

**CASO ARBITRAL: S057-2010/SNA-OSCE**

**LAUDO ARBITRAL**

**DEMANDANTE:**

SERVICIOS Y COMERCIALIZADORA  
AMÉRICA S.A.C. (en adelante,  
SERCOAMERICA o Demandante)

**DEMANDADO:**

PROGRAMA DE DESARROLLO DE SANIDAD  
AGROPECUARIA – SERVICIO NACIONAL DE  
SANIDAD AGRARIA (en adelante, la  
Demandada o la Entidad)

**ÁRBITRO ÚNICO:**

Dr. Patrick Konstantino Hurtado Tueros

**SECRETARIO ARBITRAL:**

Rider Ali Vera Moreno



## **Resolución N° 7**

En Lima, a los 17 días del mes de mayo del año dos mil doce, el Árbitro Único, 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 analizadas las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin a la controversia planteada:

---

### **I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL Y DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO**

#### **1. El Convenio Arbitral**

Está contenido en el numeral 10.2 de las Condiciones Generales del Contrato (en adelante, CGC) N° BS-010-2009-SENASA/PRODESA para la "Adquisición de 157,200 kilos de Azúcar Rubia" (en adelante, el Contrato), suscrito el 17 de marzo de 2009. Las partes acordaron que el arbitraje sería realizado bajo la organización, administración y reglas de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE, de acuerdo con su Reglamento.

#### **2. Designación del árbitro**

Mediante Resolución N° 022-2011/OSCE-PRE de fecha 24 de enero de 2012, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE designó al abogado Patrick Konstantino Hurtado Tueros como Árbitro Único, debido a la falta de acuerdo de las partes sobre la designación del Árbitro Único.

## **II. DEMANDA ARBITRAL**

3. Mediante escrito presentado el 2 de junio de 2010, subsanado el 14 de julio de 2010, SERCOAMÉRICA presentó su demanda arbitral ante la Secretaría del SNA-OSCE contra la Entidad.

### **Pretensiones**

4. Las pretensiones formuladas fueron las siguientes:

#### **Primera Pretensión Principal:**

Que se deje sin efecto la resolución de contrato efectuada por la Entidad mediante Carta N° 446-2009-SENASA-PRODESA/UEP de fecha 18 de diciembre de 2009, bajo un supuesto y negado incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de SERCOAMÉRICA, debido a que la misma es arbitraria e injustificada por carecer de todo fundamento técnico y/o legal.

#### **Pretensión Accesorio:**

Que, al dejarse sin efecto la resolución de contrato, solicita se exija a la Entidad cumplir con realizar el correspondiente reajuste del precio pactado en el Contrato, debido a que a la fecha de la presentación de la demanda, el precio en el mercado del producto objeto del presente contrato varía considerablemente del pactado inicialmente, lo cual imposibilita poder continuar con el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

#### **Segunda Pretensión Principal:**

Que se declare que no corresponde aplicar penalidad por mora alguna a SERCOAMERICA, debido a que no ha incumplido con sus obligaciones contractuales de manera injustificada, de conformidad

con lo establecido en el literal 29.1 a) del numeral 29) de las Clausulas Generales del Contrato.

**Tercera Pretensión Principal:**

Que se ordene a la Entidad que cumpla con hacer efectivo el pago correspondiente a la entrega de las 100 bolsas de Azúcar Rubia para Lima con G/R 001-845 y 30 bolsas para Piura con G/R 001-846, más los intereses legales correspondientes a la fecha efectiva de pago; caso contrario, solicitan que se ratifique la resolución de contrato efectuada por la demandante mediante Carta Notarial de fecha 21 de enero de 2010, por haber quedado consentida por parte de la entidad.

**Cuarta Pretensión Principal:**

Que se efectúe condena de costos y costas procesales a la parte Demandada

**Fundamentos de hecho expresados en la demanda**

5. Con fecha 17 de marzo de 2009, se suscribió entre la Entidad y la Demandante, el Contrato N° BS-010-2009-SENASA /PRODESA producto de la licitación respecto de ciertos Bienes y Servicios Conexos para la adquisición de 157,200 kilos de Azúcar Rubia, aceptando la Entidad la oferta de dichos bienes por la suma S/.210,648.00 Nuevos Soles.
6. Posteriormente, mediante carta de fecha 16 de Julio de 2009, SERCOAMERICA procedió a solicitar a la Entidad que se incremente el precio unitario pactado en el Contrato, el cual consigna un precio unitario por kilogramo de S/.1.34 nuevos soles; pero que, a la fecha

de emisión de la referida carta, el precio en el mercado aumentó a S/.1.60 nuevos soles por kilogramo; siendo esto un hecho fortuito el cual resulta perjudicial para SERCOAMERICA, reflejado en pérdidas por adquisición de producto al fabricante del azúcar, debido a que dicha empresa es distribuidora del mencionado producto, lo cual conlleva a pérdidas de operación.

