

Oswaldo Hundskopf Exebio
Marco Ricardo Espinoza Rimachi
Álvaro Loredo Romero

DEMANDANTE : ONCH Servicios y Suministros Industriales S.A.C.
DEMANDADO : Petróleos del Perú – PETROPERU S.A.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Laudo de Derecho dictado por el Tribunal Arbitral conformado por los doctores Oswaldo Hundskopf Exebio, Álvaro Loredo Romero y Marcos Ricardo Espinoza Rimachi; en la controversia suscitada entre ONCH Servicios y Suministros Industriales (en adelante, ONCH) y Petróleos del Perú- PETROPERU S.A. (en adelante, PETROPERU).

Resolución Nº 21

Lima, 10 de noviembre de 2014

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 El 30 de diciembre de 2010, mediante publicación a través del SEACE, PETROPERU convocó al Proceso de Contratación por Competencia Mayor Nº CMA-0004-2010 –OPC/PETROPERU – 2da. Convocatoria, para la Contratación del Servicio de Suministro e Instalación de Sistema de Tratamiento de Agua de la Laguna para Uso Industrial y Doméstico.
- 1.2 Efectuada la Evaluación Técnica – Económica y determinado el Puntaje Total, resultó ganador de la Buena Pro ONCH, según consta en el Acta de fecha 18 de marzo de 2011.
- 1.3 Es así que, con fecha 13 de mayo de 2011, ONCH y PETROPERU suscribieron el Contrato Nº RCO-95413-ZF de Suministro e Instalación de Sistema de Tratamiento de Agua de la Laguna para uso Industrial y Doméstico (en adelante, CONTRATO). El objeto del CONTRATO era la instalación de una planta de ósmosis inversa para el tratamiento de agua de la Laguna, para uso industrial y doméstico.

II. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

- 2.1 En la cláusula Décimo Primera del CONTRATO, las partes expresaron su voluntad de someter las potenciales controversias a la decisión de un tribunal arbitral, señalando lo siguiente:

"CLAUSULA DÉCIMO PRIMERA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del Contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, nulidad, inexistencia, ineeficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de

estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del Contrato.

En caso el Contrato sea resuelto o PETROPERU S.A. declare su nulidad, el plazo para interponer conciliación y/o arbitraje será de quince (15) días hábiles de notificada tal decisión. Estos plazos son de caducidad.

Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial para resolver las diferencias no resueltas. El arbitraje será de derecho y será resuelto por un árbitro único o tribunal arbitral, según acuerdo de la partes, de no darse dicho acuerdo, la controversia será resuelta por árbitro único.

El procedimiento de conciliación deberá iniciarse ante un Centro de Conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia.

En los procedimientos de conciliación y arbitraje será de aplicación lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.”

- 2.2 Atendiendo a lo establecido por las partes en la cláusula antes transcrita, se advierte que la mencionada controversia deberá ser resuelta mediante un arbitraje nacional y de derecho, por lo que fue necesaria la verificación de un escenario de conflicto para que se inicie el presente proceso.

III. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 3.1 Al haberse suscitado una controversia entre las partes, ONCH solicitó el inicio del proceso arbitral y nombró como Árbitro al doctor Marcos Ricardo Espinoza Rimachi, mientras que PETROPERU designó al doctor Álvaro Loredo Romero, quienes al llegar a un acuerdo respecto del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, designaron al doctor Oswaldo Hundskopf Exebio.
- 3.2 Designados los árbitros conforme a las reglas establecidas para tales efectos, con fecha 28 de agosto de 2013, se declaró instalado el Tribunal Arbitral. A dicha audiencia asistieron los señores árbitros, Oswaldo Hundskopf Exebio, Marcos Ricardo Espinoza Rimachi y Álvaro Loredo Romero; así como el representante de ONCH, el señor Orlando Jesús Núñez Chávez, acompañado por el señor Javier Fernando Quiñones Guaniloy, en representación de PETROPERU, la abogada Ubaldina Maritza Galván Salcedo.
- 3.3 En dicha oportunidad, los miembros del Tribunal Arbitral se ratificaron en la aceptación del cargo, declarando tener disponibilidad para actuar como árbitros y que se conducirán con independencia e imparcialidad.

- 3.4 De igual forma, en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes y los árbitros acordaron las reglas procesales a seguir en el presente arbitraje, precisando le serían aplicables las reglas contenidas en el Acta, lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo Nº 1017, (en adelante, LCE), su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 184-2008-EF (en adelante, RLCE) y el Decreto Legislativo Nº 1071, que norma el Arbitraje (en adelante, la Ley de Arbitraje).
- 3.5 Por último, el Tribunal Arbitral otorgó a ONCH un plazo de quince (15) días hábiles, a fin de que cumpla con presentar su demanda arbitral, computados desde el día siguiente de suscrita el Acta de Instalación.

IV. PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y LA POSICIÓN DE ONCH

- 4.1 Por escrito presentado el 18 de setiembre de 2013, ONCH interpuso demanda arbitral postulando el siguiente petitorio, que reproducimos literalmente:

"I. PETITORIO:

El petitorio de la presente demanda es que se reconozca el monto de 1'292,600.00 (un millón doscientos noventa y dos mil seiscientos y 00/100 nuevos soles) por concepto de gastos generales, costos directos y utilidades dejadas de percibir, irrogados a la fecha, adicionales requeridos por PETROPERU, así como las costas y costos del presente proceso arbitral.

Adicionalmente, solicitamos se deje sin efecto la resolución del contrato Nº RCO-95413-ZF "Suministro e instalación de sistema de tratamiento de agua de la laguna para uso industrial y doméstico", planteada por la empresa PETROPERU y se declare la resolución del contrato por causas imputables a la Entidad, concretamente por imposibilidad material al no haber obtenido PETROPERU- Petróleos del Perú, el Estudio de Impacto Ambiental a su cargo."

4.2 FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA:

- 4.2.1 ONCH sostiene que, con fecha 23 de setiembre de 2011, PETROPERU resolvió el CONTRATO argumentando que ONCH no cumplió con subsanar satisfactoriamente el reclamo de fecha el 1º de setiembre de 2011.
- 4.2.2 El 9 de setiembre de 2011, ONCH pone en conocimiento de PETROPERU el inicio del procedimiento de conciliación extrajudicial para resolver las controversias surgidas desde el inicio de la ejecución del CONTRATO.
- 4.2.3 El 13 de octubre de 2011, ONCH señala que presenta la solicitud de conciliación extrajudicial presentando como petitorio de solución los siguientes puntos: (i) Que,

PETROPERU deje sin efecto la decisión de resolver el CONTRATO; (ii) Que, como consecuencia de continuar con la ejecución del presente CONTRATO, PETROPERU cumpla con hacer entrega del adelanto en efectivo solicitado; (iii) Que, como consecuencia de continuar con la ejecución del presente CONTRATO, PETROPERU cumpla con hacer entrega de la información técnica solicitada.

- 4.2.4 Según lo señalado por ONCH, con fecha 21 de mayo de 2012 se logra conciliar, llegando a un acuerdo que puso fin a la controversia referente a la resolución de CONTRATO, suscribiendo el Acta de Conciliación por Acuerdo Total Nº 8323-2012.
- 4.2.5 Asimismo sostiene en su demanda que, después de haber dado el visto bueno al Acuerdo de Conciliación, PETROPERU mediante Carta Notarial Nº GOPC-TE-0698-2012 recibida el 10 de setiembre de 2012, hace precisiones – no contempladas en el Acta- sobre el modo en que debe de ejecutarse la misma, manifestando lo siguiente: (i) ONCH, en el proceso de Conciliación, propuso el sistema DYNASAND incluyendo el Sedimentador LAMELLA cuyo proveedor es Nordic Water South América debiendo iniciar los trabajos de campo a partir del día siguiente de la entrega del adelanto de obra; (ii) Se aprueba la Ingeniería Conceptual, debiéndose continuar con la gestión correspondiente (iii) PETROPERU otorgará el adelanto hasta un treinta (30%) del monto contractual, previa presentación de la Carta Fianza.
- 4.2.6 A esta comunicación ONCH responde con fecha 20 de setiembre, manifestando lo siguiente: (i) Se está realizando las gestiones para la obtención de la Carta Fianza para solicitar el adelanto del 30% del monto contractual; (ii) Se está realizando coordinaciones técnico-comerciales con Nordic Water South America sobre los plazos de entrega y las configuraciones a los equipos en base a la aprobación de la Ingeniería conceptual; (iii) Se ratifica que durante la ejecución del proyecto, ONCH se ceñirá estrictamente a lo estipulado en las Bases Técnicas.
- 4.2.7 Con fecha 25 de octubre de 2012, mediante Carta Notarial Nº GOPC- TE- 817-2012, PETROPERU manifiesta lo siguiente: “*(...) en nuestro acuerdo bilateral oficializado mediante carta Nº GOPC –TE -0698-2012, dirigida a Uds. y recibida el 10 de setiembre, se indica claramente que el reinicio del saldo de plazo contractual se daba al día siguiente de recibida el adelanto de hasta el 30% previa presentación de la Carta Fianza*”. En esta misma carta, PETROPERU requiere a ONCH, bajo apercibimiento de resolución de CONTRATO, que presente la Carta Fianza por el adelanto porque, supuestamente, la demora está afectando a los intereses de la entidad y no se está procediendo de acuerdo a las coordinaciones y acuerdos tomados.
- 4.2.8 ONCH sostiene que mediante Carta Nº C-2012-108-PY de fecha 5 de noviembre de 2012 cumple con hacer entrega de la Carta Fianza Nº D192-00284753 por el adelanto. Asimismo, responde a la Carta Notarial GOPC-TE-817-2012 de PETROPERU, haciendo referencia a su Carta Notarial Nº 2012-100-PY entregada el 20 de setiembre de 2012. manifestando lo siguiente: (i) Durante el periodo indicado, se llevaron a cabo reuniones de coordinación con PETROPERU para su aprobación de la ingeniería conceptual, entre

otros asuntos, como requisito fundamental para la ejecución de las actividades; (ii) De acuerdo al calendario de ejecución de obra, en dicho periodo solo correspondía ejecutar las actividades de demolición y excavación en la zona de construcción, pero la Supervisión impidió ejecutar estos trabajos porque exigía la entrega del proyecto integral de obras civiles como requisito previo para autorizar dicha actividad; (iii) Causa sorpresa esta nueva exigencia de la Supervisión que no estaba prevista, además dicha actividad se programó en el cronograma de ejecución y el plan de trabajo aprobado por PETROPERU mediante Carta Nº GOPC-TE-0376-2012 de fecha 16 de mayo de 2012; (iv) La falta de actividad se debe a los condicionamientos de la Entidad y del Supervisor que no estaban previstos; (v) El 20 de agosto de 2012, mediante Carta Nº 2012-099-PY, se solicitó el inicio de estos trabajos y ya se había presentado los documentos correspondientes para dicho fin.

- 4.2.9 ONCH señala que mediante Carta Notarial Nº GOPC-TE-847-2012 de fecha 9 de noviembre de 2012, PETROPERU informa haber recibido la Carta Fianza de adelanto, sin embargo, en dicha carta le pone en conocimiento una nueva exigencia como condición para la entrega del adelanto, indicando: (i) Para poder tramitar el adelanto, es necesario, conforme al numeral 5 del Acta de Acuerdo de Conciliación se presente el sustento detallado que indique específicamente los equipos que serán adquiridos y (ii) Presentar el calendario valorizado de avance reprogramado del servicio y el de adquisición de equipos y materiales congruente con el adelanto.

Asimismo, mediante Carta Notarial Nº GOPC-TE-867-2012 de fecha 19 de noviembre de 2012, PETROPERU requiere a ONCH que presente la documentación sustentatoria del adelanto del 30% del monto contractual, bajo apercibimiento de resolución de CONTRATO.

- 4.2.10 El 26 de noviembre de 2012, mediante Carta Nº C-264-12, ONCH cumplió con presentar los siguientes documentos: (i) Entrega de la relación de equipos que serán adquiridos con el adelanto, contenido el detalle de: Etapa del proceso en que será adquiridas, cantidad, unidad, descripción del bien, marca, modelo y características técnicas; y (ii) el Cronograma valorizado de la obra, actualizada a la fecha.

Asimismo, ONCH precisa que el Cronograma Valorizado ha sido entregado de forma reiterativa y que la relación de equipos que conforma el sistema de tratamiento ya está aprobado. También indicó que la entrega del adelanto, de acuerdo al Acta de Conciliación, estuvo supeditada a la aceptación de la Ingeniería Conceptual, la cual se aprobó mediante Carta Nº GOPC-TE-0698-2012 y donde autoriza la entrega del adelanto previa presentación de carta fianza, sin condicionar la presentación de otro requisito diferente.

Finalmente, manifiesta que las actividades del servicio han consistido en: la Ingeniería Básica e Ingeniería de detalle, Estudio de Impacto Ambiental, entre otros. A su vez, reclama que en las gestiones que deben ser complementadas o aprobadas por PETROPERU, estas no han tenido la continuidad que las circunstancias ameritan.

- 4.2.11 ONCH sostiene, mediante Carta Notarial Nº GOPC-TE-0896-2012 de fecha 6 de diciembre de 2012, PETROPERU le pone en conocimiento la decisión de resolver el CONTRATO al hacer efectivo el apercibimiento efectuado en la Carta Notarial Nº GOPC-TE-867-2012, señalando lo siguiente: (i) La relación de equipos y componentes no reúnen las características de una sustentación verificable porque no ha sido elaborada ni avalada por su proveedor, y no se ha precisado los precios de cada equipo y/o componente, señalando que se trata de un requisito necesario para efectivizar el monto del adelanto; (ii) PETROPERU insiste que no figura el Sedimentador LAMELLA como parte del Sistema DYNASAND y como parte integrante de la propuesta de ONCH, señalando que tampoco evidencia gestiones con el proveedor del sistema, la empresa Nordic Water South America.
- 4.2.12 Sobre la ampliación de plazo del CONTRATO, ONCH señala que de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Protección Ambiental, para poder ejecutar un trabajo de hidrocarburos, el encargado de realizar el EIA es la entidad, por lo que al ser PETROPERU una entidad totalmente identificada con ese rubro se presume que conoce muy bien esa disposición; sin embargo, ONCH precisa que al entrar en coordinación con la representante de PETROPERU se dio con la sorpresa que ni siquiera sabían qué tipo sería el EIA requerido para la obra.

Es así, y en su afán de no retrasar más en CONTRATO, ONCH señala haber remitido a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas las Cartas ONCH-PP-010-2011 y ONCH-PP-068-2012 solicitando se precise el Tipo de EIA que correspondía utilizar. En respuesta a ello, mediante Oficio Nº 1012-2012-MEM/AAE el Ministerio de Energía y Minas indicó que dicha consulta sólo podía ser presentada por el titular de la actividad de hidrocarburos, es decir, en este caso PETROPERU.

- 4.2.14. Por ello, por Carta Nº 80-2012-ONCH solicitó al Ministerio del Ambiente que se aclare sobre el instrumento de Gestión Ambiental aplicable para la Instalación de la Planta de Ósmosis Inversa y quién debe formular dicha consulta, el contratista o la Entidad titular de la actividad de hidrocarburos.
- 4.2.15. Al respecto, el Ministerio del Ambiente, a través de la Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental con Oficio Nº 390-2012-MINAM-VMGA-DGPNIGA precisó que PETROPERU al ser el titular de la actividad es quien debe realizar las consultas pertinentes ante el Ministerio de Energía y Minas.
- 4.2.16. En vista de ello, ONCH comunicó a PETROPERU lo precisado por las entidades pertinentes – Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas y la Dirección General de Política Normas e Instrumento de Gestión Ambiental-; ante lo cual PETROPERU solicitó al Ministerio de Energía y Minas, mediante Carta Nº GOPC-TE-0479-2012, se le precise cual es el instrumento de Gestión Ambiental aplicable.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Marco Ricardo Espinoza Rimachi
Álvaro Loredo Romero

- 4.2.17 En respuesta a la comunicación enviada por PETROPERU, el Ministerio de Energía y Minas señaló que debe presentar una solicitud de Clasificación Ambiental y una Propuesta de Clasificación Ambiental, de acuerdo a las categorías establecidas en la Ley Nº 27446 y su Reglamento.
- 4.2.18 ONCH concluye que al haber incurrido la entidad en una serie de omisiones, que han perjudicado la ejecución del CONTRATO en el plazo inicialmente establecido, y por consiguiente, genera un perjuicio económico, financiero y logístico a ONCH, pues los gastos inicialmente planificados se han visto incrementados exponencialmente, toda vez que durante todo ese período han tenido que seguir pagando los servicios contratados para llevar a cabo la obra.
- 4.2.19 Adicionalmente, ONCH sostiene que el ejecutar la obra sin la Certificación Ambiental podría acarrear sanciones, tanto al contratista como a la entidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 15º de la Ley Nº 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto. ONCH indica que no podría correr el riesgo de cometer una ilegalidad, al iniciar la instalación de la obra, sin contar con el EIA autorizado por las autoridades pertinentes.
- 4.2.20 ONCH señala que las omisiones de PETROPERU contravienen su propio reglamento, debido a que este establece que cuando los plazos del CONTRATO han sido afectados por actos no imputables al contratista, la Entidad deberá autorizar la ampliación del plazo respectivo y reconocimiento legal que esto conlleva.
- 4.2.21 Finalmente, ONCH indica que PETROPERU simplemente hace caso omiso a su solicitud de ampliación de plazo, y al otorgarles el período de gracia lo único que buscan es que PETROPERU evada sus responsabilidades legalmente establecidas y que por una negligencia están perjudicando el avance y culminación de la instalación de la obra. En tal sentido, ONCH solicita la ampliación del plazo del CONTRATO por actos no imputables al contratista y el reconocimiento de costos directos, gastos generales y utilidades.
- 4.2.22 Sobre el reconocimiento de gastos generales, costos directos y utilidades, ONCH sostiene que ha venido gestionando una serie de actividades que no estaban dentro de sus obligaciones asumidas en el CONTRATO inicial, sino bajo responsabilidad de la Entidad, las que han generado gastos no previstos por ONCH, que corresponde ser reconocidos debido a que se encuentran legalmente acreditados (Gastos Generales Fijos).
- 4.2.23 Del mismo modo, ONCH señala que PETROPERU le solicita una Garantía por el monto del adelanto solicitado, la que es entregada; sin embargo, señalan que el monto del adelanto no les fue entregado, condicionándoles luego, la entrega de ese adelanto hasta que primero se haya elaborado la Ingeniería Básica, pese a tener pleno conocimiento de que dichos estudios son imposibles de llevar a cabo debido a que no se ha precisado el tipo de EIA correspondiente.

- 4.2.24 ONCH solicita tomar en cuenta que la presente contratación es una de Suma Alzada, lo que implica que en la oferta económica inicial no se encontraban previstos los gastos generales, fijos ni variables; por lo que sostiene que le corresponde a PETROPERU reconocer el pago de mayores gastos generales, costo directo y utilidades a favor de ella.
- 4.2.25 Sobre el punto “adicionales”, ONCH señala que está totalmente proscrito en el artículo 1954º del Código Civil referido al enriquecimiento sin causa, mucho más si se trata de Entidades Públicas, la cual deberá indemnizar al perjudicado si esto pasara; lo que significaría para ONCH, que si ya se ejecutó determinada prestación a favor de la entidad o ésta requiere que se ejecute, deberá acreditar y mostrar su disposición plena al pago que pudiera corresponder, pues de modo alguno no podría obligar al contratista a renunciar a su contraprestación o ejecución sin mediar la retribución económica respectiva.
- 4.2.26 Adicionalmente, ONCH establece que, para el caso en concreto, corresponde aplicar supletoriamente lo señalado en la Ley de Contrataciones del Estado. Así el artículo 41º de la Ley establece la posibilidad de contratar prestaciones adicionales de servicios, hasta por un monto máximo de 25% del monto contratado, siempre que resulten indispensables para alcanzar la finalidad del CONTRATO.
- 4.2.27 ONCH señala también, que PETROPERU ha venido exigiendo constantemente, la ejecución o entrega de trabajos no establecidos en las bases integradas, ni en la memoria descriptiva que contiene la misma, cuestiones tales como: (i) proveer los insumos químicos para la operación de la obra; (ii) modificación de las dimensiones de la obra; (iii) la exigencia de presentar el sistema de control SIEMENS (si en la oferta técnica se presentó el sistema de control marca ABB que fue aprobada por PETROPERU); (iv) exige sea considerado como equipo obligatorio a presentar el Sedimentador Lamella.
- 4.2.28 Respecto a la resolución del CONTRATO, ONCH sostiene que la causal señalada por la PETROPERU, “*no haber presentado la documentación sustentatoria del adelanto del 30% del monto contractual*”, no constituye una obligación contractual de acuerdo al numeral 11 del Anexo 1 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, puesto que no se encuentra contemplado ni en el CONTRATO, ni en las Bases, ni en el Reglamento de Contrataciones de PETROPERU.
- 4.2.29 Asimismo, señala que existieron irregularidades en el procedimiento de resolución del CONTRATO, ya que luego de suscribir el Acta de Conciliación por Acuerdo de Total Nº 8323-2012, PETROPERU exigió mediante Carta Notarial Nº GOPC-TE-008-2012 que presente en su propuesta de conciliación el cronograma de compras y adquisiciones de materiales indicando el proveedor de los equipos como condición de entrega del adelanto del 30% del monto contractual.

Según lo señalado por ONCH por carta s/n de fecha 30 de enero de 2012, se presentó el Plan de Gestión de Compras y Adquisiciones, sin embargo, mediante Carta Nº 073-12 de fecha 18 de mayo de 2012, ONCH manifestó rechazar la respuesta de PETROPERU del no

cumplimiento de requisitos y envía adjunto como Anexo C el plan de desembolso específico.

Por lo tanto, señala que las partes establecieron en el Acta de Conciliación la entrega del adelanto, acordando que será como máximo del 30 % contra demanda de lo requerido, debidamente sustentado, el que podrá tramitarse a la presentación y conformidad de la Ingeniería Conceptual por parte de PETROPERU, que además se encuentra bajo su dominio.

- 4.3 Mediante Resolución Nº 1 de fecha 20 de setiembre de 2013, el Tribunal Arbitral concede un plazo de tres (3) días hábiles a ONCH, a efecto que cumpla con precisar si (i) el documento presentado “Carta Notarial Nº GOPC-TE-0624-2011 de fecha 26 de setiembre de 2011” es un documento diferente al ofrecido como Anexo Nº 2 de la demanda, y, de ser así, se ofrezca debidamente; o (ii) se ha precisado erradamente el documento.
- 4.4 Por escrito presentado con fecha 26 de setiembre de 2013, ONCH señala que el Anexo Nº 2 denominado “Copia de la Resolución del Contrato planteado por PETROPERU de fecha 09 de setiembre de 2011” es la copia de la Carta Notarial Nº GOPC-TE-0624-2011 de fecha 26 de setiembre de 2011, que ha sido adjuntado en la demanda.
- 4.5 Mediante Resolución Nº 2 de fecha 2 de octubre de 2013, el Tribunal Arbitral resuelve admitir a trámite la demanda arbitral presentada por ONCH y correr traslado a PETROPERU, para que dentro del plazo de quince (15) días hábiles cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formular reconvenCIÓN.

V. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRESENTADA POR PETROPERU

- 5.1 Por escrito de fecha 25 de octubre de 2013, PETROPERU contestó la demanda presentada por ONCH, solicitando se declare infundada en todos sus extremos la demanda, conforme a los fundamentos que se exponen de forma resumida a continuación:

5.2 FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA

- 5.2.1 PETROPERU sostiene que, con fecha 02 de setiembre de 2011, remitió a ONCH la carta Nº GOPC-TE-0526-2011, por la que se le otorgaba un plazo de 5 días calendario para que envíe el cronograma valorizado, en concordancia con el numeral 2.4.5 de las Bases Técnicas y dar cumplimiento a las demás obligaciones contractuales pendientes.
- 5.2.2 Por Carta Nº GOPC-TE-0624-2011 de fecha 26 de setiembre de 2011, PETROPERU resolvió el Contrato, a razón de los serios incumplimientos por parte de ONCH.
- 5.2.3 PETROPERU aduce que, ante la resolución del CONTRATO, ONCH solicitó el inicio de la Conciliación, conforme al numeral 11 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, aprobado por Resolución Nº 523-2009-OSCE/PRE, la que, en varias oportunidades, las partes acordaron suspenderla.

