea al momento de la celebración del acto jurídico, o con posterioridad a la misma, que justifique que no se produzcan nunca los efectos jurídicos deseados, o que los efectos jurídicos ya producidos



Siendo que la causal invocada por el demandado para resolver el contrato no es la correcta, al no existir algún hecho sobreviniente, la actuación procedimental que nació de la misma, como la resolución contractual comunicada con Carta N° 002-01021-2021, carece de validez.

En ese sentido, corresponde que el Árbitro Único declare la invalidez e ineficacia de la resolución de contrato notificada por el demandado mediante Carta N°002-01021-2021 de fecha 17 de diciembre de 2021.

RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL
SE DECLARE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-1), POR CAUSA IMPUTABLE AL CONTRATISTA.

A través de la Orden de Compra N° 00070-2021 de fecha 02 de diciembre de 2021 (ORDEN OCAM-2021-1268-10-1), el Demandado se obligó a suministrar a Ositran 300 unidades de PIONER CON 2 ANILLOS TAMAÑO OFICIO PARA 250 HOJAS COLOR AZUL, por el valor total de S/. 3.363,00 soles, y en las siguientes condiciones:

ORDEN OCAM-2021-1268-10-1

CARACTERÍSTICAS DEL BIEN

*PIONER: T/2 ANILLOS D/CARTON C/CUBIERTA D/PLASTICO TAM: OFICIO
MED:25.00 mm CAP. MAX: 250 HOJAS COL: AZUL*

G.F: 60 MESES

MARCA: BANTEX 1303-01

PLAZO DE ENTREGA (SEGÚN ACUERDO MARCO)

Del 09/12/2021 al 17/12/2021

LUGAR DE ENTREGA:

Los bienes serán deberán ser entregados en el almacén del OSITRAN, sitio en Calle los Negocios 182 Surquillo, Sótano 2 de la Entidad, la fecha y horario de entrega deberá ser informado al correo epariona@ositran.gob.pe.

FORMA DE PAGO:

Una armada, previa conformidad del bien y presentación de comprobante de pago por parte del Contratista

CONFORMIDAD DEL BIEN:

La conformidad del bien será otorgada por la Jefatura de Logística y Control Patrimonial, previo informe emitido por la encargada de almacén, en donde constará el cumplimiento de las características técnicas.

El Contratista mediante Carta N°002-01021-2021 de fecha 17 de diciembre de 2021, comunicó la resolución del contrato debido a la supuesta falta de stock comunicada por el fabricante, tal como se cita a continuación:

“(…) 2. Con fecha 16 de diciembre del 2021, solicitamos la atención de los bienes a la empresa ARTI S.A., representante de la marca “ARTI CREATIVO”, quienes, manifiestan no contar con stock para proveer los almacenes a sus clientes presentando un desabastecimiento a nivel nacional debido a la demora en el tránsito de las importaciones, con fecha próxima de ingreso de 60 días

hábiles.

3. En vista de lo expresado, y ante la imposibilidad de atención por parte de nuestra representada, respecto de los bienes que forman parte de la OCAM-2021-1268-10-1, toda vez que la empresa representante de marca no cuenta con stock para proveer a nuestros almacenes, se ha tomado la decisión de “RESOLVER EL CONTRATO”

(...)

Por lo expuesto anteriormente, y teniendo en consideración los hechos expresados; se ha tomado la decisión de “RESOLVER EL CONTRATO” por caso hechos fortuitos que imposibilitan el cumplimiento de nuestras obligaciones contractuales, tal como lo establecen los Artículos 164°; del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente.” (Es transcripción textual y subrayado agregado).

El Contratista no cumplió con su obligación, por ello, la Jefatura de Logística y Control Patrimonial del Ositran solicitó a la Dirección de Acuerdos Marco de PERÚ COMPRAS retrotraiga el estado de la contratación en la Plataforma CEAM a efectos que Ositran pueda iniciar el procedimiento de resolución contractual en virtud de lo establecido en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, considerando que el contratista no cumplió con la formalidad debida para resolver el contrato de acuerdo a la normativa invocada; siendo que, con correo electrónico del 07 de enero de 2022, la Dirección de Acuerdos Marco ha comunicado que no es factible atender lo solicitado, señalando, entre otros, lo siguiente:

“De la revisión de la documentación registrada en la Plataforma de los Catálogos Electrónicos, en el estado RESUELTA EN PROCESO DE CONSENTIMIENTO (P), se verifica que el proveedor, con fecha 17/12/2021, registró la CARTA N°002-01021-2021, documento que resuelve la mencionada orden de compra, por causal “caso fortuito”, conforme a la casual establecida en el Art. 164.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente. Con respecto al proceso de resolución de la Orden de Compra a través de los catálogos electrónicos, este se encuentra regulado en los artículos 164°, 165° y 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado por Decreto Supremo N° 377-2019-EF; y en el sub numeral 7.14 de las Reglas Estándar del Método Especial de Contratación a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco - Tipo I Modificación III.

Asimismo, a fin de mejorar el monitoreo de los estados de las órdenes de compra se ha implementado un nuevo estado en la plataforma denominado “EN SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS” que permite a los usuarios indicar que la orden de compra se encuentra en procedimiento de conciliación o arbitraje, conforme al artículo 45° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con los artículos 158°, 166°, 168°, 171°, 172°, 173°, 223°, 224° y 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificatorias. Para mayor información sobre el estado en mención ingrese:

<https://www.gob.pe/se/institucion/perucompras/noticias/348468-respecto-al-registro-del-estado-en-solucion-de-controversias-para-las-ordenes-de-compra>

En tal sentido, no es factible atender su solicitud de cambio de estado. Asimismo, si su representada ha evidenciado que existe alguna desavenencia entre las partes en relación a la orden de compra mencionada, con respecto a la ejecución, interpretación, resolución,



inexistencia, ineficacia o invalidez; esta se deberá resolver mediante conciliación o arbitraje conforme se establece en los artículos 166° y 223° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; de corresponder. Sin perjuicio de la antes señalado, de la revisión de la información remitida se le comunica, que se procederá a tomar las acciones correspondientes, conforme al COMUNICADO N.º 045-2021-PERÚ COMPRAS/DAM “Respecto al registro de existencias (stock) en los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco”. <https://www.gob.pe/institucion/perucompras/noticias/500877-respectoal-registro-de-existencias-stock-en-los-catalogos-electronicos-de-acuerdos-marco>” (Es transcripción textual y resaltado agregado).

Cabe recordar que este procedimiento se encuentra en el marco de la normativa de Perú Compras razón por la cual, Ositran se vio imposibilitado de resolver la Orden.

En tal sentido, a través de esta pretensión, Ositran solicita al Árbitro Único que declare la resolución de la referida Orden de Compra.

Asimismo, el Comunicado N° 45-2021-PERÚ COMPRAS/DAM “Respecto al registro de existencias (stock) en los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco” se indica que: “(...) Es responsabilidad del proveedor mantener actualizado el registro de sus existencias y ofertas durante la operatividad en la plataforma, las cuales se reflejarán de modo efectivo desde el primer día calendario siguiente de registradas.

En caso la Ficha-producto se encuentre descontinuada, el proveedor tendrá que modificar su stock a cero. Asimismo, se debe precisar que el referido registro se aplicará de forma automática (...)”. (Es transcripción textual y resaltado agregado).

El Contratista al aceptar la orden de compra OCAM-2021-1268-10-1 el 07 de diciembre de 2021, debía contar con el stock disponible de los bienes adjudicados a través de la Plataforma de Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco.

En efecto, es responsabilidad del proveedor mantener el stock registrado actualizado, de acuerdo con lo establecido en las Reglas Estándar aplicables a Catálogo de Útiles de Escritorio (EXT-CE-2021-7); habiéndose contemplado en dichas reglas incluso la posibilidad de restringir la solicitud de proforma en el supuesto que no cuente con la cantidad requerida de stock.

En ese sentido, el contratista no podría invocar la falta de stock del fabricante, como un hecho fortuito que imposibilita el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la OCAM- 2021-1268-10-1, para resolver la contratación.

Así, en el supuesto negado que la falta de stock del fabricante estuviera claramente sustentada en el correo electrónico precitado, es pertinente anotar que, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.5 de las Reglas Estándar - Tipo I - Modificación III de febrero de 2020 aplicables al Catálogo Electrónico de Útiles de Escritorio (EXT- CE2021-7), es responsabilidad del proveedor mantener actualizado el stock registrado, habiéndose contemplado en dichas Reglas Estándar incluso la posibilidad de restringir la solicitud de proforma en el supuesto que no cuente con la cantidad requerida de stock (numeral 7.4.3.2. de las mencionadas Reglas Estándar).

Estando en la fecha de vencimiento, es decir el 17 de diciembre de 2021, el demandado no cumplió con la referida entrega de suministros, y procedió con comunicar mediante Carta N° 002-01021-2021 la Resolución del contrato por la causal de fuerza mayor, con el objetivo de eximirse de responsabilidad, siendo que la misma es inválida e ineficaz conforme se sustenta en los argumentos de la primera pretensión principal.

En ese sentido, corresponde que el Arbitro declare que corresponde la resolución de la contratación recaída en la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-1), por causal de incumplimiento atribuible al contratista, dado que no cumplió con remitir el suministro de útiles.

RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL
SE DETERMINE, COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL CONTRATISTA, LA PENALIDAD POR RETRASO INJUSTIFICADO, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL NUMERAL 11 DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LA ORDEN DE SERVICIO.

A través de la Orden de Compra N° 00070-2021 de fecha 02 de diciembre de 2021 (ORDEN OCAM-2021-1268-10-1), emitida por un valor total de S/. 3.363,00 soles, se contrató el suministro de útiles de oficina a fin de abastecer a las dependencias de la Entidad.

El numeral 11 de las especificaciones técnicas de la orden de compra se indica que:

11 PENALIDAD

En caso de retraso injustificado, se aplicará una penalidad de hasta un 10% del monto contratado, de conformidad con lo establecido en los artículos 161 y 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Al respecto, la fecha de entrega de los útiles era hasta el 17 de diciembre de 2021 y, a la fecha, el Contratista no ha presentado el objeto de la Orden de Compra; configurándose así la causal de retraso injustificado para aplicar la penalidad antes citada.

En tal sentido, también se ha materializado la penalidad establecida en las Especificaciones Técnicas.

