

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO
POR ELECTRO DIESEL NOR ORIENTE S.R.L. EN CONTRA DE
PETROPERU S.A.**

Resolución N° 07

Lima, 02 de setiembre de 2013

En la ciudad de Lima, con fecha de la referencia, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), Avenida Gregorio Escobedo cuadra 7, s/n, Jesús María, Provincia y Departamento de Lima; se hizo presente el señor César Antonio Gonzales Hurtado, árbitro único designado en el proceso arbitral iniciado por ELECTRO DIESEL NOR ORIENTE S.R.L., con RUC N° 20483838663 (en adelante EL CONTRATISTA), en contra de PETROPÉRU S.A. (en adelante LA ENTIDAD), expediente signado bajo el número 188-2009.

A. Antecedentes de la Relación Contractual y del presente Arbitraje:

1. Mediante la Orden de Trabajo a Terceros N° OFP-92595-ZU proveniente del proceso de contratación por Competencia Menor N° CME-155-2010.OFP - PETROPERU para el *"Servicio de Elaboración del Estudio de Riesgos y Planes de Contingencia para las Plantas Aeropuertos Chiclayo, Trujillo, Arequipa, Tacna y Cusco"* (LA ORDEN DE TRABAJO A TERCEROS) LA ENTIDAD contrató a EL CONTRATISTA por un plazo de 03 meses computados desde el 17 de enero hasta el 16 de abril de 2011 por una suma de S/. 44,000.00 incluido IGV.

Forman parte de LA ORDEN DE TRABAJO A TERCEROS los términos de referencia, la propuesta técnica y económica de EL CONTRATISTA.

2. Mediante Resolución N° 347-2012-OSCE/PRE del 30 de Octubre de 2012, comunicada mediante Oficio N° 2702-2012-OSCE/DAA del 03 de diciembre de 2012 se designó como árbitro único encargado de resolver las

controversias surgidas entre las partes al señor César Antonio Gonzales Hurtado (en adelante, el "Árbitro Único") el mismo que mostró su conformidad a la designación propuesta mediante escrito de fecha 13 de Diciembre de 2012.

3. Con fecha 28 de marzo de 2013, se instaló al Árbitro Único ratificándose en dicha oportunidad que el mismo no tenía ningún tipo de incompatibilidad con las partes y que se desenvolvería con imparcialidad e independencia.

B. Clase de Arbitraje

En virtud de lo señalado por el artículo 53° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante la "Ley"), así como lo establecido por las partes en el Contrato de Obra y en el Acta de Instalación del Árbitro Único, el arbitraje es nacional y de derecho.

C. Normatividad Aplicable al Arbitraje

En el numeral 2 del Acta de Instalación del Árbitro Único, se estableció que el arbitraje se regiría por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones aprobado (LA LEY) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (EL REGLAMENTO) y por las reglas contenidas en el Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (SNCA); y el Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A. aprobado por la Resolución N° 523-2009-OSCE/PRE (EL REGLAMENTO DE PETROPERU)

D. Pretensiones y posiciones de las partes en sus respectivos escritos de demanda, contestación de demanda y reconvención.

1. Demanda de EL CONTRATISTA

De conformidad con el reglamento del SNCA, el 18 de octubre de 2011 EL CONTRATISTA presento su demanda arbitral contra LA ENTIDAD, formulando

diversas pretensiones pero la misma fue archivada por falta de pago del primer anticipo establecido en la Liquidación de Gastos Arbitrales, lo cual fue notificado a las partes con Cédulas de Notificación N° 1974 y 1975 -2013 del 15 de marzo de 2013, por cuyo motivo dichas pretensiones no serán materia de pronunciamiento en este proceso arbitral.

2. Contestación de la Demanda Arbitral presentada por LA ENTIDAD

Con fecha 11 de febrero de 2013 LA ENTIDAD presento su contestación a la demanda arbitral de EL CONTRATISTA la cual devino en inócua en tanto se declaró el archivamiento de la demanda por la causa expresada anteriormente.

3. Reconvención presentada por LA ENTIDAD

En la misma fecha en que LA ENTIDAD presento la contestación de la demanda según se ha mencionado en el numeral anterior, también presento reconvención en contra de EL CONTRATISTA solicitando que este cumpla con sus obligaciones contractuales sin perjuicio del pago de la penalidad por mora que asciende al 10% del monto del contrato.