- 5.2.4 Según lo señalado por PETROPERU, desde la resolución del CONTRATO hasta la suscripción del Acta de Conciliación (21.05.2012), se dieron sendas comunicaciones como la Carta s/n de fecha 26.12.2011, por la que ONCH pide el cambio del proveedor Quantum.
- 5.2.5 Con Carta Nº C-046-2012 del 26 de marzo de 2012, PETROPERU adjunta los términos que considera necesarios para continuar con el CONTRATO.
- 5.2.6 Mediante Carta Nº C-046-2012 de fecha 26 de marzo 2012, ONCH presenta la información técnica de las empresas Nordic Water South América y Bauer Internacional Corporation para el Sistema de Tratamiento de Agua en reemplazo de Quantum.
- 5.2.7 Por Carta Nº GOPC-TE-295-2012 de fecha 28 abril de 2012, PETROPERU da la conformidad a la Propuesta Nº 2 perteneciente a la empresa Nordic, en reemplazo de la empresa Quantum, e indica que ONCH debe asegurar el cumplimiento de la elaboración y aprobación del EIA en el plazo de 233 días.
- 5.2.8 Con Carta Nº 069-2012-GC del 25 de fecha abril de 2012, ONCH asegura el cumplimiento de la elaboración y aprobación de los Estudios Ambientales, dentro del plazo contractual. Asimismo, con Carta Nº 072-2012 de 11 de mayo de 2012, ONCH adjunta su Plan de Trabajo.
- 5.2.10 PETROPERU señala que mediante Carta Nº GOPC-TE-376-2012, de fecha 16 de mayo de 2012, comunican a ONCH que no cumplen con los requerimientos solicitados, incluido el Desembolso específico para justificar el adelanto.
- 5.2.11 Con Carta Nº 073-12, de fecha 18 de mayo de 2012, ONCH adjunta el Plan de Desembolso específico en el Anexo C, que no corresponde a un cronograma de compras.
- 5.2.12 Con fecha 21 de marzo de 2012, ambas partes suscriben el Acuerdo de Conciliación Nº 8323-2012, por el cual se deja sin efecto: i) la Carta Nº GOPC-624-2011, por la que se resuelve el Contrato; ii) las comunicaciones cursadas que forman parte de la conciliación; iii) la Ingeniería Básica debe ser realizada por el señor Casal de la Cía. Nordic; iv) cualquier incumplimiento de lo acordado en la conciliación y en el Contrato será motivo de resolución; y, v) el adelanto.
- 5.2.13 Con Carta Nº GOPC-TE-0624-2012 de fecha 2 de agosto de 2012, PETROPERU reitera que el Sedimentador Lamella forma parte de la propuesta técnica de Nordic.
- 5.2.14 Con Oficio Nº 1536-2012-MEM/AAE, recibido el 06.08.2012 se adjunta el Informe Nº 096-2012-MEM/AAE/ESM, en la que se absuelve la consulta respecto al instrumento de gestión ambiental aplicable.

- 5.2.15 PETROPERU sostiene que con Carta Nº GOPC-TE-698-2012, de fecha 5 de septiembre de 2012, aprueba la Ingeniería Conceptual.
- 5.2.16 Con Carta Nº 2012-103PY de fecha 21 de septiembre de 2012, ONCH solicitó propuestas a empresas consultoras habilitadas para realizar el EIA, inscritas en el MEM.
- 5.2.17 Con Carta Nº 2012-105-PY, de fecha 9 de octubre de 2012, PETROPERU señala que ONCH les comunica que ha seleccionado a Vera & Moreno S.A., como consultora habilitada para realizar el EIA.
- 5.2.18 Con Carta Nº C-2012-108-PY, de fecha 5 de diciembre de 2012, ONCH entrega la Carta Fianza por el adelanto por un monto de US\$ 525,832.46.
- 5.2.19 Con Carta Nº GOPC-TE-847-2012, de fecha 7 de diciembre de 2012, PETROPERU solicita que a la brevedad presente el sustento detallado de los equipos que se adquirirán.
- 5.2.20 Por medio de la Carta Nº GOPC-TE-867-2012, de fecha 16 de noviembre de 2012, PETROPERU le otorga un plazo de cinco (5) días útiles a ONCH para que sustente documentariamente el adelanto, bajo apercibimiento de resolver el CONTRATO.
- 5.2.21 Según lo señalado por PETROPERU, ONCH, por medio de la Carta Nº C-264-12 de fecha 26 de diciembre de 2012, adjunta la relación de equipos, en la que no presentó un cronograma de compras que justifique el máximo porcentaje.
- 5.2.22 Con Carta Nº GOPC-TE-896-2012 de fecha 5 de diciembre de 2012, PETROPERU resuelve el CONTRATO, dado que remitió relación de equipos sin haber precisado los precios de cada equipo.
- 5.2.23 PETROPERU sostiene que el otorgamiento del adelanto es una facultad que se otorga si es que ha sido establecido en las Bases, precisando que en caso de servicios se podrá otorgar un máximo del 30% del monto del CONTRATO. Señala que las Bases no establecieron un porcentaje fijo, simplemente indicaron ceñirse al Reglamento de Contrataciones, por lo que para PETROPERU sería válido que para determinar dicho porcentaje, el Contratista sustente la misma, pues PETROPERU tenía un margen de hasta 30% para otorgar dicho adelanto.
- 5.2.24 Precisa que los adelantos están destinados para la compra de los materiales y/o equipos contratados, no pudiéndose emplearse para otros bienes con el que debe necesariamente contar para prestar el servicio o la obra, por lo que para PETROPERU es fundamental que el Contratista entregue el cronograma de compras detallado.
- 5.2.25 Señala que de acuerdo al Principio de Auditabilidad que rige las contrataciones de PETROPERU “*las decisiones que se adopten deben contar con la debida documentación sustentaria*”.

- 5.2.26. PETROPERU manifiesta que el Acta de Conciliación que pretendería desconocer ONCH, es un mecanismo alternativo de solución de conflicto que se encuentra previsto en el Reglamento y en las Bases del CONTRATO y cuyos acuerdos han versado sobre pretensiones que constituyen derechos disponibles por las partes, no trasgreden ninguna norma de carácter imperativo.
- 5.2.27. Sostiene que de la Carta Nº 073-12 de fecha 18 de mayo de 2013, ONCH no presenta un cronograma de compra de equipos y/o materiales, el nombre de los proveedores y el precio de aquellos. Señala que a la fecha de su escrito no se presentó la carta fianza y que con la Carta C-264-12 tampoco se precisó los precios de cada equipo que justifiquen el haber pedido el porcentaje máximo establecido en el Reglamento. Por lo tanto, PETROPERU manifiesta que ONCH no cumplió con su obligación señalada en el Acta de Conciliación, que motivó válidamente la resolución del CONTRATO.
- 5.2.28. Asimismo, indica que ONCH no fundamenta jurídicamente cuál es la norma que invoca para solicitar la nulidad del Acuerdo Nº 5 del Acta de Conciliación Nº 8323-2012.
- 5.2.29. Respecto a no haber obtenido el Estudio de Impacto Ambiental, señala que de acuerdo al numeral 2.2.3 literal f) de las Bases Técnicas, la preparación y gestión del EIA y de todos los estudios que se requieran para la instalación de la Planta de Osmosis Inversa estarían a cargo del Contratista. Según PETROPERU, el desconocer su obligación de entregar el EIA, demostraría un total desconocimiento normativo de la Ley Nº 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.
- 5.2.30. Señala que por Carta Nº GOPC-TE-008-2012 de fecha 3 de enero de 2012, PETROPERU solicitó a ONCH se indique el nombre de la compañía que elaboraría el EIA; por lo que por Carta GOPC-TE-295-2012 de fecha 18 de abril de 2012, se precisó a ONCH que debía asegurarse el cumplimiento de la elaboración y aprobación del EIA en el plazo de 233 días.
- 5.2.31. Por Carta Nº 2012-103-PY de fecha 21 de septiembre de 2012, se indicó a PETROPERU que ONCH estaba solicitado propuestas a empresas consultoras habilitadas para realizar el EIA, inscritas en el MEM para presentar una solicitud de clasificación ambiental; precisando por Carta Nº 2012-105-PY que habría seleccionado a Vera & Moreno S.A. como consultora.
- 5.2.32. Señala que de acuerdo al Informe Nº 096-2012-MEM/AAE/ESM lo que debió hacer ONCH era contratar a una empresa registrada en el Ministerio de Energía y Minas para elaborar el documento; por lo que sostiene que sería falso que PETROPERU debía entregarles el EIA, ya que de la Bases Técnica, de las cartas enviadas por ONCH, el Cronograma de actividades y del Plan de Trabajo era una obligación del Contratista.
- 5.2.33. Precisa que conforme al Cronograma de Actividades presentado por Carta Nº 072-2012 de fecha 11 de mayo de 2012, se establecieron las fechas de la Ingeniería Básica y del

EIA, por lo que sostiene que la afirmación de ONCH no tiene ningún asidero legal ni contractual.

- 5.2.34. PETROPERU manifiesta que no sería cierta la afirmación de ONCH en señalar que no puede desarrollar la Ingeniería Básica porque no cuenta con el EIA, ya que el no contar con el EIA aprobado no impide el desarrollo de la Ingeniería Básica, pues de acuerdo al artículo 3 de la Ley Nº 27446 es obligatorio la Certificación Ambiental para la ejecución de proyecto, con lo cual la empresa puede desarrollar los Estudios de Ingeniería Conceptual e Ingeniería Básica, pero lo que no puede es ejecutar el proyecto.
- 5.2.35. Según PETROPERU, ONCH no ha argumentado legalmente la supuesta "*imposibilidad material*", ya que sus argumentos sobre el EIA son para solicitar una ampliación de plazo y no la supuesta resolución por causa imputable a la Entidad.
- 5.2.36. Respecto al reconocimiento de gastos generales, costos directos y utilidad, PETROPERU señala que era obligación de ONCH elaborar y contar la aprobación del Certificado Ambiental, por lo que no le correspondería ningún tipo de reconocimiento. Indica que la afirmación realizada por ONCH respecto a que le correspondía el pago de gastos generales variables por haber condicionado la entrega del adelanto hasta la elaboración de la Ingeniería Básica, sería falsa ya que del Acta de Conciliación Nº 8323-2012 se señalaría que la entrega del adelanto sería, entre otro, con la conformidad de la Ingeniería Conceptual, la misma que se obtuvo mediante la Carta Nº GOPC-TE-698-2012 de fecha 5 septiembre de 2012. Recalca que no se condicionó el adelanto a la Ingeniería Básica e incluso la Ingeniería Conceptual fue aprobada antes de la entrega de la Carta Fianza por el adelanto.
- 5.2.37. Asimismo, señala que las Bases establecen que en caso de una verdadera ampliación de plazo, solo se reconoce gastos generales y existe un procedimiento establecido en el numeral 21.3 de las Bases para su aprobación que ONCH no solicitó, dado que las ampliaciones de plazo carecerían sustento. A ello, PETROPERU acentúa que ONCH no ha justificado el monto reclamado.
- 5.2.38. Respecto a los adicionales, PETROPERU indica que los adicionales nunca se ejecutaron y, por tanto, no existiría nada que reconocer, más aun siendo que parte del petitorio es que se declare la resolución del CONTRATO por causa imputable de PETROPERU, quedando claro que ambas partes no pretenden continuar con el CONTRATO.
- 5.2.39. Señala que los supuestos adicionales no son tales:

- a) Productos químicos: Señala que los productos químicos no están previstos en las Bases, sin embargo, en el literal s) del numeral 2.2.3 de las Bases se establece que el Contratista está obligado a la selección y suministro de todos los Programas de Tratamiento Químico con una base de 12 meses como mínimo, por lo que estaría obligado a asumir el costo de los productos químico, correspondientes a un mínimo de 12 meses.

- b) Sistema de Control: Señala que de acuerdo a su Carta Nº C-046-2012 de fecha 26 de marzo de 2012, ONCH presenta 2 propuesta para el Sistema de Control, la propuesta de DIN Automatización S.A.C. y la propuesta de ABB y no presenta propuesta de Siemens. Además indica que PETROPERU no le exigió que sea esta última empresa y que prueba de ello sería que ONCH no presenta ningún documento que acredite tal afirmación.
- c) Parámetros de conductividad: Indica que ONCH no presenta ningún documento que avale que PETROPERU está modificando los parámetros de conductividad para agua industrial y se ciñe a lo dispuesto en el Anexo 4 de las Bases.
-) d) Sedimentador Lamella: ONCH manifiesta que debe ser considerado un adicional. Al respecto, PETROPERU señala que el cambio del proveedor Quantum a Nordic, solicitado por el propio ONCH, se aceptó sobre la base de la Propuesta Técnica de Nordic que incluía el Sistema DYNASAND 5000 AD, que es un sistema para el Pre-Tratamiento del Proceso de Osmosis Inversa y cuyo sistema está compuesto por el Separador Lamella, que también se detalla en la propuesta técnica y que sirve como un separador de sólidos para el Pre-Tratamiento. Esta propuesta técnica se encuentra adjunta a la Carta Nº C-046-2012 de fecha 26 de marzo de 2012, en la que claramente se encuentra el Sistema DYNASAND y el Separador Lamella como componente del citado Sistema; por lo que sería falso que se haya considerado una propuesta opcional como alega ONCH.

Recalca que con Carta Nº GOPC-TE-0624-2012 de fecha 2 de agosto de 2012, PETROPERU reitera a ONCH que el Sedimetador Lamella forma parte de la propuesta técnica de Nordic presentada por la misma contratista ONCH para el cambio de su anterior proveedor Quantum y que ello no variaba las condiciones del CONTRATO.

-) 5.3 Mediante Resolución Nº 4, de fecha 28 de octubre de 2013, el Tribunal Arbitral resuelve:
(i) Admitir a trámite el escrito de contestación de demanda arbitral presentado por PETROPERU; (ii) Citar a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos el día miércoles 13 de noviembre de 2013, a las 6:00 p.m.; y (iii) Otorgar a ambas partes el plazo de tres (03) días hábiles para que formulen sus propuestas de puntos controvertidos.
- 5.4 Por escrito presentado el 4 de noviembre de 2013, PETROPERU cumple con proponer sus puntos controvertidos; por lo que mediante Resolución Nº 5 de fecha 8 de noviembre de 2013, se tiene por presentada la propuesta, con conocimiento de la contraparte.
- 5.5 Por escrito presentado el 12 de noviembre de 2012, ONCH solicita al Tribunal Arbitral la suspensión de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, debido a que presentaría un escrito de ampliación de la demanda arbitral, el cual se deberá poner en conocimiento de PETROPERU, a efectos de que ejerza sus derechos y pueda realizarse de manera adecuada la mencionada audiencia.

VI. DEL ESCRITO DE AMPLIACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR ONCH

- 6.1 Por escrito de fecha 14 de noviembre de 2013, ONCH amplió la demanda presentada el 18 de setiembre de 2013, postulando el siguiente petitorio, que reproducimos literalmente:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL AUTÓNOMA [en adelante, Primera Pretensión]

Solicitamos que se reconozca el monto de 1'292,600 (un millón doscientos noventa y dos mil seiscientos y 00/100 nuevos soles), por concepto de daño emergente y lucro cesante, así como las costas y costos del presente proceso arbitral.

Adicionalmente, solicitamos se deje sin efecto la resolución del Contrato N° RCO-95413-EF, planteada por la empresa PETROPERU y se declare la conclusión del contrato, fundamentando nuestra pretensión en la imposibilidad fáctica y jurídica de cumplimiento por causa imputable a la entidad.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL [en adelante, Segunda Pretensión]

En el improbable supuesto que se desestime nuestra primera pretensión, solicitamos que se reconozca el monto de 1'292,600 (un millón quinientos mil y 00/100 nuevos soles), por concepto de daño emergente, así como las costas y costos del presente proceso arbitral.

Adicionalmente, solicitamos se deje sin efecto la resolución del contrato N° RCO-95413-EF, planteada por la empresa PETROPERU y se declare la conclusión del contrato, fundamentando nuestra pretensión en la imposibilidad fáctica y jurídica de cumplimiento, por causa imputable a la entidad, al no haber obtenido PETROPERU, el Estudio de Impacto Ambiental a su cargo.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL [En adelante, Tercera Pretensión]

En el improbable supuesto que se desestime nuestra primera pretensión, solicitamos que se reconozca el monto de 1'500,000 (un millón quinientos mil y 00/100 nuevos soles), por concepto de daño emergente y lucro cesante, así como las costas y costos del presente proceso arbitral.

Adicionalmente, solicitamos se deje sin efecto la resolución del contrato N° RCO-95413-EF, planteada por la empresa PETROPERU y se declare la conclusión del contrato, fundamentando nuestra pretensión en la imposibilidad fáctica y

jurídica de cumplimiento, por causa imputable a la entidad, considerando la conducta contraria a la Buena Fe de la entidad, así como sus acciones a partir de la carta en la que plantean la Resolución del contrato”.

6.2 AMPLIACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO

- 6.2.1 ONCH sostiene que el 7 de marzo de 2011, se presentó al concurso público convocado por PETROPERU. Asimismo, que el 14 de marzo de 2011, presentó una declaración jurada por la cual señala que proveerá el sistema de control DCS para el proyecto, adjuntando un catálogo correspondiente; y, que el 31 de marzo de 2011, solicitó la documentación correspondiente para la suscripción del CONTRATO, teniendo en cuenta el numeral 18.1 de las Bases.
- 6.2.2 Agrega que el 8 de abril del 2011, entregó la información requerida en la Carta GOPC-AD-UL-198-2011 por mesa de parte de PETROPERU y cumplió a cabalidad el requerimiento de los exámenes médicos y certificados policiales del personal de ONCH.
- 6.2.3 Mediante la Carta GEOPC-AD-UL-215-2011 de fecha 13 de abril de 2011, PETROPERU solicitó los certificados policiales de los trabajadores involucrados en el servicio, dando plazo únicamente hasta el día siguiente. Mediante Carta C-048-11, ONCH entregó la lista de los antecedentes policiales de los trabajadores que ejecutarían el servicio, indicando los nombres de los 18 trabajadores, así como sus certificados y el certificado de homologación del soldador señor Llactarimay.
- 6.2.4 Señala que por Carta GEOPC-AD-UL227-2011, se solicita los certificados de homologación del soldador, señor Llactarimay, otorgándose el plazo hasta el 29 de abril. El día mencionado, mediante Carta C-053-2011, ONCH responde la Carta GOPC-AD-UL-227-2011, indicando que en la Carta C048-2011 se entregó el certificado de homologación del señor Llactarimay.
- 6.2.5 Con fecha 2 de junio de 2011, ONCH presenta la Carta 078-2011 mediante la cual solicita el adelanto del 30% del monto contractual. Asimismo, el 7 de junio de 2011, mediante Carta GEOPC-TE-P025-2011 se indicó que para la entrega del adelanto solicitado en la Carta C078-11 se requiere necesariamente de una carta fianza por el monto solicitado.
- 6.2.6 De igual manera el 22 de junio de 2011, ONCH presenta Carta 087-11, mediante la cual presenta a la Ing. Isabel Rojas Vicuña como Ingeniera Residente, pues PETROPERU consideraba que el Ing. Fernández no cumplía los requerimientos médicos. Asimismo, el 23 de junio se presenta al Ing. Fred Ramos como Ingeniero de Seguridad.
- 6.2.7 Sostiene que, mediante Carta GEOPC-TE-0359-2011, del 23 de junio de 2011, PETROPERU indica que hasta el momento no se han iniciado los trabajos y que se da un plazo de 5 días para iniciar los servicios, en caso contrario se resolverá el CONTRATO. Asimismo, ONCH señala que mediante Carta Notarial 089-11-ONCH, responde

indicando que la razón por la que no se ha iniciado el servicio es la búsqueda de reemplazos para los ingenieros de seguridad e ingeniero residente, exámenes de salud y el tiempo de cumplimiento del Laboratorio Cantella en la entrega de resultados, por lo que se reenvía los curriculums vitae de los profesionales presentados, indicando que en cuatro días se dará inicio al servicio. Asimismo, mediante esta carta se hace entrega de los certificados policiales del ingeniero de Seguridad. Al respecto, ONCH sostiene que sólo en este punto, se evidencia el ánimo conflictivo de la entidad, en lugar de la búsqueda de soluciones.

- 6.2.8 ONCH sostiene que el 27 de junio de 2011, PETROPERU les cursó la Carta GEOPC-TEC-0369-2011, mediante la cual le comunica que el personal propuesto para el puesto de Ing. Residente e Ing. de Seguridad ha sido formalmente aprobado, solicitándose se inicie el servicio el día siguiente.
- 6.2.9 Indica que el 30 de junio, mediante Carta C091-11 hizo entrega de los certificados policiales de Isabel Rojas Vicuña, Ing. Residente. Asimismo, indica que el 11 de julio mediante Carta PP-001-2011 se hace entrega de la Programación de Julio 2011, relativa a la confirmación de la charla de inducción al personal.
- 6.2.10 Señala que el 19 de julio mediante Carta PP-002-2011, solicitó que se le proporcione energía eléctrica para el container-oficina, señalando incluso la permanente disposición a cancelar el consumo de energía según las indicaciones de PETROPERU. De igual forma, sostiene que mediante Carta PP-003-2011, solicitó la autorización para ingreso de vehículos adjuntando la información de las camionetas que serían utilizadas.
- 6.2.11 ONCH señala que mediante Carta GEOPC-TE-P-035-2011 del 23 de julio, PETROPERU manifestó su preocupación por el retraso del proyecto, argumentando que no se cumplió a tiempo con los exámenes médicos del personal, que la entrega del terreno se dio el 1º de julio del 2013 y que a la fecha no se presentó la carta fianza por el adelanto solicitado. Asimismo, señaló que ella se precisó que “*no se ha cumplido con el cronograma*” presentado, y que el 20 de julio se dio el traslado de la oficina-container el que, en su criterio, no puede ser descargado por supuestas “razones de incapacidad e inexperiencia”. También sostuvo que se daría un plazo de 5 días calendario para la presentación del cronograma total, bajo posible resolución del CONTRATO.
- 6.2.12 ONCH indica que el 27 de julio mediante Carta PP-006-2011, se hace entrega de la carta fianza, a fin de obtener el adelanto del 30%. Señala que mediante Carta Notarial 007-2011 se da respuesta a la Carta GOPC-TE-P-035-2011 precisando que el 1º de julio se inició el servicio y que recién el doce (12), se asignó un espacio físico para la colocación de la base operativa, por lo que se pudo hacer entrega del cronograma del servicio, del recuento de actividades, y que se están cumpliendo las exigencias de seguridad de PETROPERU, ya que de forma inesperada el 19 de julio cambiaron la ubicación de la base operativa a un lugar donde se dificultaba la actividad.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Marco Ricardo Espinoza Rimachi
Álvaro Loredo Romero

- 6.2.13 ONCH sostiene que el 6 de agosto de 2011, PETROPERU cursó la Carta GEOPC-TE-0447-2011, mediante la cual señala que las demoras no son atribuibles a PETROPERU, que desde la entrega del terreno, ONCH se apersonó 12 días después solicitando un lugar para colocar oficinas provisionales, y que luego el 19 se cambió la posición de la misma por "razones operativas". Agrega que PETROPERU señala, que el cronograma presentado en julio carece de valor contractual por no estar de acuerdo a lo estipulado en las bases, que las actividades ejecutadas no tienen un valor tangible, y se acusa recibo de la carta fianza por el adelanto, por lo que se dan dos días calendario para subsanar las omisiones a la programación, bajo amenaza de resolver el CONTRATO. ONCH sostiene que dos días después, en respuesta a la Carta Notarial GOPC-TE-P-0447-2011 aclara de forma irrefutable a PETROPERU, en el sentido que el comienzo del servicio se da el 30 de junio, después de la entrega del terreno y sólo puede computarse válidamente el plazo del CONTRATO desde el primero de julio, tal y como consta en el Cuaderno de obra. Según ONCH, envió el cronograma sin tener respuesta y dos días después, a través de la Carta Notarial 009-2011 se hace referencia a la carta notarial entregada a PETROPERU, donde se indica que se ha respondido y se adjunta la copia de la recepción de la misma.
- 6.2.14 El 31 de agosto, ONCH, a través de la Carta PP-015-2011, hace entrega de la propuesta de tendido de tubería de la nueva red de agua al Ingeniero Vásquez de Supervisión. El 2 de septiembre, a través de la Carta PP-016-2011 ONCH hace entrega de la propuesta del tendido de tubería de la nueva red de agua, a través de la mesa de parte de PETROPERU.
- 6.2.15 Sostiene que el mismo día, PETROPERU a través de la Carta GEOPC-TE-0526-2011 indica que a raíz de las reuniones del 15 y 18 de agosto aclararon los siguientes puntos "*incumplidos contractualmente*": 1) Se solicitó el cronograma de la obra y el cronograma valorizado los que concordaban entre ellos; 2) PETROPERU solicitó información adicional de la formalización del acuerdo comercial con la empresa española QUANTUM; 3) Debe presentarse al Ing. Gilberto León con el cargo de Gerente de Proyecto el cual debe ser permanente, bajo penalidad; 4) se evidencia "poco avance" en el servicio; 5) ONCH debe cumplir con su compromiso de subsanar las fallas. Asimismo, sostiene que la entidad añade en su carta que ninguno de los ofrecimientos ha sido cumplido hasta el momento, por lo que otorga cinco días para presentar el cronograma valorizado conforme a lo solicitado en las bases.
- 6.2.16 ONCH indica que el 08 de septiembre, mediante Carta Notarial PPO20-2011, se informó la visita del personal de la empresa QUANTUM para ver la zona de trabajo. Señala que al día siguiente dio respuesta refutable y contundente a la Carta Notarial GOPC-TE-P-0526-2011 señalando lo siguiente: 1) Que no se cumplió con el envío de los cronogramas según lo establecido en las bases, por el contrario, la entidad ha incumplido con la entrega del adelanto de la obra; 2) Que no se estableció en las bases que sea requisito formalizar el trato con QUANTUM para la entrega del adelanto; 3) Afirmó que no necesariamente el Gerente del Proyecto tiene que estar trabajando dentro de PETROPERU; 4) Que la demora en la Ingeniería Básica se debe a que la

ingeniería previa recién fue entregada el 6/09/2011, por lo que no es imputable; y, 5) ONCH solicitó la entrega de cierta información previa como procedimientos, normas, ante la práctica reiterativa de PETROPERU de no verificar ex ante los procedimientos, a fin de brindar información necesaria a sus contratistas.

