

**SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE
ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA - SUNAT**

contra

CONSORCIO JOVERSA – INTER TRANS JIREH S.A.C.

LAUDO ARBITRAL

Tribunal Arbitral:

Juan Carlos Pinto Escobedo – Presidente del Tribunal

Leysser Luggi León Hilario – Árbitro

Angélica Rodríguez Chu – Árbitro

Juan Enrique Becerra Rodríguez – Secretario Arbitral

LAUDO ARBITRAL

En Lima, a los 8 días del mes de junio del año dos mil veintidós, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente Laudo Arbitral para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

1. EL CONVENIO ARBITRAL

Se encuentra contenido en la Cláusula Vigésima del Contrato N° 249-2018/SUNAT – PRESTACIÓN DE SERVICIOS, suscrito el 31 de octubre de 2018, en los siguientes términos:

<p>CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS</p> <p>Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del Contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.</p>
<p>Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122°, 137°, 140°, 143°, 146°, 147° y 149° de EL REGLAMENTO o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45° de LA LEY.</p> <p>El arbitraje será institucional y resuelto por tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros. LA SUNAT, en virtud de lo señalado en el numeral 185.3 del artículo 185°, elige el siguiente orden de prelación:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.2. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú. <p>Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183° de EL REGLAMENTO, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del Contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.</p> <p>El laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.8 del artículo 45° de LA LEY.</p>

2. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

El 19 de agosto de 2020, la abogada Angélica Rodríguez Chu remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandada.

El 9 de octubre de 2020, el abogado Leysser Luggi León Hilario remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandante.

El 2 de diciembre de 2020, el abogado Juan Carlos Pinto Escobedo, remite su aceptación como presidente del tribunal arbitral, quedando así, válidamente constituido, el Tribunal Arbitral.

3. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES:

- 3.1. Mediante Decisión N° 1, de fecha 4 de febrero de 2021, se establecieron las reglas aplicables al presente arbitraje y se otorgó un plazo de diez (10) días hábiles a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA - SUNAT (en adelante, SUNAT) a fin de que presente su demanda; asimismo, se le otorgó el mismo plazo para que acredite el registro del Tribunal Arbitral en el SEACE.
- 3.2. Mediante Decisión N° 2, de fecha 17 de mayo de 2021, se admite a trámite la demanda arbitral por parte de la SUNAT y se corre traslado al Consorcio JOVERSA – INTER TRANS JIREH S.A.C. (en adelante, CONSORCIO) para que en un plazo de diez (10) días hábiles cumpla con contestar la demanda. Asimismo, se volvió a requerir a la SUNAT que acredite el registro del Tribunal Arbitral ante el SEACE.
- 3.3. Mediante Decisión N° 3, de fecha 17 de agosto de 2021, se decide suspender el arbitraje por un plazo de quince (15) días hábiles, toda vez que no se había cumplido con el pago de la totalidad de los gastos arbitrales.
- 3.4. Mediante Decisión N° 4, de fecha 28 de septiembre de 2021, se decidió levantar la suspensión del presente arbitraje y continuar con las actuaciones; asimismo, se admitió a trámite la contestación de la demanda presentada por el CONSORCIO y se tuvo por cumplido el registro del Tribunal Abertal en el SEACE.

- 3.5. Mediante Decisión N° 5, de fecha 18 de noviembre de 2021, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje, se admitieron los medios probatorios y se estableció fecha para la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones.
- 3.6. Mediante Decisión N° 6, de fecha 23 de febrero de 2022, se otorgó a ambas partes un plazo de 10 días hábiles a fin de que presenten sus conclusiones o alegatos finales.
- 3.7. Mediante Decisión N° 7, de fecha 28 de marzo de 2022, se admitieron los escritos de alegatos presentados por ambas partes, se dispuso el fin de la etapa probatoria y el cierre de las actuaciones arbitrales, fijándose el plazo para emitir el Laudo Arbitral en 40 días hábiles.

4. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:

- 4.1. La liquidación de los gastos arbitrales se efectuó conforme al siguiente detalle:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 4,131.70 neto por cada árbitro
Gastos Administrativos del Centro	S/ 5,232.00 más IGV.

- 4.2. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes, pero la SUNAT los asumió en su integridad.

5. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

- 5.1. Mediante Decisión N° 5, el Tribunal Arbitral determinó las cuestiones controvertidas del presente arbitraje conforme a lo siguiente:

Primera pretensión: *Se determine si corresponde o no ordenar que se declare inválida e ineficaz la comunicación efectuada por el*

CONSORCIO, a través de la Carta s/n, por medio del cual comunica su decisión de resolver el contrato por fuerza mayor y caso fortuito.

Segunda pretensión: *Se determine si corresponde o no declarar válida la penalidad aplicada al CONSORCIO, ascendente a la suma de S/ 2,743 00, operación aplicable para penalidades según la cláusula Décimo Cuarta del Contrato.*

Tercera pretensión: *Se determine si corresponde o no ordenar al CONSORCIO, asumir todos los costos y costas del arbitraje, tales como honorarios de los árbitros, gastos administrativos del Centro de Arbitraje, entre otros.*

Con relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes, el Tribunal Arbitral dispuso admitir los medios probatorios de acuerdo al siguiente detalle:

a. Por parte de la SUNAT:

Los documentos ofrecidos en el acápite “VII. MEDIOS PROBATORIOS” del escrito de demanda presentada el 18 de febrero de 2021.

b. Por parte del CONSORCIO:

El documento ofrecido en el acápite “III. MEDIOS PROBATORIOS” del escrito de contestación de demanda presentada el 31 de mayo de 2021.

6. POSICIONES DE LAS PARTES:

Hechos no controvertidos:

- 6.1. El 24 de agosto de 2018, como resultado del Concurso Público N° 020-2018-SUNAT/7G0600, las partes suscribieron el Contrato N° 249-2018/SUNAT-Prestación de Servicios, en virtud del cual, la SUNAT pactaba el servicio de carga y descarga de mercancías en operativos para el Complejo Fronterizo Santa Rosa, bajo la el sistema de contratación de precios unitarios, por un monto ascendente a S/ 729,083.52;

aplicable en las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías y obras, cuando no puede conocerse con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas.

6.2. La ejecución del contrato se inició el 12 de noviembre de 2018, por un plazo de ejecución de 730 días calendario o hasta agotar el monto contratado, contabilizado a partir del día siguiente (calendario) a la fecha prevista para el inicio del servicio; sin embargo, la prestación del servicio dejó de ejecutarse por decisión unilateral del CONSORCIO el día 16 de marzo de 2020.

6.3. Por el referido servicio, hasta el 16 de marzo de 2020, se le canceló al CONSORCIO el importe de S/ 388,286.88, restando un saldo pendiente de ejecución del servicio y el consecuente pago de S/ 340,796.64.

De la demanda presentada por la SUNAT:

Mediante el escrito de fecha 18 de febrero de 2021, la SUNAT presentó su demanda señalando lo siguiente:

FUNDAMENTOS DE HECHO

6.4. El CONSORCIO sostiene que a causa de las “normativas de emergencia sanitaria, de aislamiento social obligatorio e inmovilización personal y vehicular”, dictadas por el gobierno nacional el 15 de marzo de 2020, a partir del 16 de marzo de 2020, “tenían el deber y la obligación de acatarlas”, pese a que la propia norma que señala (el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM) no impedía el servicio de carga y descarga de bienes y mercancías, ni el transporte fronterizo de los mismos (artículos 4 y 8, desarrollados más adelante).

6.5. Es decir, el CONSORCIO atribuye su fundamentación para no prestar el servicio pactado, al caso de fuerza mayor por el que nuestro país viene atravesando desde el 16 de marzo del 2020, y debido a la declaratoria del estado de emergencia e inmovilización personal y vehicular que todas las personas naturales y jurídicas tienen el deber y la obligación de acatar la decisión gubernamental, con la finalidad

de paliar los efectos de la emergencia sanitaria que se viene sufriendo a causa de la propagación de COVID-19.

- 6.6. Entre otras cosas, el CONSORCIO manifiesta que “se ha aplicado en su contra también, una excesiva onerosidad de la prestación, prevista en el artículo 1440 del Código Civil y se ratifica en que su incumplimiento de servicios, obedece a la configuración de un caso de fuerza mayor (declaratoria de estado de emergencia sanitaria por la pandemia del COVID) o caso fortuito (Pandemia del COVID-19 que originó la declaratoria del estado de emergencia sanitaria) lo cual exime de responsabilidad a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar las prestaciones a las que se obligó contractualmente”. Afirmación que ha quedado desvirtuada, en virtud de las normas que el mismo CONSORCIO señala.
- 6.7. Es cierto que, al haber incurrido, el CONSORCIO, en retraso injustificado de sus servicios, la SUNAT aplicó penalidades por mora ascendentes a la suma de S/ 2,743.00, montos que se aplicaron según lo establecido en la cláusula Décimo Cuarta del Contrato.
- 6.8. Subrayan que, a pesar del manifiesto e ilícito incumplimiento de sus servicios, el CONSORCIO, mediante expediente virtual N° 172-URD124-2020-187574 del 5 de mayo de 2020, presentó por mesa de partes de la sección de soporte administrativo del Complejo Fronterizo Santa Rosa, la Carta Simple s/n, comunicando su decisión de resolver el Contrato, por motivos de fuerza mayor y caso fortuito. Conculcando el requisito que establece la normativa de presentarlo mediante Carta Notarial.
- 6.9. Sobre el particular, es necesario subrayar que, mediante Decreto Supremo N° 080-2020-PCM de fecha 2 de mayo de 2020, se aprobó la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria, y en su Anexo de “Reanudación de Actividades”, en el numeral 22) autoriza los servicios notariales, en todo el territorio del Perú.
- 6.10. En consecuencia, cuando el CONSORCIO, en su “contestación a la solicitud de arbitraje” (punto 28.2.1 respecto a su carta de fecha 5 de mayo), sostiene que “el 05 de mayo no estaba autorizado el funcionamiento de las notarías públicas a nivel nacional” queda demostrado que (i) desconocía que, desde el lunes 4 de mayo de

2020, ya se encontraban autorizadas y permitidas a funcionar todas las notarías del Perú y que (ii) miente al Tribunal Arbitral, para desechar e incumplir la prestación de servicios que le concierne.

6.11. Por estas consideraciones solicitan que su demanda sea declarada FUNDADA.

DE LAS PRETENSIONES SOLICITADAS POR LA SUNAT

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

“Que se declare inválida e ineficaz la comunicación efectuada por el CONSORCIO, a través de la Carta s/n (Expte. N° 172-URD124-2020-1875747-7) presentada con fecha 05 de mayo de 2020, por medio del cual comunica su decisión de resolver el contrato por fuerza mayor y caso fortuito”

6.12. El artículo 136 del RLCE es claro en señalar que, si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a 5 días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. 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.

6.13. De la misma forma, el Contrato establece en su Cláusula Quinta, que cualquiera de las partes puede resolver el contrato, de conformidad con el literal d) del inciso 32.3 del artículo 32 y artículo 36 de la LCE y el artículo 35 del RLCE. De darse el caso, se procederá de acuerdo con lo establecido en el artículo 136 del Reglamento. En tal sentido, para requerir el cumplimiento de sus obligaciones a la contraparte, la parte perjudicada debe requerirla mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a 5 días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

6.14. Queda demostrado que el CONSORCIO no presentó la carta notarial de apercibimiento, con lo cual incumplió el procedimiento para resolver el contrato

previsto en el mismo contrato y la normativa de contrataciones, peor aún, tampoco se comunicó la decisión de resolver el contrato vía carta notarial, pese a que ya estaban permitidas las actividades funcionales de los notarios a nivel nacional.

- 6.15. El CONSORCIO fundamenta su decisión de resolver el contrato en la causal de fuerza mayor basada en la declaración del Estado de emergencia sanitaria por la pandemia del COVID-19 decretada por el Gobierno y en la causal de caso fortuito basado en la pandemia por el COVID-19.
- 6.16. Respecto a las casuales invocadas, cabe verificar si se ajustan a lo previsto en la normatividad legal vigente para el presente contrato. Así, observan que el último párrafo del artículo 135º del RLCE establece que cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.
- 6.17. Por otro lado, se debe tener en presente lo regulado por el artículo 1315º del Código Civil, cuya aplicación es supletoria a la norma reglamentaria antes glosada. *“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”*. Alegación que no ha demostrado el CONSORCIO.
- 6.18. En esa misma línea, si bien la declaratoria de emergencia sanitaria por el COVID-19 y la pandemia que la motivó pueden constituir hipotéticamente “una fuerza mayor o un caso fortuito”, respectivamente, es necesario que el CONSORCIO pruebe que dichos eventos impiden la ejecución de la obligación o, en su defecto, determinan su cumplimiento parcial o defectuoso. En el presente caso ha sucedido todo lo contrario, la normativa que sostiene el CONSORCIO para justificar su incumplimiento del Contrato, faculta el servicio de transporte de bienes y servicios, facultando también el traslado fronterizo.
- 6.19. Bajo ese entendido, el argumento del Contratista referido a que la declaración del estado de emergencia por la pandemia del COVID-19 ocasionó que la ejecución del contrato sea insostenible e inviable operativa y financieramente,

debido a que hubo una disminución en la facturación que interpretan como una mayor onerosidad de la prestación; dicha posición no es atendible dado que no está probando que factores legales válidos le impidieron el cumplimiento de sus obligaciones de forma total. Por el contrario, ha desconocido y conculcado una normativa escrita y sustentada por la misma demandada.

- 6.20. Sobre la excesiva onerosidad de la prestación prevista en el artículo 1440 del Código Civil, a la que alude el Contratista, se debe tener en cuenta que solo es aplicable en los contratos conmutativos, los mismos que se caracterizan porque las prestaciones están determinadas de manera invariable y equivalente, siendo que, cada parte sabe, desde la celebración del contrato, los beneficios o perjuicios que les reportará el contrato.
- 6.21. Por su parte, el contrato aleatorio se caracteriza porque lleva consigo un riesgo o contingencia, es decir, una posibilidad de ganar o perder, ya sea para una o ambas partes. En este tipo de contratos, las partes no conocen los beneficios o perjuicios que les podría reportar el contrato, pues el destino de este queda supeditado al azar o a la suerte.
- 6.22. Para mayor claridad, comparan el contrato de cesión de créditos, que es conmutativo, en donde el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido (art. 1212 CC); con el contrato de cesión de créditos litigiosos, que es aleatorio, cuyo objeto es incierto, en cuanto se encuentra supeditado a las resultas de lo decidido en una controversia judicial, arbitral o administrativa (art. 1208 CC).
- 6.23. El art. 1440 CC dispone que la excesiva onerosidad se presenta únicamente en los contratos conmutativos, es decir, en aquellos contratos en donde las partes desde su celebración conocen los beneficios o perjuicios que les reportará el mismo. En consecuencia, no se trata de una previsibilidad cualquiera, dado que siempre es posible prever en términos generales de que en los próximos años o siglos ocurrirán eventos extraordinarios, sino se trata de una previsibilidad que exige certeza y especificidad de grados mayores.

6.24. Bajo ese contexto, destacan que el Contrato se rige bajo el sistema de contratación de precios unitarios (Cláusula Primera del Contrato), aplicable para la contratación de servicios, cuando no resulte posible conocer con exactitud las cantidades o magnitudes requeridas de la prestación a contratar. De ello se sirvió el Contratista, equivocadamente para mal argumentar su falta de cumplimiento al Contrato y, por ende, la disminución en la facturación, simplemente porque no se cumplió con el servicio pactado.

6.25. Sobre el particular, la OPINIÓN N° 115-2019/DTN-OSCE hace una diferencia entre sistema a suma alzada y sistema de precios unitario (párrafos pertinentes)

“En relación con el sistema de contratación a suma alzada, el numeral 1) del artículo en mención dispone que dicho sistema resulta aplicable cuando “(...) *las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas.*”

6.26. De ese modo, se aprecia que una Entidad solo puede contratar bajo el sistema de contratación a suma alzada, cuando es posible determinar con exactitud la magnitud, calidad y cantidad de la prestación; información que debe encontrarse establecida en las especificaciones técnicas, términos de referencia o el expediente técnico de obra, según corresponda al objeto de la contratación.

6.27. Precizando este punto, el último párrafo del referido numeral dispone que “*No puede emplearse el sistema de contratación a suma alzada en obras de saneamiento y viales (transporte)*”, ya que, en estos casos, la naturaleza misma de la prestación, no permite determinar con exactitud su magnitud, calidad y cantidad, debiéndose aplicar para tales casos el sistema a precios unitarios”.

6.28. En consecuencia, bajo los conceptos desarrollados precedentemente, el argumento abordado por el Contratista sobre “la excesiva onerosidad de la prestación” solo puede darse en contratos conmutativos y no aleatorios, como el presente caso, donde la cantidad de servicios y el consecuente pago por los mismos no puede preverse a la fecha de celebración del contrato, sino depende

de las necesidades ejecutables del servicio que se presentan aleatoriamente. Por consiguiente, no resulta atendible alegar excesiva onerosidad de la prestación, por cuanto no se trata de un contrato de naturaleza civil conmutativa.

- 6.29. En ese sentido, no se encuentra probado que los hechos que alega el Contratista, imposibilitaron de manera definitiva la continuación de la ejecución contractual, con lo cual no se cumplió con demostrar el presupuesto legal establecido en el artículo 135º del RLCE ni la excesiva onerosidad de la prestación que alega. Situación que constituye un vicio insalvable al momento de resolver el Contrato.

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL:

“Que se declare válida la penalidad aplicada a JOVERSA, ascendente a la suma de S/ 2,743.00, operación aplicable para penalidades según el contrato: “Cláusula Décimo Cuarta del Contrato N°249-2018/SUNAT-PRESTACIÓN DE SERVICIOS, imponibles al Consorcio JOVERSA”.

- 6.30. Si bien la declaración de emergencia dispuesta por el Gobierno restringe la circulación de particulares entre las provincias, ello no sucede con el transporte de carga como de alimentos, material médico, traslados humanitarios, entre otros, que deben transitar por el Complejo Fronterizo Santa Rosa y deben ser sometidos a las acciones de fiscalización en virtud a las facultades y funciones de la Intendencia de Aduana de Tacna por lo que resultaba necesario contar con el servicio de carga y descarga contratado.
- 6.31. Tal es así que según los literales a) y b) del numeral 4.1.1 del artículo 4º y numeral 8.32 del artículo 8º del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM del 15 de marzo del 2020; ratificado por el Decreto Supremo N° 046-2020-PCM de fecha 18 de marzo del 2020, el Contratista estaba plenamente autorizado para brindar el servicio de carga y descarga de bienes y materiales, sin cierre de fronteras para dicho efecto:

“Artículo 4.- Limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas

4.1 Durante la vigencia del Estado de Emergencia Nacional y la cuarentena, las personas únicamente pueden circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a los siguientes servicios y bienes esenciales:

- a) Adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, lo que incluye su almacenamiento y distribución para la venta al público.*
- b) Adquisición, producción y abastecimiento de productos farmacéuticos y de primera necesidad.*

Artículo 8.- Cierre temporal de fronteras

8.1 Durante el estado de emergencia, se dispone el cierre total de las fronteras, por lo que queda suspendido el transporte internacional de pasajeros, por medio terrestre, aéreo, marítimo y fluvial. Esta medida entra en vigencia desde las 23.59 horas del día lunes 16 de marzo de 2020.

8.3 El transporte de carga y mercancía no se encuentra comprendido dentro de este cierre temporal. Las autoridades competentes adoptan las medidas necesarias para garantizar el ingreso y salida de mercancías del país por puertos, aeropuertos y puntos de frontera habilitados”.

- 6.32. Por otro lado, manifiestan la resolución del contrato les afectó gravemente, dado que las operaciones de reactivación económica se vienen incrementando, según las fases que viene ordenando el gobierno desde el mes de mayo, así como las que se vendrán restituyendo en las siguientes semanas y meses, al privarnos del servicio que vino otorgando y cancelara el “Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa”; razón por la cual, la SUNAT aplicó penalidades por mora ascendentes a la suma de S/ 2,743.00, montos que se aplicaron según lo establecido en la cláusula Décimo Cuarta del Contrato.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL:

“Que, el Tribunal Arbitral ordene al Contratista asumir todos los costos y costas del arbitraje, tales como honorarios de los árbitros, gastos administrativos del Centro de Arbitraje, entre otros”.

- 6.33. Es evidente que los gastos en los que viene incurriendo la SUNAT se deben a causas atribuibles exclusivamente al Contratista, por ende, la pretensión del pago de costas y costos arbitrales debe ser declarada FUNDADA.
- 6.34. El artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071, normativa que regula el arbitraje, establece que, respecto de la asunción o distribución de costos, el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida.
- 6.35. Por lo tanto, como consecuencia de declarar fundadas sus pretensiones, solicitan al Tribunal Arbitral que ordene que los gastos arbitrales sean asumidos íntegramente por el Contratista.

De la contestación de la demanda presentada por el CONSORCIO:

Con escrito de fecha 31 de mayo de 2021, el Contratista presentó su escrito de contestación de demanda solicitando que en oportunidad se la declare infundada en todos sus extremos con expresa condena de costas y costos procesales:

En lo que se refiere a la normativa de emergencia sanitaria:

- 6.36. Con fecha 11 de marzo del 2020, se expidió el D.S. 008-2020-SA, el mismo que en su artículo 1, declaró en Emergencia Sanitaria a Nivel Nacional, por el plazo de noventa (90) días calendario, por la existencia del COVID-19.
- 6.37. Con fecha 15 de marzo del 2020, se expidió el D.S. 044-2020-PCM, el mismo que dispuso la declaratoria del estado de emergencia sanitaria en todo el territorio de la república, por el plazo de 15 días calendario, disponiéndose el Aislamiento Social Obligatorio.
- 6.38. Con fecha 27 de marzo del 2020, el D.S. 051-2020-PCM fue publicado en el diario oficial El Peruano, estableciendo en su artículo 1:

“Prorrogar el Estado de Emergencia Nacional declarado mediante Decreto Supremo N° 044-2020- PCM y precisado por los Decretos Supremos N° 045-2020-PCM y N° 046-2020-PCM, por el término de trece (13) días calendario, a partir del 31 de marzo de 2020”.

- 6.39. Con fecha 10 de abril del 2020, fue publicado en el diario oficial El Peruano, el D.S 064-2020-PCM, el mismo que en su artículo 1, dispuso:

“Prorrogar el Estado de Emergencia Nacional declarado mediante Decreto Supremo N° 044-2020- PCM y ampliado temporalmente mediante el Decreto Supremo N° 051-2020-PCM y precisado por los Decretos Supremos N° 045-2020-PCM, N° 046-2020-PCM, N° 051- 2020-PCM, N° 053-2020-PCM, N° 057-2020-PCM, N° 058-2020-PCM, y N° 061-2020-PCM y N° 063-2020-PCM, por el término de catorce (14) días calendario, a partir del 13 de abril de 2020 hasta el 26 de abril del 2020.” (Los resaltados y subrayados son nuestros)

- 6.40. Con fecha 23 de abril del 2020, fue publicado en el diario oficial El Peruano, el D.S 075-2020-PCM, el mismo que en su artículo 1, procede a:

“Prorrogar el Estado de Emergencia Nacional declarado mediante Decreto Supremo N° 044-2020- PCM, ampliado temporalmente mediante los Decretos Supremos N° 051-2020-PCM y N° 064-2020-PCM; y precisado o modificado por los Decretos Supremos N° 045-2020-PCM, N° 046-2020-PCM, N° 051-2020-PCM, N° 053-2020-PCM, N° 057-2020-PCM, N° 058-2020-PCM, N° 061-2020-PCM, N° 063-2020-PCM, N° 064-2020-PCM, N° 068-2020-PCM y N° 072-2020-PCM, por el término de catorce (14) días calendario, a partir del 27 de abril de 2020 hasta el 10 de mayo de 2020.” (Los resaltados y subrayados son nuestros)

- 6.41. Como consecuencia del caso de Fuerza Mayor por el que nuestro país viene atravesando desde el 16 de marzo del 2020 y debido a la declaratoria del estado de emergencia e inmovilización personal y vehicular, todas las personas naturales y jurídicas, tenían el deber y la obligación de acatar la decisión gubernamental antes mencionada, con la finalidad de paliar los efectos de la

emergencia sanitaria que venimos sufriendo, a causa de la propagación de COVID-19.

En lo que se refiere a la Fuerza Mayor y la excesiva onerosidad de la prestación:

- 6.42. A pesar de las circunstancias excepcionales, el Contratista alega que cumplió con la ejecución del contrato, brindando el “Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa”; sin embargo, y debido a las circunstancias antes mencionadas, el referido servicio, se vio reducido desde el 16 de marzo del 2020 hasta el cuarto día del mayo en un 100%.
- 6.43. Como puede apreciarse, las medidas impuestas por el estado de emergencia, la inmovilización social obligatoria de personas y las restricciones de movilidades públicas y privadas, ocasionaron que las condiciones originales en las que se perfeccionó el contrato cambiaran dramáticamente, haciendo que el costo de cumplir con las obligaciones contractuales se haya visto considerablemente incrementado, originando desde el 16 de marzo del 2020 lo que en Derecho de los Contratos (sean privados o administrativos) se denomina como Excesiva Onerosidad de la Prestación, prevista en el artículo 1440 del Código Civil, como consecuencia del caso de Fuerza Mayor antes mencionado.
- 6.44. Asimismo, manifiestan que aceptaron tácitamente (y a pesar de su condición de MYPE) la modificación de la ejecución contractual impuesta por el estado de Fuerza Mayor, durante el periodo comprendido entre el 16 de marzo del 2020 al 4 de mayo del 2020; sin embargo, su continuación resultó insostenible operativa y financieramente, debido a que hasta antes de la declaratoria de emergencia y aislamiento social la facturación mensual por el servicio prestado ascendía a S/ 24,000.00 y a partir de la fuerza mayor, dicho monto se redujo a 0 soles, lo cual hizo imposible continuar con su ejecución, no solo por los gastos operativos del servicio, sino por el pago de los salarios de su personal asignado.
- 6.45. Las situaciones que se detallan en los puntos que anteceden, han sido previstas, en el primer párrafo del artículo 36 de la LCE, el cual establece que:

“Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato (...).”

- 6.46. Del mismo modo, el numeral 3 del artículo 164 del RLCE establece dentro de las causales para la resolución del contrato al:

“(...) caso fortuito o la 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”.

- 6.47. Como puede apreciarse, la normativa de contrataciones del Estado prevé la posibilidad de resolver el contrato cuando debido a un hecho o evento que se considera caso fortuito o fuerza mayor, resulta imposible de manera definitiva continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

- 6.48. En este supuesto, corresponde a la parte que solicita la resolución del contrato, probar la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor y la consecuente imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo.

- 6.49. Por su parte, a fin de determinar los conceptos de “caso fortuito o fuerza mayor” fue necesario tener en consideración que el artículo 1315 del Código Civil (de aplicación supletoria) 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”.

- 6.50. Sobre el particular, un evento extraordinario se configura cuando sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas.