Por lo tanto, solicitamos al Árbitro Único que declare fundada esta pretensión y ordene el pago correspondiente.

RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL
SE ORDENE AL DEMANDADO ASUMIR EL PAGO DE COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE PROCESO.

Respecto a la asunción de los gastos y costos del presente arbitraje, estos deben ser asumidos íntegramente por el demandado en la medida que ha quedado demostrado que, al propiciar el presente arbitraje (debido a su



indebida resolución de contrato), ha afectado a OSITRAN, al verse obligado a iniciar este arbitraje –al amparo de la cláusula arbitral-, e incurrir en mayores gastos.

6.2 De la contestación de demanda de CERCOR LOGISTICS:

CERCOR LOGISTICS tuvo la oportunidad de presentar su escrito de contestación de demanda, sin embargo, no cumplió con presentar dicho escrito, razón por la cual es parte renuente en el presente proceso arbitral.

6.3 De la presentación del Escrito de Alegatos finales de OSITRAN con fecha 17 de abril de 2023:

SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA SE DECLARE LA INVALIDEZ E INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO NOTIFICADA POR EL CONTRATISTA CERCOR LOGISTICS S.A.C. MEDIANTE CARTA N° 002-01021-2021 DE FECHA 17 DE DICIEMBRE DE 2021.

Conforme se aprecia de nuestro escrito de demanda, de fecha 01.02.2023, la Entidad formuló, entre otras, la siguiente pretensión: “**PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Se declare la invalidez e ineficacia de la resolución de contrato notificada por el contratista CERCOR LOGISTICS S.A.C. mediante Carta N°002-01021-2021 de fecha 17 de diciembre de 2021. (...)”. (Es transcripción textual)

A través de dicha pretensión principal, se solicita al Árbitro Único que declare la invalidez e ineficacia de la resolución de contrato, por “casos hechos fortuitos”⁵, efectuada por el contratista mediante la notificación de la Carta N°002-01021-2021 de fecha 17.12.2021, a través de la Plataforma de Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco.

Como sustento del pedido tenemos que lo alegado por el demandado en la referida Carta N° 002-01021-2021, no acredita per se la configuración de la causal de caso fortuito, prevista en el artículo 164.3° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado por Decreto Supremo N° 377-2019-EF, el cual dispone:

“(…) 164.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.” (transcripción textual y subrayado agregado)

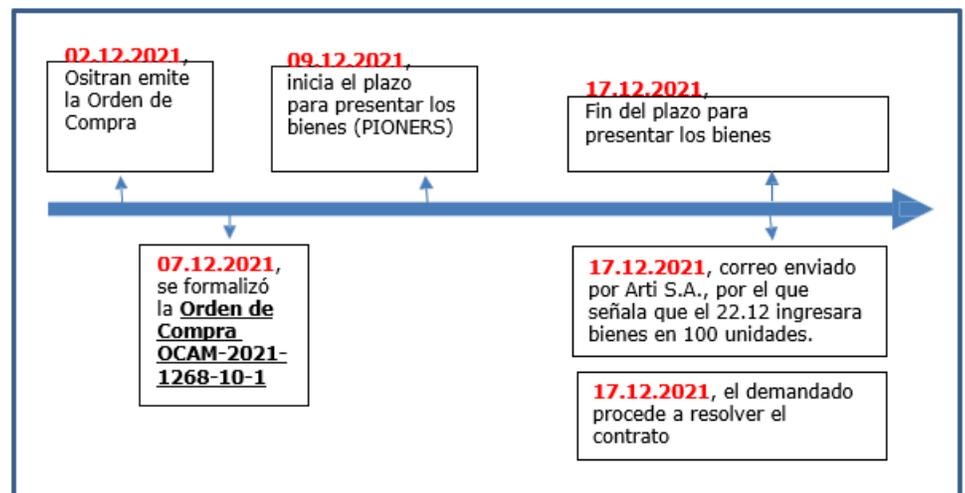
En el presente caso, el demandado se obligó, con la formalización de la Orden de Compra N° OCAM-2021-1268-10-1, a suministrar a Ositran 300 unidades de PIONER CON 2 ANILLOS TAMAÑO OFICIO PARA 250 HOJAS COLOR AZUL, por el valor total de S/3.363,00 soles, teniendo como fecha límite para cumplir dicha obligación el 17.12.2021.

⁵ Así lo expresa el demandado en el último párrafo de su Carta N° 002-01021-2021 de fecha 17 de diciembre de 2021.

No obstante ello, el último día para cumplir con su obligación de entrega de bienes, el demandado mediante la citada Carta N° 002-01021-2021, resolvió el contrato, indicando que se había producido un “caso fortuito” al no contar su proveedor Arti S.A. en stock, los bienes que el contratista se obligó a suministrar; adjuntando únicamente como prueba de la causal de resolución alegada, el Correo electrónico de fecha 17.12.2021 que le fue enviado por Arti S.A., el cual no prueba lo afirmado por el demandado en su Carta N° 002-01021-2021.

En esta línea de ideas, resulta importante resaltar que el contratista no cumplió con la carga impuesta en la Opinión N° 104-2016/DTN emitida con fecha 14.07.2016, por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, que lo obligaba a demostrar, al momento de resolver el contrato, que se encontraba ante un acontecimiento extraordinario, imprevisible e irresistible producido por el hombre, como tampoco probó que se trató de un hecho que no pudo preverse o que previsto no puede evitarse⁶, ello en concordancia con el artículo N° 1315⁷ del Código Civil.

A mayor abundamiento, de las instrumentales que obran en el expediente, se advierte claramente, que el demandado no demostró un actuar diligente en el cumplimiento de su obligación de entregar los bienes en el plazo contractual, siendo que, en el último día para cumplir su obligación, resolvió el contrato, remitiendo como único “justificante” de tal actuación, el correo que uno de sus proveedores -Arti S.A.- le envió ese mismo día, tal como se advierte en la siguiente línea de tiempo:



En línea con lo expuesto, es pertinente anotar que, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.5⁸ de las Reglas Estándar - Tipo I - Modificación III de febrero

⁶ La Casación 823-2002, Loreto advierte que la doctrina y la jurisprudencia ha establecido sobre el caso fortuito lo siguiente: “Sexto: En consecuencia el caso fortuito debe entenderse como un acontecimiento extraordinario, imprevisible e irresistible producido por el hombre y para calificarlo como tal se trata de un hecho que no puede preverse o que previsto no puede evitarse, no debiendo ser una previsibilidad exacta y precisa sino por el contrario conocida por el hombre común para cada caso concreto.”

⁷ De acuerdo con el artículo 1315 del Código Civil: “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

⁸ El numeral 5.5. de las Reglas Estándar - Tipo I - Modificación III de febrero de 2020, establece lo siguiente:



de 2020, aplicables al Catálogo Electrónico de Útiles de Escritorio (EXT-CE2021-7), así como al Comunicado N° 045-2021-PERU COMPRAS/DAM de fecha 17.06.2021, es responsabilidad del proveedor mantener actualizado el stock registrado, habiéndose contemplado en las referidas Reglas Estándar y Comunicado, incluso la posibilidad de restringir la solicitud de proforma en el supuesto que no cuente con la cantidad requerida de stock (numeral 7.4.3.2.¹⁰ de las mencionadas Reglas Estándar); por lo que, lo argumentado por el demandado denotaría un incumplimiento por falta de diligencia de su parte, más que un hecho de caso fortuito.

Atendiendo a lo expuesto, solicitamos que se declare FUNDADA nuestra primera pretensión principal.

SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA SE DECLARE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL DE LA ORDEN DE COMPRA N° 00070 -2021 (OCAM-2021-1268-10-1) POR CAUSA IMPUTABLE AL CONTRATISTA.

Ositran ha solicitado en su segunda pretensión principal de la demanda, lo siguiente: “(...) **SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL:** Se declare la resolución contractual de la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-1. por causa imputable al Contratista. (...).” (Es transcripción textual).

En relación a esta pretensión principal, precisamos que pese al incumplimiento del ahora demandado, respecto a su obligación de entrega de los bienes conforme a la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-1), el Ositran no pudo resolverle el contrato, debido a que la única forma de efectuar el procedimiento de resolución de contrato es a través de la Plataforma de Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco, siendo que el Sistema de la referida Plataforma no lo permitió, al haberse ingresado previamente la resolución de contrato efectuada por el demandado a través de su Carta N° 002-01021-2021, que se encuentra en dicho registro con estado “en solución de controversia”.

Sobre ello, cabe precisar que la Jefatura de Logística y Control Patrimonial del Ositran solicitó a la Dirección de Acuerdos Marco de PERÚ COMPRAS

5.5. Existencias (stock) (...) **Es responsabilidad del PROVEEDOR mantener el stock registrado actualizado.**

En caso la Ficha-producto se encuentre descontinuada, el PROVEEDOR tendrá que modificar su stock a cero. El PROVEEDOR deberá de tener en cuenta que: - Cualquier registro de existencias (stock) igual a cero se aplicará desde el momento de su registro.

⁹ El Comunicado N 045-2021-PERU COMPRAS/DAM de fecha 17 de junio de 2021 se indica que:

“(…) Es responsabilidad del proveedor mantener actualizado el registro de sus existencias y ofertas durante la operatividad en la plataforma, las cuales se reflejarán de modo efectivo desde el primer día calendario siguiente de registradas.

En caso la Ficha-producto se encuentre descontinuada, el proveedor tendrá que modificar su stock a cero.

Asimismo, se debe

precisar que el referido registro se aplicará de forma automática (...).”

