



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor
de las Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones
del Estado

Resolución N° 0388-2017-TCE-S1

Sumilla: En el presente caso, se advierte que la Entidad no activó los mecanismos de solución de controversias, es decir no acudió a la conciliación o al arbitraje con respecto a la resolución del contrato efectuada por el Contratista.

Lima, 24 MAR. 2017

Visto en sesión de fecha 24 de marzo de 2017 de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 3486-2016.TCE sobre el procedimiento administrativo sancionador contra BLUE SKY SOLUTION BUSINESS S.A.C. por su supuesta responsabilidad al ocasionar que la Entidad resuelva el contrato en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 028-2016-PRODUCE – primera convocatoria convocada por el Ministerio de Producción, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. Según el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), el 24 de junio de 2016, el Ministerio de Producción, en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación Simplificada N° 028-2016-PRODUCE – primera convocatoria para la "Adquisición de software de ofimática", con un valor referencial de S/ 106,692.00 (ciento seis mil seiscientos noventa y dos con 00/100 soles), en adelante el procedimiento de selección.

Dicho procedimiento de selección fue convocado bajo la vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N° 30225, en adelante la Ley, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, en adelante el Reglamento.

El 08 de julio de 2016 se otorgó la buena pro a **BLUE SKY SOLUTION BUSINESS S.A.C.** por la suma de S/ 70,800.00 (setenta mil ochocientos con 00/100 soles).

El 26 de julio de 2016, la Entidad y **BLUE SKY SOLUTION BUSINESS S.A.C.**, en adelante el **Contratista**, suscribieron el Contrato N° 050-2016-PRODUCE, en adelante el contrato, derivado del procedimiento de selección por el monto adjudicado.

2. Con *formulario de aplicación de sanción* presentado el 14 de diciembre de 2016, la Entidad informó al Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el

Tribunal, que el Contratista habría incurrido en infracción al ocasionar la resolución del contrato.

Para sustentar ello, adjuntó copia del contrato, de la propuesta del Contratista, de la carta notarial de requerimiento de obligaciones, de la carta notarial con la que comunicó al Contratista la resolución del contrato y el Informe Técnico Legal N° 004-2016-PRODUCE-OL-jly, en el que se señala, principalmente, lo siguiente:

- Con Carta Notarial presentada el 09 de agosto de 2016, el Contratista señaló a la Entidad lo siguiente: "*(...) es importante mencionar que la licencia MZ Office 2016 Estándar en Español no podrá ser entregada a favor de vuestra Entidad por hechos totalmente ajenos a nuestra esfera de control, ya que MICROSOFT no nos quiere vender las licencias objeto de contratación, lo cual es un hecho sobreviniente a la suscripción del contrato (...) conforme a los hechos mencionados, demostramos en forma objetiva la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor y la consecuente imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a nuestro cargo (...)*".
- Ante dicha solicitud, con Oficio N° 937-2016-PRODUCE/OGA diligenciado notarialmente el 22 de agosto de 2016 al Contratista, se le comunicó que los hechos alegados no obedecen a un evento extraordinario, imprevisible e irresistible sino más bien son consecuencia de haber incurrido en competencia desleal al ofrecer, por voluntad propia, una oferta inferior al precio del mercado, situación que perjudica a la Entidad al no haber cumplido con el abastecimiento de dichos bienes. Asimismo, le otorgó un plazo de 03 días calendario a fin de cumplir con la entrega de los bienes, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
- Con Informe N° 018-2016-PRODUCE/OGA-OL del 05 de octubre de 2016, la Oficina de Logística indicó que habían transcurrido 63 días calendario sin que el Contratista haya cumplido la prestación a su cargo, por lo que había acumulado el monto máximo de penalidad por mora.
- En tal sentido, el 07 de octubre de 2016 se notificó por conducto notarial al Contratista el Oficio N° 821-2016-PRODUCE/OGA-OL con el cual se le comunicó la resolución del contrato por acumulación del monto máximo de penalidad por mora.
- La resolución del contrato no fue sometida a procedimiento arbitral ni a otro mecanismo de solución de conflictos.

3. Por decreto del 29 de diciembre de 2016 se inició procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista por su presunta responsabilidad al haber ocasionado que la Entidad resuelva el contrato en el marco del procedimiento de selección, infracción tipificada en el literal e) del numeral 50.1 de artículo 50 de



Resolución N° 0388-2017-TCE-S1

la Ley. Asimismo, se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos.