- 6.51. Asimismo, un 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, mas no lo imprevisible.

- 6.52. Por último, el que un hecho o evento sea irresistible significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento.
- 6.53. Cabe resaltar que la configuración de un caso Fuerza Mayor (declaratoria del estado de emergencia sanitaria por la pandemia del COVID-19) o Caso Fortuito (Pandemia del COVID-19 que originó la declaratoria del estado de emergencia sanitaria) exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar las prestaciones a las que se obligó contractualmente.
- 6.54. Asimismo, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor, resulta procedente cuando se pruebe que un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible hace imposible de manera definitiva la continuación de la ejecución de las prestaciones a cargo de una de las partes.
- 6.55. De tal manera, el día 5 de mayo del 2020 comunicaron a la SUNAT la procedencia de la resolución del Contrato por la causal de fuerza mayor y por la causal de caso fortuito, en virtud de la respuesta a las siguientes interrogantes:
- a)** ¿Constituyó un hecho ordinario, natural o común, la declaratoria del estado de emergencia sanitaria durante la ejecución del “Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa” objeto del Contrato?
- La respuesta es no, porque nadie en el Perú, ni el mundo, podría haber considerado al momento de la suscripción del Contrato (31 de octubre del 2018) que, una pandemia mundial se desataría al inicio del año 2020.
- b)** ¿Constituyó un hecho imprevisible, la declaratoria del estado de emergencia sanitaria durante la ejecución del “Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa” objeto del Contrato?

La respuesta es sí, porque nadie en el Perú ni el mundo, podría haber considerado al momento de la suscripción del Contrato (31 de octubre del 2018) que, una pandemia mundial se desataría al inicio del año 2020.

- c) ¿Constituyó un hecho irresistible, la declaratoria del estado de emergencia sanitaria durante la ejecución del “Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa” objeto del Contrato?

Sin la menor duda, la respuesta es un simple pero categórico sí, porque en el supuesto y negado caso que, una pandemia mundial al inicio del año 2020, pudiera ser considerada como un evento natural, ordinario o común, y hasta previsible, al momento de la suscripción del Contrato (31 de octubre del 2018) no habría habido posibilidad alguna de que nuestra parte se pudiera haber resistido a que la misma se produzca, durante la ejecución del Contrato que nos vinculaba con la SUNAT.

- d) ¿Era posible que el Contratista, pueda continuar hasta su culminación con la prestación del “Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa” objeto del Contrato, a pesar la declaratoria del estado de emergencia sanitaria?

La respuesta es no, tomando en consideración lo ya expuesto en la demanda.

- 6.56. Es por todo lo antes expuesto y probado que, mediante comunicación del 5 de mayo del 2020, y con la facultad concedida por el numeral 3 del artículo 164 del RLCE, procedieron a la resolución del Contrato por las causales de fuerza mayor y caso fortuito, manifestando expresamente que “el Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa” sería prestado solo hasta ese día.

En lo que se refiere a la penalidad por mora

- 6.57. La SUNAT pretende aplicar una penalidad por una supuesta mora, indicando solo el procedimiento supuestamente seguido, así como el monto de la misma,

sin precisar si esta fue debidamente notificada antes de la fecha de resolución del contrato realizada por parte del Consorcio o si fue notificada de forma presencial o electrónica.

- 6.58. No obra en sus registros (ni en la dirección legal del Contratista ni en su bandeja de correo electrónico), más aún tomando en cuenta que el Complejo Fronterizo Santa Rosa ubicado en Tacna y destinado al intercambio Binacional (Chile y Perú) estuvo cerrado hasta el 30 de diciembre de 2020, motivo por el cual no entienden qué mora podría haberse producido durante todo el año 2020.
- 6.59. A mayor abundamiento, el servicio objeto del contrato resuelto por el Contratista (estiba y desestiba) no fue considerado como servicio esencial sino que recién fue incluido en las fases 3era y 4ta del procedimiento antes señalado.
- 6.60. Finalmente, piden tener en consideración que la misma área usuaria de la SUNAT convocó un nuevo procedimiento de selección (anexo 1.A. de la contestación) recién adjudicado en marzo del 2021; en donde coincidentemente (ante el cierre de fronteras aún vigente) ya no convoca un procedimiento de selección individual (para el Complejo Fronterizo Santa Rosa y jurisdicción de Tacna); sino que, en un solo procedimiento convoca e incluye en relación de ítems, ambas dependencias para poder ir utilizándolas de forma gradual conforme lo permita la pandemia (COVID-19) y con otros costos que se incluyen la Cláusula COVID-19 a diferencia del anterior procedimiento y Contrato resuelto por el Contratista.

En lo que se refiere a la no presentación de Carta Notarial

- 6.61. En Derecho existe una máxima jurídica que establece que “nadie está obligado a hacer lo imposible”, la cual debe aplicarse al presente caso, toda vez que al 5 de mayo del 2020 el funcionamiento de las notarías públicas a nivel nacional no se encontraba autorizado, por ende, a pesar que el artículo 136 del RLCE, imponía la obligación de proceder a la resolución contractual necesariamente mediante conducto notarial, tal imposición, a la fecha de la remisión de la carta por la cual se resolvió el contrato, resultaba física y jurídicamente imposible de

cumplir, en prueba de lo cual, se podrá apreciar, el pie de página utilizado en dicha ocasión y que a la letra decía:

“Si bien el numeral 165.1 y 165.2 del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establecen como parte del procedimiento de resolución contractual, un requerimiento previo por conducto notarial, y una posterior resolución del contrato, también por vía notarial, no es menos cierto que, dicho trámite, estando a la causal invocada (fuerza mayor y caso fortuito) no resulta aplicable, debido a que no se puede formular requerimiento previo a la resolución, y además, porque resulta física y jurídicamente imposible, formalizar la resolución del Contrato 460005284, mediante comunicación notarial, si el artículo 4 del D.S 044-2020- PCM no contempla como actividad exonerada de la inmovilización social, decretada por el artículo 1 de la misma, el servicio notarial en el territorio peruano”.

En lo que se refiere a la reactivación de los servicios notariales

6.62. Es falso que las notarías estuvieron habilitadas desde el lunes de 4 de mayo del 2020, toda vez que el artículo 2 del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM establece los criterios fundamentales para la implementación gradual y progresiva de las fases de la reanudación de actividades, los cuales son los siguientes:

“i) De salud pública, a partir de la información que evalúa la Autoridad Nacional de Salud, con base en la evolución de la situación epidemiológica; la capacidad de atención y respuesta sanitaria y el grado de vigilancia y diagnóstico implementado;

ii) De movilidad interna, vinculada a un posible aumento del riesgo de contagio;

iii) De la dimensión social;

y,

iv) De actividad económica y la evaluación de la situación por los sectores competentes del Poder Ejecutivo.”

- 6.63. El artículo 5 del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM faculta a los Sectores competentes a disponer mediante resolución ministerial la fecha de inicio de las actividades de la Fase 1 (incluidas en el anexo); así como, para incluir actividades económicas priorizadas en las fases de la Reanudación de Actividades, previa opinión favorable del Ministerio de Salud, siempre que no afecten el estado de emergencia sanitaria nacional y conforme con las medidas sanitarias requeridas para evitar la propagación y contagio del COVID-19.
- 6.64. Por ello, mediante el literal e) del artículo 4 de la Ley N° 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señala que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es competente en materia de regulación notarial.
- 6.65. En consecuencia de ello, el 18 de mayo de 2020, se publicó en el diario El Peruano la Resolución Ministerial N° 0135-2020-JUS en la cual aprueban el “Protocolo sanitario para la operación ante el COVID-19 del Servicio Público Notarial”.
- 6.66. Sin embargo, en el artículo 3 de la Resolución Ministerial N° 0135-2020-JUS, se establece que:
- “Disponer que los Oficios Notariales puedan operar, una vez que registren su “Plan para la vigilancia , prevención y control de COVID-19 en el trabajo” en el Sistema Integrado para COVID-19 (SICOVID-19) del Ministerio de Salud.”*
- 6.67. En tal sentido, los servicios notariales recién estuvieron autorizados en las fases 3 y 4 del procedimiento de reactivación económica del país, por lo que precisan que quien “miente” al Tribunal Arbitral es la SUNAT.
- 6.68. En el mismo orden de ideas, señalan que otro de sus clientes (MEF), con un servicio similar al de la SUNAT (carga y descarga/estibadores) y al que esta misma se encuentra adscrita (sub sistema de contrataciones), ante la coyuntura por la pandemia (COVID-19) si permitió no solo la resolución contractual por caso fortuito o fuerza mayor; sino que sí admitió la inobservancia del formalismo de la notificación notarial al ser en ese momento un imposible jurídico de observar por

las partes y devolviendo la garantía de fiel cumplimiento, a efectos de poder hacer frente y paliar sobre todo el factor humano (pago y liquidación al personal).

- 6.69. Por lo antes expuesto, el 5 de mayo de 2020 no estaba autorizado el funcionamiento de las notarías públicas a nivel nacional, porque desde el 18 de mayo del 2020 (fecha de la publicación del Resolución Ministerial N° 0135-2020-JUS) se obligaba a las notarías a registrar su “Plan para la vigilancia, prevención y control de COVID-19 en el trabajo” ante el Sistema Integrado para COVID-19 del Ministerio de Salud, como paso previo a la reanudación de sus actividades.

DE LAS PRETENSIONES SOLICITADAS POR LA SUNAT

- 6.70. Manifiestan que demanda presentada por la SUNAT se sustenta en “supuestos vicios de fondo”, “supuestos vicios de forma” y en un “supuesto perjuicio ocasionado”, por lo que proceden a argumentar en contra de dichos fundamentos.

En lo que se refiere a los supuestos vicios de fondo

- 6.71. Como cuestión previa, dejan constancia expresa de que, a diferencia de lo que manifiesta la SUNAT, en el Derecho no existen “vicios de fondo” (solo de forma) porque lo que no se cumpliría en el caso del llamado fondo, son los presupuestos que determinan la existencia de la categoría jurídica invocada, en este caso, la fuerza mayor, los cuales han sido estrictamente mencionados y acreditados en su carta notarial de resolución del Contrato y en su contestación.
- 6.72. La SUNAT inicia la fundamentación de su solicitud arbitral, reconociendo en términos generales que, la declaratoria del Estado de Emergencia Sanitaria y Aislamiento Social Obligatorio declarado por el D.S. 044-2020-PCM puede constituir un caso de Fuerza Mayor, pero a continuación añade que:

“(…) se hace necesario verificar si el contratista ha probado que dichos eventos impiden la ejecución de la obligación (…)”.

- 6.73. La necesidad de probanza a la que hace referencia la SUNAT queda satisfecha con el hecho de que el “Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa” se vio reducido en un 100% desde el 16 de marzo al 4 de mayo del 2020, no realizando la SUNAT hacia el CONSORCIO ningún requerimiento destinado a continuar con la presentación del servicio objeto de la contratación.
- 6.74. Respecto a ello, consideran que no puede requerirse mayor actividad probatoria para acreditar la suspensión indeterminada en ese momento, de la prestación del servicio contratado.
- 6.75. Finalmente, la SUNAT concluye manifestando que, como el procedimiento de selección de cual se derivó el Contrato objeto de resolución, fue convocado bajo el sistema de Precios Unitarios, entonces, el Contratista estaría obligado a “mantener vigente su (inexistente) servicio”, porque lo que caracteriza al mismo, es que la SUNAT, no podía determinar con exactitud, las cantidades o magnitudes a contratar.
- 6.76. Respecto a lo anterior, manifiestan que no existe base legal alguna que faculte a una SUNAT, en mérito al sistema de contratación de precios unitarios, a reducir al 100% su requerimiento de servicio y pretender que el Contratista se encuentre obligado a mantener vigente el mismo, a pesar de recibir cero soles de contraprestación, por tal motivo, consideran que dicho argumento no tiene el asidero fáctico o jurídico que lo respalde.

En lo que se refiere a los supuestos vicios de forma

- 6.77. Manifiestan que, al 5 de mayo del 2020, el funcionamiento de las notarías públicas no se encontraba autorizado a nivel nacional, por ende, a pesar que el artículo 136 del RLCE imponía la obligación de proceder a la resolución contractual, necesariamente a través del conducto notarial, no era posible cumplir con este requerimiento, toda vez que a la fecha de la remisión de la carta por la cual se resolvió el contrato dicha formalidad resultaba física y jurídicamente imposible de cumplir, en prueba de ello citan el pie de página utilizado en dicha ocasión que a la letra decía:

“Si bien el numeral 165.1 y 165.2 del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establecen como parte del procedimiento de resolución contractual, un requerimiento previo por conducto notarial, y una posterior resolución del contrato, también por vía notarial, no es menos cierto que, dicho trámite, estando a la causal invocada (fuerza mayor y caso fortuito) no resulta aplicable, debido a que no se puede formular requerimiento previo a la resolución, y además, porque resulta física y jurídicamente imposible, formalizar la resolución del Contrato 460005284, mediante comunicación notarial, si el artículo 4 del D.S 044-2020-PCM no contempla como actividad exonerada de la inmovilización social, decretada por el artículo 1 de la misma, el servicio notarial en el territorio peruano.”

En lo que se refiere a los supuestos perjuicios ocasionados

- 6.78. Este fundamento carece en mayor medida de medios probatorios que lo puedan acreditar, toda vez que la SUNAT sostiene que la resolución contractual le habría causado un perjuicio, pero ni siquiera puede definir la clase de perjuicio que se habría producido en su contra (económico, moral o jurídico) y menos aún es capaz de determinar el monto o la cuantía del mismo.
- 6.79. A continuación, la SUNAT vuelve a reconocer otro aspecto de la resolución contractual hecha por el Contratista, la restricción del tráfico interprovincial de personas, para agregar a continuación que ello no afectó con el transporte de carga de alimentos, material médico y traslados humanitarios.
- 6.80. De lo señalado anteriormente, se puede concluir que entre el 16 de marzo y el 5 de mayo del 2020, periodo que abarcó la ejecución del Contrato durante el estado de emergencia sanitaria y aislamiento social obligatorio (Fuerza Mayor), la SUNAT necesitó de nuestros servicios (que no tiene naturaleza provincial, como erróneamente se manifiesta).
- 6.81. Si la conclusión anterior fuese cierta, entonces, de conformidad con lo que establece la página 24 de las Bases Integradas del Concurso Público N° 020-2018-SUNAT/3G0080 del cual se derivó el Contrato, la SUNAT habría estado obligada a realizar el siguiente procedimiento:

“5.2.1. Prestación Principal: Características y Condiciones

Características del servicio

a) El servicio será ejecutado para el Complejo Fronterizo Santa Rosa, PREVIO REQUERIMIENTO por parte de la Sección de Soporte Administrativo del CFSR a la cuenta del correo electrónico corporativo del contratista (la misma que deberá estar operativa y deberá ser proporcionada al momento de la suscripción del contrato) con por lo menos veinticuatro (24) horas de anticipación. Los requerimientos contendrán la siguiente información mínima:

- Estimado de horas de carga y descarga que se deberá prestar.*
- Plazo en el que se deberá presentar el contratista.*
- Cantidad estimada de cargadores(...).”*

6.82. Estando a lo antes expuesto, manifiestan que la SUNAT deberá cumplir con la presentación de los correos electrónicos remitidos al Contratista, solicitando la prestación del servicio objeto de la contratación, durante el periodo comprendido entre el 16 de marzo al 5 de mayo del 2020.

7. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde a este Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, conforme a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso.

Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el Tribunal Arbitral respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser

utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

“...La actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó”¹.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Sobre este particular, tomando en consideración las pretensiones planteadas en la demanda, las cuales han generado los puntos controvertidos señalados en la Decisión N° 5, de fecha 18 de noviembre de 2021, este Tribunal Arbitral considera conveniente agrupar los puntos controvertidos del siguiente modo, en tanto las pretensiones planteadas en la demanda han sido formuladas como pretensiones principales independientes:

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no ordenar que se declare inválida e ineficaz la comunicación efectuada por el CONSORCIO, a través de la Carta s/n, por medio del cual comunica su decisión de resolver el contrato por fuerza mayor y caso fortuito.

- 7.1 Con relación a la primera cuestión controvertida derivada de la primera pretensión principal, corresponde determinar si la resolución del contrato por causal de fuerza mayor efectuada por la Entidad es válida, y por lo tanto si esta genera efectos jurídicos.
- 7.2 En primer lugar, el Tribunal Arbitral parte de la premisa de que el 31 de octubre de 2018 se firmó el Contrato N° 249-2018/SUNAT-Prestación de Servicios, entre la SUNAT y el CONSORCIO, para prestar el servicio de carga y descarga de bienes y mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa por un plazo estimado de

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. “Medios Probatorios en el Proceso Civil”. Ed.: Rodhas, Lima. 1994, p. 35.

setecientos treinta (730) días calendario, o hasta agotar el monto contratado, y por la suma ascendente a S/ 729,083.52.

- 7.3 Luego de los hechos que ambas partes han descrito en sus respectivos escritos y exposiciones orales, el Tribunal Arbitral advierte que con fecha 5 de mayo de 2020, mediante la carta del expediente virtual N° 172-URD124-2020-187574, el CONSORCIO comunicó a la SUNAT la resolución del Contrato N° 249-2018/SUNAT-Prestación de Servicios por la causal de fuerza mayor y caso fortuito, conforme con lo establecido en 36 de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable.
- 7.4 Cabe señalar que, dentro del sustento alegado por el CONSORCIO para resolver el referido Contrato, señalan la existencia del supuesto de excesiva onerosidad de la prestación, previsto en el artículo 1440 del Código Civil; ello, como consecuencia del evento de fuerza mayor mencionado por el CONSORCIO en su carta de resolución contractual.
- 7.5 Sobre lo anterior, la resolución contractual realizada por el CONSORCIO posee diversos puntos que este Tribunal deberá abordar en un orden que privilegie la eficiencia en el análisis para la emisión de la decisión al respecto:
- A. Sobre la forma de la resolución contractual:
 - ¿La resolución contractual practicada por el CONSORCIO cumplió con el procedimiento establecido en la normativa aplicable?
 - ¿La resolución contractual fue cuestionada?
 - ¿La resolución contractual quedó consentida?
 - B. Sobre el fondo de la resolución contractual:
 - ¿Se ha configurado el supuesto previsto en la normativa aplicable respecto de la causal de fuerza mayor y/o caso fortuito?
 - ¿Se ha configurado un supuesto de excesiva onerosidad de la prestación conforme a la normativa aplicable?

SOBRE LA FORMA DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL:

- 7.6 A criterio de este Colegiado, resulta necesario analizar, primero, las cuestiones de forma para determinar si la resolución contractual realizada por el CONSORCIO

cumplió con el procedimiento establecido por la normativa aplicable y si la misma fue cuestionada o quedó consentida; luego de ello, dependiendo de dicho análisis, corresponderá revisar los aspectos de fondo antes mencionados.

- 7.7 Al respecto, es preciso señalar que el Contrato N° 249-2018/SUNAT-Prestación de Servicios de fecha 31 de octubre de 2018, a través del cual se origina la relación jurídica existente entre las partes, tiene como base legal lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225 y modificada con Decreto Legislativo N° 1341 (en adelante, LCE), el Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado con Decreto Supremo N° 056-2017-EF (en adelante, RLCE) y las Directivas que apruebe el OSCE; asimismo, la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la LCE y el RLCE.
- 7.8 En ese sentido, dado que la primera cuestión controvertida se encuentra relacionada con la resolución contractual realizada por el CONSORCIO, debemos tener en cuenta lo establecido en el artículo 36° de la LCE, la cual señala lo siguiente:

“Artículo 36. Resolución de los contratos:

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. 36.2 Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la presente Ley.” (el resaltado es nuestro).

- 7.9 Asimismo, de acuerdo con lo señalado en el artículo 136° del RLCE, el procedimiento respectivo para la resolución contractual sería el siguiente:

“Artículo 136. Procedimiento de resolución de Contrato:

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (05) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

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 el plazo de quince (15) días.

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.

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.

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

- 7.10 Tal como señala la normativa, se puede afirmar que la resolución contractual opera:
- (i) previo requerimiento del cumplimiento de las obligaciones de una de las partes o
 - (ii) sin requerimiento previo, 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.

7.11 Sobre lo anterior, con relación a la resolución contractual realizada por el CONSORCIO, la SUNAT señala en su demanda lo siguiente:

5.2 De la misma forma, el contrato N° 249-2018/SUNAT-PRESTACIÓN DE SERVICIOS, establece en la cláusula quinta, que cualquiera de las partes puede resolver el contrato, de conformidad con el literal d) del inciso 32.3 del artículo 32 y artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 35 del Reglamento. **De darse el caso, se procederá de acuerdo con lo establecido en el artículo 136 del Reglamento. Así queda corroborado y asentido que la forma lícita para requerir el cumplimiento de sus obligaciones a la contraparte, la parte perjudicada debe requerirla mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.**

5.3 Así queda demostrado que JOVERSA no presentó la carta notarial de apercibimiento, con lo cual incumplió el procedimiento previsto en el contrato, la Ley y el Reglamento para resolver el contrato, peor aún, **tampoco se comunicó la decisión de resolver el contrato vía carta notarial**, pese a que ya estaban permitidas las actividades funcionales de los notarios, a nivel nacional.

7.12 Por su parte, respecto del procedimiento, el CONSORCIO señala en su contestación a la demanda lo siguiente:

*“Si bien el numeral 165.1 y 165.2 del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establecen como parte del procedimiento de resolución contractual, un requerimiento previo por conducto notarial, y una posterior resolución del contrato, también por vía notarial, no es menos cierto que, dicho trámite, estando a la causal invocada (fuerza mayor y caso fortuito) no resulta aplicable, debido a que no se puede formular requerimiento previo a la resolución, y además, porque **resulta física y jurídicamente imposible, formalizar la resolución del Contrato 460005284, mediante comunicación notarial**, si el artículo 4 del D.S 044-2020-PCM no contempla como actividad exonerada de la inmovilización social, decretada por el artículo 1 de la misma, el servicio notarial en el territorio peruano.”*

7.12 De lo anterior, se advierte que, a diferencia del CONSORCIO, la SUNAT considera que para que opere la resolución contractual, bajo el supuesto de caso fortuito y/o

fuerza mayor, resulta necesario que haya existido -previamente- un requerimiento del cumplimiento de obligaciones.

7.13 Al respecto, este Tribunal Arbitral, considera necesario señalar que la norma establece el requerimiento previo, únicamente, cuando exista un incumplimiento de obligaciones a cargo de alguna de las partes; no obstante, para el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, al provenir de un evento y no mediar un incumplimiento de obligaciones de por medio, la norma faculta a cualquiera de las partes a resolver el contrato siempre y cuando se cumplan lo requisitos establecidos para ese supuesto de resolución contractual.

“Artículo 136. Procedimiento de resolución de Contrato:

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (05) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

(...)

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.

*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.***

(...)” (el resaltado es nuestro)

7.14 Siendo ello así, este Colegiado considera que el requisito del requerimiento previo no resulta aplicable para el supuesto de caso fortuito y/o fuerza mayor, ya que dicha

causal tiene como sustento la ocurrencia de un evento y no el incumplimiento de alguna obligación, por lo que, no resultaba exigible al CONSORCIO realizar un requerimiento previo de cumplimiento de obligaciones a la SUNAT.

7.15 Ahora bien, teniendo en cuenta que no resulta necesario el requerimiento previo, la norma señala que la comunicación de resolución contractual debe ser realizada mediante carta notarial; ello con la finalidad de tener certeza de la realización de dicha comunicación.

7.16 Sobre lo anterior, la SUNAT señala lo siguiente:

4.8 Debemos subrayar que, a pesar del manifiesto e ilícito incumplimiento de sus servicios, el CONSORCIO JOVERSA, mediante expediente virtual N° 172-URD124-2020-187574, de **fecha 05 de mayo de 2020**, presentó por mesa de partes de la sección de soporte administrativo del Complejo Fronterizo Santa Rosa, la **Carta Simple s/n**, comunicando **su decisión de resolver el Contrato N° 249-2018/SUNAT-Prestación de Servicios, por motivos de fuerza mayor y caso fortuito. Conculcando nuevamente un requisito de exigibilidad normativa, como es el de presentarlo mediante Carta Notarial.**

4.9 Sobre el particular, es necesario subrayar que, mediante Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, de fecha **02 de mayo de 2020** se aprobó la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria y en su ANEXO de **“REANUDACIÓN DE ACTIVIDADES”**, en el numeral 22) **autoriza los Servicios notariales**, en todo el territorio del Perú.

4.10 En consecuencia, cuando JOVERSA, en su “contestación a la solicitud de arbitraje” (punto 28.2.1 respecto a su carta de fecha 05 de mayo) sostiene: **“el 05 de mayo no estaba autorizado el funcionamiento de las notarías públicas a nivel nacional”**. Queda demostrado, no solamente que desconocía que, **desde el lunes 04 de mayo del 2020**, ya se encontraban autorizados y permitidas a funcionar todas las notarías del Perú, sino, que miente una vez más al tribunal arbitral, para desechar e incumplir la prestación de servicios que le concierne.

7.17 Por su parte, sobre la resolución contractual mediante carta notarial, el CONSORCIO manifestó lo siguiente:

8.1. **ES FALSO** que las **NOTARÍAS ESTUVIERON HABILITADAS DESDE EL LUNES DE 04 DE MAYO DEL 2020**, toda vez que el artículo 2 del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM establece los **CRITERIOS FUNDAMENTALES PARA LA IMPLEMENTACIÓN GRADUAL Y PROGRESIVA DE LAS FASES DE LA REANUDACIÓN DE ACTIVIDADES**, los cuales son los siguientes:

“i) De salud pública, a partir de la información que evalúa la Autoridad Nacional de Salud, con base en la evolución de la situación epidemiológica; la capacidad de atención y respuesta sanitaria y el grado de vigilancia y diagnóstico implementado;

ii) De movilidad interna, vinculada a un posible aumento del riesgo de contagio;

iii) De la dimensión social; y,

iv) De actividad económica y la evaluación de la situación por los sectores competentes del Poder Ejecutivo.”

8.2. Conforme el artículo 5 del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM faculta a los Sectores competentes a disponer mediante resolución ministerial la fecha de inicio de las actividades de la Fase 1, (incluidas en el anexo); así como, para incluir actividades económicas priorizadas en las fases de la Reanudación de Actividades, **PREVIA OPINIÓN FAVORABLE DEL MINISTERIO DE SALUD**, siempre que no afecten el estado de emergencia sanitaria nacional y conforme con las medidas sanitarias requeridas para evitar la propagación y contagio del COVID-19

8.3. Por ello, mediante el literal e) del artículo 4 de la Ley N° 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señala que el **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS ES COMPETENTE EN MATERIA DE REGULACIÓN NOTARIAL**.

8.4. En consecuencia, de ello, el **18 de mayo de 2020**, se publicó en el diario “El Peruano” la Resolución Ministerial N° 0135-2020-JUS en la cual aprueban el **“Protocolo sanitario para la operación ante el COVID-19 del Servicio Público Notarial”**.

