

S008-15
Paty

EXP. N° S 008-2015-SNA-OSCE/ S 262-2016-SNA-OSCE/ S 006-2017-
SNA-OSCE



SECURITAS S.A.C

(En adelante DEMANDANTE o EL CONTRATISTA)

VS.

PETRÓLEOS DEL PERÚ S.A.- PETROPERÚ S.A.

(En adelante, DEMANDADO o LA ENTIDAD)

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Tribunal Arbitral

Gregorio Martín Oré Guerrero (Presidente)

Alberto J. Montezuma Chirinos

Vicente Fernando Tincopa Torres

Resolución N° 20

Lima, 12 de febrero 2020

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES	3
II.	EN EL PROCESO ARBITRAL	4
2.1.	INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	4
2.2.	EL CONVENIO ARBITRAL Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL	4
2.3.	PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE.....	5
2.4.	DE LAS DEMANDAS Y SOLICITUD DE ACUMULACIÓN PRESENTADAS POR EL CONTRATISTA, Y CONTESTACIONES DE DEMANDA PRESENTADAS POR LA ENTIDAD	5
A.	DEL EXPEDIENTE N° S 008-2015.....	5
B.	DEL EXPEDIENTE N° S 262-2016:	6
C.	DEL EXPEDIENTE N° S 006-2017:	7
2.5.	ARGUMENTACIÓN ADICIONAL A LA DEMANDA QUE SE DEBE TENER EN CUENTA EN LO QUE CONVENGA AL DERECHO DE SECURITAS	8
2.6.	ARGUMENTACIÓN ADICIONAL A LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA QUE SE DEBE TENER EN CUENTA EN LO QUE CONVENGA AL DERECHO DE PETROPERÚ.....	8
2.7.	CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO	8
2.8.	MEDIOS PROBATORIOS.....	10
2.9.	ALEGATOS.....	11
2.10.	AUDIENCIA DE INFORMES ORALES.....	11
2.11.	FIJACIÓN DEL PLAZO PARA LAUDAR	11
III.	ANÁLISIS MATERIA DE LA CONTROVERSIAS	11
3.1.	DECLARACIÓN PREVIA.....	11
3.2.	PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS MATERIA DEL PRESENTE ARBITRAJE.....	13
	PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL EXP. N° S 008-2015	14
	PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL EXP. N° S 262-2016	76
	PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL EXP. N° 006-2017	99
IV.	DECISIÓN	120

Resolución N° 20

En Lima, a los 12 días del mes de febrero del año dos mil veinte, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos esgrimidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el laudo siguiente para poner fin a la controversia planteada.

I. ANTECEDENTES

- 1.1. Con fecha 10 de abril de 2013, Petróleos del Perú – PETROPERÚ S.A. (en adelante, PETROPERU o el DEMANDADO) convocó al Proceso por Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERÚ para la contratación del “Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada en instalaciones de Gerencia Oleoducto – Sectores Piura, Terminal Bayóvar y Occidente”.
- 1.2. Con fecha 21 de mayo de 2013, Securitas S.A.C. (en adelante, SECURITAS o el DEMANDANTE) fue adjudicado con la buena pro del Proceso por Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERÚ.
- 1.3. Con fecha 14 de junio de 2013, SECURITAS y PETROPERU suscribieron el Contrato N° 111870ZF para la contratación del “Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada en instalaciones de Gerencia Oleoducto – Sectores Piura. Terminal Bayóvar y Occidente” (en adelante, el CONTRATO), por un plazo de ejecución de treinta y seis (36) meses y un costo total del servicio ascendente a S/ 15'799,798.08 (Quince millones setecientos noventa y nueve mil setecientos noventa y ocho con 08/100 soles).
- 1.4. En la ejecución de dicho contrato, surgieron controversias entre las partes que se han sometido al presente arbitraje relativo a la aplicación de penalidades al contratista.

II. EN EL PROCESO ARBITRAL

2.1. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

2.1.1 Con fecha 20 de abril de 2017, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE se realizó la Audiencia de Instalación en la cual se reunieron los abogados Jorge Horacio Cánepa, con el cargo de Presidente de Tribunal Arbitral; Alberto J. Montezuma Chirinos, árbitro; Vicente Fernando Tincopa Torres, árbitro y la abogada Patricia C. Dueñas Liendo, en calidad de Secretaria Arbitral de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE y las partes con sus representantes.