- 6.2.17 ONCH sostiene que el 9 de septiembre a través de la Carta PP-023-2011 se informa de la carta notarial anterior y se entrega por mesa de partes. El quinceavo día del mes, a través de la Carta C-132-11 se informa de la renuncia del Ing. de Seguridad y se designa formalmente su reemplazo. Asimismo, el 21 de septiembre, a través de la Carta PP-025-2011 se designa el Ingeniero encargado de obras civiles, adjuntando su curriculum vitae.
- 6.2.18. ONCH indica que el 26 de septiembre, la entidad cursa la Carta Notarial GEOPC-TE-0624-2011, por la cual plantea irregularmente la resolución del CONTRATO y se cita para el recojo de la carta fianza por el adelanto y para efectuar el inventario notarial de la liquidación y estado situacional del servicio. Asimismo sostiene que el 7 de octubre, a través de la Carta Notarial GEOPC-TE-0651-2011 se solicita que se presente la factura correspondiente a la Valorización 01 y se pide recoger la carta fianza por el adelanto y el inventario notarial realizado.
- 6.2.19. Señala que el 10 de octubre, mediante carta notarial adjunta la valorización Nº1 y se aclara que: 1) El envío de la misma no representa de ninguna forma la aceptación de la irregular resolución de CONTRATO; 2) Se indica que se irá a recoger la carta fianza por adelanto; 3) Se adjunta el inventario notarial de la liquidación, *así como se indica que el estado situacional del servicio*, realizado el 27 de septiembre no es válido debido a que no fue notificado oportunamente.
- 6.2.20 Sostiene que, mediante Carta GOPC-TE-0790-2011 del 22 de noviembre, PETROPERU recordó que a la fecha no se presentó la nueva propuesta del proveedor. El mismo día, mediante Carta C 145-11 del 28 de noviembre se hizo llegar la propuesta técnica de la empresa BAUER.
- 6.2.21 Indica que mediante Carta del 12 de diciembre, ONCH solicitó reunión para tratar sobre la oferta técnica de BAUER: 1) Se mencionó que el cambio de proveedor se dio debido a que existía un acuerdo técnico económico y de plazos con la empresa española QUANTUM; 2) ONCH se comprometió a subsanar las observaciones técnicas de la propuesta de BAUER de acuerdo a las bases; 3) Se planteó la posible reunión de trabajo para el martes trece de diciembre en la sede Conchán de la entidad. Asimismo, indica que mediante GOPC-TE-0855-2011, se mencionó que PETROPERU en ningún momento aceptado el cambio de proveedor debido a que con ésta propuesta técnica se ganó el concurso, así como que se esperan los documentos que sustenten las razones por las cuales Quantum no podrá cumplir su compromiso.
- 6.2.22 Sostiene que el 26 de diciembre mediante carta s/n, se respondió a la Carta GOPC-TE.0855-2011 por la cual se dio respuesta a la reunión acordada el 13 de diciembre.

Asimismo, sostiene que el 5 de enero, mediante Carta Notarial 4362-GEOPC-TE-P-08-2012, se solicitó información que debía ser consignada en la propuesta de ONCH, sobre el Nuevo Proveedor de Equipos para evaluación de PETROPERU. Indica que mediante GEOPC-TE-P-048 del 18 de enero, en referencia a la carta anterior, se solicita se entregue la información requerida con el tiempo suficiente para su evaluación. Señala que el 31 de enero, mediante carta notarial se hace entrega de la información solicitada por PETROPERU mediante la Carta GEOPC-TE-P-082012.

- 6.2.23 ONCH indica que el 31 de enero del 2012 hace entrega de la información requerida en la Carta GEOPC-TE-P-08-2012 por mesa de parte de PETROPERU. Asimismo, señala que el 9 de febrero mediante Carta C-020-12, actuando en base a la buena fe contractual, solicita elaborar un plan de reuniones para aclarar las dudas que pudiera tener la entidad e indica que cuando haya un consenso se generará un compromiso y un cronograma de inversión conciliado.
- 6.2.24 ONCH sostiene que mediante Carta Notarial 5407-GEOPC-TE-0138-2012 del 28 de febrero del 2012, se da respuesta a la carta s/n de ONCH del 31 de enero, señalando que la empresa no cumple a cabalidad lo solicitado. De igual forma, el 26 de marzo mediante Carta C-046-2012 se hace referencia a la Carta Notarial Nº 5407-GEOPC-TE-0138-2012, que envía propuesta con las observaciones planteadas.
- 6.2.25 Sostiene que mediante Carta GEOPC-TE-0295-2012 PETROPERU manifiesta su plena conformidad con la Propuesta Nº2 de Nordic Water (NW) y plantea 4 condiciones básicas para la conciliación: 1) Que la ingeniería básica y de detalle será ejecutada por una “Empresa de experiencia”; 2) Que se ha elegido a la empresa que debe prestar la dosificación química; 3) La representación de ONCH A NW; 4) “Cumplir con EIA” y ratificar al Ing. Jesús Alfonso como Jefe de Proyecto; 5) ONCH asegura la representación de NORDIC en el Perú; 6) Asegurar el cumplimiento del EIA en el plazo contractual; y, 7) Se ratifica el plazo de ejecución del proyecto en 233 días calendario.
- 6.2.26 ONCH manifiesta mediante Carta Notarial de fecha 25 de abril del 2012, se indicó su pleno compromiso de que PETROPERU esté libre de cualquier proceso judicial o intimación de algún proveedor de ONCH. Asimismo señala que mediante Carta 69-2012.GC del 27 de abril, adjuntó los documentos que satisfacen las condiciones de PETROPERU para la Conciliación Extrajudicial.
- 6.2.27 Sostiene que el 14 de mayo mediante Carta 072-2012, se presentó el resumen de los puntos a conciliar tratados en reunión de conciliación del 25 de abril. Asimismo, hace referencia a correo con información detallada solicitada por PETROPERU e indica que se adjuntó lineamientos generales de los planes de trabajo del proyecto en dos etapas, calendario de trabajo valorizado, así como declaración jurada que indica que NORDIC efectuará la ingeniería básica, se dará el adelanto de obra siempre y cuando estén los equipos formalmente aprobados por PETROPERU.

- 6.2.28 Señala que el 17 de mayo mediante Carta GEOPC-TE-0376-2013, PETROPERU manifiesta que no le satisface la información entregada con Carta N°069-2012-GC-ONCH. Adjunta hoja de evaluación con 6 observaciones y exige que específicamente se exima totalmente la responsabilidad a PETROPERU por posible reclamo de QUANTUM. De igual forma, que el 18 de mayo, mediante Carta N° 073-12, indica que no están de acuerdo con que su documentación no cumpla los requisitos, por tratarse de una afirmación ligerísima e indica que enviarán documentos en el que eximen de responsabilidad a PETROPERU de cualquier reclamo de QUANTUM.
- 6.2.29 Sostiene que el 18 de mayo, ONCH envía una carta por la cual indica que la propuesta de NORDIC WATER es superior en todo sentido y eximen de responsabilidad a PETROPERU en el caso hipotético que QUANTUM inicie alguna acción legal. Asimismo, que mediante la Carta 75-2012 de fecha 30 de mayo, se presenta al Ingeniero Jesús Alfonzo como Gerente del Proyecto y mediante Carta 74.2012 se adjunta carta de intención remitida a NORDIC WATER para la compra de los equipos. ONCH indica que se le informó a PETROPERU la presencia del señor. Javier Casal de Nordic Water para los días 4, 5 y 6 de junio de 2012, a fin de poder concretar una reunión.
- 6.2.30 según ONCH, mediante Carta 85-PY de fecha 3 de junio, solicitó autorización para ingreso de vehículo camioneta suzuki 4x4, año 2008, Placa: LGG- 618. De igual forma, mediante Carta 76.2012 solicitó autorización para que CERPER pueda efectuar la toma de muestras de la CALIDAD DE AGUA de la laguna. De acuerdo a ONCH, el mismo día se presentó formalmente a la Ing. María Rosario Guzmán Bravo como Ingeniera de Seguridad y que el curriculum vitae les fue entregado el 26.03.2012 con Carta N° 046. Además, precisa que mediante Carta 88.2012 de fecha 7 de junio, la empresa solicitó el ingreso de cámara digital para la Ing. de Seguridad, pedido que fue rechazado verbalmente.
- 6.2.31 Indica que el 8 de junio, mediante Carta 83.2012, se hace llegar a la Ingeniería conceptual, donde a expresa solicitud de los Ingenieros José Chambi y Teodoro Martínez, indica que hace llegar aclaraciones de consultas técnicas surgidas tras la exposición del señor Javier Casal de NW, en la presentación de la Ingeniería conceptual.
- 6.2.32 Asimismo, señala que mediante Carta 78.2012 de fecha 11 de junio, presentó al Ing. Manuel Marcelo Paz Mercedes como Ing. Residente cuyo curriculum vitae fue presentado el 26.05.2012 a PETROPERU.
- 6.2.33 Señala que por Carta 79.2012 de fecha 11 de junio, presentó a las personas que realizarían los estudios de suelos y arquitectura, adjuntando el curriculum vitae y plan de trabajo. Sostiene que mediante carta 81.2012, solicitó autorización a PETROPERU para hacer el seguimiento ante el MINEM respecto a la consulta del EIA. Indica que el 20 de junio mediante Carta GEOPC-TE-0479-2012, PETROPERU se ratificó en estar conforme en que ONCH realice el seguimiento de la consulta del EIA y que, mediante Carta GEOPC-TE-P-060-2012, PETROPERU da respuesta a la absolución de consultas

respecto a la propuesta TCA de NW Rev y solicita información técnica específica de los equipos menores, planteando 20 preguntas.

- 6.2.34 ONCH indica que el 2 de julio, a través de Carta 85.2012, solicita autorización de ingreso de vehículo de la Arq. Mondragón. Por Carta 84.2012 de fecha 3 de julio, presenta al Ing. Edgar Flores Azanedo para la elaboración del estudio de suelos y cimentación de los tanques y de la planta, por lo que se adjunta curriculum vitae y plan de trabajo. Además señala que el 4 de mayo, solicitó autorización de ingreso de JUST IN TIME S.A.C. como apoyo en el estudio de suelos y que el 5 de julio de 2012 se solicitó autorización de ingreso para Ancro S.A. para el mantenimiento sanitario.
- 6.2.35) Por Carta 086.2012.PY de fecha 6 de julio, ONCH presentó la renovación de las cartas fianzas por fiel cumplimiento y garantía de obligaciones laborales. Mediante Carta 087.2012.PY de fecha 9 de julio, se dio respuesta a las observaciones respecto la Rv 5 (Ingeniería Conceptual) de NORDIC WATER. Se presentan sustentos técnicos y se solicita aprobación de los equipos para la compra. Por Carta 082.2012.PY de fecha 20 de julio, se reiteró la aprobación de los equipos DYNA SAND. Además, precisaron en dicha carta que los riesgos de cambios en las condiciones comerciales por parte de NORDIC WATER se debían a la excesiva e injustificada demora de PETROPERU en la aprobación, por lo que se plantea la posibilidad de la ampliación de plazo, por lo que resulta necesario colocar en agenda una reunión.
- 6.2.36) Indica que el 23 de julio, mediante Carta 091.2012-PY, ONCH entregó el plano de referencia que indica los linderos hechos por la Arquitecta Mondragón y mediante Carta 092.2012.PY hizo entrega del análisis de la calidad de agua de la laguna ejecutado por CERPER.
- 6.2.37) Sostiene que el 30 de julio, PETROPERU mediante Carta Notarial Nº8184 GEOPC-TE-P-079-2012 manifiesta que los equipos DYNA SAND están aprobados con Carta Nº295 (18.04.2012). Se ratifica los linderos de la planta y confirman cita para el 31 de julio, a las cuatro de la tarde. El 2 de agosto, la entidad mediante Carta Notarial Nº8355 GEOPC-TE-0624-2012 sustenta que el sedimentador LAMELLA era parte de la propuesta de ONCH para la conciliación. Dan plazo de 5 días para respuesta de ONCH, bajo acciones legales. Sostiene que el 3 de agosto, mediante Carta Notarial 092.2012.PY ratificaron y aclararon las interpretaciones de la entidad, señalando que el Sedimentador LAMELLA no está dentro de la oferta de ONCH. Precisó que ONCH mediante Carta Nº 093-2012-ONCH solicita aprobar la ingeniería conceptual; ampliar el plazo contractual de 8 semanas; y tramitar el adelanto del 30% del monto contractual.
- 6.2.38) ONCH sostiene que el 8 de agosto mediante Carta 095-2012-PY, señala en aplicación de la Ley Nº 29783, es necesaria la implementación de un plan de emergencia, gestión de actividades y lista de actividades del proyecto.
- 6.2.39) Sostiene que el 10 de agosto mediante Carta 2012-096-PY, entregó el informe final del estudio mecánico de suelos. Asimismo, señala que el 15 de agosto, mediante Carta

Notarial 2012-97-PY, la empresa se ratificó en que el Sedimentador LAMELLA no forma parte de los equipos entregables por CONTRATO y solicita cita para tratar al respecto. Mediante Carta Notarial Nº 8637 GOPC-TE-P-087-2012 de fecha 17 de agosto, la entidad señala que ONCH no está realizando actividades en el área y confirma la información de entrada (caudales y calidad de agua); y plantea exigencias aún mayores (no establecidas en bases respecto al agua de proceso). Asimismo, se ratifica en exigir que el Sedimentador Lamella sea considerado en el equipamiento obligatorio por ONCH. El 21 de agosto, mediante Carta Nº2012-098-PY, ONCH remite información sobre el levantamiento topográfico y perfil de la línea de impulsión.

- 6.2.40 De acuerdo a lo señalado por ONCH mediante Carta Nº 2012-099-PY de fecha 21 de agosto, solicitó la autorización de trabajos de demolición de oficinas dentro del área de la planta de tratamiento y que por Carta GEOPC-TE-P-090-2012 de fecha 23 de agosto, PETROPERU da respuesta a esta solicitud indicando que no se ha cumplido con entregar el ESTUDIO DE SUELOS, ni bosquejo de obras civiles. La entidad, sin considerar el impacto de su desempeño organizacional, reclama la supuesta existencia de falta de planificación y profesionalismo.
- 6.2.41 El 5 de setiembre, PETROPERU mediante Carta Notarial Nº 8946 GOPC-TE-0698-2012, insiste en su posición de exigir el sedimentador LAMELLA. La entidad aprueba la ingeniería conceptual y otorga adelanto de 30% del monto contractual, así como fija un plazo de 233 días calendario de iniciado las actividades. Por Carta Notarial Nº 2012-100-PY de fecha 20 de septiembre, ONCH contesta la Carta GOPC-TE-P-090-2012 de la entidad, así como las anotaciones en el cuaderno de servicio sobre la supuesta y ficticia inactividad de ONCH, afirmaciones que se rechazan por estar en negociaciones con PETROPERU y por las constantes nuevas exigencias de última hora. Indica que mediante Carta Notarial Nº 2012-101-PY de fecha 20 de septiembre, se informó que se estaba gestionando la carta fianza para el adelanto del 30% del monto contractual. De igual forma, se coordinó con NORDIC WATER la entrega de equipos y asumiendo la conformidad a las respuestas de ONCH a las observaciones hechas a la ingeniería conceptual.
- 6.2.42 Indica que mediante Carta Nº2012-106-PY de fecha 11 de octubre, ONCH presenta a PETROPERU la Factura Nº 0008322, por el monto de \$14.789.75 y que mediante Carta Nº 2012-2017-PY de fecha 23 de octubre, se entregó el cuaderno de servicio de ONCH. Asimismo, señala que Mediante Carta Nº 2012-108-PY de fecha 2 de noviembre, se entregó de la Carta Fianza Nº D192-00285753, emitida por el Banco de Crédito, por concepto del 30% del monto contractual \$525,832.46.
- 6.2.43 Sostiene que el 26 de noviembre, mediante Carta Notarial C-264-12, presenta la relación de equipos con el adelanto del 30%, por lo que se envió el Cronograma valorizado. Se especifica que la condición de adelanto está supeditada a la aceptación de la ingeniería conceptual. Asimismo, que el 3 de diciembre, mediante Carta C-2012-265, dio cumplimiento al Acuerdo Nº5 del Acta de Conciliación.

- 6.3 Por escrito presentado el 20 de noviembre de 2013, PETROPERU señala que la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071 no cabe en el presente proceso arbitral, debido a que en el numeral 6 del Acta de Instalación se establece un orden de prelación en la aplicación del derecho.
- 6.4 Mediante Resolución N° 6 de fecha 22 de noviembre de 2013, el Tribunal Arbitral ordena suspender la Audiencia de Conciliación y Determinación para en un momento posterior, admitir la ampliación de demanda arbitral presentada por ONCH y ponerlo en conocimiento de PETROPERU para que un plazo de quince (15) días cumpla con contestarla.
- 6.5 Mediante Resolución N° 7 de fecha 22 de noviembre de 2013, el Tribunal Arbitral resuelve tener presente lo expresado por PETROPERU en su escrito de fecha 20 de noviembre de 2013.

VII. DEL ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE LA AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA, LA EXCEPCIÓN DE AMBIGÜEDAD Y OSCURIDAD EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA Y LA RECONVENCIÓN PRESENTADA POR PETROPERU

- 7.1 Por escrito presentado el 17 de diciembre de 2013, PETROPERU contesta la ampliación de la demanda y formula excepción de ambigüedad y oscuridad en el modo de proponer la demanda.
- 7.3.1 PETROPERU señala que ONCH presenta un cuadro General de Resumen de Gastos a fin de acreditar daños y perjuicios. Al respecto, sostiene que, así como lo mencionó en su escrito de Contestación de Demanda, la resolución del CONTRATO es válida, debido a que ONCH no cumplió con su obligación señalada en el Acta de Conciliación para efectos del Adelanto solicitado. Y, asimismo, ha quedado demostrado que el obligado a elaborar el EIA, de acuerdo a lo establecido en el CONTRATO era ONCH.
- 7.3.2 Asimismo, establece que para que se configure la responsabilidad civil es necesario que se establezcan 5 elementos: factor atributivo de responsabilidad, nexo causal, daño, imputabilidad y antijuridicidad; sin embargo, ninguno de los elementos es señalado por ONCH.
- 7.3.3 Otro de los puntos que PETROPERU glosa en su escrito es sobre la cuantificación del supuesto daño, debido a que ONCH no solo no ha probado los montos que indica en su demanda, sino que tampoco tienen una sustentación jurídica que establezca la relación directa de los supuestos gastos con el CONTRATO – gastos administrativos, gastos previos al concurso, gastos de ejecución, gastos laborales- los que según PETROPERU, no han sido sustentados en documentos que demuestren fehacientemente el daño.

7.4 DE LA RECONVENCIÓN

En este escrito PETROPERU formuló reconvención, señalando como pretensión lo siguiente:

"PRETENSIÓN PRINCIPAL AUTÓNOMA: Que el Tribunal declare la Indemnización por daños y perjuicios ocasionados a PETROPERU, ascendiente al monto de US\$ 559,500.00, ante el incumplimiento del Contrato Nº 95143-ZF por parte de ONCH y del Acta de Conciliación Nº 8323-2012".

- 7.4.1 PETROPERU sostiene que ONCH actuó con culpa inexcusable, toda vez que, se había comprometido en el Acta de Conciliación a presentar los documentos que justifiquen el adelanto solicitado, compromiso que no fue cumplido sin que se haya presentado ninguna causa que motive su imposibilidad de cumplir.
- 7.4.2 A ello agrega que ha quebrantado la buena fe contractual, toda vez que, PETROPERU dejó sin efecto la carta por la cual resolvió el CONTRATO, a fin de contar en el más breve plazo con la obra solicitada, toda vez que si hubieran contado con ese Sistema se hubiera permitido ahorrar en costos, principalmente, en consumo y mejoramiento de la calidad de agua, los gastos que señala PETROPERU a causa del incumplimiento de ONCH son los siguientes:
- Costos en Calderas
 - Costos en Bidones y Cisternas
 - Costos por mantenimiento y otros.
- 7.4.3 Por otro lado, sostienen que el Acta de Conciliación se firmó sobre la base de la buena fe contractual, a fin de darle una nueva oportunidad a ONCH para que cumpliera con lo que se comprometió en el CONTRATO; sin embargo, continúo incumpliendo ocasionando así la segunda resolución del contrato, por tanto, concluyen que los daños y perjuicios se han generado desde la primera resolución (26.09.11).
- 7.4.4 Finalmente, en el supuesto negado que el Tribunal no acoga su pretensión desde el 26.09.11, solicitan que los daños y perjuicios sean desde la última resolución (05.12.11), el cual asciende a la suma de US\$ 183,000.00.
- 7.5 Mediante Resolución Nº 8 de fecha 26 de diciembre de 2013, el Tribunal Arbitral resuelve admitir el escrito de contestación de ampliación de demanda presentada por PETROPERU, tener por deducida la excepción de oscuridad y ambigüedad planteada en la ampliación de demanda arbitral y correr traslado a ONCH para que en un plazo de quince (15) días manifieste lo que considere conveniente a su derecho.

8. DEL ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN Y ABSOLUCIÓN DE EXCEPCIÓN

8.1 Por escrito del 16 de enero de 2014, ONCH absuelve la excepción de ambigüedad y oscuridad en el modo de proponer la demanda y contesta la reconvención formulada por PETROPERU.

8.2 DE LA ABSOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN

8.2.1 ONCH sostiene que el planteamiento de sus pretensiones constituye la forma como trasmiten su teoría de los hechos (Teoría del Caso) al Tribunal Arbitral, y la propuesta de valoración que realizan de los mismos.

8.2.2 Sobre la primera pretensión principal autónoma, fundamentan su pretensión en la imposibilidad fáctica y jurídica de cumplimiento, por causa imputable a la entidad, se refieren a todos aquellos actos realizados por PETROPERU que han determinado, vistos de forma global, la imposibilidad de ejecutar el contrato, incluyéndose los obstáculos, omisiones, y dilaciones de parte de la entidad, con impacto en sus actividades, y que vistos de forma completa terminaron generando la imposibilidad fáctica y jurídica de cumplimiento.

8.2.3 Entre los numerosos hechos que les generaron daño, ponen como ejemplo a la solicitud necesaria de una Carta Fianza, el requerimiento de cambio de Ingeniero Residente, entre otras. Concluyendo que esos hechos sumados a los mencionados en su escrito de ampliación de demanda son los que terminan ocasionando la imposibilidad fáctica y jurídica de cumplir el servicio.

8.2.4 Sobre la primera pretensión subordinada a la pretensión principal, ONCH considera específicamente como causa imputable a la entidad, de que no pueda realizarse el contrato y fuente de perjuicios patrimoniales, la más grave de las omisiones, consistentes en convocar a un concurso público, sin realizar el indispensable EIA.