Los fundamentos de la reconvención presentada por LA ENTIDAD son, en general, los siguientes:

- 3.1. Que forman parte de LA ORDEN DE TRABAJO A TERCEROS los "Requerimientos Técnicos Mínimos" (RTM) de las bases del proceso donde se establece el Perfil Profesional de los responsables de los estudios los cuales deben ser ingenieros colegiados inscritos en OSINERGMIN en el *"Registro de Profesionales Expertos en Elaboración de Estudios de Riesgos y Planes de Contingencia en las Actividades de Hidrocarburos"* (EL REGISTRO) los cuales deben acreditarlo con la constancia de inscripción en dicho Registro; y que, en caso que dicho Registro se encuentre en implementación EL CONTRATISTA debería presentar una declaración jurada indicando que el profesional responsable de los estudios eran ingenieros colegiados que cumplen



con el requisitos establecidos en el Artículo 7°, numeral 7.2. del Procedimiento de Inscripción en el Registro de Profesionales aprobados por la Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 667-2008-OS/CD publicada en El Peruano el día 05/12/2008 (EL REGLAMENTO DE OSINERGMIN) Según indica LA ENTIDAD a través de la consulta efectuada a OSINERGMIN esta entidad ha precisado que en caso el Registro se encuentre en proceso de implementación el contratista deberá revalidar el plan de contingencia alcanzando a dicha entidad la acreditación de los ingenieros responsables de su elaboración en cuanto se inicie el Registro de profesionales.

- 3.2. Que EL CONTRATISTA presento una declaración jurada precisando que de resultar ganador de la buena pro el Ingeniero Jorge Eduardo Juárez Eyzaguirre sería el responsable de los estudios y que el citado profesional era ingeniero colegiado que cumplía con los requisitos establecidos en la norma de OSINERGMIN citada.
- 3.3. Que el contrato debió concluir el 16 de abril de 2011 y que mediante Carta N° DIST-CO-0468-2011 del 14 de abril de 2011 se le comunica a EL CONTRATISTA la proximidad del plazo de conclusión y que a esa fecha solo se había recibido como avance el Informe sobre Trabajo de campo.
- 3.4. Que el 16 de abril de 2011 (fecha de culminación del servicio) EL CONTRATISTA entrego el Informe Final el cual fue observado por estar incompleto ya que solo contenía el "Estudio de Riesgo y Plan de Contingencia (incompleto) de la Planta de Trujillo por lo que se le informo sobre la aplicación de la penalidad por incumplimiento contractual.
- 3.5. Que mediante Carta N° EDN-096-2011 del 27 de abril de 2011 EL CONTRATISTA entrego nuevos estudios de riesgos pero que no se ajustan a las exigencias del contrato.

- 3.6. Mediante Carta N° EDN -'106-2011 del 3 de mayo de 2011 EL CONTRATISTA manifiesta que no se le ha entregado información que solicito pero (según PETROPERU) dicha información debió ser obtenida en los trabajos de campo.
- 3.7. Que luego de una reunión PETROPERU le concede a EL CONTRATISTA un plazo adicional que vencería el 14 de junio de 2011 fecha en la que debería entregar el trabajo terminado y con las observaciones subsanadas. Sin embargo entregados en la nueva fecha pactada los trabajos estos fueron nuevamente observados por no ajustarse a las exigencias del contrato, devolviéndose el 29 de junio de 2011 para que se proceda a subsanar las observaciones.
- 3.8. Que mediante Carta N° EDN-155-2011 recibida por PETROPERU, EL CONTRATISTA solicitó que el costo de inscripción ante OSINERGMIN de S/. 8,400.00 por cada profesional, sea asumido por PETROPERU argumentando que esa exigencia no estaba contemplada en las bases
- 3.9. Que el 25 de julio de '2011 PETROPERU remite a EL CONTRATISTA su carta N° DIS-CO-0869-2011 exigiéndole que cumpla con sus obligaciones, incluyendo la certificación de su ingeniero a cargo del servicio, ya que sin tal requisito el estudio le era inútil.
- 3.10. Que EL CONTRATISTA le remitió la Carta N° EDN-169-2011 del 3 de agosto de 2011 expresándole que daba por concluido el contrato exigiendo el pago de la contraprestación lo cual fue respondido por PETROPERU en el sentido que EL CONTRATISTA no había cumplido con acreditar a su profesional ante OSINERGMIN lo cual era una condición necesaria para el pago del servicio y la finalidad del contrato.