Por tal hecho que, según indica la demandante, escapa de toda responsabilidad de SERCOAMERICA, procedieron a solicitar un reajuste del precio a S/. 1.66 nuevos soles por kilogramo, en aras de estar en posición de poder cumplir con sus obligaciones contractuales.

7. Asimismo, SERCOAMERICA señala que el alza de precio del azúcar los exime de toda responsabilidad respecto del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, conforme a lo establecido en el numeral 29.1 de las Condiciones Generales del Contrato:

**"29. Limitación de Responsabilidad**

*29.1 Excepto en casos de negligencia grave o actuación de mala fe (a) El Proveedor no tendrá ninguna responsabilidad contractual, de agravio o de otra índoles frente al Comprador por pérdidas de producción, pérdidas de ganancias o por costo de intereses, estipulándose que esta exclusión no se aplicará a ninguna de las obligaciones del Proveedor de pagar al Comprador los daños y perjuicios previstos en el Contrato".*

8. Con fecha 4 de setiembre de 2009, procedieron a presentar la Declaración Jurada sobre la aplicación del Silencio Administrativo Positivo, solicitando un reajuste de precios del Convenio Internacional

CI N° 062-2008-SENASA/PRODESA-LPN-008-Adquisición Azúcar Rubia.

9. Asimismo, SERCOAMERICA señala que mediante Carta Notarial de fecha 4 de setiembre de 2009, la Entidad requirió el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de SERCOAMÉRICA, bajo apercibimiento de resolver el contrato y, asimismo, indicó que los precios no serían reajustados.
10. Mediante Carta de fecha 15 de setiembre de 2009, SERCOAMERICA procedió a comunicar a la Entidad su decisión de iniciar un arbitraje de derecho.
11. Mediante Carta de fecha 5 de octubre de 2009, SERCOAMERICA procedió a solicitar a la Entidad la cancelación de la deuda pendiente referida a la entrega de 100 bolsas de Azúcar Rubia para Lima con G/R 001-845 y 30 bolsas para Piura con G/R 001-846 realizadas el 27 de julio de 2009 la misma que, habiendo transcurrido más de 97 días calendario, se mantiene impaga hasta la fecha.
12. Asimismo, SERCOAMERICA señala que, de acuerdo a lo establecido en el punto 15.5 de las Clausulas Especiales del Contrato, la Entidad, ante su incumplimiento de pago, no sólo tiene el deber de efectuar el pago correspondiente por las 100 bolsas de Azúcar Rubia para Lima con G/R 001-845 y 30 bolsas para Piura con G/R 001-846 entregadas por SERCOAMERICA el 27 de julio de 2009; sino además, debe realizar el correspondiente pago de intereses legales, obligaciones que no han sido cumplidas hasta la fecha.
13. Luego, mediante Carta N° 446-20009-AG-SENASA-PRODESA/UEP, la Entidad procedió a resolver el Contrato N° BS-010-2009-

SENASA/PRODESA bajo, según indica la demandante, un supuesto y negado incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de SERCOAMERICA, requeridas mediante Carta de fecha 4 de setiembre de 2009.

14. Mediante Carta de fecha 30 de diciembre de 2009, SERCOAMERICA procedió a presentar su solicitud de arbitraje ante la Entidad, debido a la resolución de contrato efectuada por parte de esta última, señalando también la posibilidad de poder arribar a una solución pacífica mediante la vía conciliatoria.

15. Mediante Carta Notarial de fecha 30 de diciembre de 2009, SERCOAMERICA requirió a la Entidad el cumplimiento de sus obligaciones contractuales para el pago por la entrega de 100 bolsas de Azúcar Rubia para Lima con G/R 001-845 y 30 bolsas de Azúcar Rubia para Piura con G/R 001-846; así como el pago de los intereses legales correspondientes, otorgándole para ello un plazo de cinco (5) días calendario, de conformidad con lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

16. SERCOAMERICA señala que no obstante los reiterados requerimientos de pago realizados a la Entidad, se vio obligada a resolver el Contrato, debido al, según indica dicha parte, injustificado incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la demandada, en relación al pago que debía efectuar por la entrega de dichas bolsas de azúcar y sus respectivos intereses legales.

### **III. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN PRESENTADAS POR PRODESA-SENASA**

17. Con fecha 14 de abril de 2010, la Entidad, representada por su Procurador Público, señor Salim Strusberg Chaskel, contesta la demanda interpuesta negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando que se declare improcedente.

18. La Entidad señala que con relación a la primera pretensión principal de la demanda, que tiene como objeto dejar sin efecto la Carta N° 446-2009-AG-SENASA-PRODESA/UEP; se debe precisar que en el Plan Anual 2 de Adquisiciones del Proyecto "Control y Erradicación de la Mosca de la Fruta (ceratitis capitata) en la Costa Peruana" a cargo de la Unidad Ejecutora que fue aprobado mediante Resolución Jefatural N° 0027-2008-AG-SENASA, incluyó la adquisición de 157,200 kilos de Azúcar por un valor referencial de S/. 243,660.00 nuevos soles.