4. Con escrito presentado el 01 de febrero de 2017, el Contratista presentó sus descargos, argumentando lo siguiente:

- Como cuestión previa señala que el 08 de agosto de 2016 resolvió el contrato en base al artículo 136 de la Ley que recoge lo referido al caso fortuito o fuerza mayor y hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato.
- Señala que con correo electrónico del 02 de agosto de 2016 y carta oficial de MICROSOFT demostró a la Entidad que era imposible ejecutar la prestación pues dicha empresa no le vendería las licencias objeto del contrato.
- Al respecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 1315 del Código Civil, respecto al caso fortuito o fuerza mayor, indicando que es un evento extraordinario, imprevisible e irresistible. Esto tiene sustento además en las Opiniones N° 013-2014/DTN y N° 131-2051-DTN emitidas por el OSCE, que, según indica, son de aplicación obligatoria para todas las entidades del Estado.
- Ha dejado consentir la resolución del contrato efectuada por la Entidad, es decir no ha recurrido a la conciliación y/o arbitraje, debido a que no se puede resolver un contrato que ya ha sido resuelto, tal como lo ha señalado el Tribunal en la Resolución N° 2009-2013-TC-S2.
- De otro lado, señala que la Entidad no ha seguido el procedimiento de resolución de contrato previsto en el artículo 136 del Reglamento, pues no cumplió con notificar por vía notarial el apercibimiento, por lo que dicha carta notarial carece de efectos legales válidos. Ello se puede corroborar con la certificación realizada por el Notario en dicha carta en donde figura que la misma no pudo ser entregada debido a que no hubo persona alguna en la dirección.
- La carta de apercibimiento fue adjuntada recién como anexo, en copia simple, al notificar la Carta Notarial N° 155418-16 del 07 de octubre de 2016, que comunicó la resolución de contrato.
- Sostiene que la Entidad ha incurrido en un vicio insubsanable, lo que implica la exención de responsabilidad de su representada, tal como ha sido establecido en el Acuerdo de Sala Plena N° 006/2012 del Tribunal. Una notificación solo será válida si se ha realizado en el domicilio y conforme a lo señalado en el artículo 20 de la Ley N° 27444, pues solo así el administrado podrá ejercer su derecho de defensa.
- Señala que el debido procedimiento administrativo es una garantía consagrada en la Constitución Política del Perú.

5. Con decreto del 10 de febrero de 2017, se tuvo por apersonado y por presentados los descargos del Contratista y se dispuso remitir el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que resuelva.

FUNDAMENTACIÓN:

6. Es materia del presente procedimiento determinar si el Contratista incurrió en responsabilidad por haber ocasionado que la Entidad resuelva el contrato derivado del procedimiento de selección, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral, infracción tipificada en el literal e) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

Naturaleza de la infracción

7. La infracción materia de análisis se encuentra tipificada en el literal e) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, el cual requiere para su configuración, que el Contratista ocasione que la Entidad resuelva el contrato derivado del procedimiento de selección, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral.
8. El artículo 36 de la Ley establece que cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva su continuación, o por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el Reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato siempre que se encuentre prevista la resolución en la normativa relacionada al objeto de la contratación.

Agrega que cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se deben resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

9. En concordancia con lo antes indicado, el artículo 135 del Reglamento dispone que la Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista (i) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello, (ii) haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o (iii) paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.



Resolución N° 0388-2017-TCE-S1

Asimismo, el contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 136 del Reglamento.

De otro lado, señala que cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

10. En cuanto al procedimiento de resolución de contrato, el artículo 137 del Reglamento establece que éste se efectúa conforme a las siguientes reglas:

- i. 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 (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
- ii. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.
- iii. 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.
- iv. 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.
- v. 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, y 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.