2.1.2 Ante la renuncia del abogado Jorge Horacio Cánepa, los árbitros Alberto Montezuma Chirinos y Vicente Tincopa Torres, remitieron comunicación al Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) en la cual nombraron presidente del Tribunal Arbitral al abogado Gregorio Martín Oré Guerrero.

2.2. EL CONVENIO ARBITRAL Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

2.2.1 En la Cláusula Vigésima del Contrato referida a la solución de controversias – cláusula arbitral, se estableció que cualquier controversia sería resuelta mediante arbitraje de derecho:

"Cláusula vigésima. - Solución de Controversias

Las partes contratantes acuerdan que cualquier controversia que surjan desde la suscripción del Contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia o invalidez, se resolverán mediante arbitraje de derecho bajo la organización y administración del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE y de acuerdo a su reglamento; debiendo solicitarse el inicio

de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato, este plazo es de caducidad, en concordancia con el numeral 11 del Reglamento.”

2.2.2 En ese sentido, el presente arbitraje es de tipo Institucional, Nacional y de Derecho.

2.3. PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

2.3.1 El presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

2.3.2 En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43º de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”.

2.4. DE LAS DEMANDAS Y SOLICITUD DE ACUMULACIÓN PRESENTADAS POR EL CONTRATISTA, Y CONTESTACIONES DE DEMANDA PRESENTADAS POR LA ENTIDAD

A. DEL EXPEDIENTE N° S 008-2015

2.4.1 Con fecha 12 de enero de 2015, SECURITAS S.A.C. presentó su escrito de demanda -debidamente subsanado mediante escrito de fecha 26 de

enero de 2015-, con las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal. - Se declare la nulidad y/o ineeficacia de la penalidad aplicada mediante la Carta N° ADM4-SG-092-2014 de fecha 26.06.2014, por el retraso en la entrega de armamento, la cual fue calculada al 27.06.2014 por la suma de S/ 133, 608.00 incluido IGV.

Segunda Pretensión Principal. - Se ordene a PETROPERU la devolución del monto total de las penalidades deducidas indebidamente mediante la Nota de Débito N° 0003-0003547; y, en consecuencia, se ordene el pago de S/ 133, 608.00 incluido IGV, a favor de SECURITAS.

Tercera Pretensión Principal. - Se ordene a PETROPERU asuma todos los costos derivados de la Fuerza Mayor; en consecuencia, solicitamos que se ordene el pago de S/ 273, 603.52, a favor de SECURITAS, a fin de mantener el Equilibrio Económico Financiero del Contrato.

Cuarta Pretensión Principal. - Se ordene a PETROPERU que pague a favor de SECURITAS los costos necesarios derivados de la Fuerza Mayor que se incurran en un futuro, los que ascienden aproximadamente a S/74,916.92.

Quinta Pretensión Principal. - Se ordene a PETROPERU el pago de costos y costas del proceso arbitral; incluido los gastos de abogados.

2.4.2 Con fecha 26 de marzo de 2015, PETROPERÚ presentó su contestación de demanda arbitral.

B. DEL EXPEDIENTE N° S 262-2016:

2.4.3 Con fecha 30 de setiembre de 2016, SECURITAS S.A.C. presentó su escrito de demanda y solicitud de acumulación de pretensiones, debidamente subsanado mediante escrito presentado con fecha 20 de octubre de 2016:

Primera Pretensión Principal. - Se declare la invalidez, nulidad y/o ineficacia de la penalidad aplicada mediante la Carta N° ADM4-SG-182-2016 de fecha 31.08.2016, por 643 días de retraso en la entrega de armamento, la cual fue calculada del 28.06.2014 al 01.01.2015 por la suma de S/ 297,036.00 incluido IGV.

Segunda Pretensión Principal. - Se ordene a PETROPERU la devolución del monto total de las penalidades deducidas indebidamente; y, en consecuencia, se ordene el pago de S/ 297, 036.00 incluido IGV, a favor de SECURITAS.

Tercera Pretensión Principal. - Se ordene a PETROPERU el pago de costos y costas del proceso arbitral; incluido los gastos de abogados.