8.5. Sin embargo, en el artículo 3 de la Resolución Ministerial N° 0135-2020-JUS, se establece que:

“Disponer que los Oficios Notariales puedan operar, una vez que registren su “Plan para la vigilancia, prevención y control de COVID-19 en el trabajo” en el Sistema Integrado para COVID-19 (SICOVID-19) del Ministerio de Salud.”

- 8.6 Tan cierto es lo antes mencionado que, los **SERVICIOS NOTARIALES** recién estuvieron autorizados en la **FASE 3 y 4** del procedimiento de **REACTIVACIÓN ECONÓMICA** del país, por lo que sería bueno señalar y precisar quien “miente” al tribunal arbitral como lo señala en su numeral 4.10 de su demanda (la SUNAT). En ese mismo orden de ideas es bueno señalar que otro Cliente (MEF) con un servicio similar al de SUNAT (Carga y descarga/ estibadores) al que está adscrita la SUNAT (sub sistema de contrataciones) ante la coyuntura por la pandemia (COVID-19) si permitió NO solo la Resolución del Contrato por caso fortuito o fuerza mayor; sino que sí admitió la inobservancia del formalismo de la notificación notarial al ser en ese momento un imposible jurídico de observar por las partes y devolviendo la garantía de fiel cumplimiento; a efectos de poder hacer frente y palear sobre todo el factor humano (pago y liquidación al personal).
- 7.18 Sobre lo anterior, conforme a lo señalado por ambas partes, este Colegiado advierte que la carta del expediente virtual N° 172-URD124-2020-187574, a través de la cual el CONSORCIO resolvió el contrato, no fue enviada por conducto notarial como lo establece la norma; no obstante, resulta necesario analizar el contexto en el que ocurrieron los hechos a fin de determinar si realmente era imposible cumplir con aquel requisito establecido por la norma.
- 7.19 Al respecto, por medio del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, emitido el 15 de marzo de 2020, se declaró el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario, y se dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectaban la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19.
- 7.20 Asimismo, el referido Decreto Supremo estableció, a través de sus artículos 2 y 4, los accesos y las actividades limitadas que estarían disponibles para la ciudadanía durante lapso de duración del Estado de Emergencia serían las siguientes:

“Artículo 2.- Acceso a servicios públicos y bienes y servicios esenciales

2.1 Durante el Estado de Emergencia nacional, se garantiza el abastecimiento de alimentos, medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible,

telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios y otros establecidos en el presente Decreto Supremo.

2.2 Asimismo, se garantiza la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales regulados en el artículo 4 del presente Decreto Supremo. Las entidades públicas y privadas determinan los servicios complementarios y conexos para la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales establecidos en el artículo 4. Las entidades competentes velan por el idóneo cumplimiento de la presente disposición.

2.3 La Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas adoptan las medidas para garantizar la prestación y acceso a los bienes y servicios conforme al presente artículo.”

“Artículo 4.- Limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas

4.1 Durante la vigencia del Estado de Emergencia Nacional y la cuarentena, las personas únicamente pueden circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a los siguientes servicios y bienes esenciales:

- a) Adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, lo que incluye su almacenamiento y distribución para la venta al público.
- b) Adquisición, producción y abastecimiento de productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- c) Asistencia a centros, servicios y establecimientos de salud, así como centros de diagnóstico, en casos de emergencias y urgencias.
- d) Prestación laboral, profesional o empresarial para garantizar los servicios enumerados en el artículo 2.
- e) Retorno al lugar de residencia habitual.
- f) Asistencia y cuidado a personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, dependientes, personas con discapacidad o personas en situación de vulnerabilidad.
- g) Entidades financieras, seguros y pensiones, así como los servicios complementarios y conexos que garanticen su adecuado funcionamiento.

- h) Producción, almacenamiento, transporte, distribución y venta de combustible.
- i) Hoteles y centros de alojamiento, solo con la finalidad de cumplir con la cuarentena dispuesta.
- j) Medios de comunicación y centrales de atención telefónica (call center).
- k) Los/as trabajadores/as del sector público que excepcionalmente presten servicios necesarios para la atención de acciones relacionadas con la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 podrán desplazarse a sus centros de trabajo en forma restringida.
- l) Por excepción, en los casos de sectores productivos e industriales, el Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con el sector competente, podrá incluir actividades adicionales estrictamente indispensables a las señaladas en los numerales precedentes, que no afecten el estado de emergencia nacional.
- m) Cualquier otra actividad de naturaleza análoga a las enumeradas en los literales precedentes o que deban realizarse por caso fortuito o fuerza mayor.

4.2 Igualmente, se permite la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior.

4.3 Las limitaciones a la libertad de tránsito no aplican al personal extranjero debidamente acreditado en el Perú de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y representaciones de organismos internacionales, que se desplacen en el cumplimiento de sus funciones, respetando los protocolos sanitarios.

4.4 A fin de garantizar el orden interno, se faculta al Ministerio del Interior, en coordinación con el Ministerio de Defensa, para dictar las medidas que permitan la implementación del presente artículo.

4.4 El Ministerio del Interior dispone el cierre o restricción a la circulación por carreteras por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico.

4.5 En todo caso, para cualquier desplazamiento efectuado conforme al presente artículo deben respetarse las recomendaciones y disposiciones

dictadas por el Ministerio de Salud, el Ministerio del Interior y otras entidades públicas competentes.

- 7.21 De la revisión del mencionado Decreto Supremo, se advierte que, a partir de la declaratoria de Estado de Emergencia, esto es, desde el 16 de marzo de 2022, no se encontraba autorizado el servicio notarial en el país.
- 7.22 Posteriormente, por medio del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, emitido el 2 de mayo de 2020, se dispuso la “Reanudación de Actividades”, la cual constaba de cuatro (04) fases para su implementación, cuya primera fase consistía la autorización para que se realicen determinadas actividades que iniciarían en el mes de mayo de 2020, las cuales se encontraban detalladas en el Anexo del mencionado Decreto Supremo e incluía los servicios notariales.

“ANEXO

ACTIVIDADES INCLUIDAS EN LA FASE 1 DE LA “REANUDACIÓN DE ACTIVIDADES”

Minería e industria

1. Explotación, beneficio, almacenamiento, transporte y cierre de minas del estrato de la gran minería y, proyectos en construcción de interés nacional e hidrocarburos.
2. Insumos para la actividad agropecuaria.
3. Pesca industrial (consumo humano indirecto).
4. Producción temporal: órdenes de compra (exportaciones) vencidas y por vencer.
5. Industrias de vidrio, forestal (maderable u no maderable), papel y cartón, plásticos y hielo ampliación de textil y confecciones, maquinaria y equipo.
6. Industria metalmecánica
7. Sustancias químicas básicas y abono y servicios complementarios a agricultura (para actividades esenciales).

Construcción

8. Proyectos del Plan Nacional de Infraestructura para la competitividad (PNIC).
9. Proyectos de la Autoridad para la Reconstrucción con cambios (ARCC)
10. 56 proyectos del Sector Transportes y Comunicaciones.
11. 36 obras de saneamiento.
12. Actividades de infraestructura agraria (riego, mantenimiento, rehabilitación de drenes, entre otros).

13. Proyectos inmobiliarios priorizados (fase de excavación, estructuras y acabados, y viviendas en el ámbito rural).
14. Productos agrarios (alquiler/venta de maquinarias)
15. Inversiones de Optimización, de Ampliación Marginal, de Rehabilitación y de Reposición (IOARR), acceso de agua y alcantarillado en comisarías, hospitales y colegios.
16. Industrias y servicios conexos a la construcción.

Servicios y turismo

17. Restaurantes y afines autorizados para entrega a domicilio (con propia logística del establecimiento y protocolo de seguridad y recojo en local)
18. Hoteles categorizados y transporte turístico para actividades esenciales.
19. Servicios vinculados a telecomunicaciones
20. Servicios complementarios a la agricultura.
21. Servicios prestados a empresas (soporte de TI y servicios profesionales, exportaciones de servicio de conocimiento)

22. Servicios notariales

23. Servicios de reciclaje.
24. Servicios de mantenimiento de equipo relacionado a edificaciones y hogares (bombas, termas, ascensores, gasfitería, electricista, carpintería, entre otros)
25. Servicios de almacenamiento de: Abonos y materias primas agropecuarias, artículos de plásticos, vidrio, papel, cartones, aserradura de madera, hielo para actividades en general.

Comercio

26. Comercialización de productos agrarios
27. Comercio electrónico de bienes para el hogar y afines.” (el resaltado es nuestro).

7.23 Cabe tener presente que, si bien luego del 2 de mayo de 2020, los servicios notariales se encontraban autorizados para iniciar sus operaciones, resulta necesario precisar que el numeral 3.2 del artículo 3 del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM señalaba lo siguiente:

“3.2 Previo al reinicio de actividades, las entidades, empresas o personas naturales o jurídicas que estén permitidas para dicho fin, deberán observar los “Lineamientos para la vigilancia de la Salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19”, aprobados por Resolución Ministerial N° 239-2020-

MINSA (y sus posteriores adecuaciones), así como los Protocolos Sectoriales (en este último caso, cuando el sector los haya emitido), a efecto de **elaborar su “Plan para la vigilancia, prevención y control de COVID-19 en el trabajo” y proceder a su registro en el Sistema Integrado para COVID-19 (SICOVID-19) del Ministerio de Salud.”** (el resaltado es nuestro).

7.24. Asimismo, el artículo 5 del Decreto Supremo mencionado anteriormente establecía lo siguiente:

Artículo 5.- Medidas Complementarias

Facúltase a los Sectores competentes a disponer mediante resolución ministerial la fecha de inicio de las actividades de la Fase 1, incluidas en el anexo del presente Decreto Supremo; así como, para incluir actividades económicas priorizadas en las siguientes fases de la Reanudación de Actividades, previa opinión favorable del Ministerio de Salud, siempre que no afecten el estado de emergencia sanitaria nacional y conforme con las medidas sanitarias requeridas para evitar la propagación y contagio del COVID-19. (el resaltado es nuestro).

7.25 Teniendo en cuenta lo anterior, por medio de la Resolución Ministerial N° 0135-2020-JUS, emitida el 15 de mayo de 2020, previa opinión favorable del Ministerio de Salud, se aprobó el Protocolo Sanitario de Operación ante el Covid-19 para la reanudación del servicio público notarial por encontrarse conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, por lo que -a partir de dicha fecha- las Notarías recién podrían reiniciar sus actividades, previo registro de su Plan de Vigilancia, Prevención y Control de Covid-19.

- En la FASE 1, la reanudación de actividades se inicia sólo en los distritos notariales que no se encuentren en los indicados en el último párrafo. Para estos efectos, las oficinas notariales deben de haber registrado sus Planes de Vigilancia, prevención y control de Covid-19 en el trabajo en el SICOVID-19 del MINSA. Teniendo además en consideración las condiciones y disposiciones emitidas por la autoridad sanitaria competente, en tanto no varíen por disposición del MINSA. En estos distritos notariales no se reinician actividades en el 100% de las oficinas notariales.

7.26 Siendo ello así, este Colegiado advierte que el 5 de mayo de 2020, si bien ya se había emitido el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM que autorizaba el reinicio de actividades comprendidas en la fase 1, entre las cuales se encontraba el servicio

notarial, se debe tener en cuenta que dicho reinicio se encontraba sujeto a la emisión de una Resolución Ministerial -emitida por el sector competente- que determine la fecha de inicio de actividades y la presentación de un Plan de Vigilancia, Prevención y Control de Covid-19.

7.27 Entonces, teniendo en consideración que la norma establece un procedimiento para la resolución contractual por caso fortuito y/o fuerza mayor (el cual consiste en la comunicación de la voluntad de resolver el contrato a través de una carta notarial) y que, en virtud de las circunstancias generadas por el Covid-19, los servicios notariales aún no se encontraban en pleno funcionamiento en la fecha en la que el CONSORCIO resolvió el contrato; cabría analizar si el hecho de que la comunicación de resolución contractual no fuera realizada mediante carta notarial constituye un supuesto de invalidez de dicho acto, por no revestir la formalidad señalada en la norma.

7.28 Al respecto, este Tribunal Arbitral observa que, ni la LCE ni el RLCE establecen algún tipo de sanción para el acto de resolución contractual que no haya sido realizado a través de una comunicación notarial, por lo que, remitiéndonos a lo dispuesto por el artículo 144 del Código Civil, **“cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto”**.

7.29 El citado artículo del Código Civil, aplicable de manera supletoria, establece dos tipos de formalidades para un acto: *ad solemnitatem* y *ad probationem*. Sobre ello, cabe precisar que la formalidad *ad solemnitatem* implica una sanción de invalidez del acto realizado cuando así lo establece la ley por la ausencia de alguno de los requisitos mencionados en la norma; por su parte, la formalidad *ad probationem* no implica ningún tipo de sanción del acto, pues la finalidad de dicha formalidad consiste en su utilidad como prueba de la existencia y realización del referido acto.

7.30 Sobre lo anterior, Marco Antonio Ortega Piana señala que *“la inobservancia de la forma necesaria no es que conlleve nulidad, por haberse omitido seguir —para fines de la declaración común— la forma establecida por ley bajo sanción de nulidad, sino que deriva en inexistencia, siendo que la referencia a la exigencia legal de una determinada forma bajo sanción de nulidad se realiza únicamente para diferenciarla*

*de una forma que fuese simplemente probatoria. Es una referencia por exclusión, atendiendo a que, **si no se indica que se está ante una forma ad solemnitatem, se entendería que es meramente ad probationem**".² (el resaltado es nuestro)*

7.31 Entonces, de la lectura del artículo 36 de la LCE y del artículo 136 del RLCE, se advierte que ninguno de ellos señala algún tipo de sanción del acto en caso no se cumpla con la formalidad establecida, por lo que se entiende que dichas normas, para el caso de resolución contractual, no establecen una formalidad *ad solemnitatem*, sino *ad probationem*.

7.32 A mayor abundamiento, de la revisión del expediente, se advierte que la SUNAT no solo no niega el hecho de haber recibido la carta de resolución contractual el 5 de mayo de 2020, sino que manifiesta haber contestado la misma conforme a lo señalado en el Informe N° 001-2021-SUNAT/3G0080 (Anexo 1-H de la demanda):

3.5. Mediante Carta N° 018-2020-SUNAT/3G0080 la Sección de Soporte administrativo del Complejo Fronterizo Santa Rosa notifica a EL CONTRATISTA que, para que una de las partes resuelva el contrato, deberá demostrar que el hecho, además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible, determina la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva; así como no se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 136° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, dado que su comunicación de resolución de contrato, no se ha notificado o diligenciado vía notarial por lo que no surte efectos legales, por lo que se le exhorta al cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

7.33 Siendo ello así, este Colegiado observa que la comunicación de resolución de contrato realizada por el CONSORCIO fue efectivamente recibida por la SUNAT, por lo que, pese a no haberse realizado a través de una carta notarial, la voluntad unilateral de resolver el contrato fue puesta a conocimiento de la otra parte contratante y esta la recibió emitiendo una respuesta (de cuestionamiento) al respecto.

² ORTEGA PIANA, Marco Antonio. *Algunas reflexiones sobre la regulación de la forma contractual en el código civil de 1984*. En *Advocatus* N° 36. Lima, 2017. pp. 123 - 154.

7.34 Adicionalmente, cabe mencionar que, de acuerdo con el citado Informe N° 001-2021-SUNAT/3G0080, ante el requerimiento de cumplimiento de la formalidad realizado por la SUNAT, el CONSORCIO presentó -de manera posterior- una carta notarial reafirmando su voluntad de resolver el contrato por la causal de caso fortuito y fuerza mayor:

3.6. Mediante expediente N° 172-URD122-2020-311439-4, de fecha 19 de junio de 2020, EL CONSORCIO presenta la Carta Notarial N° 359-2020, en la que confirma la Resolución del Contrato N° 00249-2018-SUNAT – Prestación de Servicio, por causal de fuerza mayor y caso fortuito y pronunciamiento respecto de los cuestionamientos formulados a la misma.

7.35 Conforme se puede apreciar, respecto del cumplimiento de una formalidad, bajo el contexto de Emergencia Sanitaria Nacional provocada por el Covid-19, este Colegiado está de acuerdo con la línea de razonamiento que sigue Martín Mejorada³ en “La carta notarial en la emergencia”, y estima que la formalidad establecida en el artículo 136 del RLCE constituye una formalidad *ad solemnitatem*, por lo que la comunicación de resolución contractual realizada por el CONSORCIO -en el contexto de una situación excepcional donde los servicios notariales se encontraban suspendidos- recibida por la SUNAT, quien manifestó su cuestionamiento y posterior sometimiento a arbitraje, determina la eficacia de la comunicación enviada.

7.36 En consecuencia, respecto de la forma de la resolución contractual efectuada por el CONSORCIO, si bien la misma no cumplió con el procedimiento establecido en la normativa aplicable (ser comunicada mediante carta notarial), se debe tener en consideración que esto se debió a la situación excepcional de Emergencia Sanitaria

³ Al respecto, Martín Mejorada comenta, sobre la formalidad de la resolución contractual en el contexto del Estado de Emergencia Sanitaria, lo siguiente:

“La ley indica que la voluntad resolutoria se expresa en carta notarial (artículo 1429), pero no dice que prescindir de dicho documento implique la nulidad del acto, de modo que, conforme al artículo 144 del Código Civil, estamos ante una mera formalidad *ad probationem*. La carta producirá el efecto extintivo del contrato al vencer el plazo, aun cuando no intervenga el notario. Es verdad que el deudor intimado podría negar la recepción del requerimiento y generar una discusión sobre ello, sobre todo si este se produjo en un lugar cerrado por la cuarentena o por correo electrónico, pero también es verdad que la moderna tecnología hace improbable negar una comunicación digital.”

MEJORADA CHAUCA, Martín. *La carta notarial en la emergencia*. En *La Ley el ángulo legal de la noticia*. 2020. Consulta 16 de mayo de 2022. <https://laley.pe/art/9704/la-carta-notarial-en-la-emergencia>

Nacional que no permitía el funcionamiento de los servicios notariales en la fecha en la que ocurrieron los hechos y que, además, la formalidad establecida era de tipo *ad probationem*.

- 7.37 Por lo tanto, habiéndose determinado que la carta del expediente virtual N° 172-URD124-2020-187574 fue efectivamente recibida por la SUNAT y que esta respondió la misma cuestionándola e iniciando el arbitraje dentro del plazo de caducidad establecido en la normativa aplicable sin permitir que aquella quede consentida, corresponde analizar el fondo de la resolución contractual; es decir, si esta cumple con los requisitos establecidos para la causal de caso fortuito y/o fuerza mayor.

SOBRE EL FONDO DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL:

- 7.38 Ahora bien, con relación al fondo o sustento de la resolución contractual realizada por el CONSORCIO resulta necesario señalar que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor, ante la imposibilidad sobreviniente de algunas de las partes de ejecutar las prestaciones acordadas, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la LCE aplicable.
- 7.39 En esa misma línea, el numeral 135.3 del artículo 135 del RLCE establece que *“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**”*. (el resaltado el nuestro).
- 7.41 Conforme a las disposiciones mencionadas previamente, la normativa de contrataciones del Estado prevé la posibilidad de resolver el contrato cuando debido a un hecho o evento que se considera caso fortuito o fuerza mayor, resulte imposible -de manera definitiva- continuar con la ejecución de las prestaciones del contrato; es decir, el efecto del evento ocurrido deberá ser de tal magnitud que no permita a ninguna o -por lo menos- a una de las partes seguir cumpliendo con sus obligaciones contractuales.

- 7.42 En este supuesto, corresponde a la parte que resuelve el contrato, probar la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor, y la consecuente imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo.
- 7.43 Entonces, al ser una figura de origen civil y a fin de determinar el concepto de “caso fortuito o fuerza mayor” resulta necesario tener en consideración que el artículo 1315 del Código Civil, de aplicación supletoria, 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 nuestro).
- 7.44 Sin perjuicio de lo anterior, importante destacar que, si bien el Código Civil intenta hacer una definición del caso fortuito y la fuerza mayor, este omite explicar en qué consisten las características de “extraordinario, imprevisible e irresistible” así como en qué circunstancias y respecto de quienes resultan aplicables las mismas, a efectos de considerar la ocurrencia de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.
- 7.44 Previamente, para diferenciar los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, cabe señalar que el primero deriva de un hecho natural, de modo tal que a nadie puede imputarse su origen, mientras que el segundo ha sido vinculado 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.
- 7.45 Ahora bien, resulta necesario precisar que un hecho o evento *extraordinario*⁴ 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.

En efecto. Osterling Parodi y Castillo Freyre señalan que “*lo contrario a lo común es la excepción; por ello, concluimos que se trata de algo que se encuentra dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento que se produce por excepción,*

⁴ Según el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Tercera Edición, lo extraordinario es aquello “1. adj. Fuera del orden o regla natural o común.”. Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=HP5RXLV>

lejos de lo que en forma normal se espera que ocurra. Lo extraordinario es lo que atenta o interrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrantándolos”.⁵

Asimismo, para saber si un acontecimiento califica como extraordinario, resulta necesario que el análisis se realice de un determinado contexto, pues lo que en un lugar, época o circunstancia podría ser calificado como excepcional; podría no serlo en otro contexto.

En efecto, según Fernández Cruz y León Hilario, *“lo extraordinario se juzga, principalmente, de acuerdo con las circunstancias temporales y especiales. Entre nosotros, por ejemplo, los ataques de grupos terroristas contra los medios de transporte terrestre han dejado de tener el carácter de habitual que se les podía reconocer, sin problemas, en el decenio 1980 – 1990. En contrapartida, han pasado a ser comunes los asaltos a mano armada en carreteras, cometidos por delincuentes comunes”*.⁶

7.47 De otro lado, un hecho o evento es *imprevisible*⁷ 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.

Al respecto, un sector de la doctrina considera que el hecho es imprevisible cuando el deudor no lo puede prever, a pesar de haber actuado con la prudencia, diligencia y capacidad de previsión que son exigibles al hombre medio. En consecuencia, puede decirse que la imprevisibilidad va de la mano con los deberes de diligencia, prudencia, esmero o cuidado del deudor.⁸

Adicionalmente, de manera similar a lo indicado en el caso de la extraordinariedad, la imprevisibilidad debe ser evaluada en función de lo que para cualquier sujeto en

⁵ OSTERLING PARODI, Felipe – CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, Tomo XI. Pág. 624 y 625.

⁶ Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas en diversas materias de derecho civil, Gaceta Jurídica: Lima, 2004, Tomo VI. Pág. 885.

⁷ De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Tercera Edición, lo imprevisible es aquello “1. adj. Que no se puede prever.” Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=L7EnyuT>

⁸ ALTERINI, Atilio Aníbal, Oscar José AMEAL y Roberto LOPEZ CABANA. *Teoría de las obligaciones*. Tomo I. Pág. 391.

el lugar del deudor hubiere sido imprevisible de haber estado en la misma situación y no lo que resulte imprevisible para un deudor particular.

Cabe destacar que la previsión, por su parte, debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación, a diferencia de la resistibilidad que se presenta al momento de cumplirla.⁹

- 7.48 Por último, y no menos importante, el que un hecho o evento sea *irresistible*¹⁰ significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento. Asimismo, un evento califica como irresistible en la medida que no permite ser tolerado, rechazado no contrarrestado con alguna acción. Este requisito implica que el evento es inevitable, lo cual supone la imposibilidad de poder cumplir.

En efecto, la irresistibilidad supone que el deudor de la prestación no hubiera tenido la oportunidad de actuar de otra manera. En otras palabras, no basta con que la adopción de otra acción haya sido difícil, sino que se requiere que haya sido imposible.¹¹

Según la Exposición de Motivos del Código Civil *“El requisito de irresistibilidad, por último, supone la imposibilidad de cumplimiento. La dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aun cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo previsto. Tampoco interesa la situación personal del deudor: la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria”*.¹²

- 7.49 Siendo ello así, partiendo de la premisa de que la ocurrencia de un evento calificado como caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad a las partes, la normativa de contrataciones del Estado ha establecido que la resolución contractual fundamentada en dicha causal resulta procedente cuando se pruebe que un hecho

⁹ REVOREDO MARSANO, Delia. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión de Código Civil. Tomo V. Pág. 440.

¹⁰ De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Tercera Edición, lo irresistible es aquello “1. adj. Que no se puede resistir.”. Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=M8f2fZB>

¹¹ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Vol. IV – Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001. Pág. 340.

¹² REVOREDO MARSANO, Delia. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión de Código Civil. Tomo V. Pág. 441.

extraordinario, imprevisible e irresistible hace imposible de manera definitiva la continuación de la ejecución de las prestaciones a cargo de una de las partes.

- 7.50 En tal sentido, para que una de las partes resuelva el contrato por caso fortuito o fuerza mayor debe demostrar que el hecho –además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible–, determina la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva; cuando dicha parte no pruebe lo antes mencionado, no podrá resolver el contrato amparándose en la figura del caso fortuito o fuerza mayor.
- 7.51 Al respecto, con este análisis legal y doctrinario efectuado, corresponde determinar si en este caso concreto se suscitaron eventos que puedan ser catalogados como caso fortuito o fuerza mayor y que, por ende, justifiquen la resolución contractual efectuada por el CONSORCIO; asimismo, corresponde determinar si los hechos alegados se encuentran acreditados a través de las pruebas ofrecidas que obran en el expediente.
- 7.52 A manera de contexto, es importante señalar que la Declaratoria de Estado de Emergencia Nacional dispuesta mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus posteriores prórrogas, han podido afectar los contratos suscritos con el Estado que se encontraban vigentes durante el inicio de la pandemia ocasionada por el Covid-19, debido a la orden de aislamiento e inmovilización social decretada por el Gobierno.
- 7.53 En primer lugar, resulta necesario mencionar cuál era el objeto de la relación contractual de las partes a fin de determinar, posteriormente, si las prestaciones que debían ejecutarse fueron afectadas de tal manera que resultaba imposible continuar con su ejecución; para ello citaremos la cláusula correspondiente:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

Por el presente documento, **EL CONSORCIO** se obliga con **LA SUNAT** a prestar el **servicio de carga y descarga de bienes y mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa**, con las características técnicas de su Oferta y lo señalado en las Bases Integradas del referido procedimiento de selección, que forman parte integrante del Contrato.

Queda entendido que **EL CONSORCIO** no podrá alterar, modificar ni sustituir las características señaladas en su Oferta, presentada con motivo del referido procedimiento de selección, que forma parte integrante de este Contrato.

- 7.54 Cabe precisar que el servicio de carga y descarga de bienes y mercancías estaba **supeditado al requerimiento previo que debía hacer la SUNAT** para que el CONSORCIO realice las prestaciones a las cuales se encontraba obligado, tal y como se puede observar en el Capítulo III de las Bases Integradas (Anexo 1-C de la demanda):

V. ALCANCES Y DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO

El servicio es una contratación “por resultados” y se regula por la norma de contrataciones del Estado como un servicio general.