4. Contestación de EL CONTRATISTA a la reconvención planteada por LA ENTIDAD:

El 13 de Abril de 2013 EL CONTRATISTA presento su contestación a la reconvencción planteada por LA ENTIDAD la cual, en general, se sustenta en los siguientes términos:

- 4.1. Que EL CONTRATISTA ha concluido con el servicio el 18 de abril de 2011 de acuerdo a los términos de referencia y plazos contractuales así como subsanado las observaciones con fecha 06 de julio de 2011 dentro del plazo concedido y que por ello ha quedado consentida la conformidad del servicio con fecha 25 de julio de 2011 al haber transcurrido el plazo legal para la conformidad del servicio tal como se comunicó en la carta N° EDN-158-2011.
- 4.2. Que LA ENTIDAD ha incumplido su contraprestación de pagar el 70% del monto contractual pendiente y que le ha devuelto su factura en tres oportunidades aduciendo que el pago del servicio está condicionado a la inscripción de su profesional responsable en el "Registro de profesionales expertos en Elaborar Estudios de Riesgos y Planes de Contingencia para Actividades de Hidrocarburos" lo cual no es condición (según EL CONTRATISTA) para el pago, según los numerales 6 y 9 de los términos de referencia contractuales.
- 4.3. Que en la fecha de convocatoria del proceso, el mencionado Registro profesional no se encontraba hábil para operar y que bajo esa condición se suscribió el contrato y que el pago de la contraprestación sería luego de la presentación de los entregables.
- 4.4. Indica además que el numeral 7 párrafo 1 del inciso NOTAS de los términos de referencia, precisan que cuando se inicie el Registro de los profesionales, se debe revalidar el plan de contingencia alcanzado a OSINERGMIN, no a LA ENTIDAD, la acreditación de los profesionales por lo que resulta ilógico que LA ENTIDAD le retenga el pago de manera indefinida hasta obtener dicha acreditación, situación que viola el principio de razonabilidad de la Ley de Contrataciones, lo cual es coherente con el último párrafo de ENTREGABLES de los términos de referencia, que si

L

hubiesen observaciones por parte de OSINERGMIN, EL CONTRATISTA estaría en la obligación de levantarlas sin costo para LA ENTIDAD.

- 4.5. Que su profesional cumplía con los requisitos para el Registro considerados como tipo B y que los términos de referencia consideraban un estudio de aeropuertos también tipo B, pero que el 1° de abril de 2011 se había modificado la categoría de las plantas de los aeropuertos tipo A por lo que devino en imposible que su profesional pueda inscribirse.
- 4.6. Precisa que nunca fue condición para el pago la acreditación de la inscripción del profesional ya que en la forma de pago establecida en el numeral 5 de las bases (numerales 6 y 9) se especifica que se concluye con el servicio con la presentación del informe según los detalles de dichas bases y que LA ENTIDAD no puede pretender modificar el contrato entre las partes.
- 4.7. Afirma además que el plazo fue prorrogado entre las partes de manera tácita desde el 18 de abril de 2011 hasta el 25 de julio de 2011, fecha en la que dan por consentida la conformidad del servicio al haber transcurrido más de 18 días de haber subsanado las observaciones

5. Otros Actos Procedimentales

- 5.1. Con fecha 26 de marzo de 2013, se hicieron presentes en representación de LA ENTIDAD el señor Sergio Rosas Amado Ruiz, en su calidad de apoderado y, en representación de EL CONTRATISTA el señor Javier Enrique Távara Cieza, acompañado de su abogado señor Julio Cesar Cachay del Águila; fecha en la que con la presencia el Arbitro Único designado se llevó a cabo la *"Audiencia de Instalación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios"*. En dicha audiencia no se dedujeron excepciones ni defensas previas, declarándose la existencia de una relación jurídica procesal válida. Asimismo no se llegó a una conciliación. Se admitieron la totalidad de los medios probatorios presentados por las partes, relativos a la reconvención y su contestación.

Se levantó el acta de dicha audiencia, no descartando las partes la posibilidad de arribar a una conciliación en cualquier estado del proceso.

5.2. Con fecha 04 de abril de 2013, EL CONTRATISTA y LA ENTIDAD presentaron sus alegatos llevándose a cabo sus informes orales el día 10 de mayo de 2013.

5.3. Mediante la Resolución N° 5 del 25 de julio de 2010 se estableció el plazo para la emisión del laudo el cual es de 20 días útiles desde la notificación de dicha resolución.