¹⁰ El numeral 7.4.3.2. de las Reglas Estándar - Tipo I - Modificación III de febrero de 2020, establece lo siguiente:

“7.4.3.2. Restricción de la SOLICITUD DE PROFORMA en la Compra Ordinaria - Una compra individual, un destino y una entrega El PROVEEDOR **puede restringir la solicitud de PROFORMA** cuando se presente alguna de las siguientes causales: (...) **El PROVEEDOR no cuente con la cantidad requerida (stock) por la ENTIDAD, a pesar de haberlo registrado como parte de su oferta. El PROVEEDOR podrá restringir la solicitud de proforma por este supuesto hasta cuatro (04) oportunidades; de suceder una quinta restricción la PLATAFORMA lo excluirá automáticamente.**”

retrotraiga el estado de la contratación en la Plataforma de Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco a efectos que Ositran pueda iniciar el procedimiento de resolución contractual en virtud de lo establecido en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, considerando que el contratista no cumplió con la formalidad debida para resolver el contrato de acuerdo a la normativa invocada; siendo que, mediante correo electrónico del 07.01.2022, la Dirección de Acuerdos Marco comunicó que no era factible atender lo solicitado, entre otros argumentos, por lo siguiente:

“De la revisión de la documentación registrada en la Plataforma de los Catálogos Electrónicos, en el estado RESUELTA EN PROCESO DE CONSENTIMIENTO (P), se verifica que el proveedor, con fecha 17/12/2021, registró la CARTA N°002-01021-2021, documento que resuelve la mencionada orden de compra, por causal “caso fortuito”, conforme a la casual establecida en el Art. 164.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente. Con respecto al proceso de resolución de la Orden de Compra a través de los catálogos electrónicos, este se encuentra regulado en los artículos 164°, 165° y 166° del **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado por Decreto Supremo N° 377-2019-EF**; y en el sub numeral 7.14 de las **Reglas Estándar del Método Especial de Contratación a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco - Tipo I Modificación III**.

Asimismo, a fin de mejorar el monitoreo de los estados de las órdenes de compra se ha implementado un nuevo estado en la plataforma denominado “EN SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS” que permite a los usuarios indicar que la orden de compra se encuentra en procedimiento de conciliación o arbitraje, conforme al artículo 45° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con los artículos 158°, 166°, 168°, 171°, 172°, 173°, 223°, 224° y 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificatorias. Para mayor información sobre el estado en mención ingrese:

<https://www.gob.pe/se/institucion/perucompras/noticias/348468-respecto-al-registro-del-estado-en-solucion-de-controversias-para-las-ordenes-de-compra>

En tal sentido, **no es factible atender su solicitud de cambio de estado. Asimismo, si su representada ha evidenciado que existe alguna desavenencia entre las partes en relación a la orden de compra mencionada, con respecto a la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez; esta se deberá resolver mediante conciliación o arbitraje conforme se establece en los artículos 166° y 223° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; de corresponder.** Sin perjuicio de lo antes señalado, de la revisión de la información remitida se le comunica, que se procederá a tomar las acciones correspondientes, conforme al COMUNICADO N.º 045-2021-PERÚ COMPRAS/DAM “Respecto al registro de existencias (stock) en los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco”.

<https://www.gob.pe/institucion/perucompras/noticias/500877-respectoal-registro-de-existencias-stock-en-los-catalogos-electronicos-de-acuerdos-marco>”

(Es transcripción textual y resaltado agregado).

Lo alegado por nuestra parte y precisado por la Dirección de Acuerdos Marco, tiene como marco legal lo señalado en el artículo 165 del Reglamento de la ley



de Contrataciones del Estado y el numeral 10.8 de las Reglas Estándar - Tipo I - Modificación III de febrero de 2020 aplicables al Catálogo Electrónico de Útiles de Escritorio (EXT-CE2021-7), los mismos que citamos a continuación:

- Reglamento de la ley de Contrataciones del estado: “Artículo 165. Procedimiento de resolución de contrato (...) 165.6. Tratándose de contrataciones realizadas a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, **toda notificación efectuada en el marco del procedimiento de resolución del contrato regulado en el presente artículo se realiza a través del módulo de catálogo electrónico.**” (Es transcripción textual y resaltado agregado).

- Reglas Estándar - Tipo I - Modificación III de febrero de 2020 aplicables al Catálogo Electrónico de Útiles de Escritorio (EXT- CE2021-7): “10.8. Causal y procedimiento de resolución contractual. La resolución contractual se efectuará de acuerdo a las causales y procedimiento establecido en el TUO DE LA LEY y el REGLAMENTO aplicándose la normativa vigente desde la formalización de la ORDEN DE COMPRA.

Cualquiera de las partes, ante la falta de cumplimiento de las obligaciones pactadas, deberá ceñirse al procedimiento establecido en el REGLAMENTO.

La notificación de apercibimiento y la notificación de la resolución del contrato referido en el REGLAMENTO, se realizará a través de la PLATAFORMA, siendo aplicable para la ENTIDAD y PROVEEDOR. (Es transcripción textual y resaltado agregado).

En virtud del referido marco legal para la notificación electrónica en el procedimiento de resolución de orden de compra a través de la Plataforma de Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco, y la actuación del demandado de resolver indebidamente la Orden de compra a través de la Plataforma de Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco mediante Carta N°002-01021-2021 de fecha 17.12.2021, Ositran ante el incumplimiento del demandado, se vio imposibilitado de implementar el procedimiento de resolución de la Orden de compra conforme a lo establecido en el numeral 165.6 del artículo 165 del Reglamento de la Ley, aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y modificado por Decreto Supremo N° 377-2019-EF, así como en el numeral 11 de las Reglas Estándar - Tipo I - Modificación III de febrero de 2020, aplicables al Catálogo Electrónico de Útiles de Escritorio (EXT-CE2021-7).

En efecto, el precitado numeral 11 de las Reglas Estándar - Tipo I - Modificación III de febrero de 2020, aplicables al Catálogo Electrónico de Útiles de Escritorio (EXT-CE2021-7), estipula:

“CAPÍTULO XI PROCEDIMIENTO DE ENVÍO DE NOTIFICACIÓN DE REQUERIMIENTO DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EN EL PROCESO DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

11.1. Para las entidades

Si el PROVEEDOR falta al cumplimiento de sus obligaciones, la ENTIDAD, a través de la PLATAFORMA, requerirá al PROVEEDOR que ejecute su cumplimiento conforme establece el REGLAMENTO, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Al respecto el proceso de notificación se deberá de realizar como se detalla a continuación:

11.1.1. La ENTIDAD accederá a la “Bandeja de Notificaciones” y podrá seleccionar la opción “Notificar” y a continuación la PLATAFORMA mostrará las órdenes de compra con estado “Aceptada c/entrega retrasada” u “Observada c/subsanación retrasada”; mostrándose los siguientes datos:

- La Orden de Compra de la PLATAFORMA.
- RUC PROVEEDOR.
- Razón social PROVEEDOR.
- Fecha de Entrega.
- Opción Enviar notificación.

11.1.2. La ENTIDAD al seleccionar la opción “Enviar Notificación” deberá:

- Ingresar la fecha de emisión del documento de notificación de requerimiento de cumplimiento de obligaciones.
- Ingresar el número de documento de notificación de requerimiento de cumplimiento de obligaciones.
- Adjuntar el documento de notificación de requerimiento de cumplimiento de obligaciones en formato PDF debidamente suscrito.

11.1.3. Al remitir la notificación de requerimiento de cumplimiento de obligaciones, la PLATAFORMA asignará el estado ENVIADO, permitiéndole al proveedor visualizarla.

11.1.4. El PROVEEDOR podrá visualizar la notificación de requerimiento de cumplimiento de obligaciones al momento de ingresar a la PLATAFORMA, no permitiéndole continuar de no descargar dicho documento al considerarse obligatoria su lectura, generándose en ese momento el estado LEÍDO.

Asimismo, el PROVEEDOR podrá visualizar todos los documentos de notificación de requerimiento de cumplimiento de obligaciones a través del módulo Notificaciones - Bandeja de Notificaciones de la PLATAFORMA.”
(Es transcripción textual y resaltado agregado).

En atención a lo expuesto, queda claro que la respuesta a la siguiente interrogante formulada por el Árbitro Único en la Audiencia Única del 30.03.2023: ¿Cuál es fundamento para la aplicación de la resolución contractual?; es que mediante nuestra pretensión bajo comentario, le solicitamos al Árbitro Único que, sea quien declare la resolución del contrato por causa imputable al contratista, por no haber cumplido con su obligación de suministrar los útiles requeridos en la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-1), dentro de los nueve (09) días allí establecidos.

Atendiendo a lo expuesto, solicitamos que se declare FUNDADA nuestra segunda pretensión principal.

SOBRE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA SE DETERMINE, COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL CONTRATISTA, LA PENALIDAD POR RETRASO INJUSTIFICADO, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL NUMERAL 11 DE LAS ESPECÍFICACIONES TÉCNICAS DE LA ORDEN DE SERVICIO

Ositran ha solicitado en su tercera pretensión lo siguiente: “(...) TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se determine, como consecuencia del incumplimiento por parte del Contratista, la penalidad por retraso injustificado, de conformidad con lo establecido en el numeral 11 de las Especificaciones Técnicas de la Orden de Servicio. (...)” (Es transcripción textual).

Como sustento fáctico de nuestro pedido precisamos que se contrató al demandado, para el suministro de útiles de oficina (300 unidades de PIONER CON 2 ANILLOS TAMAÑO OFICIO PARA 250 HOJAS COLOR AZUL), a fin de abastecer a las dependencias de la Entidad en diciembre de 2021, sin embargo,



llegado el último día para el cumplimiento de su obligación (17.12.2021), resolvió injustificadamente el contrato (tal como se ha sustentado en la primera pretensión principal de la demanda), y de esta forma, desde el día siguiente, evidenció su retraso injustificado producto de su incumplimiento contractual.

*En ese contexto, afirmamos que el sustento jurídico de nuestro pedido se encuentra en el numeral 11 de las especificaciones técnicas de la Orden de Servicio, el cual estipula lo siguiente: “(...) **11 PENALIDAD** En caso de retraso injustificado, se aplicará una penalidad de hasta un 10% del monto contratado, de conformidad con lo establecido en los artículos 161 y 162 del Reglamento. (...)” (Es transcripción textual).*

En virtud de lo expuesto, precisamos que se ha materializado el supuesto de hecho establecido en las Especificaciones Técnicas, para la aplicación de la penalidad allí prevista.

En este contexto, respondiendo a la siguiente pregunta formulada por el Árbitro Único en la Audiencia Única del 30.03.2023: ¿cuál es lapso de tiempo/número de días en el que supuestamente estaría en incumplimiento el contratista y que generaría la aplicación de penalidad?, manifestamos:

- A la fecha de presentación de la demanda arbitral (01.02.2023), el demandado habría incumplido 411 (cuatrocientos once) días calendario, contados desde el día siguiente al último día para el cumplimiento de su obligación de suministrar los bienes requeridos, es decir, el 17.12.2021. A continuación, se muestra el cálculo de días calendario de retraso injustificado efectuado a través de la Plataforma digital única del Estado Peruano¹¹:

gob.pe | Plataforma digital única del Estado Peruano

Inicio > El Estado > PCM > Contacto con la PCM > Calcular días hábiles o calendario

Calcular días hábiles o calendario

Los días hábiles son los períodos válidos para realizar una actividad que puede ser laboral, judicial o administrativa y que la ley designa como aptos o no, para contabilizar plazos. Los días calendario son los que componen un año de 365 o 366, según el año que curse.