El contratista deberá ejecutar el servicio de carga y descarga de bienes y/o mercancías por horas, cuya unidad de medida es LA HORA, siendo el total requerido proyectado de 325,304 horas estimadas. Dicho servicio será ejecutado dentro de los 365 días del año y 24 horas del día durante los 1,095 días calendario para los que está programado el servicio, previo requerimiento efectuado por la SUNAT. Según cuadro de proyección indicado a continuación: **8) 9) 10) 11)**

- 7.55 Hasta este punto, el Colegiado, a partir de las pruebas aportadas y los hechos ocurridos, cuenta con las siguientes premisas:

- (a) El contrato celebrado entre la SUNAT y el CONSORCIO tenía como objeto la prestación del servicio de carga y descarga de bienes y mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa.
- (b) El servicio prestado por el CONSORCIO debía ser ejecutado previo requerimiento de la SUNAT.
- (c) El 16 de marzo de 2020, el Gobierno decretó el Estado de Emergencia Sanitaria a causa del Covid-19 y dispuso el aislamiento e inmovilización social a nivel nacional limitando la realización de todo tipo de actividades.

- 7.56 Ahora, corresponde analizar el cumplimiento de los requisitos para que una resolución contractual, realizada bajo la causal de caso fortuito y fuerza mayor,

cuenta con suficientes razones que justifiquen la finalización de la relación jurídica entre las partes:

- Que sea un evento extraordinario.
- Que sea un evento imprevisible.
- Que sea un evento irresistible.
- Que sea un evento que imposibilite la continuidad de la ejecución de las prestaciones.

7.57 Sobre la extraordinariedad del evento (pandemia originada por el Covid-19 y declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria a nivel nacional) no existe discrepancia entre las partes; toda vez que el mismo, efectivamente, constituyó un evento excepcional que no correspondía con la cotidianidad o el curso natural de las cosas, por lo que es posible calificar el evento como extraordinario.

7.58 Sobre la imprevisibilidad del evento, tampoco existe discrepancia entre las partes, ya que el mismo no podía ser contemplado ni al momento de la celebración del contrato ni en un momento posterior, debido a la excepcionalidad con la cual se presentó, por lo que es posible calificar el evento como imprevisible.

7.59 Sobre la irresistibilidad del evento, es un elemento que tampoco es discutido por las partes, pues la ocurrencia de este resultaba inevitable para las partes por escapar de su esfera de control y no poder realizar actuación alguna o adoptar algún tipo de medida que pueda impedir su existencia, por lo que es posible calificar el evento como irresistible.

7.60 Sobre la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones sí existe discrepancia entre las partes, por su lado, el CONSORCIO señala lo siguiente:

- 5.2. Como puede apreciarse de lo antes expuesto y probado, las medidas impuestas por el estado de emergencia e inmovilización social obligatoria de personas y restricciones de movilidades públicas y privadas, ocasionaron que las condiciones originales en las que, el procedimiento de selección primero, y el contrato después, fueron convocados y firmados, cambiaran dramáticamente, ocasionando que el cumplimiento de las obligaciones asumidas por nuestra parte, en el ámbito de aplicación del Contrato, se haya visto considerablemente incrementadas en su costo, originando que desde el 16 de marzo del 2020, se haya configurado lo que en el Derecho de los Contratos (sean privados o administrativos) se denomina **EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN**, prevista en el artículo 1440 del Código Civil, como consecuencia del caso de **FUERZA MAYOR** antes mencionada.
- 5.3. Pese a las graves circunstancias económicas y sociales que, alteraron las condiciones en las que fue convocado, primero el C.P 020-2018-SUNAT/3G0080, y luego suscrito el Contrato N° 249-2018/SUNAT-PRESTACION DE SERVICIOS, aceptamos tácitamente (y a pesar de nuestra condición de MYPE) la modificación de la ejecución contractual impuesta por el estado de fuerza mayor, durante el periodo comprendido entre el 16 de marzo del 2020 al día 04 de mayo del 2020, a pesar de lo cual, su continuación resultó insostenible operativa y financieramente, debido a que, hasta antes de la declaratoria de emergencia y aislamiento social, la facturación mensual por el servicio prestado, ascendía a S/. 24,000.00 soles, y a partir de la fuerza mayor, dicho monto se redujo a 0 soles, lo cual convirtió en imposible, continuar con su ejecución, no solo por los gastos operativos del servicio, sino lo más elemental del mismo, como resulta ser el pago de los salarios de nuestro personal asignado.
- 6.2 A mayor abundamiento, el servicio objeto del contrato resuelto por nuestra parte (estiba y desestiba) **NO FUE CONSIDERADO COMO SERVICIO ESENCIAL** sino recién fue incluido en la 3 y 4 fase del procedimiento antes señalado.

7.61 Por su parte, la SUNAT manifestó lo siguiente al respecto:

5.7 En esa misma línea, si bien la declaratoria de emergencia sanitaria por el COVID 19 y la pandemia que la motivó pueden constituir hipotéticamente -como alega el Consorcio- **“una fuerza mayor o un caso fortuito”**, respectivamente, es necesario verificar si el contratista ha probado que dichos eventos impiden la ejecución de la obligación o en su defecto, determinan su cumplimiento parcial o defectuoso. **En el presente caso ha sucedido todo lo contrario. La normativa que sostiene JOVERSA para justificar su incumplimiento del Contrato, faculta el servicio de transporte de bienes y servicios, y también, sobre dicho servicio, faculta el traslado fronterizo.**

5.8 Bajo ese entendido, lo argumentado por el Consorcio referido a que la declaración del estado de emergencia por la pandemia del COVID19 ha generado que la ejecución del contrato sea insostenible e inviable operativa y financieramente, debido a que hubo una disminución en la facturación lo cual se refleja en una mayor onerosidad de la prestación; **dicha posición que estimamos, no es atendible dado que no está probando, como lo alegado, que factores legales válidos impidieron el cumplimiento de sus obligaciones de forma total. Por el contrario, ha desconocido y conculcado una normativa escrita y sustentada por la misma demandada.**

5.9 Sobre la excesiva onerosidad de la prestación prevista en el artículo 1440 del Código Civil, a la que alude el CONSORCIO, se debe tener en cuenta que solo es aplicable en los contratos conmutativos, los mismos que se caracterizan porque las prestaciones **están determinadas de manera invariable y equivalente, siendo que, cada parte sabe, desde la celebración del contrato, los beneficios o perjuicios que les reportará el contrato.**

5.10 Por su parte, el contrato aleatorio se caracteriza porque lleva consigo **un riesgo o contingencia**, es decir, una posibilidad de ganar o perder, ya sea para una o ambas partes. En este tipo de contratos, las partes no conocen los beneficios o perjuicios que les podría reportar el contrato, pues el destino de éste queda supeditado al azar o a la suerte.

5.11 Para mayor claridad, compárese la cesión de créditos, que es un contrato conmutativo, en donde el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido (art. 1212 CC), **de la cesión de créditos litigiosos, que es un contrato aleatorio, cuyo objeto es incierto**, en cuanto se encuentra supeditado a las resultas de lo decidido en una controversia judicial, arbitral o administrativa (art. 1208 CC).

5.12 El art. 1440 CC dispone que la excesiva onerosidad **se presenta únicamente en los contratos conmutativos, es decir, en aquellos contratos en donde las partes desde su celebración conocen los beneficios o perjuicios que les reportará el mismo.** En consecuencia, no se trata de una previsibilidad cualquiera, dado que siempre es posible prever en términos generales de que en los próximos años o siglos ocurrirán eventos extraordinarios, **sino se trata de una previsibilidad que exige certeza y especificidad de grados mayores.**

5.13 Bajo ese contexto, es necesario destacar que, si se tiene presente que el proceso que origina el contrato que nos ocupa, se rige bajo el **sistema de contratación de precios unitarios** (Cláusula Primera del Contrato), **dicho sistema es aplicable en las contrataciones de servicios, cuando no resulta posible conocer con exactitud las cantidades o magnitudes requeridas de la prestación a contratar.** De ello se sirvió el CONSORCIO, equivocadamente para mal argumentar su falta de cumplimiento al Contrato, y por ende la disminución en la facturación, simplemente porque no se cumplió con el servicio pactado.

5.14 Sobre el particular, la **OPINIÓN N° 115-2019/DTN-OSCE hace una diferencia entre sistema a suma alzada y sistema de precios unitario (párrafos pertinentes)**

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que el artículo 14 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, modificada por Decreto Supremo N° Supremo N° 056-2017-EF, establece los sistemas de contratación que las Entidades pueden emplear para contratar bienes, **servicios** y obras; siendo estos: (i) **el sistema a suma alzada**; (ii) **el sistema de precios unitarios**; (iii) el esquema mixto de suma alzada y precios unitarios; entre otros.

“En relación con el sistema de contratación a suma alzada, el numeral 1) del artículo en mención dispone que dicho sistema resulta aplicable cuando “(...) **las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas.**”

De ese modo, se aprecia que una Entidad solo puede contratar —ya sea bienes, servicios u obras— **bajo el sistema de contratación a suma alzada**, cuando es posible determinar con exactitud la magnitud, calidad y cantidad de la prestación; información que debe encontrarse establecida en las especificaciones técnicas, términos de referencia o el expediente técnico de obra, según corresponda al objeto de la contratación.

- 5.16 Precizando este punto, el último párrafo del referido numeral dispone que “No puede emplearse el sistema de contratación a suma alzada en obras de saneamiento y viales (transporte).”, ya que, en estos casos, la naturaleza misma de la prestación, **no permite determinar con exactitud su magnitud, calidad y cantidad, debiéndose aplicar para tales casos el sistema a precios unitarios**”.
- 5.17 En consecuencia, bajo los conceptos desarrollados precedentemente, el argumento abordado por JOVERSA, sobre “la excesiva onerosidad de la prestación” solo puede darse en contratos conmutativos y no aleatorios, como el presente caso, **donde la cantidad de servicios y el consecuente pago por los mismos no puede preverse a la fecha de celebración del contrato, sino depende de las necesidades ejecutables del servicio que se presentan aleatoriamente**. Por consiguiente, no resulta atendible alegar excesiva onerosidad de la prestación, por cuanto no se trata de un contrato de naturaleza civil conmutativa.
- 5.18 En ese sentido, no se encuentra probado que dichos hechos, que alegan los demandados, imposibilitaron de manera definitiva la continuación de la ejecución contractual; con lo cual el Consorcio demandado no cumplió con demostrar el presupuesto legal establecido en el artículo 135° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo. N° 350-2015-EF, y modificatorias, ni la excesiva onerosidad de la prestación que alega. **Situación que constituye un vicio insalvable de su decisión ilegal de resolver el Contrato.**
- 7.62 De lo anterior, cabe reiterar que, a partir del 16 de marzo de 2020, la mayoría de los servicios y demás actividades comerciales se encontraban limitadas en virtud de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM (ver numeral 7.20 del presente documento).
- 7.63 No obstante, en virtud de lo establecido en el numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Supremo N° 046-2020-PCM (que precisa los alcances del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM), emitido el 18 de marzo de 2020, las actividades relativas al “transporte de carga y mercancías y actividades conexas” se encontraban habilitadas para su funcionamiento a nivel nacional.
- 7.64 Siendo ello así, este Colegiado advierte que el objeto del Contrato entre las partes no se encontraba limitado o prohibido, por lo menos, desde el 19 de marzo de 2020, por lo que bien se pudo continuar con la ejecución de las prestaciones si así lo

hubiera requerido la SUNAT, conforme a lo establecido en el Contrato y en las Bases Integradas; por lo tanto, no ha existido una imposibilidad que impida -de manera determinante e irrevocable- continuar con la ejecución de la prestación.

7.65 Ahora bien, de la revisión de los escritos postulatorios de las partes, se puede advertir que el CONSORCIO sustenta su resolución contractual, bajo el supuesto de caso fortuito y fuerza mayor que determina la imposibilidad de continuar con la ejecución de sus prestaciones, en función a la excesiva onerosidad generada por el contexto del Estado de Emergencia Sanitaria y la falta de ingresos desde el 16 de marzo de 2020.

7.66 Respecto de la excesiva onerosidad en las prestaciones, el artículo 1440 del Código Civil señala lo siguiente:

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

7.67 Al respecto, sobre la discusión referida a la imposibilidad de continuar con la ejecución de prestaciones por parte del CONSORCIO debido a la, supuesta, excesiva onerosidad provocada por la falta de ingresos generada a partir del contexto del caso fortuito y/o fuerza mayor, corresponde a este Tribunal Arbitral verificar lo siguiente:

- (i) Si el CONSORCIO dejó de percibir ingresos de manera injustificada por parte de la SUNAT, en el marco del Contrato celebrado, desde el 16 de marzo hasta el 4 de mayo de 2020.
- (ii) Si la falta de ingresos por parte del CONSORCIO implica la existencia de una excesiva onerosidad de la prestación.
- (iii) Si la excesiva onerosidad de la prestación constituye un supuesto de imposibilidad, por parte del CONSORCIO, para continuar con la ejecución de las prestaciones.

- (iv) Si la excesiva onerosidad de la prestación habilita al CONSORCIO a resolver el contrato.

7.68 Respecto del acápite (i), este Colegiado advierte que no se ha probado que el CONSORCIO haya percibido ingresos desde el 16 de marzo en adelante por parte de la SUNAT, por lo que se presume que, efectivamente, que el CONSORCIO dejó de percibir ingresos, en el marco del Contrato celebrado con la SUNAT, desde la declaratoria del Estado de Emergencia Sanitaria el 16 de marzo de 2020.

7.66 Ahora bien, ciertamente la falta de ingresos genera un impacto en las actividades comerciales de una empresa; no obstante, cabe recordar que -de acuerdo con lo establecido en las Bases Integradas- el CONSORCIO debía prestar sus servicios previo requerimiento por parte de la SUNAT, por lo tanto, los ingresos que debía percibir el CONSORCIO estaban supeditados a la necesidad de servicio de su contraparte, **no estableciéndose en las bases que obligatoriamente debía existir un pedido mínimo mensual garantizado por parte de la SUNAT.**

7.67 Siendo ello así, este Tribunal Arbitral colige que el CONSORCIO estaba habilitado para prestar el servicio de carga y descarga de bienes y mercancías conforme a lo pactado en el Contrato; no obstante, sus servicios no fueron requeridos por la SUNAT durante el periodo comprendido entre el 16 de marzo y 4 de mayo de 2020; razón por la cual, el CONSORCIO no percibió ingresos procedentes del Contrato celebrado con la SUNAT durante ese lapso.

7.68 Respecto del acápite (ii), este Colegiado considera que, si bien el CONSORCIO dejó de percibir ingresos -por parte de la SUNAT- a partir del 16 de marzo de 2020, dicha situación se encontraba dentro de los términos contractuales; toda vez que, al ser un Contrato celebrado bajo el sistema de precios unitarios y al encontrarse la prestación del servicio de carga y descarga supeditada a los requerimiento previos de la SUNAT, era previsible que se deje de percibir ingresos durante un periodo de tiempo.

7.69 Sobre lo anterior, las Bases Integradas confirman que el servicio contratado era a todo costo y que el pago del servicio se efectuaba conforme a las prestaciones efectivamente ejecutadas:

Cabe resaltar que, el servicio a contratar es a todo costo, siendo el contratista el único responsable, debiendo considerar en su oferta todos los costos posibles, para cumplir con el servicio de manera óptima como requiere la SUNAT.

El pago del servicio se efectuará de acuerdo a las prestaciones efectivamente ejecutadas y corresponde ser convocado bajo el sistema de precios unitarios de acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

- 7.70 Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal Arbitral advierte que el CONSORCIO no ha aportado prueba alguna que acredite el incremento de los costos en los que tuvo que incurrir a causa de las consecuencias generadas a partir declaratoria del Estado de Emergencia Sanitaria; más aún, si la carga probatoria corresponde a quien afirma el hecho referido a un -supuesto- aumento de los costos en los que debe incurrir para poder llevar a cabo la prestación, lo cual genera una excesiva onerosidad en la prestación que sirve como fundamento agregado a la resolución contractual bajo la causal de caso fortuito y fuerza mayor.
- 7.71 Adicionalmente, conforme a lo establecido en el referido artículo 1440 del Código Civil, la parte perjudicada (en este caso el CONSORCIO) podía solicitar al Juez que reduzca o aumente la contraprestación a fin de que cese la excesiva onerosidad; sin embargo, dicha situación tampoco ha sido acreditada ante este Tribunal Arbitral.
- 7.72 Finalmente, respecto del acápite (iii), este Colegiado estima que -en virtud de lo analizado sobre los acápites (i) y (ii)- la excesiva onerosidad alegada por el CONSORCIO no constituye fundamento suficiente para determinar la imposibilidad de continuar con la ejecución de prestaciones a su cargo por los siguientes motivos:
- (a) La actividad de carga y descarga de bienes y mercancías estaba habilitada -por lo menos- desde el 19 de marzo de 2020 en adelante.
 - (b) El pago de los servicios del CONSORCIO está supeditado a los requerimientos realizados previamente por la SUNAT.
 - (c) No se ha probado el incremento de los costos en los que, supuestamente, ha incurrido el CONSORCIO.
 - (d) No se ha acreditado la reclamación de la excesiva onerosidad de manera previa y ante una autoridad jurisdiccional.
 - (e) Era posible suspender la ejecución de las prestaciones debido a la ausencia temporal de requerimiento de servicios.

- 7.73 Asimismo, respecto del acápite (iv), este Tribunal Arbitral considera que, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1440 del Código Civil, la ocurrencia de la excesiva onerosidad de la prestación permite a la parte perjudicada solicitar la reducción o aumento de la contraprestación a fin de que cese la excesiva onerosidad; sin embargo, resulta necesario precisar que ello no habilita a la parte afectada a resolver el contrato de manera unilateral, como ha ocurrido en el presente caso, pues la imposibilidad de ejecución de la prestación no era definitiva.
- 7.74 Sobre lo anterior, solo existe imposibilidad cuando una prestación queda completamente neutralizada y no resulta factible cumplir con ella; ante ello, lo que ha podido existir es una imposibilidad temporal (referida a la ausencia de requerimiento del servicio por parte de la SUNAT); ello habilitaría la posibilidad de suspender la ejecución del contrato, pero no de resolver el mismo.
- 7.75 Siendo ello así, no se ha cumplido con uno de los elementos esenciales de la resolución contractual por caso fortuito y/o fuerza mayor consistente en la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones de manera definitiva, pues para este Colegiado no ha existido imposibilidad determinante que neutralice la prestación de alguna de las partes, sino un inconveniente temporal (a causa del COVID 19) que implicó un retraso en la ejecución de las prestaciones.
- 7.76 En consecuencia, por las consideraciones precedentes, este Colegiado declara FUNDADA la primera pretensión de la demanda y, por consiguiente, ineficaz la resolución contractual realizada por el CONSORCIO.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no declarar válida la penalidad aplicada al CONSORCIO, ascendente a la suma de S/ 2,743 00, operación aplicable para penalidades según la cláusula Décimo Cuarta del Contrato.

- 7.77 Sobre este punto, la SUNAT señala que aplicó una penalidad por mora al CONSORCIO, conforme a lo establecido en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato:

CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: PENALIDADES

Si **EL CONSORCIO** incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del Contrato, **LA SUNAT** le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde:

F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;

F = 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al Contrato o ítem que debió ejecutarse o en caso de que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Se considera justificado el retraso, cuando **EL CONSORCIO** acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo, conforme el artículo 133° de **EL REGLAMENTO**.

7.78 Al respecto, el artículo 133 de la LCE establece lo siguiente para la aplicación de la penalidad por mora:

Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

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:

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

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.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente.

Para los supuestos que por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora.

Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.

7.79 Por su parte, sobre la aplicación de penalidades, la SUNAT señala lo siguiente:

5.19 La resolución del contrato comunicada por el Consorcio nos causa perjuicio, dado que si bien la declaración de emergencia dispuesta por el Gobierno, restringe la circulación de particulares entre las provincias, ello no sucede con

el transporte de carga como de alimentos, material médico, traslados humanitarios, entre otros, que deben transitar por el **Complejo Fronterizo Santa Rosa** y deben ser sometidos a las acciones de fiscalización en virtud a las facultades y funciones de la Intendencia de Aduana de Tacna por lo que resultaba necesario contar con el servicio de carga y descarga contratado.

5.17 Tal es así que según los literales a) y b) del Numeral 4.1.1 del Artículo 4º y Numeral 8.32 del Artículo 8º del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM del 15 de marzo del 2020; ratificado por el Decreto Supremo N° 046-2020-PCM de fecha 18 de marzo del 2020, JOVERSA estaba plenamente autorizado para brindar el servicio de carga y descarga de bienes y materiales, sin cierre de fronteras para dicho efecto:

Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19 (Decreto Supremo N° 044-2020-PCM: Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los quince días del mes de marzo del año dos mil veinte).

Artículo 4.- Limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas

4.1 Durante la vigencia del Estado de Emergencia Nacional y la cuarentena, las personas únicamente pueden circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a los siguientes servicios y bienes esenciales:

a) Adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, lo que incluye su almacenamiento y distribución para la venta al público.

b) Adquisición, producción y abastecimiento de productos farmacéuticos y de primera necesidad.

Artículo 8.- Cierre temporal de fronteras

8.1 Durante el estado de emergencia, se dispone el cierre total de las fronteras, por lo que queda suspendido el transporte internacional de pasajeros, por medio terrestre, aéreo, marítimo y fluvial. Esta medida entra en vigencia desde las 23.59 horas del día lunes 16 de marzo de 2020.

8.3 El transporte de carga y mercancía no se encuentra comprendido dentro de este cierre temporal. Las autoridades competentes adoptan las medidas necesarias para garantizar el ingreso y salida de mercancías del país por puertos, aeropuertos y puntos de frontera habilitados.

5.18 Por otro lado, la resolución del contrato que planteó el consorcio, nos afectó gravemente, dado que se viene incrementando las operaciones de reactivación económica, según las fases que viene ordenando el supremo gobierno desde el mes de mayo, así como las que se vendrán restituyendo en las siguientes semanas y meses (en lo pertinente favorecerá a nuestra vinculación contractual), al privarnos del servicio que vino otorgando y cancelara el "Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa"; razón por la cual, la SUNAT aplicó penalidades ascendentes a la suma de S/ 2 743 00(DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES Y 00/100 SOLES), montos que, por mora, se aplicaron , según lo establecido en la cláusula

Décimo Cuarta del Contrato N°249-2018/SUNAT-PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

7.80 De otro lado, el CONSORCIO manifiesta lo siguiente:

- 6.1 Como puede apreciarse del único “fundamento” al respecto, la SUNAT pretende aplicar una PENALIDAD a nuestra parte por supuesta MORA, sin indicar indica más allá del procedimiento supuestamente seguido, así como el monto de la misma; sin precisar si esta fue debidamente **notificada antes de la fecha de Resolución del**

Contrato realizada por parte del Consorcio. Si fue notificada de forma presencial o electrónica. Ya que no obra en nuestros registros (ni en la dirección legal del Consorcio ni en nuestra bandeja de correo electrónico) más aún si tomamos en consideración que, el COMPLEJO FRONTERISO SANTA ROSA (ubicado) en TACNA, y destinado al intercambio Binacional (CHILE y PERU) estuvo cerrado hasta el 30.12.2020, motivo por el cual, qué mora podría haberse producido durante todo el año 2,020.

- 6.2 A mayor abundamiento, el servicio objeto del contrato resuelto por nuestra parte (estiba y desestiba) **NO FUE CONSIDERADO COMO SERVICIO ESENCIAL** sino recién fue incluido en la 3 y 4 fase del procedimiento antes señalado.

- 6.3 Finalmente, y si todo lo antes expuesto no fuese suficiente para acreditar la falta de fundamento de la supuesta penalidad impuesta, deberá tenerse en consideración que, la misma área usuaria de la SUNAT, convocó un nuevo procedimiento de selección (ver medio probatorio 1 y anexo 1-A del presente escrito) recién adjudicado en marzo del 2021; en donde coincidentemente (ante el cierre de fronteras aún vigente) ya NO convoca un procedimiento de selección individual (para el Complejo Fronterizo SANTA ROSA y Jurisdicción de TACNA); sino que, en un solo procedimiento convoca e incluye en relación de ITEMS ambas dependencias para poder ir utilizándolas de forma gradual conforme lo permita la pandemia (COVID-19) y con otros costos que se incluyen la Cláusula COVID-19 a diferencia del anterior procedimiento y Contrato resuelto por el Consorcio

7.81 Ahora bien, es pertinente señalar que, si bien la aplicación de la penalidad por mora se realiza de manera automática, el Tribunal Arbitral considera que resulta necesario conocer el número de días en los cuales el CONSORCIO habría incurrido en mora, así como el valor de la penalidad diaria que le aplicó la SUNAT.

- 7.82 Conforme a lo señalado precedentemente, este Tribunal Arbitral -a partir de la revisión del expediente- advierte que la SUNAT no ha sustentado -ni con argumentos ni con pruebas- cómo es que se ha determinado la penalidad por mora aplicada hasta por el monto de S/ 2,743 00.
- 7.83 Adicionalmente, tampoco ha acreditado que haya solicitado los servicios del CONSORCIO luego del 16 de marzo de 2020, pues no obra en el expediente documento alguno en el que conste alguna solicitud de servicio, por lo que este Colegiado considera que, al no haber requerimiento, no puede haber retraso o mora en la ejecución de la prestación.
- 7.84 Y adicionalmente a ello, este colegiado advierte que la fórmula de la penalidad por mora establecida en la normativa de contrataciones del Estado, no se habría aplicado correctamente, en la medida que el cálculo efectuado por la SUNAT no se condice con lo dispuesto en el artículo 133 del Reglamento de la Ley.
- 7.85 En tal sentido, al no existir mayor fundamentación por parte de la SUNAT respecto de la penalidad por mora aplicada al CONSORCIO, este Tribunal Arbitral estima que no cuenta con los elementos necesarios para determinar la validez de la penalidad impuesta, y esta no sería una válida.
- 7.86 Por las razones antes expuestas, este Colegiado considera que, siendo responsabilidad de las partes probar los hechos que alegan, la segunda pretensión principal de la demanda es INFUNDADA por carecer de argumentos que la sustenten y de pruebas que la respalden, por lo tanto se declara ineficaz la aplicación de la penalidad por mora.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no ordenar al CONSORCIO, asumir todos los costos y costas del arbitraje, tales como honorarios de los árbitros, gastos administrativos del Centro de Arbitraje, entre otros.

- 7.87 El punto controvertido antes citado está relacionado con la asunción de los costos y costas del presente arbitraje. Respecto al cual la SUNAT solicita que se condene al CONSORCIO a asumir en su integridad los costos y costas del presente proceso arbitral.

7.88 Al respecto, con relación a los costos y costas del proceso, se puede apreciar que en el convenio arbitral no se ha dejado establecido pacto alguno en relación a la asunción del pago de los costos y costas del proceso, por lo que corresponde pronunciarse sobre este tema de manera discrecional y con la debida prudencia a fin de establecer si corresponde la atribución de los gastos arbitrales a una de las partes, y en qué medida, o la aplicación de un prorrateo razonable.