19. La Entidad señala que SERCOAMERICA obtuvo la Buena Pro, al ser la empresa con la menor oferta. En el mencionado proceso se presentaron las siguientes ofertas:

- SERVICIOS Y COMERCIALIZADORA AMERICA S.A.C. S/.210,648.00
- CORPORACIÓN CHOCLITO & AREVALO S.A.C. S/.267,240.00
- PRODUCTOS ALIMENTICIOS GENERALES E.I.R.L. S/.264,096.00
- MODIMLAC E.I.R.L S/.215,364.00
- PACHECO TRADING S.A.C. S/.243,660.00

20. Posteriormente, las partes suscribieron el contrato denominado Convenio N° BS 010-2009-SENASA/PRODESA de fecha 17 de mayo de 2009, y luego, mediante Carta de fecha 15 de julio de 2009, SERCOAMERICA solicitó que se incrementara el precio unitario pactado.

21. Con fecha 25 de agosto de 2009, las partes mantuvieron una reunión para resolver la controversia respecto al precio pactado; sin embargo no se llegó a ningún acuerdo por las siguientes razones:

- En el punto 14.1 de las Condiciones Generales del Contrato y de las Condiciones Especiales del Contrato se señala que *"Los precios (...) no serán ajustables"*.
- En el punto 10 de las Condiciones Generales se indica que *"Cualquier controversia que surja en la ejecución del contrato podrá ser sometida a arbitraje; sin embargo el inicio de un arbitraje no los exime de continuar cumpliendo con sus obligaciones"*, conforme lo establece el punto 10.3 de las Condiciones Generales del Contrato.

22. Según indica la Entidad, mediante Carta Notarial del 4 de setiembre de 2009, se requirió a la parte demandante cumplir con: (a) La entrega del saldo del azúcar que se encuentra pendiente desde la primera entrega, la cual debió ser completada en el mes de mayo DE 2009 conforme lo señala el contrato y (b) la renovación de la Carta Fianza de Garantía de Cumplimiento; bajo apercibimiento de resolverse el contrato.

23. Asimismo, la Entidad señala que, debido al incumplimiento de SERCOAMERICA, mediante Carta N° 446-2009-AG-SENASA-PRODESA/UEP resolvió el contrato N° BS-010-2009-SENASA/PRODESA, en aplicación del artículo 169° del Reglamento de Contrataciones del Estado.

24. La Demandada indica que la demandante no renovó la Carta Fianza N° 0011-0279-9800023799-94 emitida por el Banco Continental con vencimiento al 13 de julio de 2009, lo que motivó un nuevo requerimiento mediante Carta N° 386-209-AG-SENASA-PRODESA/FIN a efectos que SERCOAMERICA renueve la garantía, ya que el contrato en su punto 17.4 de las Condiciones Especiales, establece que la garantía de cumplimiento se liberará a los treinta días posteriores a la entrega de todos los bienes.
25. El monto de la factura de la Demandante es de S/.8,710.00 nuevos soles, monto menor al de la garantía de cumplimiento (S/. 21.064,80 nuevos soles), que se negaron a renovar pese a ser requeridos en la carta de resolución de contrato de fecha 4 de noviembre de 2009, sin tener respuesta favorable.
26. Asimismo, la Entidad formuló Reconvención a fin de que SERCOAMERICA cumpliera con pagarles la cantidad de S/.21,064.80 nuevos soles, equivalente a la garantía de cumplimiento de oferta, suma que según la Entidad deberá ser descontada del monto de S/.8,710.00 nuevos soles que se le adeuda a la demandante, ordenando que se cancele el monto de S/. 12,354.80 nuevos soles, por concepto de la diferencia impaga del monto que correspondía a la garantía de cumplimiento de oferta ya que, según indica la Entidad, SERCOAMERICA no ha cumplido con sus obligaciones contractuales; la Entidad solicita también el pago de los intereses legales, costos y costas del proceso.

#### **IV. DE LA CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN.**

27. Con fecha 30 de mayo de 2011, SERCOAMERICA cumplió con absolver el escrito de contestación de demanda y reconvención presentada por la Entidad reafirmando en su posición.

**V. AUDIENCIA DE INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.**

El 31 de marzo de 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único y Determinación de Puntos Controvertidos, continuada el 12 de agosto de 2011, con la presencia de los representantes y abogados de ambas partes, quienes se encontraron de acuerdo con los términos establecidos en las actas.