- Son **días hábiles**, los comprendidos de lunes a viernes, sin considerar **feriados o festivos**. Los sábados y los domingos se entienden como días inhábiles o no hábiles.
- Todos los **días calendario** tienen la misma condición y son contados por igual.

Si necesitas presentar una solicitud y el periodo está expresado en **días hábiles**, puedes usar este servicio para calcular esa fecha, colocando la cantidad de días y fecha de inicio. Esta herramienta también te permite calcular los días calendario.

Toma en cuenta que debes contar los días desde el día hábil siguiente a tu consulta.

En 411 días calendario a partir de vie, 17 dic 2021, será:

miércoles 01 de febrero de 2023

Atendiendo a lo expuesto, solicitamos que se declare FUNDADA nuestra tercera pretensión principal.

SOBRE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA SE ORDENE AL DEMANDADO ASUMIR EL PAGO DE COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE PROCESO.

Respecto a la asunción de costos y costas del proceso, Ositran ha solicitado en

¹¹ <https://www.gob.pe/8283-calculardias-habiles-o-calendario>

la cuarta pretensión principal de su escrito de demanda: “(...) **CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Se ordene al demandado asumir el pago de costas y costos del presente proceso” (Es transcripción textual).

Al respecto, precisamos que el demandado debe asumir el pago de costas y costos arbitrales en su integridad, en la medida que ha quedado demostrado que, al resolver la Orden de Compra al margen de lo estipulado en el marco normativo aplicable al procedimiento de resolución, ha obligado a la Entidad a iniciar el presente arbitraje para cuestionarla y, además, para solicitar la resolución debido a su incumplimiento.

Atendiendo a lo expuesto, solicitamos que se declare **FUNDADA** nuestra cuarta pretensión principal.

6.4 De la presentación del Escrito de Alegatos finales de CERCOR LOGISTICS con fecha 17 de abril de 2023:

CON RELACIÓN A LA PRETENSIÓN FORMULADA POR CERCOR LOGISTICS S.A.C

Que, la materia controvertida en el presente proceso arbitral, versa sobre determinar si corresponde o no, que se declare NULA y/o se deje sin efecto la Carta N° 002-01021-2021 que contiene la Resolución de Contrato de la Orden de Compra N°00070-2021 de fecha 17-12-2021 comunicada mediante plataforma de Perú Compras el 17-12-2021, por parte de la empresa CERCOR LOGISTICS S.A.C., destinada a la “Adquisición de 300 unidades de Pioneer con 2 anillos tamaño oficio para 250 hojas, color azul, marca Bantex 1303-01”.

Que, conforme se expuso en la Audiencia Única de fecha 30-03-2023; en fecha 02 de diciembre del 2021 el organismo supervisor de la inversión en infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN emitió la Orden de Compra N° 00070-2023 (SIAF 1900), asimismo con fecha 07 de diciembre del 2021 se formalizó la OCAM-2021-1268-10-1, por el importe total de S/ 3,363.00 (TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA Y TRES CON 00/100 SOLES); tal como se ilustró en la “LÍNEA DE TIEMPO: HECHOS RELEVANTES DEL CASO” que se recauda a continuación:



Al respecto, es de precisar, que, de acuerdo con las disposiciones establecidas en las Especificaciones Técnicas de la contratación, el plazo para la entrega de los bienes se fijó del 09 al 17 de diciembre de 2021, conforme se muestra:

DATOS PARA EL PAGO DE LA PRESTACIÓN	
Banco	: BANCO DE CREDITO DEL PERU
Número de Cuenta	: 191-9399095-0-51
CCI	: 00219100939909505156
DATOS DE LA CONTRATACIÓN	
Emergencia	: NO
Fecha de formalización	: 07/12/2021 Estado
Tipo de Contratación	: Individual
Procedimiento de Compra	: Ordinaria
Tipo de Entrega	: Entrega única
Total de entregas	: 1
Expediente SIAF	: 1900
Plazo de entrega	: Del 09/12/2021 al 17/12/2021
DATOS DEL LUGAR DE ENTREGA	
Número de entrega	: 1 de 1
Dirección	: Calle Los Negocios N° 182
Ubigeo	: SURQUILLO / LIMA / LIMA
Referencia	: Cerca al Metro de Arambunú
Latitud / Longitud	:
Código Postal	:

CON RELACIÓN A LA DIFICULTAD E IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR CON LA OBLIGACIÓN – ORDEN DE COMPRA N° 00070-2021

Es esencial señalar que son causas de extinción de la obligación, los distintos hechos o negocios en virtud de los cuales una obligación deja de existir.

Dicho esto, debemos mencionar que la teoría de la extinción de las obligaciones tiene gran importancia dentro del Derecho de Obligaciones, por razón de que, a diferencia de los derechos reales que tienen por regla general una duración ilimitada, los de crédito son de naturaleza transitoria, ya que sólo persiguen satisfacer el interés del acreedor mediante la prestación del deudor o su equivalente económico.

*El Código Civil, no clasifica los modos de extinción de las obligaciones, pero sí que los enumera en el artículo 1156° al decir que **“Las obligaciones se extinguen por:***

- *el pago o cumplimiento,*
- **por la pérdida de la cosa debida,**
- *por la condonación de la deuda,*
- *por la confusión de los derechos del acreedor y deudor,*
- *por la compensación,*
- *y por la novación”.*

En lo que se refiere a la pérdida de la cosa debida, y una vez hecha esta breve introducción, vamos a dividir su estudio en los apartados siguientes:

- a) *Pérdida de la cosa debida e imposibilidad de la prestación.*
- b) *Dificultad extraordinaria en la prestación.*

A) Pérdida de la cosa debida e imposibilidad de la prestación.

Son causas de extinción de las obligaciones, fundadas en la imposibilidad de cumplirlas por una causa no imputable al deudor. Ello porque, suponiendo toda obligación un objeto desde el momento en que éste falta, tiene que desaparecer el vínculo.

Sólo tiene trascendencia la imposibilidad subsiguiente o sobrevenida; la originaria, más que la extinción de la obligación, impide su nacimiento, pues uno de los caracteres de la obligación es la posibilidad.

B) La dificultad extraordinaria en la prestación.

La prestación ha de considerarse imposible a efectos de producir la extinción de la obligación, al respecto Albadalejo, estima que, en caso de dificultad extraordinaria, la obligación ha de ser revisable:

- *Primero se intentará reducirla al equivalente de la primitiva onerosidad de la prestación.*
- *Y sólo en el caso de que no sea reducible, se extinguirá por equipararse la prestación a la prestación imposible.*

En este orden de ideas, la empresa CERCOR LOGISTICS se encontraba en la dificultad de poder cumplir con la Orden de Compra N°00070-2021:

DESCRIPCION	CANTIDAD	TOTAL
<p>PIONER CON 2 ANILLOS TAMAÑO OFICIO PARA 250 HOJAS COLOR AZUL CARACTERÍSTICAS DEL BIEN PIONER: T/2 ANILLOS D/CARTON C/CUBIERTA D/PLASTICO TAM: OFICIO MED: 25.00 mm CAP. MAX: 250 HOJAS COL: AZUL G.F: 60 MESES MARCA: BANTEX 1303-01</p>	300 UND.	S/. 3,363.00

Toda vez que a nivel nacional los bienes señalados líneas arriba, se encontraban en desabastecimiento total, llegando en una fecha próxima de ingreso de 60 días hábiles, tal como se puede verificar en la presente imagen:

 Gmail CERCOR LOGISTICS <cercorlogistics@gmail.com>

CERCOR: SOLICITO ATENCION DE PIONER BANTEX

Lady Guerrero <lady.guerrero@arti.com.pe> 17 de diciembre de 2021, 09:03
 Para: CERCOR LOGISTICS <cercorlogistics@gmail.com>

Estimado Socio Estratégico;
 Buenos días, el ingreso de este producto 1303-01 Pioner Bantex está ingresando 22/12 = 100 unidades. Después de esta fecha no tenemos ingresos en el sistema.

Atte
 Descripción: <http://www.arti.com.pe/logoarti.jpg>
 Lady Guerrero | Representante de Ventas
 C: 995744083
 E: lady.guerrero@arti.com.pe
 W: www.arti.com.pe

[Texto citado oculto]

 **ARTI** image001.jpg
Productos Industriales Artí S.A. 18K

Fuente: correo de la empresa representante de Marca

Por lo que la empresa CERCOR LOGISTICS S.A.C., para cumplir con su obligación, realizo la cotización en empresas distribuidoras, señalando que no contaban con dicho producto para esa cantidad, motivo por el cual se decidió RESOLVER EL CONTRATO.

NUESTRA REPRESENTADA HA CUMPLIDO CON LA NORMATIVA

RELACIONADA A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.

La entidad en la audiencia única de fecha 30-03-2023, hizo referencia al numeral 11 de las Especificaciones Técnicas de la Orden de Compra, que a letra dice:

11. PENALIDAD

En caso de retraso injustificado, se aplicará una penalidad de hasta un 10 % del monto contratado, de conformidad con lo establecido en los artículos 161 y 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Sin embargo, dicho artículo solo hace referencia al retaso injustificado aplicándose una penalidad de hasta un 10 %, lo cual no es pertinente al presente caso, ya que no indica si procede la penalidad en el caso de que el retraso esté debidamente justificado, es así que, se tenía como fecha de entrega de los útiles hasta el 17 de Diciembre del 2021, y, en la misma fecha se cursó la Carta N° 002-01021-2021 por Parte de mi Representada, por lo que, teniendo en cuenta al Artículo 162° numeral 162.5° del Reglamento de la Ley de Contrataciones que a letra dice:

ARTÍCULO 162.- PENALIDAD POR MORA EN LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN (...) 162.5. El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo.

Como se puede ver en el párrafo líneas arriba, el retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo, en el presente caso se le puso de conocimiento a la Entidad el motivo por el cual no llegaría a tiempo los bienes - Útiles, al ver la negativa de la Entidad se procedió a Resolver el Contrato.