8.2.5 Sobre la segunda pretensión subordinada a la pretensión principal, ONCH considera específicamente como causa imputable a la entidad el tinte contrario a la Buena Fe que tuvieron sus actos, así como sus acciones a partir de la carta en la que plantean la resolución del CONTRATO. Concluyendo que todos estos estuvieron cubiertos de la intención de que no se cumpla el contrato.

8.2.6 Sobre la alegación de que existe una pretendida ausencia de lógica legal en el pedido de daños y perjuicios, señalan que su solicitud de daños y perjuicios obedece al perjuicio patrimonial real que les ha causado PETROPERU, y el pedido que se declare la conclusión del contrato, por imposibilidad de su cumplimiento, se debe a que la entidad ha planteado la resolución del contrato, cuando el mismo no se ha podido cumplir debido a sus actos.

- 8.2.7 Finalmente, señalan que su pedido es jurídicamente impecable y que PETROPERU realiza una lectura antojadiza del mismo.

8.3 DE LA ABSOLUCIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA

- 8.3.1 Sobre el EIA sostiene que así como las instituciones competentes lo han expresado de forma incontestable: el EIA era de cargo de PETROPERU.
- 8.3.2 Sobre los cuestionamientos a la sustentación del daño, ONCH señala que los documentos adjuntados en anexos, corresponden al daño emergente que han sufrido, conceptuándolo como el empobrecimiento en su patrimonio y el lucro cesante como el legítimo enriquecimiento que se frustro.
- 8.3.3 Adicionalmente, señala que es claro que, si se plantea una indemnización por S./1'292,600 en el caso de la primera pretensión principal autónoma y S/. 1'500,000 en el caso de la segunda pretensión subordinada, que incluye el daño emergente y el lucro cesante, el monto sustentado corresponde al daño emergente, y el restante al lucro cesante; y en el caso de la primera pretensión subordinada, ocurrió un mero error de digitación, pues si se sustenta un monto, y existe un restante al haberse pedido S/. 1'292,6000, de conformidad con lo planteado en su demanda, es lógico que el restante corresponda al lucro cesante.
- 8.3.4 Sobre los cuestionamientos al cuadro de gastos y el rubro gastos administrativos, señalan que no existe obligación alguna de que todo documento de gastos señale "Servicio de Contrato Nº RCO-95413-ZF"; en el caso de los gastos previo al concurso, ONCH señala que PETROPERU no cuestiona a los documentos, sino al hecho de que los gastos asumidos por el contratista, no pueden ser asumidos por la entidad; sin embargo, lo que ONCH señala es que en el caso que la resolución sea a causa del incumplimiento de la entidad esta debería de asumir los gastos; sobre la preparación del expediente señala que los documentos acreditan fehacientemente los gastos realizados, y nada tiene que ver la fecha de los mismos; sobre el personal técnico e ingenieros.
- 8.4. Mediante Resolución Nº 9 de fecha 29 de enero de 2014, el Tribunal tuvo por absuelta la excepción de oscuridad y ambigüedad respecto de la Primera Pretensión Principal Autónoma, la Primera Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal y la Segunda Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal deducida por PETROPERÚ y tener por absuelta la ampliación de la reconvención formulada por PETROPERU, mediante escrito presentado por ONCH de fecha 16 de enero de 2014.

Asimismo, en vía de regularización, admitió a trámite la ampliación de la reconvención formulada por PETROPERU en su escrito de fecha 17 de diciembre de 2013.

- 8.5. Mediante Resolución Nº 10 de fecha 12 de febrero de 2014, el Tribunal Arbitral declaró infundada la excepción de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda formulada por PETROPERU mediante escrito del 17 de diciembre de 2013.

- 8.6. Por escrito fecha 18 de febrero de 2014, PETROPERU formuló reconsideración contra la Resolución Nº 10. Es así que mediante Resolución Nº 12, se declaró infundado el mencionado recurso de reconsideración.

IX. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 9.1 El 7 de abril de 2014 se realizó la Audiencia de Determinación de cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral, con la asistencia de los miembros del Tribunal Arbitral, así como los representantes de ONCH y de PETROPERU.

) En esta audiencia se realizaron los siguientes actos:

- 9.1.1 **PUNTOS CONTROVERTIDOS:** El Tribunal Arbitral, teniendo en cuenta las propuestas presentadas por ambas partes, procedió a fijar los los siguientes puntos controvertidos:

- a. Determinar si corresponde o no reconocer a favor de ONCH el monto de S/. 1'292,600.00, por concepto de daño emergente y lucro cesante.
- b. Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la resolución del Contrato RCO - 95413- ZF planteado por PETROPERU y se declare la conclusión del contrato dada la imposibilidad fáctica y jurídica a causa imputable a la Entidad.
- c. De declararse infundado el numeral 1), determinar si corresponde o no reconocer a favor de ONCH el monto de S/. 1'292,600.00 por concepto de daño emergente, concretamente por imposibilidad material al no haber obtenido el Estudio de Impacto Ambiental a cargo de PETROPERU.
- d. De declararse infundado el numeral 2), determinar si corresponde o no dejar sin efecto la resolución del Contrato Nº RCO-95413-ZF planteado por PETROPERU y se declare la conclusión del Contrato por causas imputables a PETROPERU, concretamente por imposibilidad material al no haber obtenido el Estudio de Impacto Ambiental a cargo de PETROPERU.
- e. De declararse infundado los numerales 1) y 3), determinar si corresponde o no reconocer a favor de ONCH el monto de S/. 1'500,000.00, por concepto de daño emergente y lucro cesante, considerando la conducta contraria a la Buena Fe de la Entidad, así como sus acciones a partir de la carta en la que plantea la resolución del Contrato.
- f. De declararse infundado los numerales 2) y 4), determinar si corresponde o no dejar sin efecto la resolución del Contrato Nº RCO-95413-ZF planteado por PETROPERU y se declare la conclusión del Contrato por causas imputables a PETROPERU, concretamente por imposibilidad fáctica y jurídica de cumplimiento,

considerando la conducta contraria a la Buena Fe de la Entidad, así como sus acciones a partir de la carta en la que plantea la resolución del Contrato.

9.1.2 ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS: El Tribunal Arbitral procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por las partes, de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 42º del Reglamento de Arbitraje del Centro.

De la parte demandante: Se admitieron en calidad de medios probatorios, los documentos ofrecidos por ONCH en su escrito de demanda arbitral presentado el 18 de septiembre de 2013 y en su escrito de ampliación de demanda presentado el 14 de noviembre de 2013.

) **De la parte demandada:** Se admitieron como medios probatorios, los documentos ofrecidos por PETROPERU en su escrito de contestación de demanda presentado el 25 de octubre de 2013 y en su escrito de ampliación de la contestación de la demanda presentado el 17 de diciembre de 2013.

X. ALEGATOS FINALES Y AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

- 10.1 Mediante Resolución Nº 15 de fecha 3 de junio de 2014, notificada a ambas partes el 5 de junio de 2014, el Tribunal concedió a las partes un plazo de diez (10) días hábiles, a efectos de que presenten sus alegatos finales por escrito y citó a la partes a la Audiencia de Informes Orales para el 25 de junio de 2014 a las 4:00 pm.
- 10.2. Por escritos presentados el 18 y 19 de junio de 2014, PETROPERU y ONCH presentaron sus alegatos finales. En ese sentido, mediante Resolución Nº 16 de fecha 23 de junio de 2014, el Tribunal tuvo presente lo expuesto por cada uno de los escritos de alegatos, corriendo traslado a su contraparte respectiva.
- 10.3. Por escrito de fecha 25 de junio de 2014, ONCH solicitó la suspensión de la Audiencia de Informes Orales y su reprogramación. Dado ello, y previa consulta con la representante PETROPERU, se procedió a suspender la Audiencia de Informes Orales, reprogramándola para el miércoles 9 de julio de 2014, a las 4:00 pm.
- 10.4. Mediante Resolución Nº 17 de fecha 9 de julio de 2014, se dejó sin efecto la citación a la Audiencia de Informes Orales, reprogramándola para el lunes 21 de julio de 2014, a las 5:30 pm.
- 10.5. Con fecha 21 de julio de 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la presencia de los representantes de ambas empresas, a quienes se les otorga el uso de la palabra, facultándolos, además, a efectuar réplica y dúplica. A su turno, el Tribunal Arbitral formuló las preguntas que consideró pertinentes, las que fueron contestadas por las partes.

- 10.6. Por escrito de fecha 25 de julio de 2014, PETROPERU solicita se tenga presente algunas precisiones y adjunta el Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, aprobado por Resolución Nº 5233-2009-OSCE-PRE, entre otros documentos que fueron presentados en la contestaciones de la demanda.
- 10.7. Por escrito de fecha 31 de julio de 2014, ONCH presento sus alegatos finales expuesto en la Audiencia de Informes Orales y adjunta documentación.
- 10.8. Mediante Resolución Nº 18 de fecha 5 de agosto de 2014, se tuvo presente lo señalado por PETROPERU y ONCH en sus escritos de fechas 25 y 31 de julio de 2014, respectivamente, otorgando a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que manifiesten lo que considere conveniente a su derecho.
- 10.9. Por escritos de fecha 12 de agosto de 2014, ONCH y PETROPERU absolvieron el traslado conferido mediante Resolución Nº 18.
- 10.10. Mediante Resolución Nº 19 de fecha 18 de agosto de 2014, el Tribunal tuvo presente lo expuesto por ONCH y PETROPERU en sus escritos de fecha 12 de agosto de 2014, con conocimiento de su contraparte. Asimismo, se dispuso el cierre de la etapa probatoria y de la instrucción del presente arbitraje, fijando el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la mencionada resolución.
- 10.11. Mediante Resolución Nº 20 de fecha 24 de septiembre de 2014, se prorrogó el plazo en treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de vencimiento del plazo original; es decir, desde el 29 de septiembre de 2014. En consecuencia, el nuevo plazo para laudar vencerá el 11 de noviembre de 2014.

CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES.

1. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:
 - (i) Que, el arbitraje se constituyó de conformidad con el Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, al que las partes se han sometido de manera incondicional mediante la cláusula Décimo Primera del CONTRATO;
 - (ii) Que, en ningún momento se recusó a los miembros del Tribunal o se impugnó las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación que establece las reglas que regulan el proceso;
 - (iii) Que, el ONCH presentó su demanda arbitral, dentro del plazo dispuesto;

- (iv) Que, el PETROPERU fue debidamente emplazado con el escrito de demanda arbitral, ejerciendo su derecho de defensa presentando su escrito de contestación de la demanda;
 - (v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente;
 - (vi) Que, este Tribunal ha procedido a laudar dentro del plazo.
- 1.1. Asimismo, el Tribunal considera que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza, respecto de los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba, necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba. Estos medios probatorios han sido valorados de manera conjunta, utilizando una apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan sus pretensiones deberán ser declaradas infundadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 43º de la Ley de Arbitraje que confiere a los árbitros la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas siempre que la valorización se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.

El Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones de las partes así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valorización de conjunto, de manera que la no referencia a un argumento o una prueba no supone que no lo haya tomado en cuenta para su decisión.

Asimismo, el Tribunal Arbitral conforme a sus atribuciones establecidas en la Ley de Arbitraje y a los puntos controvertidos aceptados por las partes, se declara competente y en la facultad legal, de laudar respecto de todos los puntos sometidos a su decisión.

Siendo este el estado de las cosas se procede a laudar dentro de plazo establecido.

II. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA:

2. Con el propósito de atender cada una de las pretensiones suscitadas en el presente arbitraje, el Tribunal considera pertinente referirse previamente al marco legal aplicable al caso.

Para ello, debemos remitirnos a lo establecido en la cláusula Primera del CONTRATO, la cual que literalmente señala lo siguiente:

"El presente Contrato se rige por el Reglamento de Contrataciones de Petróleos del Perú – PETROPERU S.A., aprobado por Resolución N° 523-2009-OSCE/PRE, en adelante Reglamento y los documentos citados a continuación

que forman parte integrante de este Contrato y supletoriamente por las demás normas que resulten de aplicación:

- a) Las Bases del Proceso de Contratación por Competencia Mayor N° CMA -004-2010-OPC/PETROPERU – 2 DA. Convocatoria.
- b) La oferta ganadora del CONTRATISTA.
- c) Los documentos derivados del Proceso de Contratación que establezcan obligaciones para las partes y a lo ofrecido por el CONTRATISTA en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del Proceso de Contratación o en la formalización del Contrato.

) En la eventualidad que pudiera originarse contradicción entre el presente Contrato y las Bases, o en caso de diferencia por omisión en el Contrato de determinadas condiciones contempladas en las Bases, será de aplicación lo establecido en las Bases del Proceso de Contratación". (El subrayado es nuestro)

3. En consecuencia, de lo establecido en las normas antes citadas, el Tribunal entiende que la marco legal para evaluar las pretensiones del presente proceso, está constituido por lo estipulado en el CONTRATO¹, las disposiciones del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, las Bases, la oferta ganadora y supletoriamente normas de derecho público como la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, LCE) y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, RLCE) y demás normas de derecho privado concordantes y compatibles con la naturaleza.

Teniendo ello en cuenta el marco normativo aplicable al presente caso, pasaremos a analizar cada uno de los puntos controvertidos precisados anteriormente.

) II.1. RESPECTO DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

"DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DEJAR SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO RCO -95413- ZF PLANTEADO POR PETROPERU Y SE DECLARE LA CONCLUSIÓN DEL CONTRATO DADA LA IMPOSIBILIDAD FÁCTICA Y JURÍDICA A CAUSA IMPUTABLE A LA ENTIDAD."

1. Como se puede observar, este Tribunal Arbitral ha decidido, a raíz de las facultades otorgadas por las partes para resolver la litis, resolver de forma previa el segundo punto controvertido, toda vez que de la resolución del presente punto controvertido se

¹ De acuerdo a lo señalado en la cláusula Octava del CONTRATO, el CONTRATO está conformado por Bases Integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.

determinará la responsabilidad de la resolución del contrato y; por consiguiente, se determinará –valga la redundancia- si corresponde o no, en vía de accesoriedad, fundar el primer punto controvertido.

2. En ese sentido, el Tribunal Arbitral pasará a analizar todo lo concerniente al segundo punto controvertido. Al respecto, ONCH sostiene que la causal por la que PETROPERU resolvió el CONTRATO fue por el presunto incumplimiento de su parte al no haber presentado la documentación sustentatoria del adelanto del 30% del monto contractual. Según lo señalado por ONCH, lo precisado por PETROPERU no constituiría una obligación contractual y no se encontraría regulado ni en el CONTRATO, ni en las Bases, ni en el Reglamento de Contrataciones de PETROPERU.

Asimismo, precisa que PETROPERU habría incurrido en serios defectos en el procedimiento de resolución del CONTRATO, ya que en el Acta de Conciliación se estableció un requisito condicionante para la entrega del adelanto, distinto a lo dispuesto en el numeral 11.1 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, la LCE y el RLCE, vulnerando el Principio de Legalidad y literalidad que rigen los actos y procedimientos administrativos, por el cual toda entidad del Estado sólo puede obligarse y obligar a cumplirlo establecido taxativamente en la normatividad de la materia, no pudiendo, de modo alguno, establecer cláusulas que contravengan lo señalado en la Ley. En ese sentido, sostiene que las disposiciones contenidas en el Acuerdo Nº 5 del Acta de Conciliación fueron nulas de pleno derecho.

3. Por su parte, PETROPERU señala que carecen de todo fundamento legal y contractual los argumentos de ONCH, toda vez que lo suscrito en el numeral 5 del Acta de Conciliación, concordaría con lo dispuesto en el numeral 20 de las Bases Administrativas del Proceso de Selección Nº CMA -0004-2010-OPC/PETROPERU y con el numeral 11 del Anexo 1 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU.

De acuerdo a PETROPERU, el Reglamento de Contrataciones de PETROPERU señala que el otorgamiento del adelanto es una facultad que se otorga si es que ha sido establecido en las Bases y no una obligación.

4. Precisa que la documentación sustentatoria que se solicitó no contravendría de ninguna manera con el Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, ya que según indica PETROPERU sería lógico y coherente verificar la relación de equipos y/o materiales correspondientes al servicio. Señala que siendo que las Bases establecen máximo de 30% del monto del CONTRATO, es lógico y coherente solicitar se indique los precios de esos equipos que justifiquen el monto solicitado.
5. Según lo indicado por PETROPERU, mediante Carta C264-2012 de fecha 26 de noviembre de 2011 ONCH en su “relación de equipos” solo señaló la relación de los equipos y no los precios de estos equipos con los que se pueda determinar que el monto solicitado servirá para comprar dichos bienes, por lo que incumplió con lo establecido.

7. El presente punto controvertido versa sobre la resolución del CONTRATO planteada por PETROPERU, por lo que para emitir un pronunciamiento al respecto se deberá analizar las causales que llevaron a PETROPERU a resolverle el CONTRATO a ONCH.
8. No obstante, antes de analizar las causales que llevaron a PETROPERU a resolverle el CONTRATO a ONCH, el Tribunal Arbitral considera menester suyo, analizar en primera instancia la naturaleza del CONTRATO; para lo cual nos remitiremos a las Bases Integradas.
9. Del análisis de las Bases Integradas –Anexo 1 de la contestación de la demanda-, se observa en el numeral 6.0 que el CONTRATO materia de litis es uno de *suma alzada*. El Tribunal Arbitral profundizará respecto de este sistema de contratación.
 - 9.1. El artículo 26º del LCE señala las condiciones mínimas que deben contener las bases. Al respecto, en el numeral e) se indica que las Bases deberán contener "*la definición del sistema y/o modalidad a seguir, conforme a lo dispuesto en la presente norma y su Reglamento.*"²
 - 9.2. El artículo 40º del RLCE hace referencia a los Sistemas de Contratación, al establecer lo siguiente³:

Art. 40º.- Sistemas de Contratación.

"De acuerdo a lo establecido en el Artículo 26º, inciso e) de la Ley, las Bases incluirán la definición del sistema de contratación.

Los sistemas de contratación son:

1. Sistema a suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.

Tratándose de obras, el postor formulará dicha propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del Expediente Técnico, en ese orden de prelación; considerándose que el desagregado por partidas que da origen a su propuesta y que debe presentar para la suscripción del contrato, es referencial. El mismo orden de prelación se aplicará durante la ejecución de la obra.

- 9.3. Del análisis de los artículos de la LCE y del RLCE respectivamente, se desprende cuando el sistema de contratación elegido por una Entidad para la ejecución de una obra es el de

² D.L 1017 – Ley de Contrataciones del Estado, art. 26, inc. e).

³ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante D.S 184-2009-EF, art. 40º.

suma alzada, al presentar su propuesta durante el proceso de selección el postor se obliga a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para la ejecución de la obra –conforme a los planos y especificaciones técnicas, y demás información prevista en el expediente técnico- por el monto o precio ofertado en su propuesta económica.

Es decir, cuando se contrata bajo el sistema de contratación a suma alzada, la regla general es la invariabilidad de lo pactado en las Bases Integradas, entiéndase el precio, el plazo para la ejecución, las partidas a ejecutarse, las especificaciones técnicas, etc., debido a que todo esto estaría comprendido a su vez, en el expediente técnico. En conclusión, el sistema de contratación a suma alzada se rige bajo el Principio de Invariabilidad de lo Pactado; sin perjuicio de que las partes determinen la variación de algún elemento pactado.

-)
10. Determinados los alcances y límites del sistema de contratación adoptada por las partes, corresponde analizar el caso concreto. En ese sentido, el Tribunal Arbitral analizará los elementos que llevaron a la Entidad a resolver el CONTRATO.
 11. En la cláusula Décimo del CONTRATO las partes establecieron una cláusula resolutiva en los siguientes términos:

"Cualquiera de las partes puede resolver el Contrato por el incumplimiento de la otra. PETROPERU S.A. podrá resolver el Contrato por las infracciones señaladas en el numeral 24.2 de las Bases Administrativas, en caso no subsane o levante las observaciones, y/o cuando el CONTRATISTA.

- a) *Incumpla injustificadamente sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*
- b) *Haya acumulado el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de prestación a su cargo; o,*
- c) *Paralice o reduzca injustificadamente la prestación del servicio, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

La resolución del Contrato por incumplimiento del CONTRATISTA se comunicará al OSCE para acciones pertinentes.

El CONTRATISTA podrá resolver el Contrato cuando PETROPERU S.A. incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, contempladas en las Bases o en el Contrato, pese haber sido requerido para corregir tal situación.

Asimismo, cualquiera de las partes, podrá resolver el Contrato por caso fortuito o de fuerza mayor". (El subrayado es nuestro)

12. Siguiendo lo expuesto en la cláusula Décima del CONTRATO, para que la Entidad pueda proceder a resolver el CONTRATO, existen tres causales: (i) un incumplimiento injustificado de una obligación contractual, legal o reglamentaria a su cargo y el cual ha debido ser

requerido por el acreedor de la obligación; (ii) que se haya acumulado el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de prestación a su cargo; (iii) se paralice o reduzca injustificadamente la prestación del servicio, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. Lo dispuesto en la cláusula Décima del CONTRATO, concuerda con lo establecido en las Bases en numeral 25.0 y en el numeral 10.11 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, así como con las causales de resolución por incumplimiento establecida en el artículo 168º del RLCE.

13. De acuerdo a los hechos expuestos, la causal por la cual se habría procedido a resolver el contrato sería por que ha existido un incumplimiento injustificado de una obligación contractual, legal o reglamentaria a su cargo y el cual ha debido ser requerido por el acreedor de la obligación.
14. ALVAREZ PEDROZA⁴, al comentar el artículo 168º del RLCE, señala que "*La obligaciones contractuales están constituidas, en el ámbito de las contrataciones del estado, por la relación jurídica que se da entre una Entidad y un Contratista, con reciprocidad de exigencia, para que la una, cumpla con una prestación y a su vez la otra con la respectiva contraprestación. Cuando el contratista incumple injustificadamente obligaciones contractuales está omitiendo o dejando de dar o de hacer indebidamente una prestación establecida en un contrato derivado de un Proceso de Selección.*

La prestación no siempre se circumscribe a la ejecución de la obra, relación de una consultoría, la prestación de un servicio o la entrega de un bien. Es posible que en la adquisición de bienes o contratación de servicios cualquiera de dichas prestaciones requieran la ejecución de otro tipo de prestación; en consecuencia la prestación principal determinada en función de aquella que representa la mayor incidencia porcentual en el costo, conlleve paralelamente el cumplimiento de una prestación secundaria, por así llamarla; en tal sentido, ambas constituirán la prestación que habrá que cumplirse contractualmente. Pero también puede darse caso de obligaciones contractuales representadas por bienes o servicios, que se requieren como complementarios entre sí; en este caso, ambas constituyen la obligación contractual en su calidad de prestación".

15. En vista de lo expuesto, para resolver este cuestionamiento, es necesario definir previamente si el incumplimiento que le fue imputado a ONCH necesariamente debió dar lugar a una resolución del CONTRATO. Para ello debemos observar la Carta N° GOPC-TE-0896-2012 de fecha 6 de diciembre de 2012, por la que PETROPERU procedió a resolver el CONTRATO.

- "De la revisión de la Carta de la referencia (1) se advierte que la información adjunta es una relación de equipos y componentes, la cual no ha sido elaborado ni avalada por su proveedor, ni se han precisado los precios de cada equipo y/o componente, en consecuencia, no reúnen las características

⁴ ALVAREZ PEDROZA, Alejandro. "Comentarios a la Nueva Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado". Pacífico Editores, Volumen II, Pág. 1138

de una sustentación verificable necesaria para efectivizar el monto del adelanto solicitado por su representada.