7.89 Sobre este particular, es necesario señalar que, de acuerdo con el artículo 70 del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), los costos del arbitraje comprenden:

Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.

Los honorarios y gastos del secretario.

Los gastos administrativos de la institución arbitral.

Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.

Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

7.90 Asimismo, de acuerdo con el artículo 73 de la Ley de Arbitraje¹³, a falta de acuerdo de partes para distribuir los costos del arbitraje, éstos deben ser de cargo de la parte vencida; manteniendo el Tribunal Arbitral la facultad de distribuir y prorratear estos costos entre las partes si estimara que el prorrateo es razonable de acuerdo con las circunstancias del caso.

7.91 En el presente caso, toda vez que no existe un acuerdo entre las partes respecto a la forma en cómo se van a imputar o distribuir los costos y costas del arbitraje, corresponde que el Tribunal Arbitral, atendiendo a las circunstancias, evalúe si

¹³ “**Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.**

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

(...)”

dichos costos y costas deben ser asumidos exclusivamente por una de ellas o si deben ser distribuidos entre ambas.

7.92 Luego de evaluar las posiciones de las partes, considerando el resultado o sentido de este laudo y, al mismo tiempo, atendiendo al comportamiento procesal de ambas partes, en particular al hecho de que el Contratista tuvo que asumir la totalidad de los gastos arbitrales, este Colegiado estima razonable declarar INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda y dispone que cada parte asuma el 50% de los costos del presente arbitraje.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral, en mayoría, resuelve,

LAUDAR lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal y, por consiguiente, ineficaz la resolución contractual realizada por el CONSORCIO.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal y, por consiguiente, ineficaz la aplicación de la penalidad por mora impuesta al CONSORCIO.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal y disponer que cada una de las partes asuma el 50% de los costos del arbitraje.



Juan Carlos Pinto Escobedo
Presidente del Tribunal



Leysser León Hilario
Árbitro

**SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE
ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA - SUNAT**

contra

CONSORCIO JOVERSA – INTER TRANS JIREH S.A.C.

VOTO EN DISCORDIA

Angélica Rodríguez Chu – Árbitro

LAUDO ARBITRAL

En Lima, a los 9 días del mes de junio del año dos mil veintidós, la arbitro que suscribe comparte y coincide parcialmente con los argumentos y consideraciones expuestas en el presente laudo; sin embargo, respetuosamente me permito disentir del criterio de los señores árbitros doctor Juan Carlos Pinto Escobedo y doctor Leysser Luiggi León Hilario de parte de los fundamentos y del sentido en el que debe ser resuelta la primera pretensión contenida en la demanda arbitral del presente procedimiento, por las consideraciones que a continuación se detallan:

1. EL CONVENIO ARBITRAL

Se encuentra contenido en la Cláusula Vigésima del Contrato N° 249-2018/SUNAT – PRESTACIÓN DE SERVICIOS, suscrito el 31 de octubre de 2018, en los siguientes términos:

<p>CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS</p> <p>Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del Contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.</p>
<p>Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122°, 137°, 140°, 143°, 146°, 147° y 149° de EL REGLAMENTO o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45° de LA LEY.</p> <p>El arbitraje será institucional y resuelto por tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros. LA SUNAT, en virtud de lo señalado en el numeral 185.3 del artículo 185°, elige el siguiente orden de prelación:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.2. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú. <p>Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183° de EL REGLAMENTO, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del Contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.</p> <p>El laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.8 del artículo 45° de LA LEY.</p>

2. CONSTITUCIÓN DEL ARBITRAL:

El 19 de agosto de 2020, la abogada Angélica Rodríguez Chu remite su aceptación como árbitro designada por la parte demandada.

El 9 de octubre de 2020, el abogado Leysser Luggi León Hilario remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandante.

El 2 de diciembre de 2020, el abogado Juan Carlos Pinto Escobedo, remite su aceptación como presidente del Tribunal arbitral, quedando así, válidamente constituido el Tribunal Arbitral.

3. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES:

- 3.1. Mediante Decisión N° 1, de fecha 4 de febrero de 2021, se establecieron las reglas aplicables al presente arbitraje y se otorgó un plazo de diez (10) días hábiles a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA - SUNAT (en adelante, SUNAT) a fin de que presente su demanda; asimismo, se le otorgó el mismo plazo para que acredite el registro del Tribunal Arbitral en el SEACE.
- 3.2. Mediante Decisión N° 2, de fecha 17 de mayo de 2021, se admite a trámite la demanda arbitral por parte de la SUNAT y se corre traslado al Consorcio JOVERSA – INTER TRANS JIREH S.A.C. (en adelante, CONSORCIO) para que en un plazo de diez (10) días hábiles cumpla con contestar la demanda. Asimismo, se volvió a requerir a la SUNAT que acredite el registro del Tribunal Arbitral ante el SEACE.
- 3.3. Mediante Decisión N° 3, de fecha 17 de agosto de 2021, se decide suspender el arbitraje por un plazo de quince (15) días hábiles, toda vez que no se había cumplido con el pago de la totalidad de los gastos arbitrales.
- 3.4. Mediante Decisión N° 4, de fecha 28 de septiembre de 2021, se decidió levantar la suspensión del presente arbitraje y continuar con las actuaciones; asimismo, se admitió a trámite la contestación de la demanda presentada por el CONSORCIO y se tuvo por cumplido el registro del Tribunal Arbitral en el SEACE.

- 3.5. Mediante Decisión N° 5, de fecha 18 de noviembre de 2021, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje, se admitieron los medios probatorios y se estableció fecha para la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones.
- 3.6. Mediante Decisión N° 6, de fecha 23 de febrero de 2022, se otorgó a ambas partes un plazo de 10 días hábiles a fin de que presenten sus conclusiones o alegatos finales.
- 3.7. Mediante Decisión N° 7, de fecha 28 de marzo de 2022, se admitieron los escritos de alegatos presentados por ambas partes, se dispuso el fin de la etapa probatoria y el cierre de las actuaciones arbitrales, fijándose el plazo para emitir el Laudo Arbitral en 40 días hábiles.

4. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:

- 4.1. La liquidación de los gastos arbitrales se efectuó conforme al siguiente detalle:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/ 4,131.70 neto por cada árbitro
Gastos Administrativos del Centro	S/ 5,232.00 más IGV.

- 4.2. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes, pero la SUNAT los asumió en su integridad.

5. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

- 5.1. Mediante Decisión N° 5, el Tribunal Arbitral determinó las cuestiones controvertidas del presente arbitraje conforme a lo siguiente:

Primera pretensión: *Se determine si corresponde o no ordenar que se declare inválida e ineficaz la comunicación efectuada por el*

CONSORCIO, a través de la Carta s/n, por medio del cual comunica su decisión de resolver el contrato por fuerza mayor y caso fortuito.

Segunda pretensión: *Se determine si corresponde o no declarar válida la penalidad aplicada al CONSORCIO, ascendente a la suma de S/ 2,743 00, operación aplicable para penalidades según la cláusula Décimo Cuarta del Contrato.*

Tercera pretensión: *Se determine si corresponde o no ordenar al CONSORCIO, asumir todos los costos y costas del arbitraje, tales como honorarios de los árbitros, gastos administrativos del Centro de Arbitraje, entre otros.*

Con relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes, el Tribunal Arbitral dispuso admitir los medios probatorios de acuerdo al siguiente detalle:

a. Por parte de la SUNAT:

Los documentos ofrecidos en el acápite “VII. MEDIOS PROBATORIOS” del escrito de demanda presentada el 18 de febrero de 2021.

b. Por parte del CONSORCIO:

El documento ofrecido en el acápite “III. MEDIOS PROBATORIOS” del escrito de contestación de demanda presentada el 31 de mayo de 2021.

6. POSICIONES DE LAS PARTES:

Hechos no controvertidos:

- 6.1. El 24 de agosto de 2018, como resultado del Concurso Público N° 020-2018-SUNAT/7G0600, las partes suscribieron el Contrato N° 249-2018/SUNAT-Prestación de Servicios, en virtud del cual, la SUNAT pactaba el servicio de carga y descarga de mercancías en operativos para el Complejo Fronterizo Santa Rosa, bajo la el sistema de contratación de precios unitarios, por un monto ascendente a S/ 729,083.52;

aplicable en las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías y obras, cuando no puede conocerse con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas.

6.2. La ejecución del contrato se inició el 12 de noviembre de 2018, por un plazo de ejecución de 730 días calendario o hasta agotar el monto contratado, contabilizado a partir del día siguiente (calendario) a la fecha prevista para el inicio del servicio; sin embargo, la prestación del servicio dejó de ejecutarse por decisión unilateral del CONSORCIO el día 16 de marzo de 2020.

6.3. Por el referido servicio, hasta el 16 de marzo de 2020, se le canceló al CONSORCIO el importe de S/ 388,286.88, restando un saldo pendiente de ejecución del servicio y el consecuente pago de S/ 340,796.64.

De la demanda presentada por la SUNAT:

Mediante el escrito de fecha 18 de febrero de 2021, la SUNAT presentó su demanda señalando lo siguiente:

FUNDAMENTOS DE HECHO

6.4. El CONSORCIO sostiene que a causa de las “normativas de emergencia sanitaria, de aislamiento social obligatorio e inmovilización personal y vehicular”, dictadas por el gobierno nacional el 15 de marzo de 2020, a partir del 16 de marzo de 2020, “tenían el deber y la obligación de acatarlas”, pese a que la propia norma que señala (el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM) no impedía el servicio de carga y descarga de bienes y mercancías, ni el transporte fronterizo de los mismos (artículos 4 y 8, desarrollados más adelante).

6.5. Es decir, el CONSORCIO atribuye su fundamentación para no prestar el servicio pactado, al caso de fuerza mayor por el que nuestro país viene atravesando desde el 16 de marzo del 2020, y debido a la declaratoria del estado de emergencia e inmovilización personal y vehicular que todas las personas naturales y jurídicas tienen el deber y la obligación de acatar la decisión gubernamental, con la finalidad

de paliar los efectos de la emergencia sanitaria que se viene sufriendo a causa de la propagación de COVID-19.

- 6.6. Entre otras cosas, el CONSORCIO manifiesta que “se ha aplicado en su contra también, una excesiva onerosidad de la prestación, prevista en el artículo 1440 del Código Civil y se ratifica en que su incumplimiento de servicios, obedece a la configuración de un caso de fuerza mayor (declaratoria de estado de emergencia sanitaria por la pandemia del COVID) o caso fortuito (Pandemia del COVID-19 que originó la declaratoria del estado de emergencia sanitaria) lo cual exime de responsabilidad a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar las prestaciones a las que se obligó contractualmente”. Afirmación que ha quedado desvirtuada, en virtud de las normas que el mismo CONSORCIO señala.
- 6.7. Es cierto que, al haber incurrido, el CONSORCIO, en retraso injustificado de sus servicios, la SUNAT aplicó penalidades por mora ascendentes a la suma de S/ 2,743.00, montos que se aplicaron según lo establecido en la cláusula Décimo Cuarta del Contrato.
- 6.8. Subrayan que, a pesar del manifiesto e ilícito incumplimiento de sus servicios, el CONSORCIO, mediante expediente virtual N° 172-URD124-2020-187574 del 5 de mayo de 2020, presentó por mesa de partes de la sección de soporte administrativo del Complejo Fronterizo Santa Rosa, la Carta Simple s/n, comunicando su decisión de resolver el Contrato, por motivos de fuerza mayor y caso fortuito. Conculcando el requisito que establece la normativa de presentarlo mediante Carta Notarial.
- 6.9. Sobre el particular, es necesario subrayar que, mediante Decreto Supremo N° 080-2020-PCM de fecha 2 de mayo de 2020, se aprobó la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria, y en su Anexo de “Reanudación de Actividades”, en el numeral 22) autoriza los servicios notariales, en todo el territorio del Perú.
- 6.10. En consecuencia, cuando el CONSORCIO, en su “contestación a la solicitud de arbitraje” (punto 28.2.1 respecto a su carta de fecha 5 de mayo), sostiene que “el 05 de mayo no estaba autorizado el funcionamiento de las notarías públicas a nivel nacional” queda demostrado que (i) desconocía que, desde el lunes 4 de mayo de

2020, ya se encontraban autorizadas y permitidas a funcionar todas las notarías del Perú y que (ii) miente al Tribunal Arbitral, para desechar e incumplir la prestación de servicios que le concierne.

6.11. Por estas consideraciones solicitan que su demanda sea declarada FUNDADA.

DE LAS PRETENSIONES SOLICITADAS POR LA SUNAT

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

“Que se declare inválida e ineficaz la comunicación efectuada por el CONSORCIO, a través de la Carta s/n (Expte. N° 172-URD124-2020-1875747-7) presentada con fecha 05 de mayo de 2020, por medio del cual comunica su decisión de resolver el contrato por fuerza mayor y caso fortuito”

6.12. El artículo 136 del RLCE es claro en señalar que, si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a 5 días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. 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.

6.13. De la misma forma, el Contrato establece en su Cláusula Quinta, que cualquiera de las partes puede resolver el contrato, de conformidad con el literal d) del inciso 32.3 del artículo 32 y artículo 36 de la LCE y el artículo 35 del RLCE. De darse el caso, se procederá de acuerdo con lo establecido en el artículo 136 del Reglamento. En tal sentido, para requerir el cumplimiento de sus obligaciones a la contraparte, la parte perjudicada debe requerirla mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a 5 días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

6.14. Queda demostrado que el CONSORCIO no presentó la carta notarial de apercibimiento, con lo cual incumplió el procedimiento para resolver el contrato

previsto en el mismo contrato y la normativa de contrataciones, peor aún, tampoco se comunicó la decisión de resolver el contrato vía carta notarial, pese a que ya estaban permitidas las actividades funcionales de los notarios a nivel nacional.

- 6.15. El CONSORCIO fundamenta su decisión de resolver el contrato en la causal de fuerza mayor basada en la declaración del Estado de emergencia sanitaria por la pandemia del COVID-19 decretada por el Gobierno y en la causal de caso fortuito basado en la pandemia por el COVID-19.
- 6.16. Respecto a las casuales invocadas, cabe verificar si se ajustan a lo previsto en la normatividad legal vigente para el presente contrato. Así, observan que el último párrafo del artículo 135º del RLCE establece que cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.
- 6.17. Por otro lado, se debe tener en presente lo regulado por el artículo 1315º del Código Civil, cuya aplicación es supletoria a la norma reglamentaria antes glosada. *“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”*. Alegación que no ha demostrado el CONSORCIO.
- 6.18. En esa misma línea, si bien la declaratoria de emergencia sanitaria por el COVID-19 y la pandemia que la motivó pueden constituir hipotéticamente “una fuerza mayor o un caso fortuito”, respectivamente, es necesario que el CONSORCIO pruebe que dichos eventos impiden la ejecución de la obligación o, en su defecto, determinan su cumplimiento parcial o defectuoso. En el presente caso ha sucedido todo lo contrario, la normativa que sostiene el CONSORCIO para justificar su incumplimiento del Contrato, faculta el servicio de transporte de bienes y servicios, facultando también el traslado fronterizo.
- 6.19. Bajo ese entendido, el argumento del Contratista referido a que la declaración del estado de emergencia por la pandemia del COVID-19 ocasionó que la ejecución del contrato sea insostenible e inviable operativa y financieramente,

debido a que hubo una disminución en la facturación que interpretan como una mayor onerosidad de la prestación; dicha posición no es atendible dado que no está probando que factores legales válidos le impidieron el cumplimiento de sus obligaciones de forma total. Por el contrario, ha desconocido y conculcado una normativa escrita y sustentada por la misma demandada.

- 6.20. Sobre la excesiva onerosidad de la prestación prevista en el artículo 1440 del Código Civil, a la que alude el Contratista, se debe tener en cuenta que solo es aplicable en los contratos conmutativos, los mismos que se caracterizan porque las prestaciones están determinadas de manera invariable y equivalente, siendo que, cada parte sabe, desde la celebración del contrato, los beneficios o perjuicios que les reportará el contrato.
- 6.21. Por su parte, el contrato aleatorio se caracteriza porque lleva consigo un riesgo o contingencia, es decir, una posibilidad de ganar o perder, ya sea para una o ambas partes. En este tipo de contratos, las partes no conocen los beneficios o perjuicios que les podría reportar el contrato, pues el destino de este queda supeditado al azar o a la suerte.
- 6.22. Para mayor claridad, comparan el contrato de cesión de créditos, que es conmutativo, en donde el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido (art. 1212 CC); con el contrato de cesión de créditos litigiosos, que es aleatorio, cuyo objeto es incierto, en cuanto se encuentra supeditado a las resultas de lo decidido en una controversia judicial, arbitral o administrativa (art. 1208 CC).
- 6.23. El art. 1440 CC dispone que la excesiva onerosidad se presenta únicamente en los contratos conmutativos, es decir, en aquellos contratos en donde las partes desde su celebración conocen los beneficios o perjuicios que les reportará el mismo. En consecuencia, no se trata de una previsibilidad cualquiera, dado que siempre es posible prever en términos generales de que en los próximos años o siglos ocurrirán eventos extraordinarios, sino se trata de una previsibilidad que exige certeza y especificidad de grados mayores.

6.24. Bajo ese contexto, destacan que el Contrato se rige bajo el sistema de contratación de precios unitarios (Cláusula Primera del Contrato), aplicable para la contratación de servicios, cuando no resulte posible conocer con exactitud las cantidades o magnitudes requeridas de la prestación a contratar. De ello se sirvió el Contratista, equivocadamente para mal argumentar su falta de cumplimiento al Contrato y, por ende, la disminución en la facturación, simplemente porque no se cumplió con el servicio pactado.

6.25. Sobre el particular, la OPINIÓN N° 115-2019/DTN-OSCE hace una diferencia entre sistema a suma alzada y sistema de precios unitario (párrafos pertinentes)

“En relación con el sistema de contratación a suma alzada, el numeral 1) del artículo en mención dispone que dicho sistema resulta aplicable cuando “(...) *las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas.*”

6.26. De ese modo, se aprecia que una Entidad solo puede contratar bajo el sistema de contratación a suma alzada, cuando es posible determinar con exactitud la magnitud, calidad y cantidad de la prestación; información que debe encontrarse establecida en las especificaciones técnicas, términos de referencia o el expediente técnico de obra, según corresponda al objeto de la contratación.

6.27. Precizando este punto, el último párrafo del referido numeral dispone que “*No puede emplearse el sistema de contratación a suma alzada en obras de saneamiento y viales (transporte)*”, ya que, en estos casos, la naturaleza misma de la prestación, no permite determinar con exactitud su magnitud, calidad y cantidad, debiéndose aplicar para tales casos el sistema a precios unitarios”.

6.28. En consecuencia, bajo los conceptos desarrollados precedentemente, el argumento abordado por el Contratista sobre “la excesiva onerosidad de la prestación” solo puede darse en contratos conmutativos y no aleatorios, como el presente caso, donde la cantidad de servicios y el consecuente pago por los mismos no puede preverse a la fecha de celebración del contrato, sino depende

de las necesidades ejecutables del servicio que se presentan aleatoriamente. Por consiguiente, no resulta atendible alegar excesiva onerosidad de la prestación, por cuanto no se trata de un contrato de naturaleza civil conmutativa.

- 6.29. En ese sentido, no se encuentra probado que los hechos que alega el Contratista, imposibilitaron de manera definitiva la continuación de la ejecución contractual, con lo cual no se cumplió con demostrar el presupuesto legal establecido en el artículo 135º del RLCE ni la excesiva onerosidad de la prestación que alega. Situación que constituye un vicio insalvable al momento de resolver el Contrato.

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL:

“Que se declare válida la penalidad aplicada a JOVERSA, ascendente a la suma de S/ 2,743.00, operación aplicable para penalidades según el contrato: “Cláusula Décimo Cuarta del Contrato N°249-2018/SUNAT-PRESTACIÓN DE SERVICIOS, imponibles al Consorcio JOVERSA”.

- 6.30. Si bien la declaración de emergencia dispuesta por el Gobierno restringe la circulación de particulares entre las provincias, ello no sucede con el transporte de carga como de alimentos, material médico, traslados humanitarios, entre otros, que deben transitar por el Complejo Fronterizo Santa Rosa y deben ser sometidos a las acciones de fiscalización en virtud a las facultades y funciones de la Intendencia de Aduana de Tacna por lo que resultaba necesario contar con el servicio de carga y descarga contratado.
- 6.31. Tal es así que según los literales a) y b) del numeral 4.1.1 del artículo 4º y numeral 8.32 del artículo 8º del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM del 15 de marzo del 2020; ratificado por el Decreto Supremo N° 046-2020-PCM de fecha 18 de marzo del 2020, el Contratista estaba plenamente autorizado para brindar el servicio de carga y descarga de bienes y materiales, sin cierre de fronteras para dicho efecto:

“Artículo 4.- Limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas

4.1 Durante la vigencia del Estado de Emergencia Nacional y la cuarentena, las personas únicamente pueden circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a los siguientes servicios y bienes esenciales:

a) Adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, lo que incluye su almacenamiento y distribución para la venta al público.

b) Adquisición, producción y abastecimiento de productos farmacéuticos y de primera necesidad.

Artículo 8.- Cierre temporal de fronteras

8.1 Durante el estado de emergencia, se dispone el cierre total de las fronteras, por lo que queda suspendido el transporte internacional de pasajeros, por medio terrestre, aéreo, marítimo y fluvial. Esta medida entra en vigencia desde las 23.59 horas del día lunes 16 de marzo de 2020.

8.3 El transporte de carga y mercancía no se encuentra comprendido dentro de este cierre temporal. Las autoridades competentes adoptan las medidas necesarias para garantizar el ingreso y salida de mercancías del país por puertos, aeropuertos y puntos de frontera habilitados”.

- 6.32. Por otro lado, manifiestan la resolución del contrato les afectó gravemente, dado que las operaciones de reactivación económica se vienen incrementando, según las fases que viene ordenando el gobierno desde el mes de mayo, así como las que se vendrán restituyendo en las siguientes semanas y meses, al privarnos del servicio que vino otorgando y cancelara el “Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa”; razón por la cual, la SUNAT aplicó penalidades por mora ascendentes a la suma de S/ 2,743.00, montos que se aplicaron según lo establecido en la cláusula Décimo Cuarta del Contrato.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL:

“Que, el Tribunal Arbitral ordene al Contratista asumir todos los costos y costas del arbitraje, tales como honorarios de los árbitros, gastos administrativos del Centro de Arbitraje, entre otros”.

- 6.33. Es evidente que los gastos en los que viene incurriendo la SUNAT se deben a causas atribuibles exclusivamente al Contratista, por ende, la pretensión del pago de costas y costos arbitrales debe ser declarada FUNDADA.
- 6.34. El artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071, normativa que regula el arbitraje, establece que, respecto de la asunción o distribución de costos, el Tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida.
- 6.35. Por lo tanto, como consecuencia de declarar fundadas sus pretensiones, solicitan al Tribunal Arbitral que ordene que los gastos arbitrales sean asumidos íntegramente por el Contratista.

De la contestación de la demanda presentada por el CONSORCIO:

Con escrito de fecha 31 de mayo de 2021, el Contratista presentó su escrito de contestación de demanda solicitando que en oportunidad se la declare infundada en todos sus extremos con expresa condena de costas y costos procesales:

En lo que se refiere a la normativa de emergencia sanitaria:

- 6.36. Con fecha 11 de marzo del 2020, se expidió el D.S. 008-2020-SA, el mismo que en su artículo 1, declaró en Emergencia Sanitaria a Nivel Nacional, por el plazo de noventa (90) días calendario, por la existencia del COVID-19.
- 6.37. Con fecha 15 de marzo del 2020, se expidió el D.S. 044-2020-PCM, el mismo que dispuso la declaratoria del estado de emergencia sanitaria en todo el territorio de la república, por el plazo de 15 días calendario, disponiéndose el Aislamiento Social Obligatorio.
- 6.38. Con fecha 27 de marzo del 2020, el D.S. 051-2020-PCM fue publicado en el diario oficial El Peruano, estableciendo en su artículo 1:

“Prorrogar el Estado de Emergencia Nacional declarado mediante Decreto Supremo N° 044-2020- PCM y precisado por los Decretos Supremos N° 045-2020-PCM y N° 046-2020-PCM, por el término de trece (13) días calendario, a partir del 31 de marzo de 2020”.

- 6.39. Con fecha 10 de abril del 2020, fue publicado en el diario oficial El Peruano, el D.S 064-2020-PCM, el mismo que en su artículo 1, dispuso:

“Prorrogar el Estado de Emergencia Nacional declarado mediante Decreto Supremo N° 044-2020- PCM y ampliado temporalmente mediante el Decreto Supremo N° 051-2020-PCM y precisado por los Decretos Supremos N° 045-2020-PCM, N° 046-2020-PCM, N° 051- 2020-PCM, N° 053-2020-PCM, N° 057-2020-PCM, N° 058-2020-PCM, y N° 061-2020-PCM y N° 063-2020-PCM, por el término de catorce (14) días calendario, a partir del 13 de abril de 2020 hasta el 26 de abril del 2020.” (Los resaltados y subrayados son nuestros)

- 6.40. Con fecha 23 de abril del 2020, fue publicado en el diario oficial El Peruano, el D.S 075-2020-PCM, el mismo que en su artículo 1, procede a:

“Prorrogar el Estado de Emergencia Nacional declarado mediante Decreto Supremo N° 044-2020- PCM, ampliado temporalmente mediante los Decretos Supremos N° 051-2020-PCM y N° 064-2020-PCM; y precisado o modificado por los Decretos Supremos N° 045-2020-PCM, N° 046-2020-PCM, N° 051-2020-PCM, N° 053-2020-PCM, N° 057-2020-PCM, N° 058-2020-PCM, N° 061-2020-PCM, N° 063-2020-PCM, N° 064-2020-PCM, N° 068-2020-PCM y N° 072-2020-PCM, por el término de catorce (14) días calendario, a partir del 27 de abril de 2020 hasta el 10 de mayo de 2020.” (Los resaltados y subrayados son nuestros)

- 6.41. Como consecuencia del caso de Fuerza Mayor por el que nuestro país viene atravesando desde el 16 de marzo del 2020 y debido a la declaratoria del estado de emergencia e inmovilización personal y vehicular, todas las personas naturales y jurídicas, tenían el deber y la obligación de acatar la decisión gubernamental antes mencionada, con la finalidad de paliar los efectos de la

emergencia sanitaria que venimos sufriendo, a causa de la propagación de COVID-19.