6. Punto Controvertido:

En la "Audiencia de Instalación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios" se fijó el siguiente punto controvertido:

"Determinar si corresponde ordenar que Electro Diesel Nor Oriente S.R.L. cumpla con sus obligaciones contractuales, sin perjuicio del pago de penalidad por mora que asciende al 10% del monto del contrato"

7. Análisis del Punto Controvertido

Para tomar una decisión justa para las partes y poder dilucidar el punto controvertido en el sentido de *"Determinar si corresponde ordenar que Electro Diesel Nor Oriente S.R.L. cumpla con sus obligaciones contractuales, sin perjuicio del pago de penalidad por mora que asciende al 10% del monto del contrato"* considero importante establecer primero, cuales son las obligaciones contractuales asumidas por EL CONTRATISTA de modo que, en función a los hechos presentados por las partes y sus correspondientes pruebas, establecer finalmente si corresponde ordenar el cumplimiento contractual, de ser eso posible, y la extensión de las obligaciones que se deriven de esa decisión.

Según la exposición efectuada por las partes se trata de un proceso de contratación denominado "Contratación por Competencia Menor" (CME) la

misma que según el REGLAMENTO INTERNO DE PETROPERU se formaliza con la emisión de la ORDEN DE TRABAJOS A TERCEROS.

De acuerdo al Artículo 142° del REGLAMENTO el contrato está conformado por los documentos que lo contienen, las bases y demás documentos relativos a la oferta.

En ese sentido, en el caso concreto la relación contractual entre LA ENTIDAD y EL CONTRATISTA esta expresada en las bases de este CME, sus términos de referencia, la oferta presentada por EL CONTRATISTA y la ORDEN DE TRABAJO A TERCEROS, ultima esta que refiere que la fecha de inicio de la prestación seria el 17/01/2011 y la fecha de conclusión seria el 16/04/2011.

Establecido el marco contractual entre las partes es necesario precisar que según el análisis de los diversos documentos presentados como pruebas por las partes se concluye en que EL CONTRATISTA tenía la obligación de elaborar los estudios de riesgos y los planes de contingencia para cada una de las plantas aeropuertos ubicadas en Chiclayo, Trujillo, Arequipa, Tacna y Cusco, de acuerdo a las bases del proceso y a sus TÉRMINOS DE REFERENCIA.

Dentro de los TÉRMINOS DE REFERENCIA se incluyen – en su numeral 7° - los denominados REQUERIMIENTOS TÉCNICOS MÍNIMOS los mismos que disponen cual es el perfil profesional de los profesionales a cargo del servicio incidiendo que estos debían estar inscritos en el *“Registro de Profesionales Expertos en Elaborar Estudios de Riesgo y Planes de Contingencia para las Actividades de Hidrocarburos”* (EL REGISTRO) aprobado por la Resolución del Consejo Directivo N° 667-2008-OS/CD publicado el 05/12/2008. Esta norma establece un régimen de inscripción temporal por dos (2) años.

Sin embargo, los TÉRMINOS DE REFERENCIA contienen la posibilidad que – en caso el mencionado Registro se encontrara en proceso de implementación – hubiera un compromiso del postor en el sentido que los profesionales que estuviesen a cargo de los estudios serían colegiados y que cumplieran con los

requisitos establecidos en el numeral 7.2. de la norma acotada, lo cual significaba que cumplieran con los requisitos de los "Profesionales Categoría B"

En el presente caso se comprueba que EL CONTRATISTA se acogió a esta posibilidad, suscribiendo la declaración jurada contenida en las bases del proceso de contratación, la cual expresa que el Ingeniero Jorge Eduardo Juárez Eyzaguirre sería el responsable y que cumplía con los requisitos mencionados.

Los TÉRMINOS DE REFERENCIA incluyen además una nota en el sentido que EL CONTRATISTA debería revalidar el plan de contingencias alcanzando a OSINERGMIN la acreditación de los ingenieros responsables cuando se inicie el registro de profesionales. Asimismo, la nota incide en que a los aeropuertos con capacidad menor a 2,000 barriles le correspondía la Categoría B por lo que los requisitos que debiera cumplir los ingenieros se refería a los de la Categoría B.

Todo lo expuesto quiere decir que – al haber presentado su propuesta son observaciones o condiciones - EL CONTRATISTA se obligó a realizar el estudio contratado, con un ingeniero sobre el que se declaró bajo juramento que cumplía con los requisitos de la categoría B y que cuando estuviese implementado el Registro debía revalidar el estudio acreditando la inscripción de dicho ingeniero en la mencionada categoría.

Configurado el marco de las obligaciones contractuales ha quedado establecido además que hubo un acuerdo entre las partes en prorrogar el plazo contractual hasta el 14/06/2011.