Nuestra representada resolvió el contrato - Orden de Compra N°00070-2021 con fecha 17 de diciembre del 2021, mediante CARTA N° 002-01021-2021 recepcionada por la entidad, según podemos observar en la siguiente imagen:

Lima, 17 de diciembre del 2021	
CARTA N°002-01021-2021	
Señores	
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PUBLICO	
RUC: 20420248645	
Calle Los Negocios N° 182 - Surquillo	
Atención	: ÁREA DE LOGISTICA – ADQUISICIONES – ALMACEN
Asunto	: RESOLUCIÓN DE CONTRATO POR FUERZA MAYOR
Referencia	: a) Orden de Compra N° 0070 de fecha 02 de diciembre de 2021 b) Orden de Compra electrónica N° OCAM-2021-1268-10-1



Por lo tanto, nuestra resolución se encuentra amparado en lo señalado en el numeral 36.1 del artículo 36 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado D.S. N° 182-2019- EF, que indica lo siguiente: "(...) 36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes. (...)". (El subrayado es agregado). Lo expresado se colige con el numeral 164.3 del artículo 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente.

De lo manifestado, a fin de determinar los conceptos de "CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR" es necesario tener en consideración que el artículo 1315° del Código Civil, de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, establece que "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."

Ahora bien, desde el punto de vista doctrinario, corresponde hablar de caso fortuito como derivado de un hecho natural, de modo tal que a nadie puede imputarse su origen, mientras que la fuerza mayor ha sido vinculada a una intervención irresistible de la autoridad o de terceros. Así, son ejemplos típicos de caso fortuito y de fuerza mayor, respectivamente, un terremoto o lluvias o cualquier desastre producido por fuerzas naturales, para el primer supuesto y, para el segundo supuesto, una expropiación (mediante la dación de una Ley por parte del Poder Legislativo) o un paro regional. Sobre el particular, resulta necesario precisar que un hecho o evento extraordinario se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas. Asimismo, un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible.

Dichas causales se acreditan con la indisponibilidad de los proveedores del mencionado producto debido a los actos de gobierno que dificultan o hace imposibles de manera imprevisibles las importaciones y exportaciones en el mercado internacional, no siendo la pandemia en sí causal de caso fortuito, sino los actos de gobierno que de ella se derivan.

Por lo expuesto, dado que la empresa CERCOR LOGISTICS S.A.C. ha dado expreso cumplimiento a las obligaciones reglamentarias y contractuales, y considerando el sustento fáctico y jurídico esgrimido en el presente proceso arbitral de derecho; solicito respetuosamente en representación de CERCOR LOGISTICS, que la demanda interpuesta por el ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO – OSITRAN contra la empresa CERCOR LOGISTICS sea declarada INFUNDADA en todos sus extremos por ser justicia y estar conforme a ley.

7. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EN QUE SE SUSTENTA LA DECISIÓN CON INDICACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO PARA ADMITIR O RECHAZAR LAS PRETENSIONES Y DEFENSA DE LAS PARTES:

1. Constituyen principios esenciales que rigen todo arbitraje los principios de audiencia, contradicción y trato igualitario a las partes. En ejercicio del principio de contradicción, las partes han podido alegar y contradecir las argumentaciones y pruebas aportadas al proceso, lo que ha sucedido en el decurso de este arbitraje.
2. Así mismo, debe tenerse presente que los medios probatorios en general tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones cuando se trata de un arbitraje de derecho, como es el presente caso; siendo sin embargo facultad de los árbitros en cualquier tipo de arbitraje decidir de manera exclusiva sobre la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas aportadas al proceso.
3. Al respecto, debe decirse que, desde un punto de vista general y aplicable a todo tipo de proceso, la doctrina comparada ha señalado, a propósito de la valoración de pruebas, que:

“...la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso. Y quede claro que en esa percepción queda incluido, como actividades conjuntas, tanto la extracción de esos resultados como el juicio racional del juez sobre dicha percepción...”⁽¹²⁾.

4. En sede arbitral, lo dicho precedentemente encuentra una aplicación aún más libre, pues a diferencia del proceso judicial en donde la valoración de las pruebas debe ser conjunta, el árbitro se encuentra facultado a resolver libremente sobre la pertinencia, admisibilidad y valor de las pruebas, conforme lo señala el artículo 48° del Reglamento, en concordancia con el numeral 1) del artículo 43° de la Ley de Arbitraje.
5. Las normas antedichas facultan al árbitro para determinar el valor de los medios probatorios que según su apreciación sean pertinentes para fundar sus conclusiones. En este sentido, el principio es el de libre valoración de la prueba, el cual debe ejercerse sobre la base de una apreciación razonada y razonable de los medios probatorios aportados. Ello ha sido resaltado, por ejemplo, por **HINOJOSA SEGOVIA** y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que:

“...la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes”⁽¹³⁾.

6. Hechas las precisiones precedentes, corresponde señalar que no existe controversia entre las partes en lo que respecta a la celebración del Contrato.

¹² **NIEVA FENOLL, Jordi**. “La valoración de la Prueba”. Editorial Marcial Pons: Madrid, 2010, Pág. 34.

¹³ **HINOJOSA SEGOVIA, Rafael**. “El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)”. Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

Por el contrario, existe controversia entre las partes en lo que respecta a todas las pretensiones consignadas por OSITRAN en su escrito de demanda, razón por la cual en la Decisión N° 2 de fecha 23 de marzo de 2023 se consignaron los puntos controvertidos del presente arbitraje, señalándose como tales a los siguientes:

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que el Tribunal Arbitral Unipersonal determine si corresponde o no declarar la invalidez e ineficacia de la resolución de contrato notificada por el contratista CERCOR LOGISTICS S.A.C. mediante Carta N°002-01021-2021 de fecha 17 de diciembre de 2021.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que el Tribunal Arbitral Unipersonal determine si corresponde o no declarar la resolución contractual de la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-1), por causa imputable al Contratista.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que el Tribunal Arbitral Unipersonal determine si corresponde o no determinar, como consecuencia del incumplimiento por parte del Contratista, la penalidad por retraso injustificado, de conformidad con lo establecido en el numeral 11 de las Especificaciones Técnicas de la Orden de Servicio.

CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que el Tribunal Arbitral Unipersonal determine si corresponde o no ordenar al demandado asumir el pago de costas y costos del presente proceso.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

7. Hechas las precisiones precedentes, corresponde dar respuesta a la Primera Cuestión Controvertida, la cual consiste en lo siguiente:

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que el Tribunal Arbitral Unipersonal determine si corresponde o no declarar la invalidez e ineficacia de la resolución de contrato notificada por el contratista CERCOR LOGISTICS S.A.C. mediante Carta N°002-01021-2021 de fecha 17 de diciembre de 2021.

Primera Pretensión Principal de la demanda: Se declare la invalidez e ineficacia de la resolución de contrato notificada por el Contratista CERCOR LOGISTICS S.A.C. mediante Carta N° 002-01021-2021 de fecha 17 de diciembre de 2021.

8. Como cuestión previa, cabe advertir que la normativa que resulta aplicable es la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, "LCE"), el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, "RLCE") y el Código Civil.
9. Sobre el particular, debe tenerse presente lo indicado en la Primera Disposición Complementaria Final de la LCE, norma que señala lo siguiente:

Primera.- La presente norma y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre **aquellas de derecho privado que le sean aplicables**. Esta prevalencia también es aplicable a la regulación de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado.

Asimismo, **son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la presente norma, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas (lo subrayado es agregado).**

10. De otro lado, la Primera Disposición Complementaria Final del RLCE también establece la aplicación de las normas de derecho privado conforme al siguiente detalle:

Disposiciones Complementarias Finales

Primera.- En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado.

11. Finalmente, respecto de la aplicación supletoria del Código Civil, el artículo IX del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo establece lo siguiente:

“Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil.- Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza” (lo subrayado es agregado).

12. De esta manera, a juicio del Árbitro Único se puede establecer que, en caso exista alguna materia no abordada expresamente la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-0), ni tampoco en la LCE ni el RLCE, ni en otras normas de derecho público que resulten aplicables al respecto, será posible recurrir al Código Civil de manera supletoria.
13. Ahora bien, con relación a la Primera Cuestión Controvertida, la OSITRAN solicita que se declare la invalidez e ineficacia de la Resolución del Contrato notificada por el contratista CERCOR LOGISTICS mediante Carta N°002-01021-2021 de fecha 17 de diciembre de 2021.
14. No hay discusión entre las partes respecto a la existencia de una relación contractual derivada de la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-0) de fecha 2 de diciembre de 2021, la cual se efectuó en la plataforma del Acuerdo Marco.
15. Corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre la eficacia de la resolución efectuada por CERCOR LOGISTICS mediante Carta Notarial N° 002-01021-2021 de fecha 17 de diciembre de 2021. En ella se invoca para la resolución de la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-0), la causal contenida en el numeral



3) del artículo 164¹⁴ del RLCE, normas que señalan lo siguiente:

Artículo 164. Causales de resolución.-

(...).

164.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 165.

164.4. del RLCE.- Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

Artículo 165. Procedimiento de resolución de contrato

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

165.2. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

165.3. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

165.4. La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

165.5. Cuando la resolución se sustente en alguno de los supuestos establecidos en el numeral 164.4 del artículo 164, la parte que resuelve debe comunicar su decisión mediante carta notarial justificando y acreditando los hechos que la sustentan.

165.6. La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la

¹⁴ Cabe señalar que CERCOR LOGISTICS invoca equivocadamente el numeral 3) del artículo 164 del RLCE, no obstante, dicha norma fue modificada y reubicada en el numeral 4 del artículo 164 del RLCE norma que señala lo siguiente:

Artículo 164.4. del RLCE.- Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe precisa con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.

(...).