2.4.4 Con fecha 29 de noviembre de 2016, PETROPERÚ presentó su escrito de contestación de demanda, subsanado mediante escrito presentado con fecha 23 de enero de 2017.

C. DEL EXPEDIENTE N° S 006-2017:

2.4.5 Con fecha 04 de enero de 2017, SECURITAS S.A.C. presenta su escrito de demanda arbitral, el cual ha sido subsanado mediante escrito presentado con fecha 18 de enero de 2017.

Primera Pretensión Principal. - Se declare la invalidez, nulidad y/o ineficacia de la penalidad aplicada mediante el Memorando N° JCGS-080-2016 de fecha 03.10.2016 por 153 días de retraso en la entrega de armamento (15 armas); Memorando N° JCGS-143A-2016 de fecha 09.11.2016, por 30 días de retraso en la entrega de armamento; las cuales ascienden conjuntamente a la suma de S/ 325, 282.50 incluido IGV.

Segunda Pretensión Principal. - Se ordene a PETROPERU la

devolución del monto total de las penalidades deducidas indebidamente; y, en consecuencia, se ordene el pago de S/ 325,282.50 incluido IGV, a favor de SECURITAS.

Tercera Pretensión Principal. - Se ordene a PETROPERU el pago de costos y costas del proceso arbitral; incluido los gastos de abogados.

2.4.6 Con fecha 03 de marzo de 2017, PETROPERÚ presentó su escrito de contestación de demanda, subsanado mediante escrito presentado con fecha 12 de abril de 2017.

2.5. ARGUMENTACIÓN ADICIONAL A LA DEMANDA QUE SE DEBE TENER EN CUENTA EN LO QUE CONVENGA AL DERECHO DE SECURITAS

2.5.1. El Tribunal Arbitral deja constancia que, al realizar el análisis del presente laudo, está teniendo en cuenta todos y cada uno de los escritos presentados por SECURITAS a lo largo del presente proceso.

2.6. ARGUMENTACIÓN ADICIONAL A LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA QUE SE DEBE TENER EN CUENTA EN LO QUE CONVENGA AL DERECHO DE PETROPERÚ

2.6.1. El Tribunal Arbitral deja constancia que, al realizar el análisis del presente laudo, está teniendo en cuenta todos y cada uno de los escritos presentados por PETROPERÚ a lo largo del presente proceso.

2.7. CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

2.7.1. Con fecha 20 de diciembre de 2018, se realizó la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

a. PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA PRESENTADA POR

EL CONTRATISTA CON FECHA 12 DE ENERO DE 2015, SUBSANADA CON FECHA 26 DE ENERO DE 2015 (EXP. N° S 008-2015/SNA-OSCE).

- 1) Determinar si corresponde o no "que se declare la nulidad y/o ineficacia de la penalidad aplicada por (...) PETROPERÚ S.A. mediante Carta ADM4-SG-092-2014 de fecha 26 de junio de 2014, por incumplimiento de Contrato (...), por la supuesta comisión de la infracción FALTA DE ARMAMENTO; la que calculada al 27.06.14 asciende al monto de S/ 133,608.00 (...) inc. IGV, y que corresponde al 3% de la UIT por arma y por día".
- 2) Determinar si corresponde o no "que se ordene a (...) PETROPERÚ S.A.C. la devolución del monto total de las penalidades (...) de S/. 133,608.00 (...) inc. IGV"
- 3) Determinar si corresponde o no "que se ordene a PETROPERU asuma todos los costos derivados de la fuerza mayor; en consecuencia (...) se ordene el pago de S/ 273,603.52 (...) a fin de mantener el equilibrio económico financiero del Contrato".
- 4) Determinar si corresponde o no que "se ordene a PETROPERU que pague (...) los costos necesarios derivados de la fuerza mayor que se incurran a futuro, los que calculados a la fecha ascienden a (...) S/ 74,916.92 (...) concepto que difiere del monto reconocido en la tercera pretensión, y que corresponden a fin de mantener el equilibrio económico financiero del contrato".
- 5) Determinar si corresponde o no que "se ordene a PETROPERU que asuma (...) la totalidad de los costos y costas incluyendo gastos de abogados (...)"

b. PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA PRESENTADA POR EL CONTRATISTA CON FECHA 30 DE SETIEMBRE DE 2016, SUBSANADA CON FECHA 20 DE OCTUBRE DE 2016 (EXP. N° S 262-2016/SNA-OSCE).