En lo que se refiere a la Fuerza Mayor y la excesiva onerosidad de la prestación:

- 6.42. A pesar de las circunstancias excepcionales, el Contratista alega que cumplió con la ejecución del contrato, brindando el “Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa”; sin embargo, y debido a las circunstancias antes mencionadas, el referido servicio, se vio reducido desde el 16 de marzo del 2020 hasta el cuarto día del mayo en un 100%.
- 6.43. Como puede apreciarse, las medidas impuestas por el estado de emergencia, la inmovilización social obligatoria de personas y las restricciones de movilidades públicas y privadas, ocasionaron que las condiciones originales en las que se perfeccionó el contrato cambiaran dramáticamente, haciendo que el costo de cumplir con las obligaciones contractuales se haya visto considerablemente incrementado, originando desde el 16 de marzo del 2020 lo que en Derecho de los Contratos (sean privados o administrativos) se denomina como Excesiva Onerosidad de la Prestación, prevista en el artículo 1440 del Código Civil, como consecuencia del caso de Fuerza Mayor antes mencionado.
- 6.44. Asimismo, manifiestan que aceptaron tácitamente (y a pesar de su condición de MYPE) la modificación de la ejecución contractual impuesta por el estado de Fuerza Mayor, durante el periodo comprendido entre el 16 de marzo del 2020 al 4 de mayo del 2020; sin embargo, su continuación resultó insostenible operativa y financieramente, debido a que hasta antes de la declaratoria de emergencia y aislamiento social la facturación mensual por el servicio prestado ascendía a S/ 24,000.00 y a partir de la fuerza mayor, dicho monto se redujo a 0 soles, lo cual hizo imposible continuar con su ejecución, no solo por los gastos operativos del servicio, sino por el pago de los salarios de su personal asignado.
- 6.45. Las situaciones que se detallan en los puntos que anteceden, han sido previstas, en el primer párrafo del artículo 36 de la LCE, el cual establece que:

“Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato (...).”

- 6.46. Del mismo modo, el numeral 3 del artículo 164 del RLCE establece dentro de las causales para la resolución del contrato al:

“(...) caso fortuito o la 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”.

- 6.47. Como puede apreciarse, la normativa de contrataciones del Estado prevé la posibilidad de resolver el contrato cuando debido a un hecho o evento que se considera caso fortuito o fuerza mayor, resulta imposible de manera definitiva continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

- 6.48. En este supuesto, corresponde a la parte que solicita la resolución del contrato, probar la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor y la consecuente imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo.

- 6.49. Por su parte, a fin de determinar los conceptos de “caso fortuito o fuerza mayor” fue necesario tener en consideración que el artículo 1315 del Código Civil (de aplicación supletoria) 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”.

- 6.50. Sobre el particular, un evento extraordinario se configura cuando sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas.

- 6.51. Asimismo, un 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, mas no lo imprevisible.

- 6.52. Por último, el que un hecho o evento sea irresistible significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento.
- 6.53. Cabe resaltar que la configuración de un caso Fuerza Mayor (declaratoria del estado de emergencia sanitaria por la pandemia del COVID-19) o Caso Fortuito (Pandemia del COVID-19 que originó la declaratoria del estado de emergencia sanitaria) exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar las prestaciones a las que se obligó contractualmente.
- 6.54. Asimismo, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor, resulta procedente cuando se pruebe que un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible hace imposible de manera definitiva la continuación de la ejecución de las prestaciones a cargo de una de las partes.
- 6.55. De tal manera, el día 5 de mayo del 2020 comunicaron a la SUNAT la procedencia de la resolución del Contrato por la causal de fuerza mayor y por la causal de caso fortuito, en virtud de la respuesta a las siguientes interrogantes:
- a)** ¿Constituyó un hecho ordinario, natural o común, la declaratoria del estado de emergencia sanitaria durante la ejecución del “Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa” objeto del Contrato?
- La respuesta es no, porque nadie en el Perú, ni el mundo, podría haber considerado al momento de la suscripción del Contrato (31 de octubre del 2018) que, una pandemia mundial se desataría al inicio del año 2020.
- b)** ¿Constituyó un hecho imprevisible, la declaratoria del estado de emergencia sanitaria durante la ejecución del “Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa” objeto del Contrato?

La respuesta es sí, porque nadie en el Perú ni el mundo, podría haber considerado al momento de la suscripción del Contrato (31 de octubre del 2018) que, una pandemia mundial se desataría al inicio del año 2020.

- c) ¿Constituyó un hecho irresistible, la declaratoria del estado de emergencia sanitaria durante la ejecución del “Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa” objeto del Contrato?

Sin la menor duda, la respuesta es un simple pero categórico sí, porque en el supuesto y negado caso que, una pandemia mundial al inicio del año 2020, pudiera ser considerada como un evento natural, ordinario o común, y hasta previsible, al momento de la suscripción del Contrato (31 de octubre del 2018) no habría habido posibilidad alguna de que nuestra parte se pudiera haber resistido a que la misma se produzca, durante la ejecución del Contrato que nos vinculaba con la SUNAT.

- d) ¿Era posible que el Contratista, pueda continuar hasta su culminación con la prestación del “Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa” objeto del Contrato, a pesar la declaratoria del estado de emergencia sanitaria?

La respuesta es no, tomando en consideración lo ya expuesto en la demanda.

- 6.56. Es por todo lo antes expuesto y probado que, mediante comunicación del 5 de mayo del 2020, y con la facultad concedida por el numeral 3 del artículo 164 del RLCE, procedieron a la resolución del Contrato por las causales de fuerza mayor y caso fortuito, manifestando expresamente que “el Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa” sería prestado solo hasta ese día.

En lo que se refiere a la penalidad por mora

- 6.57. La SUNAT pretende aplicar una penalidad por una supuesta mora, indicando solo el procedimiento supuestamente seguido, así como el monto de la misma,

sin precisar si esta fue debidamente notificada antes de la fecha de resolución del contrato realizada por parte del Consorcio o si fue notificada de forma presencial o electrónica.

- 6.58. No obra en sus registros (ni en la dirección legal del Contratista ni en su bandeja de correo electrónico), más aún tomando en cuenta que el Complejo Fronterizo Santa Rosa ubicado en Tacna y destinado al intercambio Binacional (Chile y Perú) estuvo cerrado hasta el 30 de diciembre de 2020, motivo por el cual no entienden qué mora podría haberse producido durante todo el año 2020.
- 6.59. A mayor abundamiento, el servicio objeto del contrato resuelto por el Contratista (estiba y desestiba) no fue considerado como servicio esencial sino que recién fue incluido en las fases 3era y 4ta del procedimiento antes señalado.
- 6.60. Finalmente, piden tener en consideración que la misma área usuaria de la SUNAT convocó un nuevo procedimiento de selección (anexo 1.A. de la contestación) recién adjudicado en marzo del 2021; en donde coincidentemente (ante el cierre de fronteras aún vigente) ya no convoca un procedimiento de selección individual (para el Complejo Fronterizo Santa Rosa y jurisdicción de Tacna); sino que, en un solo procedimiento convoca e incluye en relación de ítems, ambas dependencias para poder ir utilizándolas de forma gradual conforme lo permita la pandemia (COVID-19) y con otros costos que se incluyen la Cláusula COVID-19 a diferencia del anterior procedimiento y Contrato resuelto por el Contratista.

En lo que se refiere a la no presentación de Carta Notarial

- 6.61. En Derecho existe una máxima jurídica que establece que “nadie está obligado a hacer lo imposible”, la cual debe aplicarse al presente caso, toda vez que al 5 de mayo del 2020 el funcionamiento de las notarías públicas a nivel nacional no se encontraba autorizado, por ende, a pesar que el artículo 136 del RLCE, imponía la obligación de proceder a la resolución contractual necesariamente mediante conducto notarial, tal imposición, a la fecha de la remisión de la carta por la cual se resolvió el contrato, resultaba física y jurídicamente imposible de

cumplir, en prueba de lo cual, se podrá apreciar, el pie de página utilizado en dicha ocasión y que a la letra decía:

“Si bien el numeral 165.1 y 165.2 del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establecen como parte del procedimiento de resolución contractual, un requerimiento previo por conducto notarial, y una posterior resolución del contrato, también por vía notarial, no es menos cierto que, dicho trámite, estando a la causal invocada (fuerza mayor y caso fortuito) no resulta aplicable, debido a que no se puede formular requerimiento previo a la resolución, y además, porque resulta física y jurídicamente imposible, formalizar la resolución del Contrato 460005284, mediante comunicación notarial, si el artículo 4 del D.S 044-2020- PCM no contempla como actividad exonerada de la inmovilización social, decretada por el artículo 1 de la misma, el servicio notarial en el territorio peruano”.

En lo que se refiere a la reactivación de los servicios notariales

6.62. Es falso que las notarías estuvieron habilitadas desde el lunes de 4 de mayo del 2020, toda vez que el artículo 2 del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM establece los criterios fundamentales para la implementación gradual y progresiva de las fases de la reanudación de actividades, los cuales son los siguientes:

“i) De salud pública, a partir de la información que evalúa la Autoridad Nacional de Salud, con base en la evolución de la situación epidemiológica; la capacidad de atención y respuesta sanitaria y el grado de vigilancia y diagnóstico implementado;

ii) De movilidad interna, vinculada a un posible aumento del riesgo de contagio;

iii) De la dimensión social;

y,

iv) De actividad económica y la evaluación de la situación por los sectores competentes del Poder Ejecutivo.”

- 6.63. El artículo 5 del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM faculta a los Sectores competentes a disponer mediante resolución ministerial la fecha de inicio de las actividades de la Fase 1 (incluidas en el anexo); así como, para incluir actividades económicas priorizadas en las fases de la Reanudación de Actividades, previa opinión favorable del Ministerio de Salud, siempre que no afecten el estado de emergencia sanitaria nacional y conforme con las medidas sanitarias requeridas para evitar la propagación y contagio del COVID-19.
- 6.64. Por ello, mediante el literal e) del artículo 4 de la Ley N° 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señala que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es competente en materia de regulación notarial.
- 6.65. En consecuencia de ello, el 18 de mayo de 2020, se publicó en el diario El Peruano la Resolución Ministerial N° 0135-2020-JUS en la cual aprueban el “Protocolo sanitario para la operación ante el COVID-19 del Servicio Público Notarial”.
- 6.66. Sin embargo, en el artículo 3 de la Resolución Ministerial N° 0135-2020-JUS, se establece que:
- “Disponer que los Oficios Notariales puedan operar, una vez que registren su “Plan para la vigilancia , prevención y control de COVID-19 en el trabajo” en el Sistema Integrado para COVID-19 (SICOVID-19) del Ministerio de Salud.”*
- 6.67. En tal sentido, los servicios notariales recién estuvieron autorizados en las fases 3 y 4 del procedimiento de reactivación económica del país, por lo que precisan que quien “miente” al Tribunal Arbitral es la SUNAT.
- 6.68. En el mismo orden de ideas, señalan que otro de sus clientes (MEF), con un servicio similar al de la SUNAT (carga y descarga/estibadores) y al que esta misma se encuentra adscrita (sub sistema de contrataciones), ante la coyuntura por la pandemia (COVID-19) si permitió no solo la resolución contractual por caso fortuito o fuerza mayor; sino que sí admitió la inobservancia del formalismo de la notificación notarial al ser en ese momento un imposible jurídico de observar por

las partes y devolviendo la garantía de fiel cumplimiento, a efectos de poder hacer frente y paliar sobre todo el factor humano (pago y liquidación al personal).

- 6.69. Por lo antes expuesto, el 5 de mayo de 2020 no estaba autorizado el funcionamiento de las notarías públicas a nivel nacional, porque desde el 18 de mayo del 2020 (fecha de la publicación del Resolución Ministerial N° 0135-2020-JUS) se obligaba a las notarías a registrar su “Plan para la vigilancia, prevención y control de COVID-19 en el trabajo” ante el Sistema Integrado para COVID-19 del Ministerio de Salud, como paso previo a la reanudación de sus actividades.

DE LAS PRETENSIONES SOLICITADAS POR LA SUNAT

- 6.70. Manifiestan que demanda presentada por la SUNAT se sustenta en “supuestos vicios de fondo”, “supuestos vicios de forma” y en un “supuesto perjuicio ocasionado”, por lo que proceden a argumentar en contra de dichos fundamentos.

En lo que se refiere a los supuestos vicios de fondo

- 6.71. Como cuestión previa, dejan constancia expresa de que, a diferencia de lo que manifiesta la SUNAT, en el Derecho no existen “vicios de fondo” (solo de forma) porque lo que no se cumpliría en el caso del llamado fondo, son los presupuestos que determinan la existencia de la categoría jurídica invocada, en este caso, la fuerza mayor, los cuales han sido estrictamente mencionados y acreditados en su carta notarial de resolución del Contrato y en su contestación.
- 6.72. La SUNAT inicia la fundamentación de su solicitud arbitral, reconociendo en términos generales que, la declaratoria del Estado de Emergencia Sanitaria y Aislamiento Social Obligatorio declarado por el D.S. 044-2020-PCM puede constituir un caso de Fuerza Mayor, pero a continuación añade que:

“(…) se hace necesario verificar si el contratista ha probado que dichos eventos impiden la ejecución de la obligación (…).”

- 6.73. La necesidad de probanza a la que hace referencia la SUNAT queda satisfecha con el hecho de que el “Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa” se vio reducido en un 100% desde el 16 de marzo al 4 de mayo del 2020, no realizando la SUNAT hacia el CONSORCIO ningún requerimiento destinado a continuar con la presentación del servicio objeto de la contratación.
- 6.74. Respecto a ello, consideran que no puede requerirse mayor actividad probatoria para acreditar la suspensión indeterminada en ese momento, de la prestación del servicio contratado.
- 6.75. Finalmente, la SUNAT concluye manifestando que, como el procedimiento de selección de cual se derivó el Contrato objeto de resolución, fue convocado bajo el sistema de Precios Unitarios, entonces, el Contratista estaría obligado a “mantener vigente su (inexistente) servicio”, porque lo que caracteriza al mismo, es que la SUNAT, no podía determinar con exactitud, las cantidades o magnitudes a contratar.
- 6.76. Respecto a lo anterior, manifiestan que no existe base legal alguna que faculte a una SUNAT, en mérito al sistema de contratación de precios unitarios, a reducir al 100% su requerimiento de servicio y pretender que el Contratista se encuentre obligado a mantener vigente el mismo, a pesar de recibir cero soles de contraprestación, por tal motivo, consideran que dicho argumento no tiene el asidero fáctico o jurídico que lo respalde.

En lo que se refiere a los supuestos vicios de forma

- 6.77. Manifiestan que, al 5 de mayo del 2020, el funcionamiento de las notarías públicas no se encontraba autorizado a nivel nacional, por ende, a pesar que el artículo 136 del RLCE imponía la obligación de proceder a la resolución contractual, necesariamente a través del conducto notarial, no era posible cumplir con este requerimiento, toda vez que a la fecha de la remisión de la carta por la cual se resolvió el contrato dicha formalidad resultaba física y jurídicamente imposible de cumplir, en prueba de ello citan el pie de página utilizado en dicha ocasión que a la letra decía:

“Si bien el numeral 165.1 y 165.2 del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establecen como parte del procedimiento de resolución contractual, un requerimiento previo por conducto notarial, y una posterior resolución del contrato, también por vía notarial, no es menos cierto que, dicho trámite, estando a la causal invocada (fuerza mayor y caso fortuito) no resulta aplicable, debido a que no se puede formular requerimiento previo a la resolución, y además, porque resulta física y jurídicamente imposible, formalizar la resolución del Contrato 460005284, mediante comunicación notarial, si el artículo 4 del D.S 044-2020-PCM no contempla como actividad exonerada de la inmovilización social, decretada por el artículo 1 de la misma, el servicio notarial en el territorio peruano.”

En lo que se refiere a los supuestos perjuicios ocasionados

- 6.78. Este fundamento carece en mayor medida de medios probatorios que lo puedan acreditar, toda vez que la SUNAT sostiene que la resolución contractual le habría causado un perjuicio, pero ni siquiera puede definir la clase de perjuicio que se habría producido en su contra (económico, moral o jurídico) y menos aún es capaz de determinar el monto o la cuantía del mismo.
- 6.79. A continuación, la SUNAT vuelve a reconocer otro aspecto de la resolución contractual hecha por el Contratista, la restricción del tráfico interprovincial de personas, para agregar a continuación que ello no afectó con el transporte de carga de alimentos, material médico y traslados humanitarios.
- 6.80. De lo señalado anteriormente, se puede concluir que entre el 16 de marzo y el 5 de mayo del 2020, periodo que abarcó la ejecución del Contrato durante el estado de emergencia sanitaria y aislamiento social obligatorio (Fuerza Mayor), la SUNAT necesitó de nuestros servicios (que no tiene naturaleza provincial, como erróneamente se manifiesta).
- 6.81. Si la conclusión anterior fuese cierta, entonces, de conformidad con lo que establece la página 24 de las Bases Integradas del Concurso Público N° 020-2018-SUNAT/3G0080 del cual se derivó el Contrato, la SUNAT habría estado obligada a realizar el siguiente procedimiento:

“5.2.1. Prestación Principal: Características y Condiciones

Características del servicio

a) El servicio será ejecutado para el Complejo Fronterizo Santa Rosa, PREVIO REQUERIMIENTO por parte de la Sección de Soporte Administrativo del CFSR a la cuenta del correo electrónico corporativo del contratista (la misma que deberá estar operativa y deberá ser proporcionada al momento de la suscripción del contrato) con por lo menos veinticuatro (24) horas de anticipación. Los requerimientos contendrán la siguiente información mínima:

- Estimado de horas de carga y descarga que se deberá prestar.*
- Plazo en el que se deberá presentar el contratista.*
- Cantidad estimada de cargadores(...).”*

6.82. Estando a lo antes expuesto, manifiestan que la SUNAT deberá cumplir con la presentación de los correos electrónicos remitidos al Contratista, solicitando la prestación del servicio objeto de la contratación, durante el periodo comprendido entre el 16 de marzo al 5 de mayo del 2020.

7. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde a este Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, conforme a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso.

Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el Tribunal Arbitral respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser

utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

“...La actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó”¹.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Sobre este particular, tomando en consideración las pretensiones planteadas en la demanda, las cuales han generado los puntos controvertidos señalados en la Decisión N° 5, de fecha 18 de noviembre de 2021, este Tribunal Arbitral considera conveniente agrupar los puntos controvertidos del siguiente modo, en tanto las pretensiones planteadas en la demanda han sido formuladas como pretensiones principales independientes:

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no ordenar que se declare inválida e ineficaz la comunicación efectuada por el CONSORCIO, a través de la Carta s/n, por medio del cual comunica su decisión de resolver el contrato por fuerza mayor y caso fortuito.

- 7.1 Con relación a la primera cuestión controvertida derivada de la primera pretensión principal, corresponde determinar si la resolución del contrato por causal de fuerza mayor efectuada por la Entidad es válida, y por lo tanto si esta genera efectos jurídicos.
- 7.2 En primer lugar, el Tribunal Arbitral parte de la premisa de que el 31 de octubre de 2018 se firmó el Contrato N° 249-2018/SUNAT-Prestación de Servicios, entre la SUNAT y el CONSORCIO, para prestar el servicio de carga y descarga de bienes y mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa por un plazo estimado de

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. “Medios Probatorios en el Proceso Civil”. Ed.: Rodhas, Lima. 1994, p. 35.

setecientos treinta (730) días calendario, o hasta agotar el monto contratado, y por la suma ascendente a S/ 729,083.52.

- 7.3 Luego de los hechos que ambas partes han descrito en sus respectivos escritos y exposiciones orales, el Tribunal Arbitral advierte que con fecha 5 de mayo de 2020, mediante la carta del expediente virtual N° 172-URD124-2020-187574, el CONSORCIO comunicó a la SUNAT la resolución del Contrato N° 249-2018/SUNAT-Prestación de Servicios por la causal de fuerza mayor y caso fortuito, conforme con lo establecido en 36 de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable.
- 7.4 Cabe señalar que, dentro del sustento alegado por el CONSORCIO para resolver el referido Contrato, señalan la existencia del supuesto de excesiva onerosidad de la prestación, previsto en el artículo 1440 del Código Civil; ello, como consecuencia del evento de fuerza mayor mencionado por el CONSORCIO en su carta de resolución contractual.
- 7.5 Sobre lo anterior, la resolución contractual realizada por el CONSORCIO posee diversos puntos que este deberá abordar en un orden que privilegie la eficiencia en el análisis para la emisión de la decisión al respecto:

A. Sobre la forma de la resolución contractual:

- ¿La resolución contractual practicada por el CONSORCIO cumplió con el procedimiento establecido en la normativa aplicable?
- ¿La resolución contractual fue cuestionada?
- ¿La resolución contractual quedó consentida?

B. Sobre el fondo de la resolución contractual:

- ¿Se ha configurado el supuesto previsto en la normativa aplicable respecto de la causal de fuerza mayor y/o caso fortuito?
- ¿Se ha configurado un supuesto de excesiva onerosidad de la prestación conforme a la normativa aplicable?

SOBRE LA FORMA DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL:

- 7.6 A criterio de este, resulta necesario analizar, primero, las cuestiones de forma para determinar si la resolución contractual realizada por el CONSORCIO cumplió con el

procedimiento establecido por la normativa aplicable y si la misma fue cuestionada o quedó consentida; luego de ello, dependiendo de dicho análisis, corresponderá revisar los aspectos de fondo antes mencionados.

- 7.7 Al respecto, es preciso señalar que el Contrato N° 249-2018/SUNAT-Prestación de Servicios de fecha 31 de octubre de 2018, a través del cual se origina la relación jurídica existente entre las partes, tiene como base legal lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225 y modificada con Decreto Legislativo N° 1341 (en adelante, LCE), el Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado con Decreto Supremo N° 056-2017-EF (en adelante, RLCE) y las Directivas que apruebe el OSCE; asimismo, la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la LCE y el RLCE.
- 7.8 En ese sentido, dado que la primera cuestión controvertida se encuentra relacionada con la resolución contractual realizada por el CONSORCIO, debemos tener en cuenta lo establecido en el artículo 36° de la LCE, la cual señala lo siguiente:

“Artículo 36. Resolución de los contratos:

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. 36.2 Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la presente Ley.” (el resaltado es nuestro).

- 7.9 Asimismo, de acuerdo con lo señalado en el artículo 136° del RLCE, el procedimiento respectivo para la resolución contractual sería el siguiente:

“Artículo 136. Procedimiento de resolución de Contrato:

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (05) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

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 el plazo de quince (15) días.

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.

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.

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

- 7.10 Tal como señala la normativa, se puede afirmar que la resolución contractual opera:
- (i) previo requerimiento del cumplimiento de las obligaciones de una de las partes o
 - (ii) sin requerimiento previo, 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.

7.11 Sobre lo anterior, con relación a la resolución contractual realizada por el CONSORCIO, la SUNAT señala en su demanda lo siguiente:

5.2 De la misma forma, el contrato N° 249-2018/SUNAT-PRESTACIÓN DE SERVICIOS, establece en la cláusula quinta, que cualquiera de las partes puede resolver el contrato, de conformidad con el literal d) del inciso 32.3 del artículo 32 y artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 35 del Reglamento. **De darse el caso, se procederá de acuerdo con lo establecido en el artículo 136 del Reglamento. Así queda corroborado y asentido que la forma lícita para requerir el cumplimiento de sus obligaciones a la contraparte, la parte perjudicada debe requerirla mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.**

5.3 Así queda demostrado que JOVERSA no presentó la carta notarial de apercibimiento, con lo cual incumplió el procedimiento previsto en el contrato, la Ley y el Reglamento para resolver el contrato, peor aún, **tampoco se comunicó la decisión de resolver el contrato vía carta notarial**, pese a que ya estaban permitidas las actividades funcionales de los notarios, a nivel nacional.

7.12 Por su parte, respecto del procedimiento, el CONSORCIO señala en su contestación a la demanda lo siguiente:

*“Si bien el numeral 165.1 y 165.2 del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establecen como parte del procedimiento de resolución contractual, un requerimiento previo por conducto notarial, y una posterior resolución del contrato, también por vía notarial, no es menos cierto que, dicho trámite, estando a la causal invocada (fuerza mayor y caso fortuito) no resulta aplicable, debido a que no se puede formular requerimiento previo a la resolución, y además, porque **resulta física y jurídicamente imposible, formalizar la resolución del Contrato 460005284, mediante comunicación notarial**, si el artículo 4 del D.S 044-2020-PCM no contempla como actividad exonerada de la inmovilización social, decretada por el artículo 1 de la misma, el servicio notarial en el territorio peruano.”*

7.13 De lo anterior, se advierte que, a diferencia del CONSORCIO, la SUNAT considera que para que opere la resolución contractual, bajo el supuesto de caso fortuito y/o

fuerza mayor, resulta necesario que haya existido -previamente- un requerimiento del cumplimiento de obligaciones.

- 7.14 Al respecto, este Tribunal Arbitral, considera necesario señalar que la norma establece el requerimiento previo, únicamente, cuando exista un incumplimiento de obligaciones a cargo de alguna de las partes; no obstante, para el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, al provenir de un evento y no mediar un incumplimiento de obligaciones de por medio, la norma faculta a cualquiera de las partes a resolver el contrato siempre y cuando se cumplan lo requisitos establecidos para ese supuesto de resolución contractual.

“Artículo 136. Procedimiento de resolución de Contrato:

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (05) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

(...)

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.

*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.***

(...)” (el resaltado es nuestro)

- 7.15 Siendo ello así, este considera que el requisito del requerimiento previo no resulta aplicable para el supuesto de caso fortuito y/o fuerza mayor, ya que dicha causal

tiene como sustento la ocurrencia de un evento y no el incumplimiento de alguna obligación, por lo que, no resultaba exigible al CONSORCIO realizar un requerimiento previo de cumplimiento de obligaciones a la SUNAT.

7.16 Ahora bien, teniendo en cuenta que no resulta necesario el requerimiento previo, la norma señala que la comunicación de resolución contractual debe ser realizada mediante carta notarial; ello con la finalidad de tener certeza de la realización de dicha comunicación.

7.17 Sobre lo anterior, la SUNAT señala lo siguiente:

4.8 Debemos subrayar que, a pesar del manifiesto e ilícito incumplimiento de sus servicios, el CONSORCIO JOVERSA, mediante expediente virtual N° 172-URD124-2020-187574, de **fecha 05 de mayo de 2020**, presentó por mesa de partes de la sección de soporte administrativo del Complejo Fronterizo Santa Rosa, la **Carta Simple s/n**, comunicando **su decisión de resolver el Contrato N° 249-2018/SUNAT-Prestación de Servicios, por motivos de fuerza mayor y caso fortuito. Conculcando nuevamente un requisito de exigibilidad normativa, como es el de presentarlo mediante Carta Notarial.**

4.9 Sobre el particular, es necesario subrayar que, mediante Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, de fecha **02 de mayo de 2020** se aprobó la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria y en su ANEXO de **“REANUDACIÓN DE ACTIVIDADES”**, en el numeral 22) **autoriza los Servicios notariales**, en todo el territorio del Perú.

4.10 En consecuencia, cuando JOVERSA, en su “contestación a la solicitud de arbitraje” (punto 28.2.1 respecto a su carta de fecha 05 de mayo) sostiene: **“el 05 de mayo no estaba autorizado el funcionamiento de las notarías públicas a nivel nacional”**. Queda demostrado, no solamente que desconocía que, **desde el lunes 04 de mayo del 2020**, ya se encontraban autorizados y permitidas a funcionar todas las notarías del Perú, sino, que miente una vez más al tribunal arbitral, para desechar e incumplir la prestación de servicios que le concierne.