Análisis del procedimiento formal de resolución contractual

- 11.** De la revisión del expediente, se advierte que la Entidad remitió al Contratista el Oficio N° 937-2016-PRODUCE/OGA, diligenciado notarialmente el 22 de agosto de 2016, en el cual se le comunicó lo siguiente:

"(...) la resolución contractual por caso fortuito o fuerza mayor formulada por vuestra representada carece de calidez y eficacia jurídica, toda vez que la negativa de Microsoft a vender las licencias no obedece a un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, más bien es la consecuencia por haber incurrido en una competencia desleal, debido a que por propia voluntad ofrecieron una oferta inferior al precio del mercado, lo cual no es ilícito; no obstante, como Partner de la red de negocios, ustedes tienen pleno conocimiento que se rigen según las políticas internas de la red de Microsoft y debieron adoptar la PREVISION de considerar los precios de mercado de su red local, tal como se señala en la carta de Microsoft, en la cual también se advierte que se podría cancelar su membresía de red de socios de Microsoft, como sanción por generar un clima competitivo hostil. (...)"

Asimismo, a través de dicho Oficio la Entidad le otorgó un plazo de 03 días calendario a fin de que cumpliera con la entrega de los bienes, sin perjuicio de aplicar las penalidades que acumule y bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Según se aprecia, dicha carta se encuentra dirigida al domicilio del Contratista consignado en el contrato y el Notario dejó constancia en ella de lo siguiente:

" (...) la presente carta notarial no pudo ser entregada en la dirección indicada por el remitente debido a que no hubo persona alguna en dicha dirección, no pudiendo como consecuencia de estos hechos concluir con la entrega de la presente carta notarial (...) 22 de agosto del 2016".

Posteriormente, con Oficio N° 821-2016-PRODUCE/OGA-OL, notificado por conducto notarial el 07 de octubre de 2016, la Entidad comunicó al Contratista la resolución del contrato por acumulación del monto máximo de penalidad por mora y porque la situación de incumplimiento no podía ser revertida, informándole, además, que el Oficio con el cual se le requirió el cumplimiento de obligaciones no pudo ser entregado a su dirección al no haber persona alguna que pueda recibirlo y que el plazo de entrega de los bienes venció el 01 de agosto de 2016.

- 12.** Sin embargo, en el presente caso, se advierte que con Carta Notarial presentada el **09 de agosto de 2016**, el Contratista resolvió el contrato aduciendo caso fortuito o de fuerza mayor que imposibilitaba el cumplimiento de la prestación,



Resolución N° 0388-2017-TCE-S1

sin responsabilidad de las partes, conforme al artículo 36 de la Ley. En dicha carta señaló, principalmente, lo siguiente:

"(...) es importante mencionar que la licencia MZ Office 2016 Estándar en Español no podrá ser entregada a favor de vuestra Entidad por hechos totalmente ajenos a nuestra esfera de control, ya que MICROSOFT no nos quiere vender las licencias objeto de contratación, lo cual es un hecho sobreviniente a la suscripción del contrato (...)

De esta manera, el citado artículo (artículo 36 de la Ley) prevé la posibilidad de resolver el contrato cuando debido a un hecho o evento que se considera caso fortuito o fuerza mayor resulte imposible continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, de manera definitiva. En ese sentido demostramos que en el presente caso se ha suscitado todo lo prescrito anteriormente, ya que MICROSOFT no nos venderá las licencias objeto de contratación.

(...) conforme a los hechos mencionados, demostramos en forma objetiva la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor y la consecuente imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a nuestro cargo.

(...) Por estos motivos, es procedente la resolución del Contrato (...) debido a causas de fuerza mayor o caso fortuito (...)"

- 13.** Sobre el particular, el artículo 36 de la Ley dispone que cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, o por incumplimiento de sus obligaciones conforme a lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato siempre que se encuentre prevista la resolución en la normativa relacionada al objeto de la contratación.

Cabe mencionar que, para resolver un contrato por caso fortuito o de fuerza mayor la norma, no requiere el cumplimiento de un requerimiento previo de cumplimiento de obligaciones o de intimación previa a la otra parte.

- 14.** Al respecto, de conformidad con el artículo 137 del Reglamento, cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Agrega que vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida.

15. En el presente caso, se advierte que la Entidad no activó los mecanismos de solución de controversias, es decir no acudió a la conciliación o al arbitraje con respecto a la resolución del contrato efectuada por el Contratista, a pesar que dicha resolución contractual se concretó antes que la Entidad requiriese al Contratista, por conducto notarial, el cumplimiento de sus obligaciones, dejando consentir así la resolución del contrato efectuada por aquél.