- 1) Determinar si corresponde o no "que se declare la nulidad y/o ineficacia de la penalidad aplicada por (...) PETROPERU S.A. mediante

Memorando N° ADM4-SG-182-2016 de fecha 31 de agosto de 2016, por (...) 643 días calendarios de retraso en la entrega de armamento (04 armas) del Contrato N° 111871 ZF (...); por los períodos del 26.08.14 al 31.12.14 del 01.01.15 al 31.12.15 y del 01.01.16 al 31.03.16, los cuales ascienden a (...) S/. 297,036.00 (...) inc. IGV.”

- 2) Determinar si corresponde o no “que se ordene a (...) PETROPERU S.A.C. la devolución del monto total de las penalidades (...) de S/ 297.036.00 inc. IGV, más los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de pago”.
- 3) Determinar si corresponde o no que “que se ordene a PETROPERU que suma (...) la totalidad de costos y costas, incluyendo gastos de abogados (...)”

c. PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA PRESENTADA POR EL CONTRATISTA CON FECHA 04 DE ENERO DE 2017 (EXP. N° S 006-2017/SNA-OSCE).

- M*
- 1) Determinar si corresponde o no “que se declare la nulidad y/o ineeficacia de la penalidad aplicada por (...) PETROPERU S.A. mediante Memorando N° JCGS-080-2016 de fecha 03.10.16 por (...) 153 días calendarios de retraso en la entrega de armamento (15 armas) del Contrato N° 111871 ZF (...) por los períodos del 01.04.16 al 31.08.16 y 01.09.16 al 30.09.16, los cuales ascienden a (...) S/. 325,282.50 (...) inc. IGV”
 - 2) Determinar si corresponde o no “que se ordene a (...) PETROPERU S.A.C., la devolución del monto total de las penalidades (...) de S/ 325,282.50 (...) inc. IGV, más los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de pago”:
 - 3) Determinar si corresponde o no que “que se ordene a PETROPERU que asuma (...) la totalidad de costos y costas, incluyendo gastos de abogados (...)”.

2.8. MEDIOS PROBATORIOS

R.

2.8.1. En relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo procedimiento arbitral, este Tribunal Arbitral deja constancia de que no se ha generado nulidad alguna en el presente proceso arbitral, que se han actuado todos los medios probatorios presentados, incluidos los presentados con posterioridad a la fijación de las materias de pronunciamiento de fecha 20 de diciembre de 2018, los que han sido evaluados en su integridad por este Tribunal Arbitral.

2.9. ALEGATOS

2.9.1. Con fecha 26 de julio de 2019, la parte demandante presentó su escrito de alegatos.

2.9.2. Se deja constancia que la Entidad no presentó sus alegatos escritos.

2.10. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha 20 de agosto de 2019, se realizó la Audiencia de Informes Orales a la cual asistieron los representantes de las partes y la totalidad de los miembros del Tribunal Arbitral.

2.11. FIJACIÓN DEL PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 18 se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, computado desde el día siguiente de notificada la referida Resolución a las partes, el mismo que se podrá prorrogar automáticamente en quince (15) días hábiles adicionales, sin necesidad de resolución previa.

III. ANÁLISIS MATERIA DE LA CONTROVERSIA

3.1. DECLARACIÓN PREVIA

3.1.1. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde

confirmar lo siguiente: (i) que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que SECURITAS S.A.C. presentó sus demandas dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de acción; (iii) que PETROPERÚ fue debidamente emplazado con las demandas y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iv) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y, (v) que, este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

3.1.2. En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal Arbitral emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos.

3.1.3. El presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

3.1.4. Se reitera que, en lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43º de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

"El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera

exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios".

3.1.5. Además, el Tribunal Arbitral señala que constituye un criterio unánimemente aceptado que los jueces (extensible a los árbitros) no están obligados a exponer y refutar en sus sentencias todos y cada uno de los argumentos de las partes ni a reseñar el modo en que ha ponderado todas y cada una de las pruebas producidas.¹ La eventual ausencia de mención en este laudo de algún argumento, pieza o fundamento indicado por las partes no implica, empero, que el Tribunal Arbitral haya dejado de sopesar y meritar todos los elementos de juicio relevantes que le han sido aportados.