**AUDIENCIA DE FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**

En la mencionada Audiencia de fecha 12 de agosto de 2011, se establecieron los siguientes puntos controvertidos, sobre la base de las pretensiones y defensas planteadas:

*"4.1 Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la resolución de contrato efectuada por el DEMANDADO mediante Carta N° 446-2009-AG-SENASA-PRODESA/UEP.*

*4.1.1 En caso se deje sin efecto la resolución del Contrato, determinar si corresponde exigir o no que el DEMANDADO cumpla con realizar el correspondiente reajuste del precio unitario pactado en el Contrato.*

*4.2 Determinar si corresponde declarar que no corresponde la aplicación de penalidad por mora al DEMANDANTE.*

*4.3 Determinar si corresponde o no que el DEMANDADO pague a favor del DEMANDANTE la suma correspondiente a la entrega de las 100 bolsas de Azúcar Rubia para Lima con G/R 001-845 y 30 bolsas para Piura con G/R 001-846, más los intereses legales correspondientes a la fecha efectiva de pago.*

*4.3.1. En caso se declare infundado el punto anterior, determinar si corresponde o no declarar consentida la resolución del Contrato efectuada por el DEMANDANTE mediante carta notarial de fecha 21 de Enero de 2010.*

*De la reconvenición:*

*4.4 Determinar si corresponde o no declarar que el DEMANDANTE pague a favor del demandado la suma de S/. 12,354.80 Nuevos Soles, más los respectivos intereses, por concepto de la diferencia impaga del monto que correspondía a la garantía de mantenimiento de la oferta.*

*Pretensión común:*

*4.5 Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos que genere la tramitación del presente arbitraje "*

## **V. DE LOS ALEGATOS ESCRITOS**

28. De conformidad con lo establecido en el artículo 48° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE (en adelante, el Reglamento) y atendiendo a que todos los medios probatorios eran de actuación inmediata – concretamente instrumentales- el Árbitro Único declaró concluida la etapa probatoria; en tal sentido, se otorgó a las partes el plazo de cinco (5) días a fin de que presentaran sus alegatos escritos y se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el 23 de agosto de 2011.

## **VI. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES**

29. Con fecha 23 de agosto de 2011, se realizó la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de la Entidad, dejándose constancia de la inasistencia de la demandante, pese a haber sido debidamente citado conforme consta del cargo de notificación que obra en el expediente.

## **VII. PLAZO PARA LAUDAR**

30. Mediante la Resolución N°5, el Árbitro Único declaró el cierre de instrucción y fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles.

## **VIII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA Y CONCLUSIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

**PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la resolución de contrato efectuada por el DEMANDADO mediante Carta**

**Nº 446-2009-AG-SENASA-PRODESA/UEP.**

31. Mediante Carta Nº 446-2009-AG-SENASA-PRODESA/UEP, la Entidad procedió a resolver el Contrato sobre la base de un incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de SERCOAMERCIA, requeridas mediante Carta de fecha 4 de setiembre de 2009; las que, de acuerdo a lo manifestado por la Entidad, son las siguientes:

- i) La entrega del saldo del azúcar que se encuentra pendiente.
- ii) La renovación de la Carta Fianza de Garantía de Cumplimiento.

32. Respecto a ello, SERCOAMERICA alega que la Entidad resolvió el contrato de manera injustificada y arbitraria, asimismo señala que durante la ejecución del contrato, el precio del azúcar tuvo un alza considerable en el mercado, como consecuencia de esto, con fecha 16 de julio de 2009, solicitó a la Entidad que realice un reajuste del precio unitario pactado en el Contrato, debido a que este cambio en el precio de mercado perjudica económicamente a su empresa. De esta manera, SERCOAMERICA resalta que la causal expuesta (alza de precio del azúcar) constituye un caso fortuito, imprevisto e inevitable que los libera de toda responsabilidad respecto al cumplimiento de sus obligaciones contractuales; pese a ello, la demandante señala que al solicitar un reajuste del precio demostró su voluntad de cumplir con lo pactado;

33. Asimismo, SERCOAMERICA señala que cumplió con sus obligaciones contractuales y si no se continuó con la ejecución del contrato fue por responsabilidad imputable a la Entidad, quien se negó injustificadamente al reajuste del precio, a pesar de que esta figura está permitida en la ley de Contrataciones del Estado, con lo cual, se



estaría vulnerando el Principio de Equidad y el Principio de Legalidad, al fomentar un enriquecimiento sin causa a favor de la Entidad.

34. Respecto de la validez o invalidez de la resolución de Contrato por parte de la Entidad, este colegiado debe analizar en principio si existe un incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de SERCOAMERICA; para ello, es preciso tener claro si el reajuste del precio del azúcar por parte de la Entidad era obligatorio para el cumplimiento de dichas prestaciones.
35. Sobre ello, el inciso 1) del artículo 49° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, señala lo siguiente:

*"Artículo 49°.- Formulas de reajuste*

- 1. En los casos de contratos de tracto sucesivo o de ejecución periódica o continuada de bienes y servicios, pactados en moneda nacional, las Bases podrán considerar fórmulas de reajuste de los pagos que corresponden al contratista, conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe efectuarse el pago".*

36. De la norma antes citada, es posible deducir que el reajuste de los pagos al contratista no es una obligación sobre la cual las partes deberán pactar de manera obligatoria, sino que en atención a las condiciones de cada caso, las partes podrán considerarlo o no según lo pactado en las Bases.
37. En el presente caso, en el numeral 14 de las Condiciones Generales del Contrato se señala que: *"Los precios que cobre el Proveedor por los*