- Por otra parte, en dicho listado no figura el SEDIMENTADOR LAMELLA el cual forma parte del Sistema DYNASAND ofertado por ONCH servicios y Suministros Industriales S.A.C. durante las cesiones de Conciliación y que motivaron el cambio de proveedor para efectos de retomar el servicio, tampoco se evidencia que su representada haya iniciado las gestiones con la Empresa Nordic Water South America proveedor del Sistema DYNASAND (incluye SEDIMENTADOR LAMELLA), a fin de adquirir el Sistema en mención.
 - En lo que respecta a la Carta de la referencia (2) se limita a hacer alusión a la Carta Fianza que garantiza el Adelanto de hasta el treinta (30%) por ciento del monto contractual, sin haber sustentado hasta la fecha el destino del adelanto.
 - Por lo que, en aplicación del apercibimiento efectuada en nuestra Carta Notarial Nº GOPC-TE-867-2012, y en virtud a los reiterados incumplimientos de su representada, se resuelve el Contrato Nº RCO-95413-ZF- "Servicio de Suministro e Instalación de Sistema de Tratamiento de Agua de la Laguna para Uso Industrial y Doméstico"; en consecuencia, sírvase acercar a las instalación de Operaciones Conchan, a fin que se le devuelva su Carta Fianza de Garantía por Adelanto y su factura". (El subrayado es nuestro)
16. Al respecto, se aprecia que PETROPERÚ resolvió el CONTRATO debido a que no habrían quedado conformes con la documentación sustentatoria del adelanto del 30% del monto contractual presentado por ONCH, amparándose en el quinto punto del Acuerdo Conciliatorio suscrito por ambas partes, acuerdo que se transcribe a continuación:
1. "PETROPERU, deja sin efecto la Resolución del Contrato que efectuara mediante Carta Notarial GOPC-TE-0624-2011 de fecha 23 de Setiembre del 2011.
 2. Toda la documentación cursada por ambas partes deberán estar suscritas en su totalidad, las mismas que formarán parte de la conciliación.
 3. En lo que respecta a la Ingeniería Básica debe de ser realizada por el Dr. Javier Casal, representante de Nordic Water Southamerica, conjuntamente con su equipo de trabajo. Para efectos de la reunión de iniciación y sustentación final se debe contar con la presencia física de dicho profesional; las demás coordinaciones se realizarán vía video conferencia de ser el caso.
 4. En la ejecución de éste proyecto cualquier incumplimiento por parte de ONCH SERVICIOS Y SUMINISTROS INDUSTRIALES SAC, de lo acordado en la presente conciliación y lo establecido en el Contrato Principal, será motivo de resolución del contrato de acuerdo a los principios que recoge la cláusula decima del mismo Nº RCO-95413-ZF de fecha 13 de mayo del 2011.

5. El adelanto será como máximo el 30% contra demanda de lo requerido, debidamente sustentado, el mismo que podrá tramitarse a la presentación y conformidad de la Ingeniería Conceptual por parte de PETROPERU". (El subrayado es nuestro)

Tal como se puede apreciar, el quinto acuerdo conciliatorio indica que el adelanto se dará siempre y cuando, el contratista cumpla con lo solicitado por PETROPERU "debidamente sustentado", el mismo que será evaluado por la Entidad.

17. Antes de pasar a analizar el caso en concreto, en vista de que está acreditado en autos que las partes antes de iniciar el proceso arbitral efectuaron un acuerdo conciliatorio extrajudicial en donde establecieron ciertos parámetros para la ejecución de la obra; el Tribunal Arbitral, de manera previa, analizará la institución jurídica de la conciliación extrajudicial, así como su normativa y sus efectos.
- 17.1. La conciliación es un método alternativo de resolución de conflictos -alternativo al procedimiento judicial- que por la vía consensual busca solucionar un conflicto. Su base de apoyo se encuentra en la satisfacción de los intereses y necesidades de las partes con la ayuda de un tercero facilitador o conciliador.
- 17.2. La palabra conciliación proviene del latín *concilatio*, del verbo *conciliare*, utilizando para denominar la actividad encaminada a componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí; hacerlos amigos; avenir sus voluntades respecto del punto o cuestión en que estaban en disidencia; ponerlos en paz. Este significado etimológico coincide, en líneas generales, con su acepción actual, que designa la acción o efecto de conciliar. A su vez, este verbo transitivo es utilizado en el sentido de poner de acuerdo y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí.
- 17.3. PEDRO ARAGONESES señala que "*puede definirse la conciliación, como aquel procedimiento judicial encaminado a evitar un proceso*".⁵ En opinión de CARNELUTTI, la conciliación "*es la intervención de un tercero entre los portadores de dos intereses en conflicto con objeto de inducirles a una composición justa*".⁶
18. Adicionalmente a lo señalado por los tratadistas mencionados en los párrafos anteriores, se sabe que nuestro ordenamiento jurídico prevé dos clases de conciliaciones: la judicial que se realizan dentro del proceso judicial y la extrajudicial. En ese orden de pensamientos, pasaremos a analizar la figura jurídica que es materia relevante en el presente arbitraje, entiéndase la conciliación extrajudicial.
- 18.1. La *Conciliación Extrajudicial* denominada también previa o pre procesal, tiene naturaleza preventiva por cuanto se encamina a evitar la contienda procesal; a diferencia de la

⁵ ARAGONESES, 1951. Pág. 269.

⁶ CARNELUTTI, 1944. Tomo I, pág. 203.

conciliación judicial que tiene carácter extintivo, por ser su objeto ponerle fin al proceso ya iniciado, constituyendo así esta última una forma especial de ponerle término a la litis.

- 18.2. MARIANELLA LEDESMA sostiene al respecto que "(...) la conciliación previa se orienta a prevenir el litigio solucionando el conflicto por medios diversos a la Justicia ordinaria (...)"⁷.
- 18.3. Una de las características de la conciliación es que se basa en la no confrontación; es decir, en que la resolución de la disputa se produzca a través del acuerdo entre las partes. Por ello, se puede conceptualizar como un método de resolución de controversias preprocesal, auto-compositivo y no adversativo.
- 18.4. Una vez establecido la doctrina referente a la conciliación extrajudicial, pasaremos a señalar el marco normativo de la misma señalando como exponentes la Ley de Conciliación -Ley N° 26872 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nº 001-98-JUS.
- 18.5. El artículo 5º de la Ley Nº 26872 define a la conciliación como "(...) un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación o al Juzgado de Paz Letrado a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto".⁸
- 18.6. El carácter consensual en que se funda la conciliación es puesto de manifiesto en el artículo 3 de la Ley Nº 26872, el mismo que establece que "la Conciliación es una institución consensual, en tal sentido los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes".⁹
- 18.7. Asimismo, el artículo 5º del D.S. Nº 001-98-JUS señala lo siguiente: "La autonomía de la voluntad a que hace referencia el Artículo 3º de la Ley, no se ejerce irrestrictamente. Las partes pueden disponer de sus derechos siempre y cuando no afecten con ello normas de carácter imperativo ni contrarién el orden público ni las buenas costumbres."¹⁰
19. Del análisis doctrinario elaborado por el Tribunal Arbitral, se desprende que la Conciliación Extrajudicial busca enmarcar acuerdos, teniendo como regla la voluntad de las partes y como excepción la contravención de las normas de carácter imperativo, el orden público o las buenas costumbres. En ese sentido, se entiende que la voluntad de las partes es irrestricta, salvo en los casos ya mencionados.
20. Ahora bien, corresponde establecer si alguno de los acuerdos conciliatorios adoptados por las partes –en razón de lo señalado por la doctrina dominante- contraviene alguna norma imperativa, el orden público o las buenas costumbres.

⁷ LEDESMA MARIANELLA, 1996, pág. 203.

⁸ D.L 26872 – Ley de Conciliación, art. 5º.

⁹ D.L 26872 – Ley de Conciliación, art. 3º.

¹⁰ D.S Nº 001-98-JUS – Reglamento de la Ley de Conciliación, Art. 5º.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Marco Ricardo Espinoza Rimachi
Álvaro Loredo Romero

20.1. Al respecto, de la revisión de la demanda arbitral, ONCH manifiesta que el quinto punto o acuerdo conciliatorio viola el principio de legalidad y el principio de literalidad al desobedecer lo dispuesto en el Anexo 1, numeral 11 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU¹¹ –normatividad aplicable a la presente litis-, en adelante el Reglamento:

Anexo 1. Numeral 11.-

"PETROPERU podrá otorgar adelantos siempre que ellos hayan sido establecidos en las Bases.

Para que proceda la entrega de los adelantos el contratista deberá presentar una Carta Fianza por idéntico monto, con las mismas características señaladas en el numeral 7¹².

Excepcionalmente, las Bases podrán establecer que la entrega de adelantos no requiera de la presentación de una garantía. Tal excepción sólo resultará procedente en los casos específicos de contrataciones de bienes y servicios referidos al arrendamiento de stands e instalaciones similares para la exposición y venta de productos, al servicio de capacitación brindado por instituciones educativas, a la contratación de suscripciones y membresías, y a la contrataciones de programas artísticos o culturales, y eventos institucionales; y siempre que tales contrataciones no superen las 20 UIT.

En los contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, la garantía será entregada por PETROPERU al arrendador en los términos previstos en las Bases, siempre que ésta haya sido solicitada por el arrendador en su propuesta.

En el caso de bienes y servicios el adelanto se otorgará hasta un máximo del treinta por ciento (30%) del monto contractual; en el caso de obras, el adelanto directo no excederá el veinte por ciento (20%) del monto del contrato original, y el adelanto para materiales o insumos a utilizarse en el objeto del contrato no excederá el cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original.

Excepcionalmente, de acuerdo con la naturaleza y complejidad de la prestación, el Originador, al formular su requerimiento, podrá considerar

¹¹ Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., aprobado mediante Resolución N° 523-200—OSCE/PRE, Anexo 1, numeral 11.

¹² Aquí se observa que existe un error al señalar el numeral 7, pues del contexto de los indicado en la norma se comprende que se debe remitir a lo dispuesto en el numeral 8, el cual señala: "(...) Las garantías se otorgarán mediante Carta Fianza, las que serán solidarias, irrevocable, de carácter incondicional, de realización, automática y sin beneficio de exclusión, al solo requerimiento de PETROPERU, bajo responsabilidad de las entidades que las emiten, las mismas que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros o estar consideradas en la última lista de Bancos Extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva".

porcentajes de adelanto mayores, los que deberán ser aprobados conjuntamente con dicho requerimiento.

La amortización de los adelantos se hará mediante descuentos proporcionales en cada uno de los pagos parciales que se efectúen al contratista por la ejecución de la o las prestaciones a su cargo. Cualquier diferencia que se produzca respecto de la amortización parcial de los adelantos se tomará en cuenta al momento de la conformidad de la recepción de la prestación o liquidación final, según sea el caso".¹³ (El subrayado es nuestro)

- 20.2. Del análisis del artículo bajo comentario, se aprecia que la norma citada es de carácter facultativo y no imperativo; es decir, es potestad de PETROPERU otorgar o no adelantos directos, siempre que estos hayan sido establecidos en las Bases.
- 20.3. Efectivamente es una facultad de PETROPERU otorgar o no los adelantos a los contratistas, pudiendo incluir o no este derecho en las Bases del Concurso. En ese sentido, para que el contratista pueda solicitar adelantos, es indispensable que previamente, PETROPERU haya establecido dicha posibilidad en las Bases, las cuales son de obligatorio cumplimiento dado que forman parte integrante del CONTRATO.
- 20.4. Al respecto, del análisis de las Bases se observa que estas nos remiten a los señalado en el Reglamento; en ese sentido, el Reglamento es claro al afirmar que para la entrega del adelanto –siempre y cuando haya estado establecido en las Bases- procederá una vez que el contratista cumpla con presentar una Carta Fianza.
- 20.5. En ese sentido, este Colegiado advierte que para que procedan los adelantos es necesario lo siguiente:
- a) El adelanto debe estar previsto y determinado en las Bases; y,
 - b) Presentar una Carta Fianza por el mismo monto al solicitado y con las características establecidas en el numeral 7 (SIC) del Reglamento.
- 20.6. De la revisión del Acuerdo Conciliatorio, el Tribunal Arbitral rescata que este no contraviene la normatividad imperativa o; en su defecto, el orden público o las buenas costumbres. Esto, toda vez que la norma citada en el considerando anterior es una facultativa y no imperativa como exige la doctrina dominante de la Institución de la Conciliación Extrajudicial.
21. Una vez establecido que el acuerdo conciliatorio no contraviene alguna norma imperativa, corresponde analizar los acuerdos conciliatorios en concreto y sus efectos en el proceso de ejecución de la obra.

- 21.1. Tal como se ha señalado en considerando anteriores, el quinto acuerdo conciliatorio, que con posterioridad fue punto de referencia para la Resolución de Contrato, señala que el adelanto será entregado contra demanda de lo solicitado debidamente sustentado. (El subrayado es nuestro).
- 21.2. De la revisión de autos, se observa que PETROPERÚ mediante Carta GOPC-TE-847-2012 solicitó a ONCH, bajo apercibimiento de resolver el CONTRATO, en atención al quinto punto del acuerdo conciliatorio que presente la relación de equipos que serán adquiridos con el adelanto directo solicitado por el contratista. Dicha relación de equipos fue presentado por ONCH mediante Carta C-264-12 de fecha 26 de noviembre de 2012.
- 21.3. Respecto de la carta cursada por ONCH adjuntando la relación de equipos destinados a comprarse con el adelanto directo, PETROPERU responde mediante Carta Nº GOPC-TE-0896-2012 de fecha 05 de diciembre de 2012; en dicha carta, PETROPERU resuelve el CONTRATO aduciendo que la relación de equipos adjuntada por ONCH no reúne las características de una sustentación verificable necesaria para efectivizar el monto del adelanto solicitado por ONCH.
22. Exuestos los hechos en relación a la resolución de CONTRATO, el Tribunal Arbitral pasa a emitir pronunciamiento al respecto, para lo cual nos remitiremos una vez más a las Bases Técnicas.
- 22.1. Tal como hemos indicado en los considerandos anteriores, el Sistema de Contratación adoptado por las partes en el proceso de selección, es el de *Suma Alzada* y, tal como hemos mencionado con anterioridad, este sistema de contratación basa su fundamento en la invariabilidad de lo pactado. De lo pactado por las partes, se observa que no está contemplado en las bases o; en su defecto, al momento de suscribir el contrato, no se pactó la presentación de un sustento detallado para la entrega de un posible adelanto directo.
- 22.2. En relación a este punto, el Tribunal estima pertinente citar el cuarto acuerdo conciliatorio el cual taxativamente establece que "*En la ejecución de éste proyecto cualquier incumplimiento por parte de ONCH SERVICIOS Y SUMINISTROS INDUSTRIALES SAC, de lo acordado en la presente conciliación y lo establecido en el Contrato Principal, será motivo de resolución del contrato de acuerdo a los principios que recoge la cláusula decima del mismo Nº RCO-95413-ZF de fecha 13 de mayo del 2011*". (El subrayado es nuestro)

De la lectura del cuarto acuerdo conciliatorio, se aprecia la vulneración del acuerdo en sí o del CONTRATO, implicaría la resolución del CONTRATO; es decir, la máxima penalidad posible en materia de contratación. En ese sentido, de la sola lectura del CONTRATO y en atención a lo extensamente desarrollado por el Tribunal, el sistema de contratación a suma alzada –adoptada por las partes- hace innecesaria contractualmente la presentación de un sustento detallado, toda vez que para la entrega del adelanto directo es suficiente garantía la entrega de una carta fianza pertinente según sea el caso.

- 22.3. Mediante Carta Nº Carta GOPC-TE-847-2012 y en atención al quinto acuerdo conciliatorio, PETROPERÚ solicitó, bajo apercibimiento de resolver el CONTRATO, la presentación de un sustento detallado para la entrega del adelanto directo. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que dicha solicitud contraviene lo estipulado en el contrato y; por consiguiente, lo estipulado en las Bases, específicamente el sistema de contratación adoptado por las partes.

Se entiende que el sistema de contratación a Suma Alzada, previsto en el artículo 40º de la LCE, asume el conocimiento previo –antes de ejecutarse la obra- del precio de la obra, del plazo para ejecutar la obra y con qué se ejecutará la obra, entiéndase lo que se comprará con el adelanto directo, por lo que un sustento detallado sería innecesario por todos los argumentos expuestos.

23. Sin perjuicio de la posición del Tribunal sobre la causal señalada por PETROPERÚ para resolver el CONTRATO, se pasará a analizar si dicha causal es efectivamente inválida o no, al punto de que se proceda a declarar o no la invalidez de la resolución de CONTRATO.
24. Ahora bien, ONCH en vía arbitral señala que dicha resolución de CONTRATO, emitida por PETROPERU mediante Carta Nº GOPC-TE-0896-2012 de fecha 05 de diciembre de 2012 es inválida, toda vez que este habría incumplido con el quinto punto del acuerdo conciliatorio por los argumentos que el Tribunal Arbitral recoge a continuación, los mismos que se encuentran en autos.

- *"Mediante quinto punto del Acuerdo Conciliatorio, PETROPERÚ acordó taxativamente que el adelanto será entregado contra demanda de lo solicitado debidamente sustentado. En ese sentido, mediante Carta Notarial Nº GOPC-TE-0698-2012 señala lo siguiente:*

- 1.- La empresa ONCH Servicios y Suministros Industriales S.A.C., durante el proceso de Conciliación, propuso el Sistema DYNASAND incluyendo el SEDIMENTADOR LAMELLA, cuyo proveedor es Nordic Water Southamerica, para la ejecución del Contrato Nº RCO-95413-ZF, debiendo iniciar los trabajos de campo a partir del día siguiente de la entrega del adelanto de obra.*
- 2.- Mediante la presente se aprueba la Ingeniería Conceptual, debiéndose continuar con la gestión correspondiente.*
- 3.-PETROPERU S.A. otorgará el adelanto hasta un treinta por ciento (30%) del monto contractual, previa presentación de la Carta Fianza correspondiente.*
- 4.- El plazo contractual restante de 233 días calendario, se contará a partir del día siguiente de recibido el adelanto directo.*

- *En atención a la mencionada Carta Notarial Nº GOPC-TE-0698-2012, ONCH presenta su Carta Fianza mediante Carta Nº 2012-108-PY, cumpliendo con lo solicitado por PETROPERU mediante Carta Notarial Nº*

GOPC-TE-0698-2012 y cumpliendo con lo dispuesto en el quinto punto del acuerdo conciliatorio firmado por ambas partes". (El subrayado es nuestro).

25. En atención a lo señalado en el considerando anterior, se observa que ONCH cumplió con lo solicitado por PETROPERÚ mediante Carta Notarial Nº GOPC-TE-0698-2012; en consecuencia, cumplió con lo acordado mediante Acuerdo Conciliatorio. Dicha afirmación queda claramente establecida mediante Carta Notarial Nº GOPC-TE-847-2012 de fecha 07 de noviembre de 2012 cuando PETROPERU afirma haber recibido la Carta Fianza, la misma que respalda la solicitud de adelanto directo de hasta el 30% del monto señalado.

Asimismo, mediante la misma carta, PETROPERÚ advierte su conformidad con la Carta Fianza entregada por ONCH; no obstante, como ya se ha mencionado anteriormente, condiciona su tramitación a la presentación de un sustento detallado de los equipos destinados a comprarse con el adelanto requerido.

La primera Regla de la interpretación de contratos y de manera extensiva, de los acuerdos conciliatorios es la *literalidad*. Siguiendo esa corriente doctrinaria se tiene que el quinto punto del acuerdo conciliatorio afirma que el adelanto será entregado contra demanda de lo requerido debidamente sustentado.

En ese sentido, lo requerido en su momento por PETROPERÚ fue la entrega de la Carta Fianza, la misma que fue presentada por ONCH mediante Carta Nº 2012-108-PY y que cualquier pedido posterior por parte de la Entidad no condicionaría la entrega del adelanto directo, toda vez que la única exigencia válida es la entrega de la Carta Fianza.

26. Siguiendo ese orden de ideas, se tiene que ONCH no habría incumplido el acuerdo conciliatorio; muy por el contrario, es PETROPERÚ quien incumplió el acuerdo conciliatorio al no haber entregado el adelanto directo a la entrega de la Carta Fianza por parte de ONCH.
27. Si bien PETROPERÚ afirma en su escrito de contestación de demanda que la presentación del sustento detallado de los ítems a comprarse con el adelanto directo es necesario, se advierte que dicho pedido no estaría contemplado en las Bases, ni en el CONTRATO; provocando la dilatación innecesaria el proceso de ejecución al no entregar el adelanto directo, toda vez que la reanudación del servicio estuvo supeditada a la entrega de dicho adelanto.
28. A manera de resumen, se tiene que ONCH cumplió con lo solicitado por PETROPERÚ; en consecuencia, cumplió con el acuerdo conciliatorio, el mismo que no señala que la Entidad podría hacer pedidos indefinidamente; muy por el contrario, señala que una vez ONCH haya cumplido con lo solicitado por PETROPERÚ, el adelanto sería otorgado.
29. Teniendo en cuenta que ONCH sí habría cumplido con lo solicitado por PETROPERÚ y, teniendo en cuenta que la resolución de contrato se dio por un supuesto incumplimiento del acuerdo conciliatorio, el Tribunal Arbitral acuerda que ONCH no habría incumplido dicho

acuerdo voluntario y; en consecuencia, resuelve declarar la invalidez de la resolución de CONTRATO emitida mediante Carta Nº GOPC-TE-0896-2012 de fecha 05 de diciembre de 2012.

30. Una vez declarada la invalidez de la resolución de CONTRATO emitida por PETROPERÚ, se aprecia que el segundo punto resolutivo tiene una segunda parte, la cual busca que el Tribunal determine si se debe declarar la conclusión del CONTRATO por la imposibilidad fáctica y jurídica por causas imputables a la Entidad.

Para ello, se deberá determinar si realmente existe una imposibilidad fáctica y jurídica para continuar con la obra y si ésta, le es imputable o no a la Entidad.

-) 31. De los considerandos anteriores, se desprende el hecho de la resolución de CONTRATO emitida por PETROPERÚ es inválida; por lo que se declara la nulidad de la misma.

32. De la revisión de lo manifestado por las partes en sus escritos de demanda y contestación de demanda, así como de sus respectivos medios probatorios, se aprecia que para realizar cualquier proyecto que podría acarrear un impacto ambiental negativo, se requiere de un Estudio de Impacto Ambiental – EIA.

- 32.1. El presente proceso materia de litis es una de Instalación de la Planta de Ósmosis Inversa, el mismo que podría acarrear impactos ambientales negativos; por lo que, en atención a lo dispuesto en la Ley 27446 y su Reglamento, requieren de un Estudio de Impacto Ambiental – EIA.

- 32.2. Al respecto, ONCH manifiesta que la imposibilidad fáctica y jurídica es atribuible a la Entidad, toda vez que ésta no habría realizado los procedimientos necesarios para llevar a cabo el Estudio de Impacto Ambiental – EIA cuando era la Entidad la institución autorizada para hacerla.

-) 32.3. Sobre ese mismo punto, PETROPERÚ expone sus argumentos amparándose en lo dispuesto en el numeral 2.2.3, literal f) de las Bases Técnicas, el cual señala:

"f) Preparación y gestión del EIA y todos los estudios que se requieren para la instalación de la Planta de Osmosis Inversa. El contratista deberá preparar todos los documentos requeridos por el MEM o quien corresponda, desde la fase de convocatoria a la Audiencia Pública hasta la aprobación del EIA serán cubiertos por el contratista a nombre de PETROPERÚ S.A." (El subrayado es nuestro).

- 32.4. De la revisión de los actuados, se observa que durante el proceso de ejecución de obra se cursaron numerosas cartas como la Nº GOPC-TE-295-2012 de fecha 18 de abril de 2012– Anexo 8 de la Contestación de la demanda- donde PETROPERÚ exige a ONCH, entre otras cosas, la elaboración y aprobación del EIA. Asimismo, mediante Carta Nº 069-2012-GC,

ONCH asegura el cumplimiento de la elaboración y aprobación del Estudio de Impacto Ambiental – EIA dentro del plazo contractual.

33. Del análisis de los medios probatorios presentados por las partes, se aprecia que a toda luz, es la empresa contratista quien se comprometió a elaborar el EIA, lo cual incluso está estipulado en las Bases Técnicas. Es decir, ONCH se comprometió en atención a lo dispuesto en las Bases, por medio de sendas cartas cursadas entre las partes a realizar la elaboración y a asegurar la aprobación del necesario Estudio de Impacto Ambiental.
34. Siguiendo en la línea de los antecedentes, se aprecia que ONCH cumple con lo estipulado en las Bases y con lo acordado por las partes mediante Cartas cursadas entre las mismas, de manera que contrata a una empresa especialista en la elaboración de EIA's. No obstante, ONCH manifiesta que PETROPERÚ no le habría brindado la información acerca del tipo de estudio de impacto ambiental requerido para este proceso en concreto; por lo que eleva una consulta a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas respecto al instrumento de gestión ambiental aplicable.
- 34.1. Mediante Oficio Nº 1012-2012-MEM/AAE de fecha 28 de mayo de 2012, la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas remite el Informe Nº 069-2012-MEM-AAE/ESM¹⁴ el cual emite el siguiente resultado:

"RESULTADO: La empresa ONCH Servicios y Suministros Industriales S.A.C. no es el titular de la actividad de hidrocarburos.