3.1.6. Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, procediendo con el análisis de los puntos controvertidos.

3.2. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS MATERIA DEL PRESENTE ARBITRAJE

¹ Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1992, tomo 5, comentario al artículo 163, p. 406.

El Tribunal Constitucional ha confirmado este criterio, al señalar: "En primer lugar, expedida por los emplazados, obrante a fojas veintitrés, según se desprende de la sentencia el Tribunal Constitucional considera que no se ha violado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En efecto, como antes se ha expresado, dicho atributo no garantiza que el juzgador tenga que pronunciarse pormenorizadamente sobre cada uno de los extremos en los que el actor apoyó parte de su defensa procesal. Es suficiente que exista una referencia explícita a que no se compartan los criterios de defensa o que los cargos imputados al acusado no hayan sido enervados con los diversos medios de prueba actuados a lo largo del proceso, lo que cumple con efectuarlo la sentencia cuestionada, especialmente en el tercer considerando."(Expte. Nro. 1230-2002-HC/TC, FJ. 13).

En igual sentido: "Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo." (Expte. nro. 03864-2014-PA/TC, FJ. 27).

**PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS
DEL EXP. N° S 008-2015**

RESPECTO AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no “que se declare la nulidad y/o ineficacia de la penalidad aplicada por (...) PETROPERÚ S.A. mediante Carta ADM4-SG-092-2014 de fecha 26 de junio de 2014, por incumplimiento de Contrato (...), por la supuesta comisión de la infracción FALTA DE ARMAMENTO; la que calculada al 27.06.14 asciende al monto de S/ 133,608.00 (...) inc. IGV, y que corresponde al 3% de la UIT por arma y por día”.

Posición del Contratista:

3.2.1. Las Bases del Proceso por Competencia Mayor No. CMA No. 001-2013-OLE/PETROPERU establecieron como marco normativo del proceso de selección y del Contrato, a la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

3.2.2. Ahora bien, corresponde sostener que PETROPERÚ, como parte de la Administración pública, se ciñe a lo dispuesto por el Principio del Devido Procedimiento Administrativo. Dicho principio se encuentra regido en el numeral 1.2 de artículo IV de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), que establece lo siguiente:

*“Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo
El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*

(...)

Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan

de todos los derechos y garantía inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. (...)"

- 3.2.3. En otras palabras, se sostiene que el derecho a una debida motivación es un requisito esencial de todo debido procedimiento, e implica que la Administración pública realice un análisis coherente y razonable al momento de emitir sus decisiones o pronunciamientos.
- 3.2.4. En tal sentido, era deber de PETROPERÚ realizar una correcta motivación, conforme a argumentos de hecho y de derecho, al momento de aplicar la penalidad a la empresa demandante a través de la Carta ADM4-SG-092-2014. No obstante, se aprecia que la Carta ADMSG-092-2014 no observa el debido procedimiento y la motivación adecuada que exige el sustento basado en los hechos y la aplicación de la normativa correspondiente, y en dicha comunicación no detalla la relación del personal de vigilancia objeto de observación, ni tampoco se hace referencia al supuesto de infracción que habría sido inobservado por la empresa.
- 3.2.5. Por lo que, al no observar la Carta ADMS-092-2014 los presupuestos mínimos de la motivación correspondiente se produce una afectación al debido procedimiento que exige la ley, de lo que se desprende que la aplicación de la penalidad adolece de un vicio o defecto formal, que acarrea su nulidad, es decir su invalidez por ser contrario al ordenamiento jurídico.
- 3.2.6. Frente a ello, la demandante, mediante Carta Notarial MO.PBG.168.2014, notificada el 02 de octubre del 2014, solicitó a PETROPERÚ la sustentación técnica-legal que ampare el descuento hecho a la facturación del servicio prestado en el Contrato No. 111870

ZF, así como el reclamo y solicitud de anulación del monto descontado, al haberse vulnerado los derechos de la empresa demandante y al no haberse evaluado y analizado sus descargos.