*Bienes proporcionados y Servicios Conexos prestados en virtud del contrato no podrán ser diferentes de los cotizados por el Proveedor en su oferta, excepto por cualquier ajuste de precios autorizado en las CEC". Asimismo, el numeral 14.1 de las Condiciones Especiales del Contrato detalla lo siguiente "Los precios de los Bienes suministrados y los Servicios Conexos prestados no serán ajustables".*

38. De lo señalado por el Contrato, queda claro que los precios de los bienes suministrados no serán ajustables, eliminando así cualquier posible negociación respecto al precio cotizado por SERCOAMERICA en su oferta.
39. De admitir lo contrario, según Pérez<sup>1</sup>, se estaría afectando el principio de igualdad en la licitación, toda vez que los demás oferentes, al momento de presentarse en el proceso de selección, debieron tener en cuenta la posible modificación tarifaria posterior y sobre tales condiciones efectuar sus propuestas.
40. De esta manera, un reajuste del precio tal como lo exige SERCOAMERICA, como también señala Pérez<sup>2</sup>, desvirtúa la competencia de precios y condiciones realizada sobre la base de la igualdad de los oferentes, y se pone en juego tanto el principio de igualdad de los oferentes ante la licitación pública como el principio de seguridad jurídica.
41. De otro lado, en relación a la suspensión de la ejecución del Contrato debido al alza del precio del azúcar alegada por SERCOAMERICA como un caso fortuito, imprevisto e inevitable, que los liberaría de toda

---

<sup>1</sup> PEREZ HUALDE, Alejandro. Renegociación de contratos públicos. 1° ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.p.62

<sup>2</sup> Ibid., p. 62

responsabilidad respecto al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, el numeral 31) de las Condiciones Generales del Contrato define "Fuerza mayor" como "*... un evento o situación fuera del control del Proveedor que es imprevisible, inevitable y no se origina por descuido o negligencia del Proveedor*" ( el subrayado es nuestro).

42. Asimismo, de acuerdo con el artículo 1315° del Código Civil, es caso fortuito o fuerza mayor la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución o determina su cumplimiento parcial, tardío o con defectos; y la clausula 31.2 del Contrato establece que tal evento puede incluir, sin que los ejemplos sean taxativos: "*actos del Comprador en su capacidad soberana, guerras o revoluciones, incendios, inundaciones, epidemias, restricciones de cuarentena , y embargos de cargamentos*".
43. De acuerdo a lo señalado anteriormente, para que un evento pueda justificar la ruptura del nexo causal de la responsabilidad del deudor debe ser extraordinario; es decir, debe ser "anormal", fuera de lo ordinario.
44. Esta característica está estrechamente ligada al carácter imprevisible de la fuerza mayor: "*Esta calidad se refiere a la aptitud del deudor para prever el hecho que obsta al cumplimiento de la obligación. Será imprevisible el hecho cuando supere la aptitud normal de previsión que sea dable exigir al deudor. Por lo demás la capacidad humana de previsión es limitada, y en cada caso debe exigirse en función de la naturaleza de la obligación y de las condiciones personales del deudor.*

*No se trata de imponer a éste un deber ilimitado de prever, ni de pedirle una dosis adivinatoria de lo que podría acontecer*<sup>3</sup>.

45. Ahora bien, lo que debe analizarse a efectos de determinar si se ha presentado un evento de caso fortuito o fuerza mayor no es el carácter realmente imprevisible del evento, sino qué tan razonable es incurrir en costos para preverlo. Ello es así pues desde un punto de vista económico, no hay casi nada imprevisible, pues casi todo puede preverse a un costo determinado.

46. *"Para los economistas nada es imposible de prever. Algunos eventos son más caros de prever que otros y en ocasiones los costos son prohibitivos. Aquello que comúnmente es considerado previsible es un evento cuyo costo de previsión es tan alto que no resulta razonable considerarlo en el contrato, pues los costos de previsión superan los beneficios de dicha previsión"*<sup>4</sup>.

47. Finalmente, tiene que existir una conexión causal entre el evento y la inejecución. *"Y este impedimento debe ser absoluto, ya que si no lo impide y sólo lo obstaculiza en términos relativos, no libera al deudor de responsabilidad, pues no se produce la fractura del nexo causal de responsabilidad"*<sup>5</sup>.

48. De acuerdo con las definiciones antes señaladas, el alza del precio del azúcar por condiciones propias del mercado, no constituiría un hecho de fuerza mayor, ya que dicho aumento del precio pudo haber sido

---

<sup>3</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Manual de Derecho Civil: Obligaciones. Ed. Pie de Imprenta, 7ma edición, Emilio Perrot. Buenos Aires 1985, p. 74.

<sup>4</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Derecho y Economía. Palestra Editores S.A.C. Lima, 2006, p. 354.

<sup>5</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE; Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores. Lima, 2008, p. 831.

previsto por SERCOAMERICA al momento de haber presentado su oferta para la obtención de la Buena Pro, sobre todo, tratándose de un bien como el azúcar, cuyo precio se encuentra delimitado por la ley de la oferta y la demanda y es normalmente variable de un mes o un año a otro<sup>6</sup>; en todo caso, SERCOAMERICA debió prever las posibles fluctuaciones del precio del azúcar dentro del precio cotizado, gracias al cual fue merecedor de la Buena Pro, ya que según afirmaron en su escrito de demanda, son distribuidores de dicho producto, por lo que deben conocer el comportamiento del mercado y haber previsto las continuas fluctuaciones de precios.