La empresa Titular de la actividad de Hidrocarburos, deberá presentar la carta consulta respecto al instrumento de gestión ambiental aplicable, para la instalación de un sistema de tratamiento de agua de uso industrial y doméstico en la refinería Conchán." (El subrayado es nuestro).

- 34.2. En atención al Informe Nº 069-2012-MEM-AAE/ESM emitido por la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas, ONCH solicitó mediante Carta Nº 80-2012-ONCH dirigida al Ministerio del Ambiente aclare sobre el instrumento de gestión ambiental aplicable para la instalación de la Planta de Ósmosis Inversa y sobre quién es el encargado de realizar las consultas pertinentes.

Al respecto, el Ministerio del Ambiente por medio de la Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental responde mediante Oficio Nº 390-2012-MINAM-VMGA-DPNIGA¹⁵, señalando en sus numerales 4 y 5 lo siguiente:

"(...)

4. *Mediante el documento de la referencia se realiza la consulta sobre cuál sería el instrumento de gestión aplicable para la instalación de un sistema de tratamiento de aguas de uso industrial y doméstico*

¹⁴ INFORME Nº 069-2012-MEM/AAE/ESM – Anexo 25 de la Contestación de la Demanda-.

¹⁵ OFICIO Nº 390-2012-MINAM-VMGA-DPNIGA –Anexo 17 de la Demanda-.

al interior de la refinería de Conchan, la cual se ha denominado como Proyecto "Suministro e Instalación del Sistema de Tratamiento de Agua de la Laguna para Uso Industrial y Doméstico.

Al respecto, según lo precisado en el numeral 1) el MINAM no identifica el tipo de instrumento de gestión ambiental que corresponda para un proyecto de inversión, su función está relacionado a lo precisado en el literal n) del artículo 7º del Reglamento de la Ley del SEIA, antes mencionado; esta actividad está relacionada con las funciones de las Autoridades Competentes en el marco del SEIA.

) Por otro lado, bajo el principio de indivisibilidad antes descrito dicho proyecto formaría parte de la refinería de Conchan, siendo un complementario o auxiliar, para lo cual se requeriría de una modificación del instrumento de gestión ambiental aprobado para la refinería Conchan.

5. *Cabe señalar, que independientemente de la entidad que ejecute o administre el proyecto antes precisado, considerando que éste se encuentra dentro de la refinería Conchan y por ser parte de la actividad de hidrocarburos, existe un titular responsable del instrumento de gestión ambiental aprobado para la refinería Conchan. Por lo que se concuerda con lo manifestado por la DGAAE del MINEM, en la información remitida con el documento de la referencia, que es titular de la actividad de hidrocarburos, el encargado de realizar los procedimientos para dicho caso.*

En este sentido, su representada debe coordinar con el Titular de la actividad de hidrocarburos para que éste realice los trámites que correspondan ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticas (DGAAE) del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), en su calidad de Autoridad Competente, en el marco del SEIA". (El subrayado es nuestro)

- 34.3. De la lectura de los informes presentados por el MEM a través de la DGAAE y el MINEM respectivamente, se observa que hay consenso sobre quién es la Entidad encargada de realizar la consulta sobre el instrumento de gestión ambiental aplicable, entiéndase el Titular de la actividad de hidrocarburos –PETROPERÚ–.
- 34.4. Siendo PETROPERÚ el único posible encargado de realizar la consulta sobre el instrumento de gestión ambiental aplicable, la mencionada Entidad realizó la consulta pertinente a pedido de ONCH al MEM mediante Escrito Nº 2201584.

- 34.5. Mediante Oficio Nº 1536-2012-MEM/AAE¹⁶, la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos – DGAAE da respuesta al escrito presentado por PETROPERÚ brindando el siguiente resultado:

"RESULTADO: La empresa Petróleos del Perú – Petroperú S.A. deberá presentar una solicitud de clasificación del instrumento ambiental, que se requiere para el proyecto de instalación de un sistema de tratamiento de agua de uso industrial y doméstico en la refinería Conchán; de acuerdo al contenido que se indica en el análisis del presente Informe, además de la propuesta de clasificación de conformidad a las categorías I (DIA), II (EIAsd) y III (EIAd) sustentado en la evaluación preliminar". (El subrayado es nuestro)

De la lectura del informe anterior, se aprecia que la propia DGAAE indica que es PETROPERÚ quién deberá realizar la consulta sobre el Estudio de Impacto Ambiental requerido para la obra materia de consulta. Es así que en el mismo informe, la DGAAE le da las directrices a PETROPERÚ para realizar dicha consulta.

35. Asimismo, de los documentos aportados se observa que PETROPERÚ no realizó consulta necesaria para realizar el Estudio de Impacto Ambiental – EIA correspondiente pese a ser los encargados de realizar la mencionada consulta.
36. En ese contexto, PETROPERÚ aduce que es ONCH quién deberá realizar a través de empresas inscritas en el MEM para elaborar los estudios ambientales necesarios en concordancia con lo establecido en las Bases.
37. Dicha afirmación es correcta; no obstante, sin perjuicio de quién realice el EIA, el encargado de realizar la consulta que dé respuesta a la pregunta ¿Qué tipo de EIA se deberá aplicar? Es PETROPERÚ, tal como lo indican las más altas autoridades de la materia, léase MEM y MINAM. Tener por definido el tipo o clasificación del Instrumento Ambiental era el necesario y el paso previo para la elaboración del EIA.
38. En vista de que PETROPERÚ no ha realizado hasta la fecha la consulta sobre qué EIA se deberá utilizar en la refinería Conchán y de su oposición a realizarla, se concluye la imposibilidad fáctica y jurídica de continuar con la obra, toda vez que esta no podría continuar sin haber realizado el Estudio de Impacto Ambiental necesario.
39. El artículo 140º del Código Civil, establece lo siguiente:

Art. 140 C.C.-

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

¹⁶ OFICIO Nº 1536-2012-MEM/AAE – Anexo 15 Contestación de la Demanda.

- 1.- *Agente Capaz.*
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.
- 3.- *Fin lícito.*
- 4.- *Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*
(El subrayado es nuestro)

40. De la revisión del artículo 140º de nuestro Código Civil, aplicado supletoriamente, se desprende que entre otros elementos, para que el acto jurídico sea válido requiere que el objeto sea física y jurídicamente posible.
41. En ese sentido, de la revisión de los actuados, se aprecia que el proceso de ejecución de la obra es jurídicamente imposible debido a que ONCH no puede continuar con la obra sin el instrumento de gestión ambiental necesario para realizar el Estudio de Impacto Ambiental y posterior, ejecución de la obra; toda vez que su ejecución sin la obtención de dicho EIA podría acarrear en sanciones y multas para el contratista.

En ese sentido, el demandante solicita al Tribunal Arbitral declare la conclusión del CONTRATO por causas atribuibles a la Entidad. Al respecto, habiéndose determinado la imposibilidad fáctica y jurídica de ONCH para continuar con la ejecución de la Obra por causas atribuibles a la Entidad, se declara concluido el CONTRATO y, en consecuencia, se declara FUNDADA la segunda pretensión del demandante.

II.2. RESPECTO DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

“DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO RECONOCER A FAVOR DE ONCH EL MONTO DE S/. 1'292,600.00, POR CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE”.

1. Como ya hemos mencionado anteriormente, el análisis del primer punto controvertido está estrictamente ligado a la decisión tomada por el Tribunal acerca del segundo punto controvertido, es por eso que el Tribunal Arbitral decidió resolver primero el segundo punto controvertido. En consecuencia, habiendo consentido la imposibilidad fáctica y jurídica por parte de ONCH para continuar con el CONTRATO, corresponde analizar la culpabilidad de PETROPERÚ y los elementos de la responsabilidad civil que darían como resultado el pago de una indemnización a favor del demandante.
2. Para determinar si corresponde o no que PETROPERÚ le repare los daños y perjuicios sufridos por ONCH, el Tribunal Arbitral pasará a analizar la institución jurídica de la responsabilidad civil y en el caso en concreto, la responsabilidad civil contractual.
3. Como es sabido, la disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.

Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de *responsabilidad civil contractual*, y dentro de la terminología del Código Civil Peruano de *responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones*. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del *deber jurídico genérico de no causar daño a otro*, nos encontramos en el ámbito de la denominada *responsabilidad civil extracontractual*. La responsabilidad civil extracontractual es consecuencia entonces del incumplimiento de un deber jurídico genérico, mientras que la responsabilidad civil obligacional o contractual –materia de litis del presente arbitraje- es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado *relación jurídica obligatoria*.

) En el presente caso, nos hayamos frente a un supuesto caso de responsabilidad civil contractual, razón por la cual nos concierne profundizar sobre materia de *Obligaciones* dentro del contexto de la responsabilidad civil contractual.

Al respecto, se tiene que según nuestro ordenamiento jurídico, las fuentes de las obligaciones son dos: la Ley y la voluntad de las partes. Partiendo del hecho fáctico de que la presente obligación surgida entre las partes –acreedor y deudor- tiene como fuente la voluntad de las partes, entiéndase el CONTRATO y, teniendo como hecho concertado que existe la imposibilidad fáctica y jurídica de cumplir con la obligación por parte de ONCH –deudor- debido a que PETROPERÚ –acreedor- no habría realizado el procedimiento correspondiente para elaborar el Estudio de Impacto Ambiental –EIA, se entiende que nos referimos a una imposibilidad de cumplimiento de la obligación por culpa del acreedor.

4. El artículo 170º del RLCE establece lo siguiente:

Artículo 170.- Efectos de la resolución

"Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

(...)". (El subrayado es nuestro)

5. De lo expuesto en los considerandos anteriores, se verifica la existencia de un daño ocasionado por el acreedor a su contraparte. Ahora bien, se pasará a analizar si dicho daño es indemnizable.
6. La doctrina identifica como requisitos comunes a la responsabilidad civil a: (i) la antijuridicidad, (ii) el daño causado, (iii) la relación de causalidad y (iv) los factores de atribución.

7. **Antijuricidad.-** Para Ricardo Luis Lorenzetti¹⁷ la antijuricidad del incumplimiento contractual está dada por la lesión al derecho de crédito del acreedor, pues es en base al contrato, como fuente de obligaciones, que el acreedor tiene el derecho subjetivo de exigir al deudor determinada prestación y, por tanto, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés, sea en especie o de manera equivalente.
8. En el ordenamiento jurídico peruano el deber de cumplir con los acuerdos pactados está expresamente previsto en el artículo 1361º del Código Civil, en el cual se dispone lo siguiente:

Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos

"Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos."

"Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla". (El subrayado es nuestro)

9. **Daño.-** El daño consiste en el perjuicio resarcible; es decir, aquel perjuicio cierto, subsistente al momento de la resolución y que responda a un interés propio directo o indirecto¹⁸. Así, en el segundo y tercer párrafo del artículo 1321º del Código Civil, se establecen los daños que son materia de indemnización, según corresponda al factor de atribución que medió en el incumplimiento:

Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable
"(...).

"El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

"Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".

10. **Causalidad.-** A decir de Lorenzetti, la causalidad alude a dos aspectos. El primero, a nivel de autoría, destinado a determinar si existe vínculo existente entre la actuación de un sujeto y el resultado dañoso; y el segundo, a nivel de extensión del daño resarcible, destinado a fijar cuáles daños son materia de resarcimiento¹⁹.

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos, Parte General. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2004, p. 628.

¹⁸ Ibid., pp. 595-596.

¹⁹ Ibid., pp. 615-616.

11. Entonces, en materia contractual se debe valorar si el incumplimiento contractual del deudor es la causa que genera el daño alegado por el acreedor. En este supuesto, es de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1321º del Código Civil:

Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable
"Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. (...)". (El subrayado es nuestro)

12. **Factores de atribución de responsabilidad.**- El factor de atribución de responsabilidad alude al criterio que se debe seguir para justificar el traslado del costo del daño de la víctima al causante²⁰.

Sobre este punto, debe precisarse que en el artículo 1329º del Código Civil se ha establecido como presunción, salvo prueba en contrario, que quien no ejecuta la obligación actúa con culpa leve:

Artículo 1329.- Presunción de culpa leve
"Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor". (El subrayado es nuestro)

13. Es decir, a efectos de imputarle responsabilidad civil contractual a un sujeto de derecho es necesario la verificación de la concurrencia de los cuatro requisitos antes desarrollados. A saber: (i) la existencia de una conducta antijurídica; (ii) que dicha conducta genere un daño al derecho subjetivo de la víctima; (iii) que exista una relación de causa – efecto entre la conducta antijurídica o repudiada por el ordenamiento jurídico y el daño ocasionado en la víctima; y, (iv) que el sujeto autor del evento dañoso haya actuado con dolo o culpa.

A continuación analizaremos si en este caso en concreto concurren tales requisitos:

(i) **Antijuridicidad**

14. En este caso, el requisito de antijuridicidad consiste en el incumplimiento en su deber genérico de colaboración incurrido por PETROPERU al no realizar la consulta necesaria para conocer la clasificación del instrumento ambiental que se requiere para el proyecto.
15. Se advierte que la conducta de PETROPERU vulnera el deber de colaboración que debe existir en un contrato, así como el principio de la buena fe que debe regir la ejecución y culminación de los contratos, ya que ambos buscan un mismo objetivo. Por lo tanto, este Tribunal considera que en este caso en concreto se cumplió con este requisito.

²⁰ PAZOS HAYASHIDA, Javier. En: Código Civil Comentado, tomo VI. Gaceta Jurídica. Lima, 2007, p. 676.

(ii) Daño

16. En ese sentido, la consecuencia derivada del no accionar de PETROPERU ha producido que ONCH se vea imposibilitado de cumplir con sus obligaciones y, en consecuencia de concluir con el CONTRATO.
17. En consecuencia, el daño que sufrió ONCH en su esfera patrimonial queda acreditado, no siendo necesaria la actuación de ningún medio probatorio adicional para la verificación del mismo. Por lo tanto, este Tribunal Arbitral tiene por cumplido también este requisito.

(iii) Nexo Causal

18. Como hemos dicho, se cumple con este requisito en aquellos supuestos en los que el daño sufrido por la víctima, en este caso ONCH, es consecuencia directa e inmediata de un comportamiento antijurídico, el mismo que es imputable a aquel sujeto con el cual se tiene o se tenía un vínculo obligacional. Así, la imposibilidad de continuar con la obra se ha producido a consecuencia del incumplimiento de PETROPERU, ya que como titular de la actividad de hidrocarburos debió solicitar y cumplir con este paso previo, más aun cuando las Autoridades del sector lo precisaron.

(iv) Factores de Atribución

19. El Código Civil en sus artículos 1318°, 1319° y 1320° regula como factores de atribución en la inejecución de obligaciones los siguientes: la culpa leve, culpa inexcusable y el dolo.
20. En particular, en el artículo 1318° del Código Civil se establece que: "*Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación*". En este orden de ideas, CASTILLO y OSTERLING²¹ sostienen lo siguiente:

"Se incurre en dolo cuando de intento y a sabiendas se ejecuta un hecho que, conforme a la ley o al contrato, no debe ejecutarse, o cuando se omite uno que, según este o aquella, debe ser ejecutado. Los motivos carecen de interés. Toda regla jurídica o moral debe ser – por si sola – móvil determinante suficiente de las acciones o abstenciones que prescriba". (Énfasis agregado).

21. Dichos autores añaden que: "*El dolo en la inejecución de las obligaciones consiste en el incumplimiento deliberado de la prestación, aunque no medie la intención de dañar. El dolo viene a ser en este caso, "la conciencia de la infracción de un deber* (énfasis agregado)²²". Y, continúan señalando que: "*como presupuesto de responsabilidad civil, el dolo aparece cuando el incumplimiento del deudor le es reprochable por haber querido infringir el deber de cumplir con la prestación a que estaba sujeto. De ahí que también se le*

²¹ OSTERLING, Felipe y Castillo, Mario. "Derecho de las Obligaciones". Editorial, Lima, p. 842.

²² Ibid., loc. cit.

define como la voluntad deliberadamente desplegada a un resultado de antijuridicidad".
(Énfasis agregado).

22. En vista de lo antes indicado, el Tribunal Arbitral considera que el incumplimiento en que incurrió PETROPERU al negarse a colaborar solicitando la clasificación del instrumento ambiental se produjo con conocimiento, voluntad y conciencia de dicha Entidad, ya que se ha demostrado que ONCH puso en conocimiento de PETROPERU el requerimiento efectuado por las Autoridades del sector, como es el Ministerio del Ambiente.
23. En consecuencia, este Tribunal Arbitral ha llegado a la convicción que en el comportamiento antijurídico de PETROPERU ha mediado dolo, por lo que se ha configurado un factor de atribución para la determinación de la responsabilidad civil contractual.
24. En todo caso, es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1329º del Código Civil antes comentado, se presume la culpa leve del deudor ante la inejecución de obligaciones, de tal modo que, aún si no mediara dolo, se debe resarcir el daño²³.
25. De la revisión de los elementos de la responsabilidad civil, se observa que se cumplen todos en el presente caso; en consecuencia el daño se habría configurado, por lo que corresponde el pago de una indemnización.
26. En relación al pago de la indemnización, se aprecia que ONCH solicita se pague bajo dos modalidades: daño emergente y lucro cesante, para lo cual el Tribunal Arbitral pasará a analizar ambas instituciones jurídicas para poder cuantificar el daño y otorgar la indemnización correspondiente
27. En materia de daños, la doctrina es unánime en considerar al daño como el factor principal de la responsabilidad. Sin daño, no hay reparación. Al respecto, OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE en su Tratado de las Obligaciones²⁴ señalan que "*no puede haber debate acerca de la responsabilidad faltando el daño, pues ella tiene por objetivo la reparación y la indemnización. Luego, un hecho, por muy reprobable que sea, no puede autorizar una acción civil de responsabilidad, si no se prueba el daño*".

Asimismo, LIZARDO TABOADA señala que "*(...) un aspecto fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan responsabilidad civil, sin lugar a dudas, es el aspecto objetivo del daño causado, pues solamente cuando se causa un daño se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil, produciéndose como efecto jurídico el nacimiento de la obligación legal de indemnizar (...).*"²⁵

²³ De acuerdo con el artículo 1321º del Código Civil, si el factor de atribución es la culpa, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al constituirse la obligación.

²⁴ FELIPE ORTERLING PARODI y MARIO CASTILLO FREYRE, Compendio de las Obligaciones, Edit. Palestra, Pág. 869.

²⁵ LIZARDO TABOADA CÓRDOCA, Elementos de la Responsabilidad Civil, Edit. Grijley, Pág. 69.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Marco Ricardo Espinoza Rimachi
Álvaro Loredo Romero

28. El demandante acredita en autos el daño en desmedro de su patrimonio causado por la Entidad; por lo que, el Tribunal acuerda que existe el derecho a indemnizar el daño emergente causado por PETROPERÚ.
29. Según la doctrina, el daño emergente es definido como la pérdida que sobreviene en el Patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito. En otras palabras, es la disminución de la esfera patrimonial del dañado.
30. Respecto a la cuantificación del daño emergente, tanto la doctrina como la jurisprudencia acuerdan en que el daño debe ser probado fehacientemente por medio de documentos probatorios anexados a la demanda.
31. En relación a este punto, la parte demandante, tal como se aprecia en autos, presenta un cuadro sustentando los gastos en desmedro de su patrimonio que configuraría el daño emergente, el mismo que acredita mediante medios probatorios anexados a la demanda. Se aprecia que la parte demandada mediante escrito de ampliación de contestación de demanda cuestiona ítem por ítem la apreciación de daños causados de la parte demandante. En consecuencia, el Tribunal Arbitral pasará a valorar las pruebas y merituar su calidad probatoria analizando cada ítem señalado por ONCH y su cuestionamiento realizado por PETROPERU²⁶.

CUADRO GENERAL RESUMEN DE GASTOS

Gastos	Base	Contingencia	TOTAL POR CONCEPTO
1) Administrativos	S/. 2680.86		S/. 2680.86
2) Gastos Previos al Concurso	S/. 191803.65		S/. 191803.65
3) Gastos de Ejecución	S/. 99928.157		S/. 99928.157
4) Gastos Legales	S/. 36701.15	12090.33	S/. 48791.48
5) Gastos Laborales	S/. 57595.23		S/. 57595.23
Sumatoria Σ (1,2,3,4,5)	S/. 419091.75		S/. 400799.37

32. En primer lugar, la Entidad cuestiona el rubro señalado por el contratista como "Gastos Administrativos"²⁷ por un valor ascendente a S/. 2,680.86. Al respecto, el Tribunal luego de valorar las pruebas ofrecidas en referencia a este rubro, dispone que las pruebas ofrecidas generan certeza, razón por la cual, este ítem o rubro formaría parte de los daños a indemnizar.

²⁶ Anexo 82 del escrito de ampliación de la demanda presentado por ONCH el 14 de noviembre de 2013.

²⁷ Se adjuntan los recibos del señor José Luis Bruzon y la señora Anaí Amalia Navarro Cuaresma, por concepto de manejo de documentación administrativa y apoyo administrativo.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Marco Ricardo Espinoza Rimachi
Álvaro Loredo Romero

I.- CUADRO POR CONCEPTOS Y TOTAL de Gastos Administrativos:

FECHA	PERSONAL TÉCNICO	RECIBO	DETALLE	IMPORTE
	Jose Luis bruzón Navarro	0001-000212	Manejo de documentación administrativa	800
	Jose Luis Bruzón navarro	001-000213	Manejo de documentación administrativa	746.67

	Anali Amalia navarro cuaresma	E001-8	Apoyo administrativo	360
	Jose Luis Bruzón Navarro	0001-000214	Manejo de documentación administrativa	774.19
Σ CONCEPTOS				S/. 2680.86

33. Respecto de los “Gastos previos al concurso”²⁸, la Entidad no puede desconocer los gastos efectuados por ONCH para la postulación y posterior obtención de la buena pro para la adjudicación de la obra materia de Litis, toda vez que es precisamente la obtención de la buena pro y la posterior ejecución del contrato lo que ha llevado a la empresa contratista a encontrarse inmerso en este proceso arbitral. En ese sentido, el daño está debidamente acreditado.

II.- CUADRO POR CONCEPTOS Y TOTAL de previos al Concurso:

1.- CUADRO POR CONCEPTO: “Preparación del Expediente” –PEX

FECHA	PERSONAL TÉCNICO	RECIBO	DETALLE	IMPORTE
09/05/11	Percy Vivanco	001-000008	Planificación en ingeniería del proyecto- primer informe	29000.00
10/05/2011	Percy Vivanco	001-000009	Planificación en ingeniería de proyecto Petroperú- entrega de segundo informe contrato RCO-95413-2F	17652.15
09/05/2011	KGS Servicios empresariales S.A.C	001-000093	Informe de planificación contable	17830.00
10/05/2011	Javier Fernando Quiñones	01-000032	Informe de planificación tributaria y laboral	16500.00
23/08/2011	Quantum ingeniería europea s.l	D709165	Planta de tratamiento de agua de ósmosis	54154.84
	Deysi Edith Mondragón Rodas	01-000003	Servicios de planificación arquitectónica de una planta inversa de ósmosis	16666.66
Σ conceptos				S/ 151803.65

²⁸ Los “Gastos previos al concurso” comprenden la preparación del Expediente y el personal técnico e ingenieros.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Marco Ricardo Espinoza Rimachi
Álvaro Loredo Romero

2.- CUADRO POR CONCEPTO: "Personal Técnico e Ingenieros"-PTI

FECHA	PERSONAL TÉCNICO	RECIBO	DETALLE	IMPORTE
01-08-2011	Percy Vivanco palacios	000010	Asesoria en Ingenieria de Contrato RCO-95413-2f- Asesoria Externa	10.000
01-09-2011	Percy Vivanco palacios	001- 000012	Asesoria en Ingenieria de Contrato rco-95413-2f- Asesoria Externa	10.000
01-10-2011	Percy Vivanco palacios	001- 000013	Asesoria en Ingenieria de Contrato RCO-95413-2f- Asesoria Externa	10.000
01-11-2011	Percy Vivanco palacios	001-000014	Asesoria ingeniería de contrato rco-95413-2f- asesoria externa	10.000
Σ CONCEPTOS				S/. 40.000

3.- CUADRO TOTAL DE CONCEPTOS (Σ PEX + PTI).

CONCEPTOS	PEX	PTI	Σ
	151803.65	40.000	191803.65

34. Respecto al rubro de "Gastos de ejecución"²⁹ y todos sus sub componentes, el Tribunal ha valorado cada una de las pruebas ofrecidas y ha llegado a la conclusión de que generan certeza en el colegiado; en consecuencia, configuran daño indemnizable.