7.18 Por su parte, sobre la resolución contractual mediante carta notarial, el CONSORCIO manifestó lo siguiente:

8.1. **ES FALSO** que las **NOTARÍAS ESTUVIERON HABILITADAS DESDE EL LUNES DE 04 DE MAYO DEL 2020**, toda vez que el artículo 2 del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM establece los **CRITERIOS FUNDAMENTALES PARA LA IMPLEMENTACIÓN GRADUAL Y PROGRESIVA DE LAS FASES DE LA REANUDACIÓN DE ACTIVIDADES**, los cuales son los siguientes:

“i) De salud pública, a partir de la información que evalúa la Autoridad Nacional de Salud, con base en la evolución de la situación epidemiológica; la capacidad de atención y respuesta sanitaria y el grado de vigilancia y diagnóstico implementado;

ii) De movilidad interna, vinculada a un posible aumento del riesgo de contagio;

iii) De la dimensión social; y,

iv) De actividad económica y la evaluación de la situación por los sectores competentes del Poder Ejecutivo.”

8.2. Conforme el artículo 5 del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM faculta a los Sectores competentes a disponer mediante resolución ministerial la fecha de inicio de las actividades de la Fase 1, (incluidas en el anexo); así como, para incluir actividades económicas priorizadas en las fases de la Reanudación de Actividades, **PREVIA OPINIÓN FAVORABLE DEL MINISTERIO DE SALUD**, siempre que no afecten el estado de emergencia sanitaria nacional y conforme con las medidas sanitarias requeridas para evitar la propagación y contagio del COVID-19

8.3. Por ello, mediante el literal e) del artículo 4 de la Ley N° 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señala que el **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS ES COMPETENTE EN MATERIA DE REGULACIÓN NOTARIAL**.

8.4. En consecuencia, de ello, el **18 de mayo de 2020**, se publicó en el diario “El Peruano” la Resolución Ministerial N° 0135-2020-JUS en la cual aprueban el **“Protocolo sanitario para la operación ante el COVID-19 del Servicio Público Notarial”**.

8.5. Sin embargo, en el artículo 3 de la Resolución Ministerial N° 0135-2020-JUS, se establece que:

“Disponer que los Oficios Notariales puedan operar, una vez que registren su “Plan para la vigilancia, prevención y control de COVID-19 en el trabajo” en el Sistema Integrado para COVID-19 (SICOVID-19) del Ministerio de Salud.”

- 8.6 Tan cierto es lo antes mencionado que, los **SERVICIOS NOTARIALES** recién estuvieron autorizados en la **FASE 3 y 4** del procedimiento de **REACTIVACIÓN ECONÓMICA** del país, por lo que sería bueno señalar y precisar quien “miente” al tribunal arbitral como lo señala en su numeral 4.10 de su demanda (la SUNAT). En ese mismo orden de ideas es bueno señalar que otro Cliente (MEF) con un servicio similar al de SUNAT (Carga y descarga/ estibadores) al que está adscrita la SUNAT (sub sistema de contrataciones) ante la coyuntura por la pandemia (COVID-19) si permitió NO solo la Resolución del Contrato por caso fortuito o fuerza mayor; sino que sí admitió la inobservancia del formalismo de la notificación notarial al ser en ese momento un imposible jurídico de observar por las partes y devolviendo la garantía de fiel cumplimiento; a efectos de poder hacer frente y palear sobre todo el factor humano (pago y liquidación al personal).
- 7.19 Sobre lo anterior, conforme a lo señalado por ambas partes, este Tribunal advierte que la carta del expediente virtual N° 172-URD124-2020-187574, a través de la cual el CONSORCIO resolvió el contrato, no fue enviada por conducto notarial como lo establece la norma; no obstante, resulta necesario analizar el contexto en el que ocurrieron los hechos a fin de determinar si realmente era imposible cumplir con aquel requisito establecido por la norma.
- 7.20 Al respecto, por medio del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, emitido el 15 de marzo de 2020, se declaró el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario, y se dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectaban la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19.
- 7.21 Asimismo, el referido Decreto Supremo estableció, a través de sus artículos 2 y 4, los accesos y las actividades limitadas que estarían disponibles para la ciudadanía durante lapso de duración del Estado de Emergencia serían las siguientes:

“Artículo 2.- Acceso a servicios públicos y bienes y servicios esenciales

2.1 Durante el Estado de Emergencia nacional, se garantiza el abastecimiento de alimentos, medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible,

telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios y otros establecidos en el presente Decreto Supremo.

2.2 Asimismo, se garantiza la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales regulados en el artículo 4 del presente Decreto Supremo. Las entidades públicas y privadas determinan los servicios complementarios y conexos para la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales establecidos en el artículo 4. Las entidades competentes velan por el idóneo cumplimiento de la presente disposición.

2.3 La Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas adoptan las medidas para garantizar la prestación y acceso a los bienes y servicios conforme al presente artículo.”

“Artículo 4.- Limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas

4.1 Durante la vigencia del Estado de Emergencia Nacional y la cuarentena, las personas únicamente pueden circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a los siguientes servicios y bienes esenciales:

- a) Adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, lo que incluye su almacenamiento y distribución para la venta al público.
- b) Adquisición, producción y abastecimiento de productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- c) Asistencia a centros, servicios y establecimientos de salud, así como centros de diagnóstico, en casos de emergencias y urgencias.
- d) Prestación laboral, profesional o empresarial para garantizar los servicios enumerados en el artículo 2.
- e) Retorno al lugar de residencia habitual.
- f) Asistencia y cuidado a personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, dependientes, personas con discapacidad o personas en situación de vulnerabilidad.
- g) Entidades financieras, seguros y pensiones, así como los servicios complementarios y conexos que garanticen su adecuado funcionamiento.

- h) Producción, almacenamiento, transporte, distribución y venta de combustible.
- i) Hoteles y centros de alojamiento, solo con la finalidad de cumplir con la cuarentena dispuesta.
- j) Medios de comunicación y centrales de atención telefónica (call center).
- k) Los/as trabajadores/as del sector público que excepcionalmente presten servicios necesarios para la atención de acciones relacionadas con la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 podrán desplazarse a sus centros de trabajo en forma restringida.
- l) Por excepción, en los casos de sectores productivos e industriales, el Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con el sector competente, podrá incluir actividades adicionales estrictamente indispensables a las señaladas en los numerales precedentes, que no afecten el estado de emergencia nacional.
- m) Cualquier otra actividad de naturaleza análoga a las enumeradas en los literales precedentes o que deban realizarse por caso fortuito o fuerza mayor.

4.2 Igualmente, se permite la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior.

4.3 Las limitaciones a la libertad de tránsito no aplican al personal extranjero debidamente acreditado en el Perú de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y representaciones de organismos internacionales, que se desplacen en el cumplimiento de sus funciones, respetando los protocolos sanitarios.

4.4 A fin de garantizar el orden interno, se faculta al Ministerio del Interior, en coordinación con el Ministerio de Defensa, para dictar las medidas que permitan la implementación del presente artículo.

4.4 El Ministerio del Interior dispone el cierre o restricción a la circulación por carreteras por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico.

4.5 En todo caso, para cualquier desplazamiento efectuado conforme al presente artículo deben respetarse las recomendaciones y disposiciones

dictadas por el Ministerio de Salud, el Ministerio del Interior y otras entidades públicas competentes.

7.22 De la revisión del mencionado Decreto Supremo, se advierte que, a partir de la declaratoria de Estado de Emergencia, esto es, desde el 16 de marzo de 2022, no se encontraba autorizado el servicio notarial en el país.

7.23 Posteriormente, por medio del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, emitido el 2 de mayo de 2020, se dispuso la “Reanudación de Actividades”, la cual constaba de cuatro (04) fases para su implementación, cuya primera fase consistía la autorización para que se realicen determinadas actividades que iniciarían en el mes de mayo de 2020, las cuales se encontraban detalladas en el Anexo del mencionado Decreto Supremo e incluía los servicios notariales.

“ANEXO

ACTIVIDADES INCLUIDAS EN LA FASE 1 DE LA “REANUDACIÓN DE ACTIVIDADES”

Minería e industria

1. Explotación, beneficio, almacenamiento, transporte y cierre de minas del estrato de la gran minería y, proyectos en construcción de interés nacional e hidrocarburos.
2. Insumos para la actividad agropecuaria.
3. Pesca industrial (consumo humano indirecto).
4. Producción temporal: órdenes de compra (exportaciones) vencidas y por vencer.
5. Industrias de vidrio, forestal (maderable u no maderable), papel y cartón, plásticos y hielo ampliación de textil y confecciones, maquinaria y equipo.
6. Industria metalmecánica
7. Sustancias químicas básicas y abono y servicios complementarios a agricultura (para actividades esenciales).

Construcción

8. Proyectos del Plan Nacional de Infraestructura para la competitividad (PNIC).
9. Proyectos de la Autoridad para la Reconstrucción con cambios (ARCC)
10. 56 proyectos del Sector Transportes y Comunicaciones.
11. 36 obras de saneamiento.
12. Actividades de infraestructura agraria (riego, mantenimiento, rehabilitación de drenes, entre otros).

13. Proyectos inmobiliarios priorizados (fase de excavación, estructuras y acabados, y viviendas en el ámbito rural).
14. Productos agrarios (alquiler/venta de maquinarias)
15. Inversiones de Optimización, de Ampliación Marginal, de Rehabilitación y de Reposición (IOARR), acceso de agua y alcantarillado en comisarías, hospitales y colegios.
16. Industrias y servicios conexos a la construcción.

Servicios y turismo

17. Restaurantes y afines autorizados para entrega a domicilio (con propia logística del establecimiento y protocolo de seguridad y recojo en local)
18. Hoteles categorizados y transporte turístico para actividades esenciales.
19. Servicios vinculados a telecomunicaciones
20. Servicios complementarios a la agricultura.
21. Servicios prestados a empresas (soporte de TI y servicios profesionales, exportaciones de servicio de conocimiento)

22. Servicios notariales

23. Servicios de reciclaje.
24. Servicios de mantenimiento de equipo relacionado a edificaciones y hogares (bombas, termas, ascensores, gasfitería, electricista, carpintería, entre otros)
25. Servicios de almacenamiento de: Abonos y materias primas agropecuarias, artículos de plásticos, vidrio, papel, cartones, aserradura de madera, hielo para actividades en general.

Comercio

26. Comercialización de productos agrarios
27. Comercio electrónico de bienes para el hogar y afines.” (el resaltado es nuestro).

7.24 Cabe tener presente que, si bien luego del 2 de mayo de 2020, los servicios notariales se encontraban autorizados para iniciar sus operaciones, resulta necesario precisar que el numeral 3.2 del artículo 3 del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM señalaba lo siguiente:

“3.2 Previo al reinicio de actividades, las entidades, empresas o personas naturales o jurídicas que estén permitidas para dicho fin, deberán observar los “Lineamientos para la vigilancia de la Salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19”, aprobados por Resolución Ministerial N° 239-2020-

MINSA (y sus posteriores adecuaciones), así como los Protocolos Sectoriales (en este último caso, cuando el sector los haya emitido), a efecto de **elaborar su “Plan para la vigilancia, prevención y control de COVID-19 en el trabajo” y proceder a su registro en el Sistema Integrado para COVID-19 (SICOVID-19) del Ministerio de Salud.**” (el resaltado es nuestro).

7.25. Asimismo, el artículo 5 del Decreto Supremo mencionado anteriormente establecía lo siguiente:

Artículo 5.- Medidas Complementarias

Facúltese a los Sectores competentes a disponer mediante resolución ministerial la fecha de inicio de las actividades de la Fase 1, incluidas en el anexo del presente Decreto Supremo; así como, para incluir actividades económicas priorizadas en las siguientes fases de la Reanudación de Actividades, previa opinión favorable del Ministerio de Salud, siempre que no afecten el estado de emergencia sanitaria nacional y conforme con las medidas sanitarias requeridas para evitar la propagación y contagio del COVID-19. (el resaltado es nuestro).

7.26 Teniendo en cuenta lo anterior, por medio de la Resolución Ministerial N° 0135-2020-JUS, emitida el 15 de mayo de 2020, previa opinión favorable del Ministerio de Salud, se aprobó el Protocolo Sanitario de Operación ante el Covid-19 para la reanudación del servicio público notarial por encontrarse conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, por lo que -a partir de dicha fecha- las Notarías recién podrían reiniciar sus actividades, previo registro de su Plan de Vigilancia, Prevención y Control de Covid-19.

- En la FASE 1, la reanudación de actividades se inicia sólo en los distritos notariales que no se encuentren en los indicados en el último párrafo. Para estos efectos, las oficinas notariales deben de haber registrado sus Planes de Vigilancia, prevención y control de Covid-19 en el trabajo en el SICOVID-19 del MINSA. Teniendo además en consideración las condiciones y disposiciones emitidas por la autoridad sanitaria competente, en tanto no varíen por disposición del MINSA. En estos distritos notariales no se reinician actividades en el 100% de las oficinas notariales.

7.27 Siendo ello así, este Tribunal advierte que el 5 de mayo de 2020, si bien ya se había emitido el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM que autorizaba el reinicio de actividades comprendidas en la fase 1, entre las cuales se encontraba el servicio

notarial, se debe tener en cuenta que dicho reinicio se encontraba sujeto a la emisión de una Resolución Ministerial -emitida por el sector competente- que determine la fecha de inicio de actividades y la presentación de un Plan de Vigilancia, Prevención y Control de Covid-19.

7.28 Entonces, teniendo en consideración que la norma establece un procedimiento para la resolución contractual por caso fortuito y/o fuerza mayor (el cual consiste en la comunicación de la voluntad de resolver el contrato a través de una carta notarial) y que, en virtud de las circunstancias generadas por el Covid-19, los servicios notariales aún no se encontraban en pleno funcionamiento en la fecha en la que el CONSORCIO resolvió el contrato; cabría analizar si el hecho de que la comunicación de resolución contractual no fuera realizada mediante carta notarial constituye un supuesto de invalidez de dicho acto, por no revestir la formalidad señalada en la norma.

7.29 Al respecto, este Tribunal Arbitral observa que, ni la LCE ni el RLCE establecen algún tipo de sanción para el acto de resolución contractual que no haya sido realizado a través de una comunicación notarial, por lo que, remitiéndonos a lo dispuesto por el artículo 144 del Código Civil, **“cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto”**.

7.30 El citado artículo del Código Civil, aplicable de manera supletoria, establece dos tipos de formalidades para un acto: *ad solemnitatem* y *ad probationem*. Sobre ello, cabe precisar que la formalidad *ad solemnitatem* implica una sanción de invalidez del acto realizado cuando así lo establece la ley por la ausencia de alguno de los requisitos mencionados en la norma; por su parte, la formalidad *ad probationem* no implica ningún tipo de sanción del acto, pues la finalidad de dicha formalidad consiste en su utilidad como prueba de la existencia y realización del referido acto.

7.31 Sobre lo anterior, Marco Antonio Ortega Piana señala que *“la inobservancia de la forma necesaria no es que conlleve nulidad, por haberse omitido seguir —para fines de la declaración común— la forma establecida por ley bajo sanción de nulidad, sino que deriva en inexistencia, siendo que la referencia a la exigencia legal de una determinada forma bajo sanción de nulidad se realiza únicamente para diferenciarla*

*de una forma que fuese simplemente probatoria. Es una referencia por exclusión, atendiendo a que, **si no se indica que se está ante una forma ad solemnitatem, se entendería que es meramente ad probationem**".² (el resaltado es nuestro)*

7.32 Entonces, de la lectura del artículo 36 de la LCE y del artículo 136 del RLCE, se advierte que ninguno de ellos señala algún tipo de sanción del acto en caso no se cumpla con la formalidad establecida, por lo que se entiende que dichas normas, para el caso de resolución contractual, no establecen una formalidad *ad solemnitatem*, sino *ad probationem*.

7.33 A mayor abundamiento, de la revisión del expediente, se advierte que la SUNAT no solo no niega el hecho de haber recibido la carta de resolución contractual el 5 de mayo de 2020, sino que manifiesta haber contestado la misma conforme a lo señalado en el Informe N° 001-2021-SUNAT/3G0080 (Anexo 1-H de la demanda):

3.5. Mediante Carta N° 018-2020-SUNAT/3G0080 la Sección de Soporte administrativo del Complejo Fronterizo Santa Rosa notifica a EL CONTRATISTA que, para que una de las partes resuelva el contrato, deberá demostrar que el hecho, además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible, determina la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva; así como no se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 136° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, dado que su comunicación de resolución de contrato, no se ha notificado o diligenciado vía notarial por lo que no surte efectos legales, por lo que se le exhorta al cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

7.34 Siendo ello así, este Tribunal observa que la comunicación de resolución de contrato realizada por el CONSORCIO fue efectivamente recibida por la SUNAT, por lo que, pese a no haberse realizado a través de una carta notarial, la voluntad unilateral de resolver el contrato fue puesta a conocimiento de la otra parte contratante y esta la recibió emitiendo una respuesta (de cuestionamiento) al respecto.

7.35 Adicionalmente, cabe mencionar que, de acuerdo con el citado Informe N° 001-2021-SUNAT/3G0080, ante el requerimiento de cumplimiento de la formalidad realizado

² ORTEGA PIANA, Marco Antonio. *Algunas reflexiones sobre la regulación de la forma contractual en el código civil de 1984*. En *Advocatus* N° 36. Lima, 2017. pp. 123 - 154.

por la SUNAT, el CONSORCIO presentó -de manera posterior- una carta notarial reafirmando su voluntad de resolver el contrato por la causal de caso fortuito y fuerza mayor:

3.6. Mediante expediente N° 172-URD122-2020-311439-4, de fecha 19 de junio de 2020, EL CONSORCIO presenta la Carta Notarial N° 359-2020, en la que confirma la Resolución del Contrato N° 00249-2018-SUNAT – Prestación de Servicio, por causal de fuerza mayor y caso fortuito y pronunciamiento respecto de los cuestionamientos formulados a la misma.

7.36 Conforme se puede apreciar, respecto del cumplimiento de una formalidad, bajo el contexto de Emergencia Sanitaria Nacional provocada por el Covid-19, este Tribunal está de acuerdo con la línea de razonamiento que sigue Martín Mejorada³ en “La carta notarial en la emergencia”, y estima que la formalidad establecida en el artículo 136 del RLCE constituye una formalidad *ad solemnitatem*, por lo que la comunicación de resolución contractual realizada por el CONSORCIO -en el contexto de una situación excepcional donde los servicios notariales se encontraban suspendidos- recibida por la SUNAT, quien manifestó su cuestionamiento y posterior sometimiento a arbitraje, determina la eficacia de la comunicación enviada.

7.37 En consecuencia, respecto de la forma de la resolución contractual efectuada por el CONSORCIO, si bien la misma no cumplió con el procedimiento establecido en la normativa aplicable (ser comunicada mediante carta notarial), se debe tener en consideración que esto se debió a la situación excepcional de Emergencia Sanitaria Nacional que no permitía el funcionamiento de los servicios notariales en la fecha

³ Al respecto, Martín Mejorada comenta, sobre la formalidad de la resolución contractual en el contexto del Estado de Emergencia Sanitaria, lo siguiente:

“La ley indica que la voluntad resolutoria se expresa en carta notarial (artículo 1429), pero no dice que prescindir de dicho documento implique la nulidad del acto, de modo que, conforme al artículo 144 del Código Civil, estamos ante una mera formalidad *ad probationem*. La carta producirá el efecto extintivo del contrato al vencer el plazo, aun cuando no intervenga el notario. Es verdad que el deudor intimado podría negar la recepción del requerimiento y generar una discusión sobre ello, sobre todo si este se produjo en un lugar cerrado por la cuarentena o por correo electrónico, pero también es verdad que la moderna tecnología hace improbable negar una comunicación digital.”

MEJORADA CHAUCA, Martín. *La carta notarial en la emergencia*. En *La Ley el ángulo legal de la noticia*. 2020. Consulta 16 de mayo de 2022. <https://laley.pe/art/9704/la-carta-notarial-en-la-emergencia>

en la que ocurrieron los hechos y que, además, la formalidad establecida era de tipo *ad probationem*.

- 7.38 Por lo tanto, habiéndose determinado que la carta del expediente virtual N° 172-URD124-2020-187574 fue efectivamente recibida por la SUNAT y que esta respondió la misma cuestionándola e iniciando el arbitraje dentro del plazo de caducidad establecido en la normativa aplicable sin permitir que aquella quede consentida, corresponde analizar el fondo de la resolución contractual; es decir, si esta cumple con los requisitos establecidos para la causal de caso fortuito y/o fuerza mayor.

SOBRE EL FONDO DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL:

- 7.39 Ahora bien, con relación al fondo o sustento de la resolución contractual realizada por el CONSORCIO resulta necesario señalar que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor, ante la imposibilidad sobreviniente de algunas de las partes de ejecutar las prestaciones acordadas, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la LCE aplicable.
- 7.40 En esa misma línea, el numeral 135.3 del artículo 135 del RLCE establece que *“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**”*. (el resaltado el nuestro).
- 7.41 Conforme a las disposiciones mencionadas previamente, la normativa de contrataciones del Estado prevé la posibilidad de resolver el contrato cuando debido a un hecho o evento que se considera caso fortuito o fuerza mayor, resulte imposible -de manera definitiva- continuar con la ejecución de las prestaciones del contrato; es decir, el efecto del evento ocurrido deberá ser de tal magnitud que no permita a ninguna o -por lo menos- a una de las partes seguir cumpliendo con sus obligaciones contractuales.

- 7.42 En este supuesto, corresponde a la parte que resuelve el contrato, probar la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor, y la consecuente imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo.
- 7.43 Entonces, al ser una figura de origen civil y a fin de determinar el concepto de “caso fortuito o fuerza mayor” resulta necesario tener en consideración que el artículo 1315 del Código Civil, de aplicación supletoria, 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 nuestro).
- 7.44 Sin perjuicio de lo anterior, importante destacar que, si bien el Código Civil intenta hacer una definición del caso fortuito y la fuerza mayor, este omite explicar en qué consisten las características de “extraordinario, imprevisible e irresistible” así como en qué circunstancias y respecto de quienes resultan aplicables las mismas, a efectos de considerar la ocurrencia de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.
- 7.45 Previamente, para diferenciar los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, cabe señalar que el primero deriva de un hecho natural, de modo tal que a nadie puede imputarse su origen, mientras que el segundo ha sido vinculado 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.
- 7.46 Ahora bien, resulta necesario precisar que un hecho o evento *extraordinario*⁴ 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.

En efecto. Osterling Parodi y Castillo Freyre señalan que “*lo contrario a lo común es la excepción; por ello, concluimos que se trata de algo que se encuentra dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento que se produce por excepción,*

⁴ Según el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Tercera Edición, lo extraordinario es aquello “1. adj. Fuera del orden o regla natural o común.”. Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=HP5RXLV>

lejos de lo que en forma normal se espera que ocurra. Lo extraordinario es lo que atenta o interrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrantándolos”.⁵

Asimismo, para saber si un acontecimiento califica como extraordinario, resulta necesario que el análisis se realice de un determinado contexto, pues lo que en un lugar, época o circunstancia podría ser calificado como excepcional; podría no serlo en otro contexto.

En efecto, según Fernández Cruz y León Hilario, *“lo extraordinario se juzga, principalmente, de acuerdo con las circunstancias temporales y especiales. Entre nosotros, por ejemplo, los ataques de grupos terroristas contra los medios de transporte terrestre han dejado de tener el carácter de habitual que se les podía reconocer, sin problemas, en el decenio 1980 – 1990. En contrapartida, han pasado a ser comunes los asaltos a mano armada en carreteras, cometidos por delincuentes comunes”.⁶*

7.47 De otro lado, un hecho o evento es *imprevisible*⁷ 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.

Al respecto, un sector de la doctrina considera que el hecho es imprevisible cuando el deudor no lo puede prever, a pesar de haber actuado con la prudencia, diligencia y capacidad de previsión que son exigibles al hombre medio. En consecuencia, puede decirse que la imprevisibilidad va de la mano con los deberes de diligencia, prudencia, esmero o cuidado del deudor.⁸

Adicionalmente, de manera similar a lo indicado en el caso de la extraordinariedad, la imprevisibilidad debe ser evaluada en función de lo que para cualquier sujeto en

⁵ OSTERLING PARODI, Felipe – CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, Tomo XI. Pág. 624 y 625.

⁶ Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas en diversas materias de derecho civil, Gaceta Jurídica: Lima, 2004, Tomo VI. Pág. 885.

⁷ De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Tercera Edición, lo imprevisible es aquello “1. adj. Que no se puede prever.” Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=L7EnyuT>

⁸ ALTERINI, Atilio Aníbal, Oscar José AMEAL y Roberto LOPEZ CABANA. *Teoría de las obligaciones*. Tomo I. Pág. 391.

el lugar del deudor hubiere sido imprevisible de haber estado en la misma situación y no lo que resulte imprevisible para un deudor particular.

Cabe destacar que la previsión, por su parte, debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación, a diferencia de la resistibilidad que se presenta al momento de cumplirla.⁹

7.48 Por último, y no menos importante, el que un hecho o evento sea *irresistible*¹⁰ significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento. Asimismo, un evento califica como irresistible en la medida que no permite ser tolerado, rechazado no contrarrestado con alguna acción. Este requisito implica que el evento es inevitable, lo cual supone la imposibilidad de poder cumplir.

En efecto, la irresistibilidad supone que el deudor de la prestación no hubiera tenido la oportunidad de actuar de otra manera. En otras palabras, no basta con que la adopción de otra acción haya sido difícil, sino que se requiere que haya sido imposible.¹¹

Según la Exposición de Motivos del Código Civil *“El requisito de irresistibilidad, por último, supone la imposibilidad de cumplimiento. La dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aun cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo previsto. Tampoco interesa la situación personal del deudor: la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria”*.¹²

7.49 Siendo ello así, partiendo de la premisa de que la ocurrencia de un evento calificado como caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad a las partes, la normativa de contrataciones del Estado ha establecido que la resolución contractual fundamentada en dicha causal resulta procedente cuando se pruebe que un hecho

⁹ REVOREDO MARSANO, Delia. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión de Código Civil. Tomo V. Pág. 440.

¹⁰ De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Tercera Edición, lo irresistible es aquello “1. adj. Que no se puede resistir.”. Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=M8f2fZB>

¹¹ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Vol. IV – Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001. Pág. 340.

¹² REVOREDO MARSANO, Delia. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión de Código Civil. Tomo V. Pág. 441.

extraordinario, imprevisible e irresistible hace imposible de manera definitiva la continuación de la ejecución de las prestaciones a cargo de una de las partes.