49. Asimismo, dicho evento (el alza de precios) no era una circunstancia que impedía absolutamente seguir cumpliendo con entregar la mercancía, como sí lo sería una situación de guerra o un embargo del cargamento.
50. Por otro lado, como ya se ha señalado, el contrato pactado entre las partes no habilita a éstas a un reajuste el precio del azúcar. De acuerdo a Pérez<sup>7</sup>, contradecir lo establecido en el contrato sería violar el principio de Pacta Sunt Servanda, según el cual los contratos se firman para ser cumplidos, por lo que el comportamiento de ambas partes debe estar orientado al cumplimiento del contrato tal y como fue celebrado.
51. En ese sentido, es evidente que la Entidad no tenía la obligación de realizar un reajuste del precio pactado del azúcar, en consecuencia, en este aspecto, existe claramente un incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de SERCOAMERICA.

---

<sup>6</sup> Esta información es fácilmente comprobable si se consultan los Indicadores de Precios de la Economía que publica mensualmente el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI o el Índice para los Precios de los alimentos que publica la Organización de las Naciones Unidas para la alimentación y la Agricultura – FAO.

<sup>7</sup> PÉREZ, Op. Cit., p. 66



52. De otro lado, mediante Carta Notarial de fecha 7 de setiembre de 2009, la Entidad también requirió a SERCOAMERICA la renovación de la Carta Fianza N°011-0276-980023799-74 por la cantidad de S/.21,064.80 nuevos soles; la falta de renovación de ese documento, según se indica en la Carta de Resolución de Contrato enviada por la Entidad con fecha 16 de diciembre de 2009, también fue motivo de la resolución del contrato.

53. Al respecto, en su escrito de fecha 30 de marzo de 2011, SERCOAMERICA señala que los hechos que impidieron el cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales fueron ajenos a ellos, lo cual los excluye de toda responsabilidad pues sólo ante el incumplimiento injustificado de las obligaciones por su parte la Entidad podrá ejecutar la garantía de cumplimiento del contrato. Asimismo, en su demanda, SERCOAMERICA señala que de acuerdo a lo establecido en el punto 29.1 del numeral 29) de las Condiciones Generales del Contrato<sup>8</sup> al haber sido un hecho fortuito el alza del precio del azúcar, eso los exime de toda responsabilidad.

54. En relación con el punto anterior, es importante señalar que en el artículo 158° del Reglamento de Contrataciones del Estado se establece que: *“Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del*

---

<sup>8</sup> **“29. Limitación de Responsabilidad**

29.1 Excepto en casos de negligencia grave o actuación de mala fe

(a) El Proveedor no tendrá ninguna responsabilidad contractual, de agravio o de otra índoles frente al Comprador por pérdidas de producción, pérdidas de ganancias o por costo de intereses, estipulándose que esta exclusión no se aplicará a ninguna de las obligaciones del Proveedor de pagar al Comprador los daños y perjuicios previstos en el Contrato”.

*mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras" (el subrayado es nuestro); por lo tanto era deber de SERCOAMERICA mantener vigente la Garantía de Cumplimiento del Contrato hasta recibir la conformidad de la recepción de la prestación.*

55. Asimismo, el Árbitro Único considera pertinente señalar que el punto 29.1 del numeral 29) de las Condiciones Generales del Contrato no es aplicable para la exclusión de responsabilidad de SERCOAMERICA, pues este punto del contrato se refiere a una limitación de responsabilidad del proveedor frente al comprador por pérdida o daños indirectos, perdidas de ganancia, etc. que hubiera podido sufrir este último; es decir, este punto del contrato busca excluir algún tipo de responsabilidad al proveedor por los problemas consiguientes que pudiera tener el comprador con el producto entregado y de ninguna manera puede entenderse que con este punto se puede excluir la responsabilidad del proveedor por incumplimiento de sus obligaciones.
56. En ese sentido, al haber incumplido SERCOAMERICA con la entrega de los bienes a que estaba obligado y al no haber cumplido con la renovación de la Carta Fianza, la resolución del contrato por parte de la Entidad es válida; por lo tanto, esta pretensión debe ser declarada infundada.

**PUNTO CONTROVERTIDO ACCESORIO AL PRIMER PUNTO  
CONTROVERTIDO: En caso se deje sin efecto la**



**resolución del Contrato, determinar si corresponde exigir o no que el DEMANDADO cumpla con realizar el correspondiente reajuste del precio unitario pactado en el Contrato.**

57. Por ser ésta una pretensión de naturaleza accesoria, corresponde que sea declarada infundada al igual que su pretensión principal.

**SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde declarar que no corresponde la aplicación de penalidad por mora al DEMANDANTE.**

58. Como ya se ha señalado líneas arriba, el literal 29.1 del numeral 29. no es aplicable en el presente caso, por lo tanto SERCOAMÉRICA no puede eximirse de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones.
59. En este caso, de una revisión del Contrato suscrito entre las partes, sus Condiciones Generales y Específicas y los requerimientos efectuados por la Entidad, el Árbitro Único encuentra que las partes no estipularon la aplicación de una penalidad por mora del proveedor como consecuencia de su incumplimiento. Además, de los actuados se advierte que la demandada no ha aplicado ni pretendido la imposición de una penalidad por incumplimiento de obligaciones de cargo del demandante.
60. Lo que las partes pactaron fue una imposición de una liquidación por daños y perjuicios debido al retraso en la entrega y cumplimiento del proveedor, lo cual consistía, de acuerdo al numeral 26. de las Condiciones Generales del Contrato en "(...) una suma equivalente al



*porcentaje del precio de entrega de los bienes atrasados o de los servicios no prestados establecido en las CEC por cada semana o parte de la semana de retraso hasta alcanzar el máximo del porcentaje especificado en esas CEC (...)"*.

61. En consecuencia, al no haber sido pactada ni invocada por la Entidad la aplicación de penalidad por mora y por tanto, al no poder ser aplicada ésta a la presente controversia, el Árbitro Único considera improcedente esta pretensión planteada por SERCOAMÉRICA.

**TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que el DEMANDADO pague a favor del DEMANDANTE la suma correspondiente a la entrega de las 100 bolsas de Azúcar Rubia para Lima con G/R 001-845 y 30 bolsas para Piura con G/R 001-846, más los intereses legales correspondientes a la fecha efectiva de pago.**

62. Respecto a la falta de pago a cargo de la Entidad de las 100 bolsas de Azúcar Rubia para Lima con G/R 001-845 y 30 bolsas para Piura con G/R 001-846, corresponde señalar lo establecido en el numeral 15.5 de las Condiciones Generales del Contrato:

*"Si el Comprador no efectuara cualquiera de los pagos al Proveedor en las fechas de vencimiento correspondiente o dentro del plazo establecido en las **CEC**, el Comprador pagará al Proveedor interés sobre los montos de los pagos morosos a la tasa de interés establecida en las **CEC**, por el período de la demora hasta que haya efectuado el pago completo, ya sea antes o después de cualquier juicio o fallo de arbitraje"*



63. En tal sentido, el numeral 15.5 de las Condiciones Especiales del Contrato señala que *"El plazo de pago es de diez (10) días calendarios, después del cual el Comprador deberá pagar interés al Proveedor a la Tasa Legal publicada en el Diario Oficial El Peruano a la fecha de emisión de la Factura"* .

64. De acuerdo a lo establecido en el punto 10.3 de las Condiciones Generales del Contrato

*"No obstante las referencias a arbitraje en este documento*

*(a) Ambas partes deben continuar cumpliendo con sus obligaciones respectivas en virtud del Contrato, a menos que las partes acuerden de otra manera; y*

*(b) El comprador pagará el dinero que le adeude al Proveedor"*

65. Al haberse establecido claramente que ambas partes debían seguir cumpliendo con sus obligaciones y especialmente que el comprador debía pagar el dinero que adeudaba al proveedor, corresponde declarar fundada esta pretensión y ordenar a la Entidad el pago a SERCOAMÉRICA por las bolsas de azúcar rubia entregadas, al precio estipulado en el contrato, más los intereses legales correspondientes hasta la fecha efectiva de pago<sup>9</sup>, los cuales deberán liquidarse en ejecución de laudo.

#### **PUNTO CONTROVERTIDO SUBORDINADO AL TERCER**

---

<sup>9</sup> En el punto 15.5 de las Condiciones Especiales del Contrato se señala que *"El plazo de pago es de diez (10) días calendario, después del cual el comprador deberá pagar interés al Proveedor a la tasa legal publicada en el Diario Oficial El Peruano a la fecha de emisión de la Factura"*



**PUNTO CONTROVERTIDO: En caso se declare infundado el punto anterior, determinar si corresponde o no declarar consentida la resolución del Contrato efectuada por el Demandante mediante Carta Notarial de fecha 21 de enero de 2010.**

66. Por ser ésta una pretensión de naturaleza subordinada, al haberse declarado fundada la pretensión principal, no corresponde emitir un pronunciamiento sobre la pretensión subordinada.

**CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar que el DEMANDANTE pague a favor del demandado la suma de S/. 12,354.80 Nuevos Soles, más los respectivos intereses, por concepto de la diferencia impaga del monto que correspondía a la garantía de mantenimiento de la oferta.**

67. De lo solicitado por la entidad, el Árbitro Único entiende que se está solicitando que se realice una compensación, al respecto, se debe precisar que el inciso 4 del artículo 1290° prohíbe la compensación entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley, excepción que no es aplicable para el presente caso. Por lo que, este extremo del pedido debe ser declarado improcedente.
68. Sin perjuicio de lo anterior, si bien ambas obligaciones no pueden compensarse, ha sido parte de la pretensión planteada por la Entidad que se ordene el pago a SERCOAMERICA de un monto de S/. 21,064.80, equivalente al valor de la garantía y sus respectivos intereses;



69. Al respecto, de acuerdo al numeral 2 del artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado: *"La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado"*.
70. Asimismo, en el numeral 1 del mencionado artículo 164° se establece que la garantía se ejecutará a simple requerimiento de la Entidad *"cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno"*.
71. En atención a las normas antes citadas, el árbitro considera que es una consecuencia de la resolución del Contrato por causa imputable al contratista que la garantía sea ejecutada por la Entidad; sin embargo, esta consecuencia no puede entenderse como un derecho de crédito por el monto de la garantía a favor de la Entidad; es decir, no se puede ordenar a SERCOAMERICA que haga efectivo directamente el pago de los S/. 21,064.80, que es el equivalente al valor de la garantía, ni los intereses, pues el procedimiento establecido normativamente como consecuencia de la resolución del contrato es la ejecución de la garantía y no otro tipo de cobro.
72. Asimismo, en lo referente a la falta de renovación de la garantía por parte de SERCOAMERICA, debe tenerse en cuenta que ello genera la



posibilidad de la ejecución de la garantía a favor de la Entidad, en los términos previstos en las normas pertinentes; sin embargo, ello tampoco genera un derecho de cobro en contra del Contratista de los montos equivalentes a la garantía por otro medio que no sea el específicamente planteado en la norma; es decir, la ejecución de la garantía.

73. Por los motivos antes señalados, la pretensión de pago planteada por la Entidad debe ser declarada improcedente.

**QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos que genere la tramitación del presente arbitraje.**

74. Respecto a ello, el artículo 59° del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, señala lo siguiente:

*"Artículo 59. Gastos del arbitraje y laudo  
El Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo sobre los gastos arbitrales, atendiendo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral, en caso contrario, previa liquidación de la Secretaría del SNCACONSUCODE, decidirá a su entera discreción quien debe asumirlos o en que proporciones deben dichos gastos distribuirse entre las partes."*

75. Correspondiendo un pronunciamiento sobre las costas y costos del proceso, el Arbitro Único observa que durante todo el proceso, las partes han tenido razones suficientes para litigar y acudir a este proceso a resolver definitivamente las controversias derivadas de El Contrato; motivo por el cual dispone que cada una de ellas atienda por



igual lo concerniente a los costos y costas procesales, por lo que cada parte debe pagar el 50% de los gastos arbitrales.

## **IX. LAUDO**

Por las consideraciones que preceden, de conformidad con las disposiciones legales que han sido citadas y de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el Árbitro Único resuelve declarar lo siguiente respecto de las pretensiones planteadas por las partes:

**PRIMERO: INFUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda.

**SEGUNDO: INFUNDADA** la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda.

**TERCERO: IMPROCEDENTE** la segunda pretensión principal de la demanda.

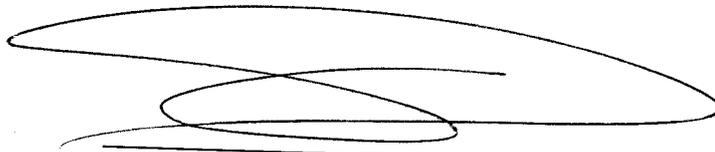
**CUARTO: FUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda, en consecuencia, PRODESA – SENASA deberá cumplir con hacer efectivo el pago correspondiente a la entrega de las 100 bolsas de Azúcar Rubia para Lima con G/R 001-845 y 30 bolsas para Piura con G/R 001-846, más los intereses legales correspondientes a la fecha efectiva de pago, los cuales serán liquidados en ejecución de laudo.

**QUINTO:** Al haberse declarado fundada la tercera pretensión principal planteada por la parte demandante, no corresponde al Árbitro Único emitir pronunciamiento alguno respecto de la pretensión subordinada.

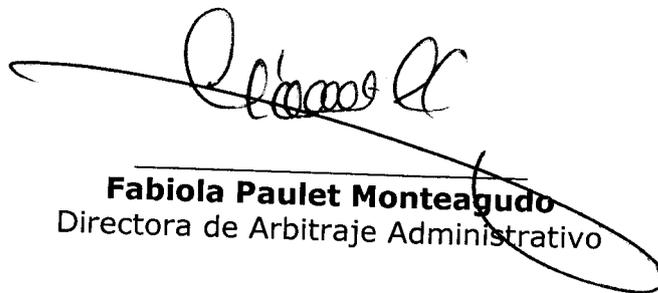


**SEXTO: IMPROCEDENTE** la reconvencción planteada por la parte Demandada.

**SEPTIMO: ORDENAR** que los costos que cada parte ha efectuado en su defensa sean asumidos por cada una de ellas y que SERCOAMERICA y PRODESA - SENASA asuman, en igualdad de porcentaje, los costos comunes del arbitraje.



**Patrick Hurtado Tueros**  
Árbitro Único



**Fabiola Paulet Monteagudo**  
Directora de Arbitraje Administrativo