III.- CUADRO POR CONCEPTOS Y TOTAL DE Gastos de Ejecución:

1.- CUADRO POR CONCEPTO: "Desarrollo de Ingeniería" - DIN

FECHA	PROVEEDOR	DETALLE	NUMERACIÓN	IMPORTE
26/12/2012	Henry Ruiz Valero	Proyección de planos isométricos para proyectos	E001-11	154.00
11/06/2012	Jesús Roberto	Desarrollo de	001-000105	600

²⁹ Los "Gastos de Ejecución" comprende los gastos por el desarrollo de Ingeniería, Obras y Servicios, Materiales y gastos administrativos de la ejecución.

ONCH Servicios y Suministros Industriales S.A.C.
Petróleos del Perú – PETROPERU S.A.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Marco Ricardo Espinoza Rimachi
Álvaro Loredo Romero

	Alfonso Román	ingeniería de proyecto osmosis inversa		
30/06/2012	Jesús Roberto Alfonso Román	Desarrollo de Ingeniería de Proyecto Osmosis Inversa	001-000106	8347.00
Σ CONCEPTOS				9101

2.- CUADRO POR CONCEPTO: "Obras y Servicios" -OS

Fecha	Proveedor	Facturas	Unidad	Detalle	Importe S/.	Importe \$
06/04/2012	Mauro César Vásquez Sánchez	01-000038		Plan de Seguridad para el Personal – RCO-95413-2F	3500	
08/06/2012	Mauro César Vásquez Sánchez	001-000034		Resguardo Sr. Javier Casal- Empresa Nordic Water- Contrato RCO- 95413-2f	1500	
01/08/2011	Asesoría en servicios y soluciones	001-69	1	Servicio prueba de sarros y diseño de tanque	649.00 (2.624 tipo de cambio SBS) = 1702.97	
17/08/2011	Laboratorio Cantelia	003-44881	1	Examen Médico Petroperú	395.30	
12/08/2011	Laboratorio Cantelia	003-44655	2	Examen médico Petroperú	790.60	
19/08/2011	Asesoría en servicios y soluciones	001-70	1	Servicio Prueba de Sarros y Diseño de tanque	649.00 (2.734 tipo de cambio SBS)= 1774.36	
30/06/2011	Laboratorio Clínico Inmunológico	003-434149	1	Examen Médico Petroperú	395.30	

ONCH Servicios y Suministros Industriales S.A.C.
Petróleos del Perú – PETROPERU S.A.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Marco Ricardo Espinoza Rimachi
Álvaro Loredo Romero

15/06/2011	Z Group Ingeniería en Frio SAC	001-826	1	01 Contenedor Dry 40st- mlcu77042-5		4,130.00 (2.761 tipo de cambio SBS)=11402.93
15/06/2011	Z group ingeniería en frio sac	001-821	1	01 servicio de transporte de un contenedor de 40	531.00	
28/06/2011	Ferretería Industrial Bendezú	001-13944	2	Broca cilíndrica 3/16 hss alemán	5	
02/06/2011	Laboratorio Cantella	003-42164	1	Examen médico Petroperú	395.30	
25/06/2011	Laboratorio Cantella	003-57595	2	Ekg de esfuerzo oftalmología	112.10	
01/06/2011	Laboratorio Clínico Inmunológico	003-42147	5	Examen médico Petroperú	1976.50	
13/07/2011	Centro de Diagnóstico Cantella	003-0043547	4	Examén médico Petroperú	1581.20	
17/08/2011	Centro de Diagnóstico Cantella	003-00448881	1	Examén médico Petroperú	395.30	
18/08/2011	Quantum Ingeniería Europea			Desplazamiento Serv.		19,836.94 (2.739 tipo de cambio SBS)= 54333.37
Σ CONCEPTOS					6,57 7.5	74,088.26

3.- CUADRO POR CONCEPTO: "Materiales"-MAT

FECHA	PROVEEDOR	FAC TUR A	TICK ET	UN ID AD	DETALLE	IMPO RTE \$/.	IMPO RTE \$
28/06/2011	MAESTRO PERU S.A.C		1414-110628 0018	37	ACCESORIOS ELÉCTRICOS	1,402.94	
	Maestro Perú S.A.C				PRODUCTOS VARIOS	170.94	
29/06/2011	MAESTRO		1414-	18	ACCESORIO	123.00	

ONCH Servicios y Suministros Industriales S.A.C.
Petróleos del Perú – PETROPERU S.A.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Marco Ricardo Espinoza Rimachi
Álvaro Loredo Romero

	PERU S.A.C		110629 0097		S ELÉCTRICO S		
29/06/2011	MAESTRO PERU S.A.C		1415-110629 0047	38	ACCESORIOS ELÉCTRICOS	107.40	
30/06/2011	MAESTRO PERU S.A.C		1415-110630 0086	3	CERRADURAS	221.70	
28/06/2011	MAESTRO PERU S.A.C		1414-110628 0118	2	DISCOS CORTOS 7 X16 MM	13.40	
28/06/2011	PERNOS TAPIA SAC	002-59293		40	STAR BALT 3/16 X 3/40	6.00	
24/06/2011	COMERCIAL DEL ACERO S.A.	005-262232		1	JB.NEGRILA C.CUAD. 50, X 2.0 X 6MM	65.37	
05/09/2011	MAESTRO PERU S.A.C	901-1109050188		1	ACCESORIOS ELÉCTRICOS	4.60	
15/09/2011	MAESTRO PERU S.A.C	813-1109150158		2	ACCESORIOS ELÉCTRICOS	47.40	
12/08/2011	MAESTRO PERU S.A.C	901-1108120097		17	ACCESORIOS ELÉCTRICOS	974.90	
15/08/2011	COESTI S.A	065-1035517			PRIMAX GASOL	68.45	
04/08/2011	AARON SAMUEL PEDROSO SALDANA	001-94		40	ACCESORIOS ELÉCTRICOS	1,046	
02/08/2011	Ferretería Oriente	001-86			2/4 NEGRO Y VERDE ESMALTE	16.00	
04/08/2011	SODIMAC PERU S.A.		0018-52332		MALLA CUADRADA Y THINNER	257.00	
15/07/2011	Servicios de Montacarga, Transporte Grua	001-1227		1	01 SERVICIO DE MONTACAR	224.20	

	V Maniobra "Montacarga Canchanchi"				GA DE 05 Y 04 TONELADAS		
22/08/2011	RONALD ANYAIPOMA RAMOS	001-692		3	BANCOS, MADEROS 0.4 X 0.8	160.00	
24/08/2011	INVERSIONES RODRIGUEZ BARBERO E.I.R.L	001-486		1	BOLSA CEMENTO	17.00	
23/08/2011	RONALD ANYAIPOMA RAMOS	001-696		25	1.5 2 X10	150.00	
12/08/2011	TRANSPORTE ENCISO S.A.C	001-1008		16	M3 CUBICOS DE AGUA +	198.24	
11/08/2011	INVERSIONES RODRIGUEZ BARBERO E.I.R.L	001-383		3	PARES DE GUANTES PIEL DE CERDO	38.00	
20/08/2011	ABOFIRE EQUIPMENT CO S.A.C.	001-3999		1	POS WEXTINTO R A MEREX	595.90	
18/08/2011	INVERSIONES RODRIGUEZ BARBERO E.I.R.L	001-459		2	BOLSAS DE YESO	8.50	
23/06/2011	INDUSTRIA DE SEGURIDAD EL PROGRESO S.A.C	001-0076653		12	BOLSAS DE YESO	594.37	
22/07/2011	Ferretería Roxana - JOHN REYES	001-3150		1	SILICONA Y APlicador	18.00	
22/07/2011	WILLY ESPINOZA QUISPE	002-1807			VIDRIOS	46.00	
20/07/2011	DIPROFOR E.I.R.L	002-1248		16	TACOS Y LISTONES 0.4 X 0.25	110.92	
18/07/2011	Transporte Diaz	001-118			06 M PIEDRA 1/4 (CONFITILL O)	424.80	

ONCH Servicios y Suministros Industriales S.A.C.
Petróleos del Perú – PETROPERU S.A.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Marco Ricardo Espinoza Rimachi
Álvaro Loredo Romero

18/07/2011	MAESTRO PERÚ S.A.C		911-110718 0089	2	CHALECO Y EXTINGUATOR	222.80	
18/07/2011	MAESTRO PERÚ S.A.C		903-110718 0216	20	GRASS AMER IM X 0.5 M ARTICULOS DE FERRERIA	130.00	
26/07/2011	Comercial Richard RICARDO MAZA MORENO	001-4755				91.50	
23/07/2011	Más Seguridad Elizabeth Sisal Pinedo Robles	001-1169		12	CAC HAC OS DE CON CRET O	150.00 (2.736 tipo de cambio SBS)= 410.4	
26/07/2011	Inversiones Rodriguez Barbero E.I.R.L	001-313		6	BOLSAS DE CEMENTO Y ALAMBRE	64.50 (2.736 tipo de cambio SBS)= 176.47	
19/07/2011	Maestro Peru S.A.C		1410-110719 0027	5	ACCESORIO S ELECTRICO S	68.90	
19/07/2011	Ferreria Juana - Carmen Luz Valero Laura	001-1762		39	CONOS, MAYAS Y COMBA	620.00	
11/07/2011	Maestro Peru S.A.C		1415-110709 0102	68	ACCESORIO S ELECTRICO S	770.28	
10/07/2011	El Dorado S.R.L	001-94953		2	GOLLO CABLES INDECO	162.50	
09/07/2011	Maestro Peru S.A.C		1414-110709 0122	6	LISTONES 1 X 2X 8 PI	26.10	
09/07/2011	Maestro Peru S.A.C				ESMALTE	36.00	
01/07/2011	F. Eberhardt S.A	002-14433		72	MT RUBO ACERO SCH	3790.9	

4.- CUADRO POR CONCEPTO: "Gastos Administrativos de Ejecución"-GEJ

FECHA	PROVEEDOR	FACTURA	TICKET	UNIDAD	DETALLE	IMPORTE S/.	IMPORTE S/.
17/08/2011	Nextel del Perú s.a.		001-2935458 7	1	CARGO FIJO		398.68 (Tipo de cambio 2.37 SBS)= 944.87
19/08/2011	Discovery & Co E.I.R.L	001-317		1	CARGADO R DE LAPTOP TOSHIBA	135.00	
13/07/2011	Laboratorio Cantella	003-43547		4	EXAMEN MEDICO PETROPERU	1581.20	
16/07/2011	Laboratorio Cantella	003-43679		1	EXAMEN MEDICO PETROPERU	395.30	
30/06/2011	Laboratorio Cantella	003-0043149		1	Examen Medico Petroperu	395.30	
27/06/2011	Titos Restaurant S.R.L	001-13716			CONSUMO	22.00	
30/06/2011	Telefónica del Perú S.A.A		004-8126029 7		SERVICIO DE TELEFONIA FIJA	164.55	
Z CONCEPTOS							3,092.03

5.- CUADRO TOTAL DE CONCEPTOS (Σ DIN + OS + MAT + GEJ).

CONCEPTOS	DIN	OS	MAT	GEJ	Σ
	9101	74088.26	13646.86	3.092.03	99928.15

35. Respecto a los "Gastos laborales", el Tribunal considera que estos deben ser reconocidos pues al valorar las pruebas ofrecidas advierte que existe relación con la elaboración del proyecto y, en consecuencia, con el daño ocasionado.

ONCH Servicios y Suministros Industriales S.A.C.
Petróleos del Perú – PETROPERU S.A.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Marco Ricardo Espinoza Rimachi
Álvaro Loredo Romero

IV. CUADRO DE COSTOS LABORALES:

FECHA	COLABORADOR	MES	IMPORTE S/.
	Isabel Rojas Vicuña	FEBRERO 2011	600
	Isabel Rojas Vicuña	ABRIL 2011	660
	Isabel Rojas Vicuña	MAYO 2011	660.00
	Isabel Rojas Vicuña	JULIO 2011	2279.40
	Rodrigo Núñez Chirinos	JULIO 2011	218
	Isabel Rojas Vicuña	AGOSTO 2011	1567.50
	Ushinahua Estrella Elber	AGOSTO 2011	360
	Walter Rolando Pérez Muñoz	AGOSTO 2011	640
	Rodrigo Núñez chirinos	AGOSTO 2011	640
	Eduardo Rodriguez Corthorn	AGOSTO 2011	320
	Ushinahua Bernales Migdaneo	SEPTIEMBRE 2011	652.50
	Rojas Vicuña Isabel	SEPTIEMBRE 2011	1567.50
	Walter Rolando Pérez Muñoz	SEPTIEMBRE 2011	675
	Jill Stephanie Chávez Cortavitarde	SEPTIEMBRE 2011	2266.67
	César David Pérez Muñoz	OCTUBRE 2011	675
	Walter rolando Pérez muñoz	OCTUBRE 2011	675.00
	Ushinahua estrella Elber	NOVIEMBRE 2011	675
	Ushinahua Bernales Migdaneo	NOVIEMBRE 2011	742.50
	Walter Rolando Pérez Muñoz	NOVIEMBRE 2011	675
	Isabel Rojas Vicuña	NOVIEMBRE 2011	1567.50
	Eduardo Rodriguez Corthorn	NOVIEMBRE 2011	760
	Paitan Huamán Victor	NOVIEMBRE 2011	157.50
	Jill Stephanie Chávez Cortavitarde	NOVIEMBRE 2011	5000
	Cesar David Pérez muñoz	NOVIEMBRE 2011	675
	Eduardo Rodriguez Corthorn	OCTUBRE 2011	1200

ONCH Servicios y Suministros Industriales S.A.C.
Petróleos del Perú – PETROPERU S.A.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Marco Ricardo Espinoza Rimachi
Álvaro Loredo Romero

Isabel Rojas Vicuña	OCTUBRE 2011	1567
Ushinahua Bernales Migdaneo	DICIEMBRE 2011	1149.08
Rodrigo Núñez chirinos	DICIEMBRE 2011	1410.75
Walter Rolando Pérez Muñoz	DICIEMBRE 2011	1341.26
Ushinahua Estrella Elber	DICIEMBRE 2011	1226.81
Isabel Rojas Vicuña	DICIEMBRE 2011	3276.08
César David Pérez muñoz	DICIEMBRE 2011	1341.26
Ushinahua Estrella Elber	ENERO 2012	675.00
Jill Stephanía Chávez Cortavitaré	ENERO 2012	5.000
César David Pérez muñoz	ENERO 2012	675
Rojas vicuña Isabel	ENERO 2012	1567.50
Ushinahua Estrella Elber	FEBRERO 2012	581.90
Isabel Rojas vicuña	FEBRERO 2012	1567.50
César David Pérez Muñoz	FEBRERO 2012	675
Isabel Rojas vicuña	MAYO 2012	2493.63
Rodrigo Núñez Chirinos	MAYO 2012	5563.39
Isabel Rojas vicuña	JUNIO 2012	1575
Σ CONCEPTOS		57595.23

36. Finalmente respecto a los “Gastos jurídicos”, del análisis de los documentos aportados se advierte que estos fueron efectuados a razón de la ejecución del CONTRATO, por lo que deben ser indemnizados.

V.- CUADRO DE GASTOS JURÍDICOS:

FECHA	PROVEEDOR	FACTURA	TIC KE T	UNI DA D	DETALLE	S/IM PORT E	SIMP ORTE
15/02/2012	Vega & Asociados	001-2275		1	ASESORÍA LEGAL	6,372.00	
12/12/2011	Vega & Asociados	001-2175		1	ASESORÍA LEGAL		1,475
08/08/2011	Notaria Ricardo Notaria José Barba Castro	001-53358		1	CARTA NOTARIAL	35.00	
03/08/2011	Ricardo José	001-53274		1	CARTA	35.00	

Oswaldo Hundskopf Exebio
Marco Ricardo Espinoza Rimachi
Álvaro Loredo Romero

	Barba Castro			NOTARIA L		
	Notaria Pública Manuel Gálvez Sucar	001-185832	1	CARTA NOTARIAL	24.06	
18/05/11	Javier Fernando Quiñones G.	001-000047	1	ASESORIA LEGAL EN COMUNICACIONES CON PETROPERÚ CONTRATO RCO-95413-2F MAYO, JUNIO, JULIO Y AGOSTO	19,924.00	
01/09/2011	Javier Fernando Quiñones g.	001-000049	1	ASESORIA LEGAL EN COMUNICACIONES CON PETROPERÚ CONTRATO RCO-95413-2F SEPTIEMBRE, OCTUBRE, NOVIEMBRE, DICIEMBRE Y ENERO	16,777.15	
	Juan Carlos Parimachi Gargate			ASESORIA LEGAL	1845.48	
Σ						S/
CONCEPTOS						45738.39

-)
- 37. En vista de que el Tribunal ha valorado cada una de las pruebas ofrecidas por ambas partes, dispone que el daño emergente, materia de indemnización asciende a la suma de S/. 400,799.37 (Cuatrocientos mil setecientos noventa y nueve y 37/100 nuevos soles).
 - 38. En relación al lucro cesante demandado, debemos partir por señalar que el lucro cesante se conoce como la utilidad dejada de percibir; consecuencia de un daño ocasionado por un determinado sujeto de la obligación.
 - 39. De conformidad con lo previsto en el artículo 1331º del Código Civil la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al perjudicado por el incumplimiento.

Como señala MORALES MORENO, "el problema de la prueba del lucro cesante es, sin duda, complejo. La complejidad proviene de que este tipo de daño es, a menudo, un daño que se produce y concreta en el futuro; un lucro, justificado en el contrato, que el acreedor habría llegado a obtener de no haberse producido el incumplimiento. Y la obtención de un lucro

*futuro tiene siempre cierta dosis de incertidumbre o aleatoriedad, pues depende de múltiples factores externos y de la propia conducta futura del acreedor. Aunque estas razones no pueden excluir su indemnización anticipada, explican la cautela de los tribunales en el reconocimiento de ésta*³⁰.

De lo expuesto se concluye que, si bien el evento dañoso ha quedo claro, el cuánto del lucro cesante no ha sido probado, por lo que debemos recurrir supletoriamente a lo dispuesto en el artículo 1332º del Código Civil que regula la valorización equitativa del resarcimiento en caso el daño no pudiera ser probado en su monto preciso, confiriéndole al juzgador la facultad para hacerlo.

40. La doctrina³¹ señala que "*La evaluación del daño depende de una serie de factores complejo, muchas veces difíciles de acreditar en su monto preciso (...), el juez deberá contentarse muchas veces con presunciones. A ello obedece el texto del artículo 1332º comentado, que obliga al juez a liquidar con valorización equitativa en caso de que el daño no pueda ser probado en su momento preciso*".
41. Por lo tanto, la facultad dispuesta en el artículo 1332º del Código Civil permite al juzgador determinar el quantum de la indemnización bajo un criterio subjetivo y equitativo, procurando que ésta coloque al perjudicado en la misma situación jurídica en la que se encontraba si la obligación hubiese sido cumplida.
42. Del CONTRATO, las Bases y otras, no se advierte ninguna norma que permita tener un parámetro para determinar la cuantía de esta indemnización. Sin embargo, si recurrimos a lo establecido en el artículo 267º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado³² (Reglamento derogado) podremos encontrar un criterio utilizado para determinar la cuantía de las indemnizaciones en los temas de resolución de contratos con el Estado. Es así que el artículo 267º establecía lo siguiente:

Artículo 267.- Efectos de la resolución del contrato de obras

"(...)

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo que se deja de ejecutar.

(...)" (El subrayado es nuestro)

43. De la revisión del CONTRATO, se desprende que el monto contractual bajo el sistema de *suma alzada* asciende a la suma neta de US\$ 1'752,774.86 (Un millón setecientos cincuenta y dos mil setecientos setenta y cuatro con 86/100 Dólares Americanos). Asimismo, se

³⁰ MORALES MORENO, Antonio. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Madrid: Civitas, 2010, p. 25.

³¹ OSTERLING PARODI, Felipe. "Obligaciones", Biblioteca para leer el Código Civil Vol. VI. PUCP Fondo Edit, 1988, pág. 217-218.

³² D.S. N° 084-2004-PCM, derogado por el D.S. 184-2008-EF.

observa que las partes no han establecido en el CONTRATO, la utilidad correspondiente a la empresa contratista en caso ésta haya realizado la contraprestación pactada. Es así que el este Tribunal Arbitral, en pleno uso de sus facultades, dispone en atención a la normal regulación de los temas de contrataciones con el estado que la utilidad para el caso en concreto deberá ser del 10% del monto contractual.

44. Ahora bien, teniendo como criterio lo dispuesto en el derogado Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones y aplicando la facultad conferida mediante el artículo 1332º del Código Civil, concluye que la indemnización por lucro cesante debe ser el 5% del monto contractual, es decir, US\$ 87,638.74 (Ochenta y siete mil seiscientos treinta y ocho con 74/100 Dólares Americanos).
45. Para cuantificar el lucro cesante, se deberá realizar la operación aritmética basados en el tipo de cambio a la fecha en que fue interpuesta la demanda, léase 18 de setiembre de 2013.
46. El tipo de cambio al 18 de setiembre de 2013 era de S/. 2,769 por dólar. Es así que luego de realizar la operación aritmética se tiene que lo que la Entidad deberá indemnizar en relación al lucro cesante asciende a la suma de S/. 242,671.68 (Doscientos cuarenta y dos mil seiscientos setenta y siete con 68/100 Nuevos Soles).
47. El monto total a pagar por la Entidad por daños y perjuicios ocasionados a la parte demandante asciende a la suma total de S/. 643,471.05 (Seiscientos cuarenta y tres mil cuatrocientos setenta y uno con 05/100 Nuevos Soles).
48. En atención a todos los considerandos expuestos por el Tribunal Arbitral, se determina conceder en calidad de Indemnización por daños y perjuicios a favor de la parte demandante la suma ascendente a S/. 643,471.05 (Seiscientos cuarenta y tres mil cuatrocientos setenta y uno con 04/100 Nuevos Soles); en consecuencia declarar **FUNDADA EN LOS TÉRMINOS EXPUESTOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL** la primera pretensión del demandante.

II.3. RESPECTO DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

"DE DECLARARSE INFUNDADO EL NUMERAL 1), DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO RECONOCER A FAVOR DE ONCH EL MONTO DE S/. 1'292,600.00 POR CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE, CONCRETAMENTE POR IMPOSIBILIDAD MATERIAL AL NO HABER OBTENIDO EL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL A CARGO DE PETROPERU".

En vista de que el Tribunal Arbitral ha resuelto declarar fundada la primera pretensión del demandante; corresponde declarar **IMPROCEDENTE** de la primera pretensión subordinada a la pretensión principal.

II.4. RESPECTO DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"DE DECLARARSE INFUNDADO EL NUMERAL 2), DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DEJAR SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° RCO-95413-ZF PLANTEADO POR PETROPERU Y SE DECLARE LA CONCLUSIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS IMPUTABLES A PETROPERU, CONCRETAMENTE POR IMPOSIBILIDAD MATERIAL AL NO HABER OBTENIDO EL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL A CARGO DE PETROPERU".

Dado que el Tribunal Arbitral ha resuelto declarar fundada la primera pretensión del demandante; corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la primera pretensión subordinada a la pretensión principal.

II.5. RESPECTO DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"DE DECLARARSE INFUNDADO LOS NUMERALES 1) Y 3), DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO RECONOCER A FAVOR DE ONCH EL MONTO DE S/. 1'500,000.00, POR CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE, CONSIDERANDO LA CONDUCTA CONTRARIA A LA BUENA FE DE LA ENTIDAD, ASÍ COMO SUS ACCIONES A PARTIR DE LA CARTA EN LA QUE PLANTEA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO".

En vista de que el Tribunal Arbitral ha resuelto declarar fundada la primera pretensión del demandante; corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la segunda pretensión subordinada a la pretensión principal.

II.6. RESPECTO DEL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"DE DECLARARSE INFUNDADO LOS NUMERALES 2) Y 4), DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DEJAR SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° RCO-95413-ZF PLANTEADO POR PETROPERU Y SE DECLARE LA CONCLUSIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS IMPUTABLES A PETROPERU, CONCRETAMENTE POR IMPOSIBILIDAD FÁCTICA Y JURÍDICA DE CUMPLIMIENTO, CONSIDERANDO LA CONDUCTA CONTRARIA A LA BUENA FE DE LA ENTIDAD, ASÍ COMO SUS ACCIONES A PARTIR DE LA CARTA EN LA QUE PLANTEA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO".