Según la Carta N° EDN-148-2011 de EL CONTRATISTA, este alcanza a LA ENTIDAD el informe final del servicio lo cual motivo que LA ENTIDAD, mediante la Carta N°DIST-CO-0782-2011 del 16/06/2011, devolviese los informes a EL CONTRATISTA dándole un plazo hasta el 06/07/2011 para que realice correcciones solicitándole la constancia de inscripción del profesional responsable ante OSINERGMIN.

Se ha podido determinar que el 01/04/2011 – mientras estaba vigente el plazo contractual – se expidió la Resolución del Consejo Directivo N° 062-2011-OS-CD que modifica EL REGLAMENTO DE OSINERGMIN. En esta norma se reconoce a través de la parte considerativa que EL REGISTRO se encontraba aún en fase de implementación por cuyo motivo se modifica la norma sobre inscripción temporal estableciendo el momento en que se considerara hábil a EL REGISTRO y modificando el ANEXO A en el sentido de establecer categorizaciones del tipo de profesional requerido para los estudios.

El 06/07/2011 EL CONTRATISTA remite a LA ENTIDAD SU Carta N° EDN-155-2011 mediante la cual refiere que para que su solicitud de inscripción en EL REGISTRO del profesional responsable sea admitida debía pagar la suma de S/. 8,400.00 y que por no haber estado considerado ese monto en la propuesta le correspondía a LA ENTIDAD asumirlo.

En ese orden de ideas y luego de haber analizado la correspondencia entre las partes que ha sido admitida como prueba documental se puede colegir que la controversia entre ellas está limitada a establecer si EL CONTRATISTA cumplió sus obligaciones vinculadas a la inscripción del ingeniero responsable en EL REGISTRO dentro de la Categoría B, situación que no ha sido probada lo cual permite concluir que EL CONTRATISTA no cumplido con dicha obligación puesto que a ello se comprometió en su oferta.

En el caso concreto, al margen que durante el periodo de relación contractual se hayan modificado las normas aplicables a los estudios contratados, la obligación de EL CONTRATISTA era efectuar tal estudio sobre las plantas elegidas y posteriormente revalidarlo mediante la inscripción de su ingeniero en la categoría establecida en las bases que es la signada como “B”.

En mi opinión la obligación de EL CONTRATISTA termina en la entrega de los estudios de acuerdo a los criterios técnicos establecidos en las bases y en la inscripción de su ingeniero en EL REGISTRO con la Categoría B, pues si luego de ello la autoridad administrativa no convalida los estudios en razón de la

L

distinta categorización del profesional (por obligación derivada de normas posteriores) no es responsabilidad de EL CONTRATISTA ya que su obligación terminaba en la categorización de su profesional según lo establecido en las bases y demás documentos del proceso.

Como quiera que en el curso del proceso arbitral EL CONTRATISTA no ha acreditado haber cumplido con tal obligación, no queda más remedio que el de considerar incumplido el contrato en ese extremo ordenándole, según esta reconvenido, que cumpla con la obligación por su cuenta y costo ya que así está pactado, no siendo responsabilidad de LA ENTIDAD pagar el costo de inscripción.

Por estas razones y tomando en consideración que se ha incumplido el contrato en la forma señalada es pertinente además – según lo establecen las bases del proceso – considerar aplicable la sanción que especifica el REGLAMENTO INTERNO DE PETROPERU que en este caso es del 10% sobre el monto contratado.

Tomando en consideración lo expuesto anteriormente y sobre la base de las pruebas aportadas y el derecho vigente emito el siguiente

LAUDO:

PRIMERO: Declarando **FUNDADA** la reconvencción planteada por PETROPERU S.A. y por lo tanto ordenar a ELECTRO DIESEL NOR ORIENTE S.R.L. que cumpla con su obligación contractual de registrar al ingeniero responsable dentro de la Categoría B, obligación que será cumplida por su cuenta y costo.

SEGUNDO: Declarando **FUNDADA** la reconvencción planteada por PETROPERU S.A. y por lo tanto ordenar a ELECTRO DIESEL NOR ORIENTE S.R.L. el pago de una suma equivalente al 10% del monto contratado como penalidad contractual, sin perjuicio de cumplir con la obligación contractual señalada en el numeral anterior.

6

TERCERO: Remítase copia del presente laudo arbitral, al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Notifíquese a las partes.



César Antonio Gonzales Hurtado
Árbitro Único



Antonio Corrales Gonzales
Director de Arbitraje Administrativo