3.2.7. No obstante, mediante Carta Notarial OLEO-ADM4-SG-181-2014 notificada a la empresa demandante el 15 de octubre del 2014, PETROPERÚ da respuesta a la Carta Notarial MO.PBG.168.2014, señalando que los descuentos efectuados corresponden a la ejecución de actos contractuales y el sustento técnico legal corresponde al incumplimiento del contrato; en tal sentido se ratifica lo dispuesto en la Carta ADM4-S-092-2014.

3.2.8. Por tanto, conforme se puede apreciar, la carta de respuesta de PETROPERÚ no realizó un análisis coherente y motivado que permita acreditar fehacientemente que la aplicación de la penalidad se realizó conforme al ordenamiento jurídico y el contrato.

3.2.9. Por estas consideraciones, no habiendo PETROPERÚ actuado conforme al ordenamiento jurídico, resulta pertinente sostener que la Carta ADM4-SG-092-2014 adolece de un vicio o defecto insubsanable, toda vez que la Entidad ha transgredido el Principio del Debido Procedimiento Administrativo.

3.2.10. Debe indicarse además, que el Tribunal Constitucional (TC) ha sostenido sobre el Debido procedimiento administrativo lo siguiente: "Al respecto con relación al debido proceso en sede administrativa, este Tribunal en la STC 4289-2004-AA/TC, ha expresado en los fundamentos 2 y 3, respectivamente, que (...) *el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. ...*"; y que "El derecho al debido proceso y los derechos que contiene son

invocables y, por lo tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto – por parte de la administración pública o privada – de todos los principios y normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a las cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.). Por lo tanto, no se puede dejar de lado lo mencionado en la presente STC debido a que la misma es reconocida como fuente del derecho administrativo conforme al artículo V del Título Preliminar de la LPAG.

3.2.11. En virtud de lo dispuesto con anterioridad, cabe señalar que igualmente no corresponde la aplicación de penalidad alguna a SECURITAS S.A.C. por cuestiones de fondo, toda vez que se configura un supuesto de FUERZA MAYOR, que exime de toda responsabilidad a esta empresa por el incumplimiento parcial y/o tardío en el contrato de prestación de servicios.

3.2.12. Al respecto, el numeral 4.6. de las Bases Técnicas del Proceso por Competencia Mayor Nº CMA -001-2013-OLEO-PETROPERU Segunda Convocatoria establecían los siguientes requerimientos para la posesión de armas correspondiente a los puestos de vigilancia cubiertos con agentes armados:

4.6. ARMAS

En los puestos de vigilancia con agentes armados, se deberá emplear armas con las siguientes características:

- a) Revolver de doble acción, calibre 38 SPECIAL con tambor de 6 recámaras, cañón mínimo de 2" y máximo de 6", chasis de acero (no se aceptarán con chasis de aleación ligera), con su respectiva cartuchera de uso al cinto.
- b) Cada revolver debe tener una dotación mínima de doce (12) balas adicionales a la instalada en el arma, la misma que se debe portar en una canana. La munición debe ser bala sólida de plomo de punta redonda de 158 grains, sólo cargados en fábrica, con fulminante sellado con laca.
- c) Los revólveres deberán tener una antigüedad no mayor a tres

- (03) años, para lo cual deberán presentar los respectivos documentos de sustento, antes de la firma del contrato.
- d) EL CONTRATISTA debe tramitar y disponer de la correspondiente Licencia Empresarial de Posesión y Uso de Arma otorgados por la DISCAMEC o SUCAMEC, antes de la suscripción del contrato del personal que prestará el servicio, el costo será cubierto por EL CONTRATISTA, el cual deberá ser incluido en su respectivo presupuesto. En caso contrario, EL CONTRATISTA no podrá instalar el armamento en los puestos requeridos, por lo que dispondrá de un plazo de 07 días luego de iniciado el servicio para realizar los trámites requeridos y así obtener la licencia de portar armas.
 - e) EL CONTRATISTA asume toda la responsabilidad derivada del uso de armas por parte de su personal, reconociendo que PETROPERÚ no tendrá responsabilidad alguna por este concepto. Dicha responsabilidad también alcanza a EL CONTRATISTA cuando su personal en uso de sus armas origine daños y perjuicios a los equipos e instalaciones de PETROPERÚ.
 - f) El costo de las armas no se facturará si no se tiene la respectiva licencia de Posesión y Uso de Armas otorgado por la DISCAMEC o SUCAMEC.
 - g) Es indispensable, que el personal cuente con el arma y la respectiva licencia, de no ser así estaría incurriendo en una falta grave y por ende recibir la sanción correspondiente señalada por la DISCAMEC o SUCAMEC. Al finalizar la jornada laboral debe entregar el arma de fuego, municiones y demás implementos a la empresa propietaria para su custodia y seguridad. (Énfasis agregado)