En vista de que el Tribunal Arbitral ha resuelto declarar fundada la primera pretensión del demandante, corresponde declarar **IMPROCEDENTE** segunda pretensión subordinada a la pretensión principal.

III. ANÁLISIS DEL PUNTO CONTROVERTIDO DE LA RECONVENCIÓN

III.1. DETERMINAR CORRESPONDE O NO INDEMNIZAR A PETROPERÚ POR DAÑOS Y PERJUICIOS, ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO N° 95143-ZF Y EL ACTA DE CONCILIACIÓN N° 8323-2012 POR PARTE DE ONCH.

En vista de que el Tribunal Arbitral ha resuelto declarar sin efecto la resolución de CONTRATO emitida por PETROPERÚ y el pago de los daños y perjuicios en calidad de lucro cesante a favor de ONCH, se utilizan los mismos considerandos para declarar **INFUNDADA** la reconvención presentada por PETROPERÚ.

IV. ANALISIS DEL PUNTO CONTROVERTIDO EN COMÚN

DETERMINAR A QUIEN CORRESPONDE ASUMIR LAS COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE ARBITRAJE.

1. Antes de comenzar a determinar este punto controvertido, es necesario precisar que, en el numeral 47 del Acta de Instalación del Arbitraje, se estableció como anticipo de honorarios de los miembros del Tribunal la suma de S/.25,000.00 (Veinticinco mil con 00/100 Nuevos Soles) netos por cada árbitro y como anticipo de los honorarios del Secretaría Arbitral, la suma de S/. 12,500.00 (Doce mil quinientos 00/100 nuevos soles) netos, montos que fueron divididos en partes iguales con el fin de que sean asumidos por cada una de las partes intervenientes.
2. Estos honorarios fueron cancelados por cada una de las partes en los montos que les correspondían, de acuerdo a lo señalado en la Resolución Nº 3.
3. Siendo así, este Tribunal Arbitral considera pertinente fijar los honorarios definitivos del Tribunal Arbitral los establecidos en la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.
4. Ahora bien, respecto a la asunción de los costos y costas del presente proceso, corresponde señalar lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 1071 respecto a los costos del proceso arbitral, específicamente en el artículo 69º, el cual precisa lo siguiente:

Artículo 69º.- Libertad para determinar costos.

"Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título."

5. Del contenido de la cláusula arbitral establecida en el CONTRATO, se advierte que las partes no se pronunciaron sobre la regulación de los costos del presente arbitraje, por tanto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 73º de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de disponer lo que considere conveniente, siempre y cuando se sujeté a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje.
6. A su vez, la Ley de Arbitraje faculta a los árbitros, a falta de acuerdo de las partes, a determinar que los costos del arbitraje sean de cargo de la parte vencida, o a distribuir y prorratear estos costos entre las partes, en caso estime que es razonable, de acuerdo a lo que se estipula en el artículo 73º de la referida norma, cuyo texto reproduciremos a continuación:

Artículo 73º.- 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 prorrtear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso."*
7. Respecto del tema, el Tribunal entiende que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos la conducta procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, por lo que corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas que incurrió y debió de incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de los árbitros, su defensa legal, etc.
8. En consecuencia, este colegiado considera que cada una de las partes debe asumir el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

POR LO QUE EL TRIBUNAL RESUELVE:

PRIMERO DECLARAR FUNDADO en los términos siguientes la primera pretensión del demandante:

- a) **DECLARAR** que no es válida la resolución contractual realizada por PETROPERU y asimismo **DECLARAR LA CONCLUSIÓN** del Contrato Nº RCO-95413-ZF por la imposibilidad jurídica de continuar con el mismo por causas atribuibles la Entidad.
- b) **ORDENAR EL PAGO** en calidad de la indemnización por daños y perjuicios en favor de ONCH de la suma ascendente de S/. 643,471.05 (Seiscientos cuarenta y tres mil cuatrocientos setenta y uno con 05/100 Nuevos Soles).

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la primera pretensión subordinada a la pretensión principal presentada por la parte demandante.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la segunda pretensión subordinada a la pretensión principal presentada por la parte demandante.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la reconvención presentada por la parte demandada.

QUINTO: Fijar los honorarios definitivos del Tribunal la suma de S/. 25,000.00 (Veinticinco Mil con 00/100 Nuevos Soles) netos por cada árbitro y los honorarios definitivos de la secretaría arbitral en la suma de S/. 12,500.00 (Doce mil quinientos con 00/100 Nuevos Soles) netos montos que fueron

ONCH Servicios y Suministros Industriales S.A.C.
Petróleos del Perú – PETROPERU S.A.

Oswaldo Hundskopf Exebio
Marco Ricardo Espinoza Rimachi
Álvaro Loredo Romero

pagados por las partes; y, declarar que las costas y costos del presente proceso arbitral, deben ser asumidas en partes iguales por el ONCH y PETROPERU.

SEXTO: Remítase al Organismo Superior de Contrataciones del Estado copia del presente Laudo Arbitral.

Notifíquese a ambas partes con la presente Resolución.

O
OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL

ÁLVARO LOREDO ROMERO
ÁRBITRO

MARCO\$ RICARDO ESPINOZA RIMACHI
ÁRBITRO

Resolución N° 24

Lima, 6 de enero de 2015

VISTOS:

El escrito presentado por Petróleos del Perú – PETROPERÚ S.A. (en adelante, PETROPERÚ) el 19 de noviembre de 2014, por el cual solicita la integración, interpretación y exclusión del Laudo Arbitral de fecha 10 de noviembre de 2014.

El escrito presentado por ONCH Servicios y Suministros Industriales S.A.C. (en adelante, ONCH) el 1 de diciembre de 2014, por el cual absuelve las solicitudes del Laudo Arbitral planteadas por PETROPERÚ.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 21 de fecha 10 de noviembre de 2014, el Tribunal Arbitral emitió el Laudo Arbitral de Derecho, el cual fue notificado a las partes el 12 de noviembre de 2014.
2. Por escrito de fecha 19 de noviembre de 2014, PETROPERÚ solicitó la interpretación, integración y exclusión del Laudo Arbitral.
3. Mediante Resolución N° 22 de fecha 25 de noviembre de 2014, notificada a ambas partes el 26 de noviembre de 2014, el Tribunal Arbitral otorgó a ONCH el plazo de cinco (5) días hábiles para que exprese lo que considere conveniente a su derecho, respecto a las solicitudes de interpretación, integración y exclusión del Laudo Arbitral, presentado por PETROPERÚ.
4. Por escrito de fecha 1º de diciembre de 2014, ONCH cumplió con absolver las solicitudes del Laudo Arbitral presentadas por PETROPERÚ.
5. Mediante Resolución N° 23 de fecha 12 de diciembre de 2014, notificada a ambas partes el 15 de diciembre de 2014, se trajó las solicitudes al laudo para resolver.
6. En tal sentido, atendiendo a los considerandos precedentes, corresponde que este Tribunal Arbitral se pronuncie sobre las solicitudes de interpretación, integración e exclusión planteados por PETROPERÚ.

SOBRE LA SOLICITUD DE INTEGRACIÓN AL LAUDO

7. Al respecto, PETROPERÚ señala que mediante su escrito de fecha 20 de noviembre de 2013 se indicó al Tribunal que no se está procediendo conforme a Derecho, toda vez que no se está cumpliendo con las reglas procesales del arbitraje establecido en el Acta de Instalación de fecha 13 de febrero de 2013, vulnerando el Debido Proceso, precisando que el Tribunal no se habría pronunciado al respecto, indicando que sería fundamental ello.

Sostiene que de acuerdo al numeral 8 de las Reglas del Proceso son de aplicación al proceso las reglas contenidas la Ley de Contrataciones del Estado y las Directivas que apruebe el OSCE; por lo que según lo dispuesto en el artículo 25 de la Resolución N°

016-2004-CONSUCODE/PRE al presentar la demanda se debe cumplir con: a) fundamentar de hecho y de derecho las pretensiones; b) ofrecer los medios probatorios que sustentan sus pretensiones; c) precisar el monto de la cuantía, y otros, requisitos que deben cumplir bajo sanción de que la demanda sea archivada.

Asimismo señala que de aplicarse la ampliación de la demanda en virtud del artículo 39º del Decreto Legislativo Nº 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje), también se estaría vulnerando este último, ya que el inciso 3) de dicho artículo establece que el contenido de la modificación de la demanda debe estar incluido dentro de los alcances del convenio arbitral, el cual no menciona ningún alcance.

8. De acuerdo a lo dispuesto en el literal c) del numeral 1) del artículo 58º de la Ley de Arbitraje se define la solicitud de integración de la siguiente manera:

Artículo 58º.-

"(....)

c) *Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del Laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del Laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral*". (El subrayado es nuestro)

9. Para MANUEL DIEGO ARAMBURÚ,¹ "(....) mediante la integración del laudo no puede pretenderse que el tribunal arbitral se pronuncie sobre todos aquellos temas que pueden haber sido tratados en el arbitraje, ya que no necesariamente al abordarse todos los temas en el laudo, se resuelve la controversia; ni para resolver se requiere necesariamente analizar todos y cada uno de los temas discutidos".

En tal sentido, este mismo autor señala "lo que se busca cuando se solicita la integración del laudo es evitar que queden pendientes de resolver temas que se solicitaron al Tribunal que resuelva, puesto que la intención de las partes al momento que encargaron a los árbitros resolver su controversia es justamente que toda ella quede resuelta y no que lo hagan de manera parcial o incompleta". (El subrayado es nuestro)

En esa línea, VIDAL RAMÍREZ² señala que "la integración tiene por finalidad salvar las omisiones en las que pueda haber incurrido el laudo, al no haber resuelto alguno de los puntos controvertidos".

10. Por lo tanto, el objeto de esta norma es permitir a las partes solicitar al Tribunal, luego de expedido el laudo arbitral, resuelva alguno o algunos puntos sometidos a su consideración sobre los cuales no hubiere emitido pronunciamiento; es decir, integrar a su pronunciamiento final aquellos aspectos controvertidos que no han merecido un pronunciamiento por parte del Tribunal.
11. En tal sentido, la integración del Laudo no debe implicar la modificación de decisiones ya adoptadas por el Tribunal Arbitral respecto de los puntos que fueron materia de

¹ ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. En: "Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje", Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje 2011, Pág. 666.

² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Manual de Derecho Arbitral, 1era Ed., Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2003, Pág. 135.

controversia y que fueron resueltos oportunamente en el Laudo, ni la incorporación de nuevos puntos controvertidos que no fueron materia del proceso arbitral.

12. Teniendo presente el supuesto en el que procede la solicitud de integración, resuelta pertinente tener lo acontecido en el presente caso. Se observa que mediante Resolución Nº 4 se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el 13 de noviembre de 2013; sin embargo, por escrito de fecha 12 de noviembre ONCH solicitó la suspensión de dicha Audiencia, precisando que presentaría un escrito ampliando su demanda.

13. Dado la proximidad de los hechos, el Tribunal dispuso que se pusiera en conocimiento de las partes la suspensión de la Audiencia a través de la Secretaría vía telefónica. Es así que, con fecha 14 de noviembre de 2013 ONCH presentó su escrito de ampliación de demanda, por lo que mediante Resolución Nº 6 de fecha 22 de noviembre de 2013 el Tribunal se ratificó en la suspensión de la Audiencia, admitió a trámite la ampliación de la demanda, corriendo traslado de esta a PETROPERU y otorgándoles un plazo de quince (15) días hábiles para que lo conteste.

Asimismo, el 20 de noviembre de 2013 PETROPERU manifestó su desacuerdo con la ampliación de la demanda, por lo que mediante Resolución Nº 7 de fecha 22 de noviembre, el Tribunal tuvo presente lo expuesto, con conocimiento de ONCH.

14. Según lo señalado por PETROPERU no se habría dado un pronunciamiento respecto a su escrito de fecha 20 de noviembre de 2013, ya que mediante Resolución Nº 7 únicamente se resolvió “*tener presente lo expuesto por PETROPERU*”.

15. En este punto cabe señalar que el escrito de PETROPERU fue presentado antes de que esta Entidad tomara conocimiento de la admisión a trámite de la ampliación de la demanda de ONCH, por lo que no puede entenderse como una reconsideración, sino como una oposición.

16. En ese sentido, de la revisión de los documentos se advierte que el Tribunal no se pronunció respecto a la oposición presentada por PETROPERU, por lo que corresponde analizarla.

17. Sobre este particular, el Tribunal Arbitral advierte que durante el proceso se vino dando cumplimiento al marco normativo establecido en el Acta de Instalación, pues las Reglas Procesales aplicables para el proceso empleadas por el Tribunal Arbitral fueron las contenidas en el Acta, las de establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y las Directivas que apruebe el OSCE para efectos de regular las Contrataciones del Estado y las de la Ley de Arbitraje.

18. Si bien la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y la Resolución Nº 016-2004-CONSUCODE/PRE que aprueba el TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje no establecen expresamente la ampliación de la demanda o de la contestación, el inciso 3) del artículo 39º de la Ley de Arbitraje lo permite, salvo que expresamente se haya señalado lo contrario en el convenio arbitral.

“Salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa

modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. El contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral". (El subrayado es nuestro)

19. En vista que no estableció un pacto en contrario a lo señalado en el inciso 3) del artículo 39 de la Ley de Arbitraje, mediante Resolución Nº 6 de fecha 22 de diciembre de 2013 el Tribunal Arbitral resolvió admitir a trámite la ampliación de la demanda presentada por ONCH, corriendo traslado de este documento a PETROPERU para que en un plazo de quince (15) días hábiles cumpla con contestarla, todo ello dado que en el convenio arbitral celebrado entre las partes no estableció dicho pacto en contrario.
20. Cabe precisar que la demanda y la ampliación de la demanda presentadas por ONCH, fueron admitidas a trámite previo análisis del Tribunal Arbitral, el cual verificó el cumplimiento de los requisitos de forma establecidos en el inciso 3) del artículo 39. De igual manera, se puso en conocimiento de PETROPERU la admisión de ambos documentos con la finalidad de que en su debido momento ejerzan su derecho de defensa, es así que se evidencia PETROPERU cumplió con contestar la ampliación, tal como lo señalan en su escrito de solicitud de integración de fecha 19 de noviembre del 2014.
21. Sabemos que una de las características más resaltantes del Arbitraje es la flexibilidad procesal de la institución arbitral, la cual permite que la estructura del procedimiento arbitral se adapte en función a que las partes tengan facultades de presentar nuevos medios probatorios, ampliar o modificar la demanda, con la finalidad de que la complejidad de la controversia se vea resuelta de favor de las partes. Es por ello, que el Tribunal Arbitral resolvió recibir los nuevos medios probatorios presentados por ONCH, bajo su discrecionalidad, con la convicción de resolver de forma eficaz la controversia de las partes. De igual forma, se corrió traslado a PETROPERU en su debido momento para haga uso de su derecho de defensa.
22. Tal como señala, PEÑA ACEVEDO "En consecuencia, a fin de evitar la multiplicidad de arbitrajes, las partes pueden hacer uso de mecanismos como los acuerdos de suspensión del arbitraje o hacer pedidos de acumulación de las pretensiones en los arbitrajes que se encuentran en trámite, los cuales se encuentran permitidos por la Ley de Contrataciones del Estado, la Ley de Arbitraje y los Reglamentos de los centros de arbitraje. Por ello, el argumento de la eventual multiplicidad de arbitrajes y sus inconvenientes prácticos y económicos puede ser mediatisado haciendo uso de los mecanismos de suspensión y acumulación"³. (El subrayado es nuestro)
23. De lo anterior se verifica que la aplicación de la Ley de Arbitraje no contraviene a lo dispuesto en el artículo 25 de la Resolución Nº 016-2004-CONSUCODE/PRE que aprueba el TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, como lo ha manifestado PETROPERU, puesto no se estableció un pacto en contrario y que esta decisión fue adoptada a fin de tener mayor documentación que les pueda ayudar a formar una opinión sobre las controversias sometidas al presente arbitraje aceptó la ampliación de la demanda, para realizar de forma práctica y efectiva del proceso.

³ PEÑA ACEVEDO, Juan. Plazos de Caducidad para Solicitar el Arbitraje Administrativo en las Contrataciones Estatales del Perú. *Panorama actual del Arbitraje*. Palestra, Lima, 2010. p. 108.

24. En consecuencia, es opinión de este Tribunal denegar la oposición formulada por PETROPERU, integrando al Laudo lo señalado en los puntos precedentes.

SOBRE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN AL LAUDO

25. Al respecto, PETROPERÚ solicitó la interpretación de dos puntos del Laudo Arbitral:

- *El laudo en la parte resolutiva establece que se declare que "no es válida la resolución contractual realizada por PETROPERÚ S.A"; sin embargo, la pretensión del demandante, de acuerdo a los Puntos Controvertidos, que figura en el numeral 9.1.1 de la parte IX del Laudo, dice "dejar sin efecto la resolución del contrato.*
- *De acuerdo a las reglas procesales del arbitraje el fallo debe estar debidamente motivado, por lo que requiere una aclaración o interpretación de las motivaciones por las cuales fueron desestimados los argumentos de PETROPERU sobre el daño emergente.*

-) 26. El literal b) del numeral 1) del artículo 58º de la Ley de Arbitraje señala que la solicitud de interpretación procede en los siguientes supuestos:

Artículo 58.-

1. *"Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:*
(...)
 - b. *Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.*
 - c. *(...)". (El subrayado es nuestro)*
-) 27. Al respecto, CRAIG, PARK y PAULSSON⁴ indican que: *"El propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su correcta ejecución (como, por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Esta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Esta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsideré su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte el Tribunal tendría fundamentos de sobra de encontrar como innecesario o inapropiado el conceder la interpretación requerida".* (El subrayado es nuestro)
28. En la doctrina nacional, MONROY⁵ señala que: *"(...) otro tema trascendente del pedido de aclaración es su límite objetivo: no puede ir más allá de la resolución que aclara, es decir, no es una vía para que la resolución termine diciendo aquello que antes de la aclaración no aparecía esencialmente (...)".*

⁴ Traducción libre del siguiente texto: "The purpose of the provision is to permit classification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the awards). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party's application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested interpretation". W. Laurence Craig, William. W. Park & Jan Paulsson, "International Chamber of Commerce Arbitration", ob. cit., 3era. Ed., 408.

⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan. La transformación del proceso peruano. Escritos reunidos. Lima: Editorial Corpunidad. 2003, p. 219.

29. De lo expuesto, se puede determinar que de ninguna forma la solicitud de interpretación tiene por finalidad impugnar el laudo arbitral, esto significa que la misma, no puede ser utilizada para que el Tribunal Arbitral se pronuncie nuevamente sobre lo decidido en el laudo arbitral y, con ello, pretender modificar su contenido, sino que debe ser invocado exclusivamente para aclarar cualquier duda o concepto ambiguo, dudoso y oscuro que sea necesario esclarecer a fin de que se establezca con exactitud los alcances del laudo arbitral, en razón de que la redacción de la parte resolutiva o de una parte determinante del mismo, que haya servido para resolver la controversia, no es claro ni preciso, de tal manera que por ese motivo no se pueda determinar de forma cierta los alcances del laudo emitido.
30. Efectivamente, del petitorio de la demanda se observa que ONCH solicita se deje sin efecto la resolución de Contrato Nº RCO-95413-ZF – Suministro e instalación de sistema de tratamiento de agua de la laguna para uso industrial y domestica planteada por PETROPERU.
31. En ese sentido, desde el punto 2 al 30 del II.1 del segundo punto resolutivo realizó un análisis de las causales que dieron paso a que PETROPERU procediera a resolver el CONTRATO, a fin de determinar la validez y eficacia de la resolución contractual.
32. La decisión adoptada por el Tribunal se encuentra debidamente fundamentada y motivada, puesto que se ha realizado un análisis en base a lo argumentado por las partes durante el proceso, eso es un vicio de validez del acto administrativo, requisitos que se encuentran determinados en el artículo 3º de la Ley de Procedimiento Administrativo.
33. Dado lo expuesto, corresponde denegar la solicitud de interpretación al Laudo presentada por PETROPERU.

SOBRE LA SOLICITUD DE EXCLUSIÓN AL LAUDO

34. Sobre este punto, PETROPERU indica que el demandante no ha presentado pruebas para configurar el lucro cesante. Señala que si bien el Tribunal ha resuelto que la resolución del Contrato no es válida, ello no significaría “per se” que deba reconocerse daños y perjuicios, pues es obligación del demandante probarlos dentro del proceso a fin de que la otra parte tenga la oportunidad de contrarargumentar y no sea el Tribunal el que pruebe los daños y perjuicios, con lo que vulnerar el derecho de defensa de la otra parte.
35. ONCH señala que la motivación del Tribunal se encuentran expuestos en los puntos 38 al 47, explicando la forma como éste ha llegado a las conclusiones a las arriba para calcular el porcentaje por lucro cesante.
36. De acuerdo a lo indicado en el literal d) del numeral 1) del artículo 58º del Decreto Legislativo N° 1071 la solicitud de exclusión del Laudo procede contra “*algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral o que no sea susceptible de arbitraje*”.


LAURA CERNA GUEVARA
Secretaria Arbitral

Al respecto, CASTILLO FREYRE⁶ señala “Si una de las partes pidiera la exclusión de un punto (no sometido a su decisión) contenido en el laudo y el Tribunal Arbitral accediera a su pedido, entonces, en definitiva, excluido dicho punto, el mismo —jurídicamente hablando— no formará parte del laudo.”

Por lo tanto, entendemos que la finalidad de la solicitud de exclusión del laudo, radica exclusivamente en el aspecto resolutivo del laudo, por lo que procede únicamente en los supuestos que el Tribunal haya excedido su jurisdicción y haya resuelto pretensiones no sometidas a arbitraje.

37. En el presente caso, se observa que no nos encontramos ante el supuesto determinado por la solicitud de exclusión, puesto que la indemnización por daños y perjuicios a favor de ONCH formó parte de su petitorio; por lo que corresponde denegar la solicitud presentada por PETROPERU.
38. No obstante ello, el Tribunal considera pertinente precisar que la indemnización otorgada a favor de ONCH se encuentra debidamente motivada en el análisis realizado en los numerales 39 y 41 de Primer Punto controvertido, desarrollo que tuvo base en la facultada otorgada a los juzgados mediante el artículo 1321º del Código Civil y en la documentación presentada y argumentos sostenidos por las partes.

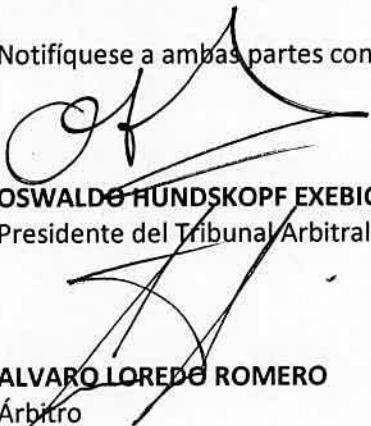
SE RESUELVE:

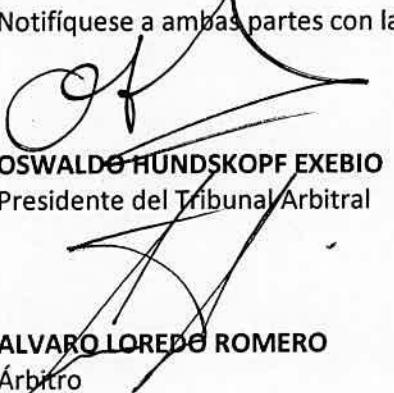
PRIMERO.- Declarar FUNDADA la solicitud de integración al Laudo formulada por PETROPERU y, en consecuencia, integrar al laudo lo resuelto respecto a la oposición a la ampliación de la demanda, desarrollado en los numerales 7 al 25 de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Denegar la solicitud de interpretación al Laudo formulada por PETROPERU en su escrito de fecha 19 de noviembre de 2014.

TERCERO.- Denegar la solicitud de exclusión al Laudo formulada por PETROPERU en su escrito de fecha 19 de noviembre de 2014.

Notifíquese a ambas partes con la presente Resolución.


OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO
Presidente del Tribunal Arbitral


ALVARO LORENZO ROMERO
Árbitro


MARCOS RICARDO ESPINOZA RIMACHI
Árbitro


LAURA CERNA GUEVARA
Secretaria Arbitral

⁶ CASTILLO FREYRE, Mario. “La Medida Cautela y el Laudo Arbitral”, Publicado en: http://www.castillofreyre.com/articulos/las_medidas_cautelares_y_el_laudo_arbitral.pdf, Pág. 4.