- 7.50 En tal sentido, para que una de las partes resuelva el contrato por caso fortuito o fuerza mayor debe demostrar que el hecho –además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible–, determina la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva; cuando dicha parte no pruebe lo antes mencionado, no podrá resolver el contrato amparándose en la figura del caso fortuito o fuerza mayor.
- 7.51 Al respecto, con este análisis legal y doctrinario efectuado, corresponde determinar si en este caso concreto se suscitaron eventos que puedan ser catalogados como caso fortuito o fuerza mayor y que, por ende, justifiquen la resolución contractual efectuada por el CONSORCIO; asimismo, corresponde determinar si los hechos alegados se encuentran acreditados a través de las pruebas ofrecidas que obran en el expediente.
- 7.52 A manera de contexto, es importante señalar que la Declaratoria de Estado de Emergencia Nacional dispuesta mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus posteriores prórrogas, han podido afectar los contratos suscritos con el Estado que se encontraban vigentes durante el inicio de la pandemia ocasionada por el Covid-19, debido a la orden de aislamiento e inmovilización social decretada por el Gobierno.
- 7.53 En primer lugar, resulta necesario mencionar cuál era el objeto de la relación contractual de las partes a fin de determinar, posteriormente, si las prestaciones que debían ejecutarse fueron afectadas de tal manera que resultaba imposible continuar con su ejecución; para ello citaremos la cláusula correspondiente:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

Por el presente documento, **EL CONSORCIO** se obliga con **LA SUNAT** a prestar el **servicio de carga y descarga de bienes y mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa**, con las características técnicas de su Oferta y lo señalado en las Bases Integradas del referido procedimiento de selección, que forman parte integrante del Contrato.

Queda entendido que **EL CONSORCIO** no podrá alterar, modificar ni sustituir las características señaladas en su Oferta, presentada con motivo del referido procedimiento de selección, que forma parte integrante de este Contrato.

- 7.54 Cabe precisar que el servicio de carga y descarga de bienes y mercancías estaba **supeditado al requerimiento previo que debía hacer la SUNAT** para que el CONSORCIO realice las prestaciones a las cuales se encontraba obligado, tal y como se puede observar en el Capítulo III de las Bases Integradas (Anexo 1-C de la demanda):

V. ALCANCES Y DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO

El servicio es una contratación “por resultados” y se regula por la norma de contrataciones del Estado como un servicio general.

El contratista deberá ejecutar el servicio de carga y descarga de bienes y/o mercancías por horas, cuya unidad de medida es LA HORA, siendo el total requerido proyectado de 325,304 horas estimadas. Dicho servicio será ejecutado dentro de los 365 días del año y 24 horas del día durante los 1,095 días calendario para los que está programado el servicio, previo requerimiento efectuado por la SUNAT. Según cuadro de proyección indicado a continuación: **8) 9) 10) 11)**

- 7.55 Hasta este punto, el Tribunal, a partir de las pruebas aportadas y los hechos ocurridos, cuenta con las siguientes premisas:

- (a) El contrato celebrado entre la SUNAT y el CONSORCIO tenía como objeto la prestación del servicio de carga y descarga de bienes y mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa.
- (b) El servicio prestado por el CONSORCIO debía ser ejecutado previo requerimiento de la SUNAT.
- (c) El 16 de marzo de 2020, el Gobierno decretó el Estado de Emergencia Sanitaria a causa del Covid-19 y dispuso el aislamiento e inmovilización social a nivel nacional limitando la realización de todo tipo de actividades.

- 7.56 Ahora, corresponde analizar el cumplimiento de los requisitos para que una resolución contractual, realizada bajo la causal de caso fortuito y fuerza mayor,

cuenta con suficientes razones que justifiquen la finalización de la relación jurídica entre las partes:

- Que sea un evento extraordinario.
- Que sea un evento imprevisible.
- Que sea un evento irresistible.
- Que sea un evento que imposibilite la continuidad de la ejecución de las prestaciones.

7.57 Sobre la extraordinariedad del evento (pandemia originada por el Covid-19 y declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria a nivel nacional) no existe discrepancia entre las partes; toda vez que el mismo, efectivamente, constituyó un evento excepcional que no correspondía con la cotidianidad o el curso natural de las cosas, por lo que es posible calificar el evento como extraordinario.

7.58 Sobre la imprevisibilidad del evento, tampoco existe discrepancia entre las partes, ya que el mismo no podía ser contemplado ni al momento de la celebración del contrato ni en un momento posterior, debido a la excepcionalidad con la cual se presentó, por lo que es posible calificar el evento como imprevisible.

7.59 Sobre la irresistibilidad del evento, es un elemento que tampoco es discutido por las partes, pues la ocurrencia de este resultaba inevitable para las partes por escapar de su esfera de control y no poder realizar actuación alguna o adoptar algún tipo de medida que pueda impedir su existencia, por lo que es posible calificar el evento como irresistible.

7.60 Sobre la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones sí existe discrepancia entre las partes, por su lado, el CONSORCIO señala lo siguiente:

- 5.2. Como puede apreciarse de lo antes expuesto y probado, las medidas impuestas por el estado de emergencia e inmovilización social obligatoria de personas y restricciones de movilidades públicas y privadas, ocasionaron que las condiciones originales en las que, el procedimiento de selección primero, y el contrato después, fueron convocados y firmados, cambiaran dramáticamente, ocasionando que el cumplimiento de las obligaciones asumidas por nuestra parte, en el ámbito de aplicación del Contrato, se haya visto considerablemente incrementadas en su costo, originando que desde el 16 de marzo del 2020, se haya configurado lo que en el Derecho de los Contratos (sean privados o administrativos) se denomina **EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN**, prevista en el artículo 1440 del Código Civil, como consecuencia del caso de **FUERZA MAYOR** antes mencionada.
- 5.3. Pese a las graves circunstancias económicas y sociales que, alteraron las condiciones en las que fue convocado, primero el C.P 020-2018-SUNAT/3G0080, y luego suscrito el Contrato N° 249-2018/SUNAT-PRESTACION DE SERVICIOS, aceptamos tácitamente (y a pesar de nuestra condición de MYPE) la modificación de la ejecución contractual impuesta por el estado de fuerza mayor, durante el periodo comprendido entre el 16 de marzo del 2020 al día 04 de mayo del 2020, a pesar de lo cual, su continuación resultó insostenible operativa y financieramente, debido a que, hasta antes de la declaratoria de emergencia y aislamiento social, la facturación mensual por el servicio prestado, ascendía a S/. 24,000.00 soles, y a partir de la fuerza mayor, dicho monto se redujo a 0 soles, lo cual convirtió en imposible, continuar con su ejecución, no solo por los gastos operativos del servicio, sino lo más elemental del mismo, como resulta ser el pago de los salarios de nuestro personal asignado.
- 6.2 A mayor abundamiento, el servicio objeto del contrato resuelto por nuestra parte (estiba y desestiba) **NO FUE CONSIDERADO COMO SERVICIO ESENCIAL** sino recién fue incluido en la 3 y 4 fase del procedimiento antes señalado.

7.61 Por su parte, la SUNAT manifestó lo siguiente al respecto:

5.7 En esa misma línea, si bien la declaratoria de emergencia sanitaria por el COVID 19 y la pandemia que la motivó pueden constituir hipotéticamente -como alega el Consorcio- **“una fuerza mayor o un caso fortuito”**, respectivamente, es necesario verificar si el contratista ha probado que dichos eventos impiden la ejecución de la obligación o en su defecto, determinan su cumplimiento parcial o defectuoso. **En el presente caso ha sucedido todo lo contrario. La normativa que sostiene JOVERSA para justificar su incumplimiento del Contrato, faculta el servicio de transporte de bienes y servicios, y también, sobre dicho servicio, faculta el traslado fronterizo.**

5.8 Bajo ese entendido, lo argumentado por el Consorcio referido a que la declaración del estado de emergencia por la pandemia del COVID19 ha generado que la ejecución del contrato sea insostenible e inviable operativa y financieramente, debido a que hubo una disminución en la facturación lo cual se refleja en una mayor onerosidad de la prestación; **dicha posición que estimamos, no es atendible dado que no está probando, como lo alegado, que factores legales válidos impidieron el cumplimiento de sus obligaciones de forma total. Por el contrario, ha desconocido y conculcado una normativa escrita y sustentada por la misma demandada.**

5.9 Sobre la excesiva onerosidad de la prestación prevista en el artículo 1440 del Código Civil, a la que alude el CONSORCIO, se debe tener en cuenta que solo es aplicable en los contratos conmutativos, los mismos que se caracterizan porque las prestaciones **están determinadas de manera invariable y equivalente, siendo que, cada parte sabe, desde la celebración del contrato, los beneficios o perjuicios que les reportará el contrato.**

5.10 Por su parte, el contrato aleatorio se caracteriza porque lleva consigo **un riesgo o contingencia**, es decir, una posibilidad de ganar o perder, ya sea para una o ambas partes. En este tipo de contratos, las partes no conocen los beneficios o perjuicios que les podría reportar el contrato, pues el destino de éste queda supeditado al azar o a la suerte.

5.11 Para mayor claridad, compárese la cesión de créditos, que es un contrato conmutativo, en donde el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido (art. 1212 CC), **de la cesión de créditos litigiosos, que es un contrato aleatorio, cuyo objeto es incierto**, en cuanto se encuentra supeditado a las resultas de lo decidido en una controversia judicial, arbitral o administrativa (art. 1208 CC).

5.12 El art. 1440 CC dispone que la excesiva onerosidad **se presenta únicamente en los contratos conmutativos, es decir, en aquellos contratos en donde las partes desde su celebración conocen los beneficios o perjuicios que les reportará el mismo.** En consecuencia, no se trata de una previsibilidad cualquiera, dado que siempre es posible prever en términos generales de que en los próximos años o siglos ocurrirán eventos extraordinarios, **sino se trata de una previsibilidad que exige certeza y especificidad de grados mayores.**

5.13 Bajo ese contexto, es necesario destacar que, si se tiene presente que el proceso que origina el contrato que nos ocupa, se rige bajo el **sistema de contratación de precios unitarios** (Cláusula Primera del Contrato), **dicho sistema es aplicable en las contrataciones de servicios, cuando no resulta posible conocer con exactitud las cantidades o magnitudes requeridas de la prestación a contratar.** De ello se sirvió el CONSORCIO, equivocadamente para mal argumentar su falta de cumplimiento al Contrato, y por ende la disminución en la facturación, simplemente porque no se cumplió con el servicio pactado.

5.14 Sobre el particular, la **OPINIÓN N° 115-2019/DTN-OSCE hace una diferencia entre sistema a suma alzada y sistema de precios unitario (párrafos pertinentes)**

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que el artículo 14 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, modificada por Decreto Supremo N° Supremo N° 056-2017-EF, establece los sistemas de contratación que las Entidades pueden emplear para contratar bienes, **servicios** y obras; siendo estos: (i) **el sistema a suma alzada**; (ii) **el sistema de precios unitarios**; (iii) el esquema mixto de suma alzada y precios unitarios; entre otros.

“En relación con el sistema de contratación a suma alzada, el numeral 1) del artículo en mención dispone que dicho sistema resulta aplicable cuando “(...) **las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas.**”

De ese modo, se aprecia que una Entidad solo puede contratar —ya sea bienes, servicios u obras— **bajo el sistema de contratación a suma alzada**, cuando es posible determinar con exactitud la magnitud, calidad y cantidad de la prestación; información que debe encontrarse establecida en las especificaciones técnicas, términos de referencia o el expediente técnico de obra, según corresponda al objeto de la contratación.

- 5.16 Precizando este punto, el último párrafo del referido numeral dispone que “No puede emplearse el sistema de contratación a suma alzada en obras de saneamiento y viales (transporte).”, ya que, en estos casos, la naturaleza misma de la prestación, **no permite determinar con exactitud su magnitud, calidad y cantidad, debiéndose aplicar para tales casos el sistema a precios unitarios**”.
- 5.17 En consecuencia, bajo los conceptos desarrollados precedentemente, el argumento abordado por JOVERSA, sobre “la excesiva onerosidad de la prestación” solo puede darse en contratos conmutativos y no aleatorios, como el presente caso, **donde la cantidad de servicios y el consecuente pago por los mismos no puede preverse a la fecha de celebración del contrato, sino depende de las necesidades ejecutables del servicio que se presentan aleatoriamente**. Por consiguiente, no resulta atendible alegar excesiva onerosidad de la prestación, por cuanto no se trata de un contrato de naturaleza civil conmutativa.
- 5.18 En ese sentido, no se encuentra probado que dichos hechos, que alegan los demandados, imposibilitaron de manera definitiva la continuación de la ejecución contractual; con lo cual el Consorcio demandado no cumplió con demostrar el presupuesto legal establecido en el artículo 135° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo. N° 350-2015-EF, y modificatorias, ni la excesiva onerosidad de la prestación que alega. **Situación que constituye un vicio insalvable de su decisión ilegal de resolver el Contrato.**
- 7.62 De lo anterior, cabe reiterar que, a partir del 16 de marzo de 2020, la mayoría de los servicios y demás actividades comerciales se encontraban limitadas en virtud de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM (ver numeral 7.20 del presente documento).
- 7.63 No obstante, en virtud de lo establecido en el numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Supremo N° 046-2020-PCM (que precisa los alcances del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM), emitido el 18 de marzo de 2020, las actividades relativas al “transporte de carga y mercancías y actividades conexas” se encontraban habilitadas para su funcionamiento a nivel nacional.
- 7.64 Siendo ello así, este Tribunal advierte que el objeto del Contrato entre las partes no se encontraba limitado o prohibido, por lo menos, desde el 19 de marzo de 2020, por lo que bien se pudo continuar con la ejecución de las prestaciones si así lo

hubiera requerido la SUNAT, conforme a lo establecido en el Contrato y en las Bases Integradas.

7.65 Ahora bien, de la revisión de los escritos postulatorios de las partes, se puede advertir que el CONSORCIO sustenta su resolución contractual, bajo el supuesto de caso fortuito y fuerza mayor que determina la imposibilidad de continuar con la ejecución de sus prestaciones, en función a la excesiva onerosidad generada por el contexto del Estado de Emergencia Sanitaria y la falta de ingresos desde el 16 de marzo de 2020.

7.66 Respecto de la excesiva onerosidad en las prestaciones, el artículo 1440 del Código Civil señala lo siguiente:

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

7.67 Al respecto, sobre la discusión referida a la imposibilidad de continuar con la ejecución de prestaciones por parte del CONSORCIO debido a la, supuesta, excesiva onerosidad provocada por la falta de ingresos generada a partir del contexto del caso fortuito y/o fuerza mayor, corresponde a este Tribunal Arbitral verificar lo siguiente:

- (i) Si el CONSORCIO dejó de percibir ingresos de manera injustificada por parte de la SUNAT, en el marco del Contrato celebrado, desde el 16 de marzo hasta el 4 de mayo de 2020.
- (ii) Si la falta de ingresos por parte del CONSORCIO implica la existencia de una excesiva onerosidad de la prestación.
- (iii) Si la excesiva onerosidad de la prestación constituye un supuesto de imposibilidad, por parte del CONSORCIO, para continuar con la ejecución de las prestaciones.
- (iv) Si la reducción de las prestaciones por encima del 25% del monto originalmente pactado constituye una causal de incumplimiento.

- 7.68 Respecto del acápite (i), este Tribunal advierte que no se ha probado que el CONSORCIO haya percibido ingresos desde el 16 de marzo en adelante por parte de la SUNAT, por lo que se presume que, efectivamente, que el CONSORCIO dejó de percibir ingresos, en el marco del Contrato celebrado con la SUNAT, desde la declaratoria del Estado de Emergencia Sanitaria el 16 de marzo de 2020.
- 7.69 A pesar de lo señalado en el numeral precedente, es decir, que el CONSORCIO podría dejar de percibir ingresos durante un periodo determinado de tiempo, esta situación no podía extenderse indefinidamente en el tiempo, más aún si el numeral 157.2 del artículo 157 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que, la reducción de las prestaciones solo puede alcanzar hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, límite que fue sobrepasado hasta el 90% conforme ha sido expresado por el demandado, y reconocido por la demandante, en la etapa postulatoria del presente procedimiento arbitral.
- 7.70 A mayor abundamiento, habiendo quedado acreditada también, la existencia de la causal de fuerza mayor (inmovilización social obligatoria como consecuencia de la declaratoria de emergencia sanitaria por el COVID-19) invocada por el demandado, se encuentra demostrado que, el impedimento del CONSORCIO para continuar con la prestación del servicio objeto del Contrato, no requería de probanza adicional alguna, en lo que se refiere a la excesiva onerosidad de la presentación, dado que, con la misma o sin ella, la fuerza mayor, resulta de un hecho público y notorio que justificó la resolución contractual.
- 7.71 En consecuencia por las consideraciones precedentes, esta arbitro declara INFUNDADA la primera pretensión de la demanda, y por consiguiente, se declara VALIDEZ de la RESOLUCIÓN CONTRACTUAL realizada por el CONSORCIO demandado.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no declarar válida la penalidad aplicada al CONSORCIO, ascendente a la suma de S/ 2,743 00, operación aplicable para penalidades según la cláusula Décimo Cuarta del Contrato.

7.72 Sobre este punto, la SUNAT señala que aplicó una penalidad por mora al CONSORCIO, conforme a lo establecido en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato:

CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: PENALIDADES

Si **EL CONSORCIO** incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del Contrato, **LA SUNAT** le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde:

F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;
F = 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al Contrato o ítem que debió ejecutarse o en caso de que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Se considera justificado el retraso, cuando **EL CONSORCIO** acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo, conforme el artículo 133° de **EL REGLAMENTO**.

7.73 Al respecto, el artículo 133 de la LCE establece lo siguiente para la aplicación de la penalidad por mora:

Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

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:

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

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: $F = 0.15$.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente.

Para los supuestos que por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora.

Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.

7.74 Por su parte, sobre la aplicación de penalidades, la SUNAT señala lo siguiente:

5.19 La resolución del contrato comunicada por el Consorcio nos causa perjuicio, dado que si bien la declaración de emergencia dispuesta por el Gobierno, restringe la circulación de particulares entre las provincias, **ello no sucede con**

el transporte de carga como de alimentos, material médico, traslados humanitarios, entre otros, que deben transitar por el **Complejo Fronterizo Santa Rosa** y deben ser sometidos a las acciones de fiscalización en virtud a las facultades y funciones de la Intendencia de Aduana de Tacna por lo que resultaba necesario contar con el servicio de carga y descarga contratado.

5.17 Tal es así que según los literales a) y b) del Numeral 4.1.1 del Artículo 4º y Numeral 8.32 del Artículo 8º del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM del 15 de marzo del 2020; ratificado por el Decreto Supremo N° 046-2020-PCM de fecha 18 de marzo del 2020, JOVERSA estaba plenamente autorizado para brindar el servicio de carga y descarga de bienes y materiales, sin cierre de fronteras para dicho efecto:

Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19 (Decreto Supremo N° 044-2020-PCM: Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los quince días del mes de marzo del año dos mil veinte).

Artículo 4.- Limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas

4.1 Durante la vigencia del Estado de Emergencia Nacional y la cuarentena, las personas únicamente pueden circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a los siguientes servicios y bienes esenciales:

a) Adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, lo que incluye su almacenamiento y distribución para la venta al público.

b) Adquisición, producción y abastecimiento de productos farmacéuticos y de primera necesidad.

Artículo 8.- Cierre temporal de fronteras

8.1 Durante el estado de emergencia, se dispone el cierre total de las fronteras, por lo que queda suspendido el transporte internacional de pasajeros, por medio terrestre, aéreo, marítimo y fluvial. Esta medida entra en vigencia desde las 23.59 horas del día lunes 16 de marzo de 2020.

8.3 El transporte de carga y mercancía no se encuentra comprendido dentro de este cierre temporal. Las autoridades competentes adoptan las medidas necesarias para garantizar el ingreso y salida de mercancías del país por puertos, aeropuertos y puntos de frontera habilitados.

- 5.18 Por otro lado, la resolución del contrato que planteó el consorcio, nos afectó gravemente, dado que se viene incrementando las operaciones de reactivación económica, según las fases que viene ordenando el supremo gobierno desde el mes de mayo, así como las que se vendrán restituyendo en las siguientes semanas y meses (en lo pertinente favorecerá a nuestra vinculación contractual), al privarnos del servicio que vino otorgando y cancelara el "Servicio de Carga y Descarga de Bienes y Mercancías para el Complejo Fronterizo Santa Rosa"; razón por la cual, la SUNAT aplicó penalidades ascendentes a la suma de S/ 2 743 00(DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES Y 00/100 SOLES), montos que, por mora, se aplicaron, según lo establecido en la cláusula

Décimo Cuarta del Contrato N°249-2018/SUNAT-PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

7.75 De otro lado, el CONSORCIO manifiesta lo siguiente:

- 6.1 Como puede apreciarse del único “fundamento” al respecto, la SUNAT pretende aplicar una PENALIDAD a nuestra parte por supuesta MORA, sin indicar indica más allá del procedimiento supuestamente seguido, así como el monto de la misma; sin precisar si esta fue debidamente **notificada antes de la fecha de Resolución del**

Contrato realizada por parte del Consorcio. Si fue notificada de forma presencial o electrónica. Ya que no obra en nuestros registros (ni en la dirección legal del Consorcio ni en nuestra bandeja de correo electrónico) más aún si tomamos en consideración que, el COMPLEJO FRONTERISO SANTA ROSA (ubicado) en TACNA, y destinado al intercambio Binacional (CHILE y PERU) estuvo cerrado hasta el 30.12.2020, motivo por el cual, qué mora podría haberse producido durante todo el año 2,020.

- 6.2 A mayor abundamiento, el servicio objeto del contrato resuelto por nuestra parte (estiba y desestiba) **NO FUE CONSIDERADO COMO SERVICIO ESENCIAL** sino recién fue incluido en la 3 y 4 fase del procedimiento antes señalado.
- 6.3 Finalmente, y si todo lo antes expuesto no fuese suficiente para acreditar la falta de fundamento de la supuesta penalidad impuesta, deberá tenerse en consideración que, la misma área usuaria de la SUNAT, convocó un nuevo procedimiento de selección (ver medio probatorio 1 y anexo 1-A del presente escrito) recién adjudicado en marzo del 2021; en donde coincidentemente (ante el cierre de fronteras aún vigente) ya NO convoca un procedimiento de selección individual (para el Complejo Fronterizo SANTA ROSA y Jurisdicción de TACNA); sino que, en un solo procedimiento convoca e incluye en relación de ITEMS ambas dependencias para poder ir utilizándolas de forma gradual conforme lo permita la pandemia (COVID-19) y con otros costos que se incluyen la Cláusula COVID-19 a diferencia del anterior procedimiento y Contrato resuelto por el Consorcio
- 7.76 Ahora bien, es pertinente señalar que, si bien la aplicación de la penalidad por mora se realiza de manera automática, el Tribunal Arbitral considera que resulta necesario conocer el número de días en los cuales el CONSORCIO habría incurrido en mora, así como el valor de la penalidad diaria que le aplicó la SUNAT.
- 7.77 Conforme a lo señalado precedentemente, este Tribunal Arbitral -a partir de la revisión del expediente- advierte que la SUNAT no ha sustentado -ni con argumentos ni con pruebas- cómo es que se ha determinado la penalidad por mora aplicada hasta por el monto de S/ 2,743 00.
- 7.78 Adicionalmente, tampoco ha acreditado que haya solicitado los servicios del CONSORCIO luego del 16 de marzo de 2020, pues no obra en el expediente documento alguno en el que conste alguna solicitud de servicio, por lo que este Tribunal considera que, al no haber requerimiento, no puede haber retraso o mora en la ejecución de la prestación.
- 7.79 Y adicionalmente a ello, este Tribunal advierte que la fórmula de la penalidad por mora establecida en la normativa de contrataciones del Estado, no se habría aplicado correctamente, en la medida que el cálculo efectuado por la SUNAT no se condice con lo dispuesto en el artículo 133 del Reglamento de la Ley.

- 7.80 En tal sentido, al no existir mayor fundamentación por parte de la SUNAT respecto de la penalidad por mora aplicada al CONSORCIO, este Tribunal Arbitral estima que no cuenta con los elementos necesarios para determinar la validez de la penalidad impuesta, y esta no sería una válida.
- 7.81 Por las razones antes expuestas, este Tribunal considera que, siendo responsabilidad de las partes probar los hechos que alegan, la segunda pretensión principal de la demanda es INFUNDADA por carecer de argumentos que la sustenten y de pruebas que la respalden, por lo tanto, se declara ineficaz la aplicación de la penalidad por mora.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Determinar si corresponde o no ordenar al CONSORCIO, asumir todos los costos y costas del arbitraje, tales como honorarios de los árbitros, gastos administrativos del Centro de Arbitraje, entre otros.

- 7.82 El punto controvertido antes citado está relacionado con la asunción de los costos y costas del presente arbitraje. Respecto al cual la SUNAT solicita que se condene al CONSORCIO a asumir en su integridad los costos y costas del presente proceso arbitral.
- 7.83 Al respecto, con relación a los costos y costas del proceso, se puede apreciar que en el convenio arbitral no se ha dejado establecido pacto alguno en relación a la asunción del pago de los costos y costas del proceso, por lo que corresponde pronunciarse sobre este tema de manera discrecional y con la debida prudencia a fin de establecer si corresponde la atribución de los gastos arbitrales a una de las partes, y en qué medida, o la aplicación de un prorrateo razonable.
- 7.84 Sobre este particular, es necesario señalar que, de acuerdo con el artículo 70 del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), los costos del arbitraje comprenden:

Los honorarios y gastos del Tribunal arbitral.

Los honorarios y gastos del secretario.

Los gastos administrativos de la institución arbitral.

Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal arbitral.

Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

7.85 Asimismo, de acuerdo con el artículo 73 de la Ley de Arbitraje¹³, a falta de acuerdo de partes para distribuir los costos del arbitraje, éstos deben ser de cargo de la parte vencida; manteniendo el Tribunal Arbitral la facultad de distribuir y prorratear estos costos entre las partes si estimara que el prorrateo es razonable de acuerdo con las circunstancias del caso.

7.86 En el presente caso, toda vez que no existe un acuerdo entre las partes respecto a la forma en cómo se van a imputar o distribuir los costos y costas del arbitraje, corresponde que el Tribunal Arbitral, atendiendo a las circunstancias, evalúe si dichos costos y costas deben ser asumidos exclusivamente por una de ellas o si deben ser distribuidos entre ambas.

7.87 Luego de evaluar las posiciones de las partes, considerando el resultado o sentido de este laudo y, al mismo tiempo, atendiendo al comportamiento procesal de ambas partes, en particular al hecho de que el Contratista tuvo que asumir la totalidad de los gastos arbitrales, este Tribunal estima razonable declarar INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda y dispone que cada parte asuma el 50% de los costos del presente arbitraje.

Por las razones expuestas, esta arbitro resuelve,

LAUDAR lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Principal y, por consiguiente, válida y eficaz la resolución contractual realizada por el CONSORCIO.

¹³ “**Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.**

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

(...)”

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal y, por consiguiente, ineficaz la aplicación de la penalidad por mora impuesta al CONSORCIO.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal y disponer que cada una de las partes asuma el 50% de los costos del arbitraje.



Angélica Rodríguez Chu
Árbitro