16. Por otro lado, para el caso del numeral 4) del artículo 164 del RLCE, norma en donde se regula la resolución por caso fortuito o fuerza mayor, evento el cual debe tratarse de una situación no prevista por las partes y ajena a su control. De esta manera, el RLCE reconoce la posibilidad de resolver la relación contractual frente a un evento extraño (extraordinario); o, Imprevisible; e Irresistible siempre que así se genere el siguiente efecto: “...**que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato...**”.
17. Cuando se presenta un caso de resolución de la relación contractual por causa no imputable a las partes, el caso fortuito o la fuerza mayor debe tener la cualidad de impedir de forma definitiva la continuación de la ejecución de las obligaciones que emanan de dicho negocio jurídico. En cambio, cuando no sea posible verificar la resolución por dicha causa, la parte afectada podrá invocar que el acto que genera la resolución carezca de efectos jurídicos a través de la ineficacia contractual.
18. Adicionalmente a lo anterior, a juicio del Árbitro Único, la carga de la prueba de la existencia de un evento que imposibilite la ejecución de la prestación en los términos del numeral 4) del artículo 164 del RLCE, esto es, la carga de la prueba de la existencia del evento de caso fortuito o fuerza mayor que haga imposible la prestación, es de cargo de la persona que alega la existencia del mismo.
19. De otro lado, para que se produzca la resolución de la relación contractual derivada de la Orden de Compra, debe seguirse el mecanismo resolutorio propuesto por la ley. En efecto, el numeral 1) del artículo 165 del RLCE establece el mecanismo de cómo se produce la resolución del contrato conforme a las disposiciones de la materia. Sobre el particular, la norma señala lo siguiente:

Artículo 165. Procedimiento de resolución de contrato

165.1. Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada requiere mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
20. De lo anterior se puede indicar lo siguiente: para que la parte fiel del contrato pueda resolver el contrato a través de la resolución por intimación conforme lo establece el artículo 165.1 del RLCE, la parte fiel afectada con el incumplimiento debe requerirle a la parte infiel el cumplimiento de la obligación mediante carta notarial, otorgándole para que subsane el mismo un plazo no mayor a cinco días con el apercibimiento de resolver el contrato si no se ejecuta la obligación en el plazo antes señalado.
21. Además, debe tenerse presente lo indicado en el artículo 165.3 del RLCE, norma que señala lo siguiente:

Artículo 165. Procedimiento de resolución de contrato

165.3. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

22. Por otro lado, como la norma de resolución contractual no establece el alcance respecto a cómo debe realizarse el cómputo de plazo, resulta de aplicación lo establecido en el artículo 143 del RLCE, norma que establece el cómputo de los días durante la ejecución contractual conforme a lo siguiente:

Artículo 143. Cómputo de los plazos

Durante la ejecución contractual los plazos se computan en días calendario, excepto en los casos en los que el presente Reglamento indique lo contrario, aplicándose supletoriamente lo dispuesto por los artículos 183 y 184 del Código Civil.

23. Como se observa, el cómputo de plazos para la intimación de la resolución contractual se hace en días calendarios de conformidad con lo establecido en el artículo 143 del RLCE. A todo lo anterior, debe indicarse que el Árbitro Único (en atención a la aplicación supletoria del Código Civil) puede evaluar arbitrariamente la causal de incumplimiento para declarar resuelto la relación contractual que deriva de la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-0)¹⁵.
24. Entonces, si se verifica un incumplimiento imputable a cualquier parte contractual y a ésta le ha sido requerido dicho cumplimiento a través del mecanismo de intimación a cumplir recogido en los artículos 164.2; 164.4; 165.1; 165.3; y, 165.6 del RLEC, dicha parte está sometida a las siguientes reglas:
- (i) El numeral 2) del artículo 164 del RLCE reconoce expresamente situaciones en donde: (i) existe una parte fiel (es decir, el contratista); (ii) existe una parte infiel (es decir, la entidad), quien no ha cumplido con las obligaciones esenciales a su cargo; o, no ha cumplido con realizar el pago de forma injustificada siempre que haya sido requerido a través de un acto de intimación.
 - (ii) El numeral 4) del artículo 164 del RLCE regula la resolución por caso fortuito o fuerza mayor, evento que debe tratarse de una situación no prevista por las partes y ajena a su control. Es decir, el RLCE reconoce la posibilidad de resolver la relación contractual frente a un evento extraño (extraordinario); o, Imprevisible; e Irresistible siempre que genere la imposibilidad definitiva de la prestación ocasionando que no se pueda continuar con la ejecución de la relación contractual.
 - (iii) La carga de la prueba de la existencia de un evento que imposibilite la ejecución de la prestación en los términos del numeral 2) del artículo 164 del RLCE, esto es, la carga de la prueba de la existencia del evento de caso

¹⁵ Artículo 1428 del Código Civil peruano.- 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.

fortuito o fuerza mayor que haga imposible la prestación es de cargo de la persona que alega la existencia del mismo (conforme lo establece el artículo 165.5 del RLCE).

- (iv) En caso se verifique el cumplimiento de sus obligaciones dentro de un plazo no mayor a cinco (5) días calendario, no habrá resolución. En cambio, si no se verifica el cumplimiento sea porque se realizó una prestación inexacta (cumplimiento parcial, tardío o defectuoso) o cuando no se haya ejecutado nada, persistirá la situación de incumplimiento que habilitará a la parte fiel a resolver el vínculo contractual.
 - (v) Transcurrido el plazo establecido en la comunicación notarial, la cual cuenta con el apercibimiento de resolución contractual, se inicia el mecanismo de resolución siempre que:
 - (vi) La parte afectada puede resolver el contrato comunicando su decisión de ello mediante la recepción de una segunda carta notarial de conformidad con lo establecido en el artículo 165.3 del RLEC, fecha en la que se habrá resuelto el vínculo contractual.
 - (vii) En caso que la Contratación haya sido realizada a través de los catálogos electrónicos de Acuerdos Marco, el procedimiento de resolución (que incluye la notificación) deberá realizarse a través del módulo de catálogo electrónico.
25. Con este breve marco teórico, el Árbitro Único analizará la cuestión controvertida referida a la Primera Pretensión Principal en función a los medios probatorios aportados por las partes durante el proceso arbitral.
26. Con fecha 2 de diciembre de 2021, se emitió la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-0) (Anexo A-1 del escrito de demanda) mediante la cual OSITRAN solicitó la compra de 300 unidades de "Pioner con 2 anillos tamaño oficina para 250 hojas color azul" cuya contraprestación ascendía a S/. 3,363.00.00, conforme se aprecia del siguiente detalle:

 <p>OSITRAN Sistema de Logística</p>		ORDEN DE COMPRA N° 00070 EXPEDIENTE SIAF N° 0000001900		Página : 1 de 2 <table border="1" style="float: right;"> <tr> <th>Día</th> <th>Mes</th> <th>Año</th> </tr> <tr> <td>02</td> <td>12</td> <td>2021</td> </tr> </table>		Día	Mes	Año	02	12	2021
		Día	Mes	Año							
02	12	2021									
<table border="1" style="width: 100%;"> <tr> <th style="width: 50%;">1. DATOS DEL PROVEEDOR</th> <th style="width: 50%;">2. CONDICIONES GENERALES</th> </tr> <tr> <td> Señor(es) : CERCOR LOGISTICS S.A.C. Dirección : MZA LOTE4 AA.HH CUATRO DE DICIEMBRE 15 01 12 - LIMA / LIMA / INDEPENDENCIA R.U.C. : 20608085069 Teléfono : 932927798 </td> <td> Tipo de Proceso : AM-00389-2021 Id Seace : N°CONTRATO : Moneda : S/. T/C : 1,0000 </td> </tr> </table>		1. DATOS DEL PROVEEDOR	2. CONDICIONES GENERALES	Señor(es) : CERCOR LOGISTICS S.A.C. Dirección : MZA LOTE4 AA.HH CUATRO DE DICIEMBRE 15 01 12 - LIMA / LIMA / INDEPENDENCIA R.U.C. : 20608085069 Teléfono : 932927798	Tipo de Proceso : AM-00389-2021 Id Seace : N°CONTRATO : Moneda : S/. T/C : 1,0000	 <p style="font-size: small;">Firmado por: PERMILSICA VARI 004 T20 PAU 20200299645 por Módulo: Firma Dig Fecha: 03/12/2021 21:51:28 -0500</p>					
1. DATOS DEL PROVEEDOR	2. CONDICIONES GENERALES										
Señor(es) : CERCOR LOGISTICS S.A.C. Dirección : MZA LOTE4 AA.HH CUATRO DE DICIEMBRE 15 01 12 - LIMA / LIMA / INDEPENDENCIA R.U.C. : 20608085069 Teléfono : 932927798	Tipo de Proceso : AM-00389-2021 Id Seace : N°CONTRATO : Moneda : S/. T/C : 1,0000										
CONCEPTO : SUMINISTRO DE UTILES DE OFICINA PARA ABASTECER A LAS DEPENDENCIAS DE LA ENTIDAD											
Código	Cantidad	Unid. Med.	Descripción	Precio Unit. S/.	Valor Total S/.						
710600079007	300	UNIDAD	PIONER CON 2 ANILLOS TAMAÑO OFICIO PARA 250 HOJAS COLOR AZUL ORDEN OCAM-2021-1268-10-0 CARACTERÍSTICAS DEL BIEN PIONER : T/2 ANILLOS D/CARTON C/CUBIERTA D/PLASTICO TAM: OFICIO MED: 25.00 mm CAP. MAX: 250 HOJAS COL: AZUL G.F: 60 MESES MARCA: BANTEK 1303-01 PLAZO DE ENTREGA (SEGÚN ACUERDO MARCO) Del 07/12/2021 al 15/12/2021	11,210000	3.363,00						



27. Que la Orden de Compra (Anexo A-1 del Escrito de Demanda) se estableció que el plazo de cumplimiento de la obligación de entregar los bienes era el 15 de diciembre de 2021, conforme a lo siguiente:

PIONER CON 2 ANILLOS TAMAÑO OFICIO PARA 250 HOJAS COLOR AZUL

ORDEN OCAM-2021-1268-10-0

CARACTERÍSTICAS DEL BIEN

PIONER : T/2 ANILLOS D/CARTON C/CUBIERTA D/PLASTICO TAM: OFICIO MED:

25.00 mm CAP. MAX: 250 HOJAS COL: AZUL

G.F: 60 MESES

MARCA: BANTEX 1303-01

PLAZO DE ENTREGA (SEGÚN ACUERDO MARCO)

Del 07/12/2021 al 15/12/2021

28. Que, mediante Carta N° 002-01021-2021 de fecha 17 de diciembre de 2021 CERCOR LOGISTICS afirma que el representante de la marca “ARTI CREATIVO” no contaba con el stock de los bienes objeto de la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-0), por tanto, CERCOR LOGISTICS no podía cumplir con su obligación, toda vez que, según argumenta se habría producido un supuesto de “caso hecho fortuito” (SIC), de acuerdo al siguiente detalle:



**CERCOR
LOGISTICS S.A.C.**

RUC: 20608085069



Lima, 17 de diciembre del 2021

CARTA N°002-01021-2021

Señores

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PUBLICO

RUC: 20420248645

Calle Los Negocios N° 182 - Surquillo

Atención : ÁREA DE LOGISTICA – ADQUISICIONES – ALMACEN
Asunto : RESOLUCIÓN DE CONTRATO POR FUERZA MAYOR
Referencia : a) Orden de Compra N° 0070 de fecha 02 de diciembre de 2021
b) Orden de Compra electrónica N° OCAM-2021-1268-10-1

2. Con fecha 16 de diciembre del 2021, solicitamos la atención de los bienes a la empresa ARTI S.A., representante de la marca "ARTI CREATIVO", quienes, manifiestan no contar con stock para proveer los almacenes a sus clientes presentando un desabastecimiento a nivel nacional debido a la demora en el tránsito de las importaciones, con fecha próxima de ingreso de 60 días hábiles (se adjunta correo informativo).
3. En vista de lo expresado, y ante la imposibilidad de atención por parte de nuestra representada, respecto de lo bienes que forman parte de la OCAM-2021-1268-10-1, toda vez que la empresa representante de marca no cuenta con stock para proveer a nuestros almacenes, se ha tomado la decisión de "RESOLVER EL CONTRATO" formalizado el 08 de noviembre de 2021 con la OCAM-2021-1268-10-1.
4. Toda vez que el hecho expuesto, se colige de acuerdo a lo previsto en el numeral 164.3 del artículo 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente, que versa: "Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato." (subrayado es agregado).