En ese sentido, se advierte que la resolución del contrato efectuada por la Entidad no puede considerarse a efectos de generar responsabilidad administrativa del Contratista, al haber sido practicada sobre un contrato que ya se encontraba resuelto por éste.

En todo caso, correspondía a la Entidad cuestionar la decisión del Contratista, a efectos que se deje sin efecto, empleando los mecanismos legales que la normativa prevé.

16. En consecuencia, este Colegiado considera que corresponde eximir de responsabilidad al Contratista por la infracción prevista en el literal e) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225 y declarar no ha lugar a la imposición de sanción.
17. Sin perjuicio de lo expuesto, advirtiéndose que en el presente caso la Entidad i) gestionó una resolución de contrato cuando ya se había producido esta por el Contratista y ii) no acudió a la sede arbitral para cuestionar la decisión del Contratista de resolver el contrato, este Colegiado considera pertinente poner en conocimiento del Titular de la Entidad la presente Resolución, a efectos de que en mérito de sus atribuciones disponga las medidas que estime pertinentes para que situaciones como la descrita no vuelvan a suscitarse.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal ponente Otto Eduardo Egúsqiza Roca y la intervención de los Vocales Gladys Cecilia Gil Candia y Víctor Villanueva Sandoval, atendiendo a la conformación de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 498-2016-OSCE/PRE del 29 de diciembre de 2016, y en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 de la Ley N° 30225 y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **no ha lugar** a la imposición de sanción contra **BLUE SKY SOLUTION BUSINESS S.A.C.**, con RUC N° 20600527615, por la infracción



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor
de las Contrataciones
del Estado

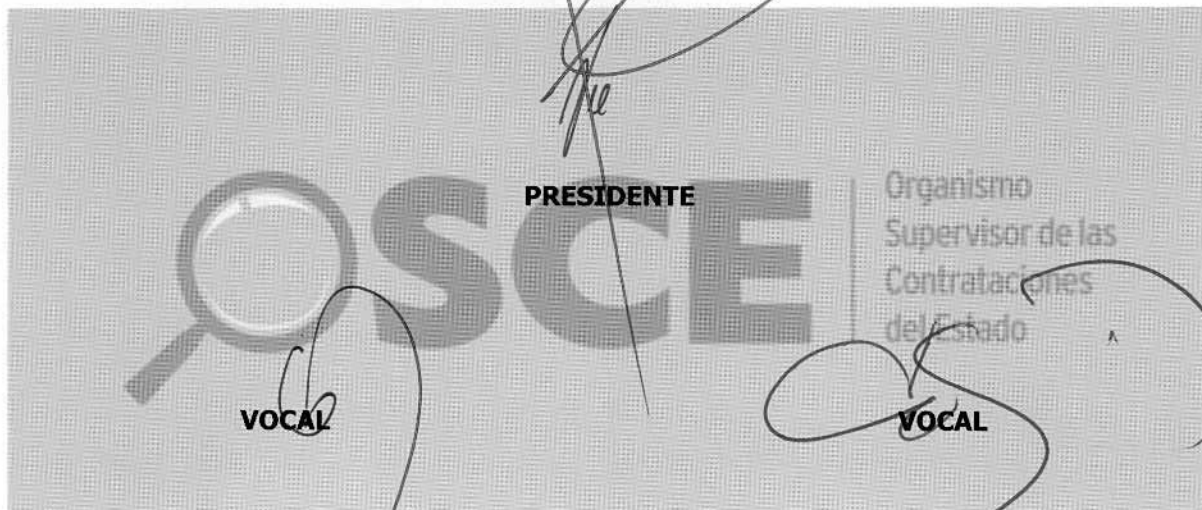
Tribunal de Contrataciones
del Estado

Resolución N° 0388-2017-TCE-S1

referida a ocasionar que la Entidad resuelva el contrato siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral, en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 028-2016-PRODUCE – primera convocatoria, convocada por el Ministerio de Producción, infracción tipificada en el literal e) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225.

2. Poner la presente Resolución en conocimiento del Titular de la Entidad, de conformidad con lo expuesto en el fundamento 17.

Regístrese, comuníquese y publíquese.



SS.
Villanueva Sandoval
Gil Candia
Egúsquiza Roca

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE, del 3.10.12"