Por lo expuesto anteriormente y teniendo en consideración los hechos expresados; se ha tomado la decisión de "RESOLVER EL CONTRATO" por caso hechos fortuitos que imposibilitan el cumplimiento de nuestras obligaciones contractuales, tal como lo establecen los Artículos 164⁶; del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente.

Atentamente,

 **CERCOR LOGISTICS S.A.C.**

.....
LISSET BERNABLE YANAVILCA
GERENTE GENERAL

29. Cabe agregar que no existe discusión entre las partes en que la Fecha de Entrega de los Bienes es el 17 de diciembre de 2021¹⁶. En tal sentido, a partir del día 18 de diciembre de 2021, CERCOR LOGISTICS se encontraría en situación de incumplimiento a menos que demuestre que dicho incumplimiento se debía a una causa no imputable.
30. Por el contrario, si CERCOR LOGISTICS no acredita el incumplimiento no imputable, el Árbitro Único puede concluir que CERCOR LOGISTICS se encontraba ya en situación de incumplimiento y no era parte fiel del contrato para invocar el remedio resolutorio por causa no imputable.
31. Para resolver la relación contractual que deriva de la Orden de Compra por una causa no imputable, CERCOR LOGISTICS debe acreditar la existencia de un

¹⁶ Conforme reconoce y acepta OSITRAN en el numeral 34) de su escrito de demanda; y, en los numerales 1.6 y 1.7 de su escrito de alegatos finales de fecha 17 de abril de 2023.

evento extraordinario e irresistible que se encuentre fuera del riesgo ordinario de su organización. En efecto, la actividad de proveer Pioners no depende de la voluntad del deudor sino del giro de la actividad que realiza.

32. De esta manera, el hecho que CERCOR LOGISTICS realice una actividad empresarial, genera que esta compañía deba atender a criterios de la moderna organización económica¹⁷, vinculada a la continuidad y de organización¹⁸. El hecho de que su proveedor no le facilite la entrega de Pioners por falta de stock, per se, no es un motivo justificante para que aparezca la causa no imputable.
33. Adicionalmente a ello y como se observa, CERCOR LOGISTICS, al realizar una actividad económica empresarial, introduce dentro de sus riesgos inherentes a su actividad de empresa el hecho de no contar con productos que forman parte del giro de su actividad (entre ellos, el desabastecimiento propio por falta de stock del proveedor de CERCOR LOGISTICS). En efecto, esto es entendido como el alea normal del contrato¹⁹, o lo que se conoce como el riesgo típico de la actividad empresarial²⁰.
34. Asimismo, tampoco constituye causa no imputable el hecho que exista un “desabastecimiento a nivel nacional debido a la demora en el tránsito de las importaciones” toda vez que se tratan de bienes fungibles e intercambiables uno con respecto a otro. En tal sentido, dicha argumentación tampoco resulta amparable toda vez que constituye el riesgo ordinario de CERCOR LOGISTICS.
35. Cabe agregar que la supuesta defensa contenida en la Carta de Resolución de CERCOR LOGISTICS se encuentra referida a la dificultad de entregar stock porque el proveedor de CERCOR LOGISTICS no ha cumplido con su obligación de proveer los bienes materia de la Orden de Compra²¹.
36. Al respecto, debemos definir la dificultad para cumplir dentro del derecho de las obligaciones. De esta manera, la dificultad para cumplir (*difficultas praestandi*) puede ser entendida como: “...La dificultad es un obstáculo que el deudor tiende a superar con el empleo de la diligencia debida...”²².
37. La simple dificultad para cumplir no es un mecanismo para liberarse del cumplimiento de la obligación. En efecto, la dificultad para cumplir no es un

¹⁷ TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Dott. A. Giuffrè Editore: Milán, 1961, p. 48

¹⁸ TRIMARCHI Pietro. Il contratto: inadempimento e remedi. Giuffrè Editore: Milano, 2010, p. 46. ID: TRIMARCHI, Pietro. "Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale". En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, número 26, 1970, p.524 con especial énfasis en la nota al pie de página número 6. En ella se afirma que la misma lógica es aplicada a la responsabilidad del deudor por el hecho de los terceros de los cuales se vale.

¹⁹ GAMBINO, Francesco. Normalità dell'alea e fatti di conoscenza. Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 2001. p.53 y ss.

²⁰ VISINTINI, Giovanna. La responsabilità contrattuale. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene: Napoli, 1979, p.73

²¹ Cabe precisar que el propio CERCOR LOGISTICS reconoce que se encontraba en una situación de dificultad para cumplir sus obligaciones derivadas de la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-0), tal como expresamente indica en el último párrafo de la página 4 de su escrito de alegatos finales del 17 de abril de 2023.

²² BIANCA, Massimo. Diritto Civile 4: L'obbligazione. Ristampa Aggiornata. Dott. A. Giuffrè Editore: Milano: 2011, p.529.

supuesto de liberación del cumplimiento de la obligación o de extinción de la relación contractual. Por el contrario, por tratarse de bienes fungibles se aplica la máxima del *genus non perit*. En efecto, el *genus non perit* significa que el género no perece, es decir, si el deudor estaba obligado a entregar un determinado bien genérico (en este caso, la provisión de Pioners), pese a la existencia de un evento que sea catalogado como causa no imputable, no es afectado por la imposibilidad que genera.

38. En consecuencia, el hecho que CERCOR LOGISTICS no cuente con el stock de Pioners (los bienes materia de la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-0) constituye, *per se*, un riesgo típico de la actividad de la compañía. Por tal motivo, el invocar la causa no imputable significaría acreditar la existencia, por el contrario, de un evento que constituya un riesgo atípico de la actividad de CERCOR LOGISTICS, que en Autos no obra ningún medio probatorio destinado a acreditar la existencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor (por el contrario, la Carta del Proveedor de CERCOR LOGISTICS que figura como Anexo al medio probatorio A-2 de la Demanda Arbitral solo acredita que su proveedor no pudo conseguir los Pioners).
39. Por otra parte, tampoco constituye un riesgo atípico el desabastecimiento de los bienes materia de la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-0) el hecho que no se cuente con bienes fungibles (Pioners) no significa que ello sea imposible de cumplir, por el contrario, solo demuestra que existió una dificultad para cumplir que no genera la imposibilidad no imputable de cumplir con las obligaciones que emanan de la referida Orden de Compra.
40. En tal sentido, lo único que debía hacer CERCOR LOGISTICS era conseguir Pioners de otro proveedor o de otra persona natural o jurídica que estuviera en capacidad de proveer dichos bienes fungibles para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Orden de Compra.
41. En síntesis, la resolución efectuada mediante la Carta de Resolución de CERCOR LOGISTICS debe ser declarada ineficaz porque no se cumple con los requisitos que el artículo 164 el RLCE referidos a la resolución por causa no imputable.
42. Por último, CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre la invalidez o la nulidad toda vez que no existe alguna causal invocada por el demandante respecto a alguno de los numerales del artículo 219 del Código Civil que se refiera a la nulidad del acto jurídico resolutorio; y, por ende, el Árbitro Único declarada la ineficacia del pretendido acto resolutorio efectuado por CERCOR LOGISTICS mediante la Carta N° 002-01021-2021 de fecha 17 de diciembre de 2021.
43. A juicio del Árbitro Único corresponde declarar FUNDADA la Primera Pretensión Principal, por ende, corresponde declarar INEFICAZ la resolución efectuada por CERCOR LOGISTICS mediante su Carta N° 002-01021-2021 de fecha 17 de diciembre de 2021.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

44. Que, corresponde dar respuesta a la Segunda Cuestión Controvertida, la cual consiste en lo siguiente:



SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que el Tribunal Arbitral Unipersonal determine si corresponde o no declarar la resolución contractual de la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-1), por causa imputable al Contratista.

Segunda Pretensión Principal de la demanda: Se declare la Resolución Contractual de la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-1), por causa imputable al Contratista.

45. Como el acto de resolución efectuado por CERCOR LOGISTICS ha sido declarado ineficaz, todavía subsisten obligaciones que no han sido cumplidas por CERCOR LOGISTICS. Sobre este particular, conviene en señalar que: si a juicio de CERCOR LOGISTICS la relación contractual derivada de la Orden de Compra ya había sido resuelta, entonces no resulta exigible el cumplir con la prestación a su cargo.
46. En efecto, conforme se puede apreciar de los actuados en el Expediente Arbitral, no obra algún medio probatorio que enerve el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. En efecto, de acuerdo al artículo 1229 del Código Civil, la prueba del cumplimiento le corresponde a quien pretende haberla efectuado.
47. En ese sentido, dado que CERCOR LOGISTICS no ha aportado ningún medio probatorio destinado a causar convicción en el Árbitro Único, éste no puede declarar el cumplimiento de las obligaciones de cargo de CERCOR LOGISTICS. Por el contrario, conforme se aprecia de la propia Carta de Resolución de CERCOR LOGISTICS, a criterio del Contratista ya se encontraba disuelto el vínculo contractual.
48. Por esta razón, se puede afirmar que CERCOR LOGISTICS mantiene su situación de incumplimiento respecto de las obligaciones de proveer las Pioners conforme a las especificaciones de la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-0). En tal sentido, corresponde declarar que CERCOR LOGISTICS ha incumplido con las obligaciones a su cargo emanadas de la relación contractual derivada de la Orden de Compra.
49. Que, en virtud de la LCE y el RLEC, el Árbitro Único se encuentra facultado para declarar la resolución contractual derivada de la Orden de Compra. En efecto, conforme establece la doctrina, son cuatro los presupuestos para ejercitar la acción de la resolución que afecte el sinalagma contractual, que son a saber:
 - I) La preexistencia de un contrato con prestaciones recíprocas y además que la persona que lo solicita no haya incumplido la obligación a su cargo.
 - II) El incumplimiento total o parcial; o, de la ejecución defectuosa de la obligación a cargo de una de las partes en el contrato.
 - III) El incumplimiento se encuentre en dominio de una de las partes. La carga

de la prueba corresponde al actor de la resolución²³.

- IV) La gravedad del incumplimiento significa que el contrato no puede resolverse si el incumplimiento de una obligación a cargo de una de las partes es de escasa importancia. Vale decir, que no puede ser alegado el incumplimiento de una obligación accesoria de carácter no esencial, ni por el contrato, ni ley.
50. Como se observa, estamos frente a: (i) una relación contractual con prestaciones recíprocas; (ii) existe un incumplimiento total de la cantidad adeudada por CERCOR LOGISTICS; (iii) la obligación de proveer Pioners era de cargo de CERCOR LOGISTICS; y, (iv) existe gravedad en el incumplimiento toda vez que, la obligación de proveer los bienes materia de la relación contractual derivada de la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-0) son el motivo fundamental para que OSITRAN haya contratado con CERCOR LOGISTICS. En tal sentido, se ha verificado que se trata de una obligación esencial que es catalogada como un incumplimiento grave.
51. En consecuencia, se han configurado todos los requisitos para que la relación contractual derivada de la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-0) sea declarada resuelta por causa imputable a CERCOR LOGISTICS.
52. Por lo antes expuesto, corresponde declarar **FUNDADA** la **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la OSITRAN. Por ende, se declara resuelta la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-0), por causa imputable a CERCOR LOGISTICS.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

53. Que, corresponde dar respuesta a la Tercera Cuestión Controvertida, la cual consiste en lo siguiente:

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que el Tribunal Arbitral Unipersonal determine si corresponde o no determinar, como consecuencia del incumplimiento por parte del Contratista, la penalidad por retraso injustificado, de conformidad con lo establecido en el numeral 11 de las Especificaciones Técnicas de la Orden de Servicio.

Tercera Pretensión Principal.- Se determine como consecuencia del

²³ MIRABELLI, Giuseppe. "Dei Contratti in Generale". Libro IV. Tomo Secondo. En: "Commentario del Codice Civile a cura di Magistrati e Docenti" Terza edizione interamente riveduta e aggiornata, Turin: UTET, 1987, p.604.

MIRABELLI sostiene que el remedio de la resolución tenga, en este caso, carácter de sanción, es decir que genere a la par del resarcimiento de los daños y junto con esto, en relación a un comportamiento ilegítimo o infiel del contratante, que no forma parte de la conducta al vínculo contractual. Por otra parte, la resolución puede tener el carácter de remedio objetivo a la falta de actuación del vínculo: se discute entonces, consecuentemente, si el presupuesto de la resolución sea el incumplimiento culposo, o cuando menos, imputable, el cual es requisito para que surja la responsabilidad por daños donde por el solo incumplimiento, como ausencia de actuación material, sea independientemente de las razones que determina e independientemente de la imputabilidad, o al menos, del comportamiento del infiel contratante.

incumplimiento por parte del Contratista, la penalidad por retraso injustificado, de conformidad con lo establecido en el numeral 11 de las Especificaciones Técnicas de la Orden de Servicio.

54. Que, conforme obra en el expediente arbitral bajo la prueba (Anexo A-4 de la demanda), OSITRAN solicita que se le apliquen penalidades al contratista por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo derivadas de la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-0).
55. En efecto, el numeral 11) de las Especificaciones Técnicas del Servicio, documento que establece expresamente lo siguiente:

11 PENALIDAD

En caso de retraso injustificado, se aplicará una penalidad de hasta un 10% del monto contratado, de conformidad con lo establecido en los artículos 161 y 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

56. Como cuestión preliminar se debe tomar en consideración que CERCOR LOGISTICS no ha podido acreditar que su incumplimiento se debe a un evento no imputable debidamente probado. Por ende, el incumplimiento de CERCOR LOGISTICS, a juicio del árbitro único, es un incumplimiento injustificado.
57. Conforme lo establece el artículo 161 y 162 del RLCE, se estable las reglas para el cálculo de las penalidades que deben imponerse al Contratista. En efecto, de conformidad con los artículos 161 y 162.1 de RLCE se dispone que:

Artículo 161. Penalidades

161.1. El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales a partir de la información brindada por el área usuaria, las mismas que son objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

161.2. La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos (2) tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

161.3. En el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, incluyen las previstas en el capítulo VI del presente título.

161.4. Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Artículo 162. Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

162.1. En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto vigente}}{F \times \text{plazo vigente en días}}$$

Donde F tiene los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: F 0.40.
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:
 - b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: F = 0.25
 - B.2) Para obras: F = 0.15

58. Para poder calcular la penalidad aplicable corresponde determinar el periodo de tiempo en que CERCOR LOGISTICS debía cumplir y la fecha en que OSITRAN interpuso la demanda arbitral (esto es el 1 de febrero de 2023).

59. De acuerdo con el artículo 143 del RLEC, los plazos se computan de acuerdo a lo siguiente:

Artículo 143. Cómputo de los plazos

Durante la ejecución contractual los plazos se computan en días calendario, excepto en los casos en los que el presente Reglamento indique lo contrario, aplicándose supletoriamente lo dispuesto por los artículos 183 y 184 del Código Civil.

60. Entonces, si se toma en consideración que el plazo de vencimiento de la obligación de proveer los bienes es el 17 de diciembre de 2021, el inicio del cómputo del plazo es 18 de diciembre de 2021, fecha de inicio del retraso injustificado. Por otra parte, la fecha de fin de las penalidades aplicable es el 1 de febrero de 2023 (fecha en que se interpone la demanda arbitral a través de la Tercera Pretensión Principal de la Demanda). De esta forma, colocando los factores en la tabla se obtiene que existen 415 días de retraso (14 días del mes de diciembre de 2021, 31 días del mes de enero de 2022 y 365 días del 1 de febrero de 2022 al 1 de febrero de 2023).

61. De lo anterior se obtiene que el factor diario es de 89.68 al cual se le multiplica por el número de días que el contratista está en retraso injustificado (esto es 410 días de retraso), el monto total de la pena contractual es de S/ 36,768.80. Empero, si el monto supera el 10% de la penalidad por mora, la norma señala que se aplica como máximo el 10% de la penalidad por retraso. Este mismo criterio ha sido recogido en las especificaciones técnicas en el numeral 11 de dicho medio probatorio (Anexo A-4 de la demanda).

62. En consecuencia, corresponde aplicar una penalidad por retraso injustificado a CERCOR LOGISTICS de S/. 336.30 Soles, siendo este el monto máximo aplicable por penalidad.



63. Por lo antes expuesto, corresponde declarar **FUNDADA la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de OSITRAN y corresponde aplicar una penalidad por retraso injustificado a CERCOR LOGISTICS de S/. 336.30 Soles, siendo este el monto máximo aplicable por penalidad.

SOBRE LA CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Cuarta cuestión controvertida: Determinar a cuál de las partes le corresponde asumir los gastos arbitrales del presente arbitraje.

64. De acuerdo con el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, el Árbitro Único debe fijar en el laudo los costos del arbitraje.
65. De acuerdo con el artículo 73° de la Ley de Arbitraje, el Árbitro Único 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 Árbitro Único podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
66. En el presente caso, no ha establecido ninguna previsión con relación a la imputación o distribución de los costos del arbitraje.
67. Siendo ello así, atendiendo a que, en opinión del Árbitro Único y al resultado de la Decisión, ambas partes han tenido motivos legítimos para litigar, el Árbitro Único considera pertinente disponer que los gastos arbitrales sean asumidos en partes iguales, esto es, que la totalidad de los gastos arbitrales debe ser asumida en proporción del cincuenta por ciento (50%) por cada parte.
68. De acuerdo con el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, los costos del arbitraje comprenden los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje. Al respecto, el Árbitro Único considera que a cada parte le corresponde asumir los gastos incurridos en su defensa.
69. Por último, el Árbitro Único cumple con señalar que CERCOR LOGISTICS debe restituirle a OSITRAN todos los costos que ha incurrido en el presente arbitraje y que hayan sido pagados en vía de subrogación, tanto los honorarios profesionales del Árbitro Único, como los gastos administrativos del Centro de Arbitraje CARC-PUCP.

IX. RESOLUCIÓN.-

Por las razones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en las reglas del Proceso; el Reglamento y en la Ley de Arbitraje, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Árbitro Único, en **DERECHO**,

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda planteada por OSITRAN, por ende, corresponde declarar ineficaz la resolución de contrato notificada por el Contratista CERCOR LOGISTICS S.A.C. mediante Carta N° 0002-01021-2021 de fecha 17 de diciembre de 2021.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda planteada por OSITRAN, en consecuencia, que se declare la resuelta la Orden de Compra N° 00070-2021 (OCAM-2021-1268-10-0) de fecha 2 de diciembre de 2021, por causa imputable al Contratista.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de OSITRAN y corresponde aplicar una penalidad por retraso injustificado a CERCOR LOGISTICS de S/. 336.30 Soles, siendo este el monto máximo aplicable por penalidad.

CUARTO: DECLARAR que los costos arbitrales del presente proceso deben ser asumidos en una proporción del cincuenta por ciento (50%) por cada parte y que CERCOR LOGISTICS proceda a restituir los pagos realizados en subrogación, conforme se explica en los considerandos precedentes.



**EDUARDO BUENDÍA DE LOS SANTOS
ÁRBITRO ÚNICO**