3.2.13. Así mismo, la Cláusula Sexta del Contrato y numeral 5 de las Bases Integradas establecieron como Obligaciones del Contratista, las siguientes:

"CLÁUSULA SEXTA. - OBLIGACIONES DE EL CONTRATISTA

Ejecutar EL SERVICIO conforme a lo establecido en las Bases y cumplir con las obligaciones establecidas en las mismas y con cualquier otra condición que le corresponda.

EL CONTRATISTA es responsable de gestionar y contar con todas las licencias, autorizaciones, permisos, seguros, pólizas y cualquier otro documento necesario para ejecutar el servicio, antes del inicio de este y mantenerlos vigente durante el plazo

de ejecución del servicio (...)".

3.2.14. Que, conforme se aprecia de estipulaciones antes citadas, se estableció que los puestos de vigilancia con agentes armados debían emplear un revolver de doble acción calibre 38 SPECIAL, siendo que para la prestación del servicio dicho personal debía contar con la correspondiente licencia de posesión y uso de armas, otorgada por la SUCAMEC. Cabe señalar que dicha licencia es necesaria para la posesión y el uso de armas, pues de lo contrario el personal de vigilancia y la empresa incurrirán en una infracción administrativa.

3.2.15. En esta línea, las Bases Integradas del Proceso por Competencias Mayor No. CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-SEGUNDA CONVOCATORIA establecieron como penalidad por incumplimiento del contrato distinta a la penalidad por mora en la ejecución del servicio, la infracción por "Falta de Armamento" equivalente al 3% de la UIT.

M

3.2.16. Ahora bien, resulta preciso señalar que con fecha 23 de agosto de 2013, la empresa demandante procedió oportunamente a gestionar ante la SUCAMEC CHICLAYO los trámites para la emisión de carnés SUCAMEC del personal destacado en las instalaciones de PETROPERU OPERACIONES OLEODUCTO, los cuales constituyan requisito previo para la obtención de licencias de posesión y uso de armas. De igual forma resulta preciso señalar que el 10 de diciembre de 2013, mediante Carta P1.OHR.047.13, SECURITAS solicitó a la Jefatura Departamental SUCAMEC CHICLAYO la emisión de licencias de posesión y uso de armas para el personal de vigilancia destacado en la Estación 9 y 6.

3.2.17. No obstante, se produjeron cambios organizacionales imprevisibles en SUCAMEC CHICLAYO a consecuencia del proceso de reorganización de SUCAMEC iniciado con el Decreto Legislativo No.1127 de fecha 06 de diciembre de 2012 y, el proceso de fortalecimiento decretado por el

ba

✓

gobierno mediante Decreto Supremo No.005-2014-IN publicado el 29 de marzo de 2014, los cuales afectaron en su totalidad la organización de dicha entidad a partir de julio de 2013, teniendo como finalidad reformar el control y fiscalización de la emisión de las licencias de posesión y uso de armas. Dichos cambios organizacionales en SUCAMEC han afectado la entrega oportuna de los carnés SUCAMEC y las licencias de armas, toda vez que se dispuso en dicha sede (CHICLAYO) que únicamente se recepcionaran los expedientes para la obtención de dichos documentos, correspondiendo a la sede Lima la emisión y remisión de los carnés SUCAMEC. Estos hechos no imputables a SECURITAS conllevaron que se dilatara el trámite regular para la obtención de carnés SUCAMEC y las licencias de posesión y uso de armas. Así, debe señalarse como algunos de los efectos más importantes causados a los procedimientos de obtención de las licencias los siguientes:

- **VARIACIÓN EN LOS PLAZOS DE ENTREGA:** Los trámites para la obtención de carnés y Licencias de posesión y uso de armas que antes tenían un plazo de entrega de 01 día hábil, se han modificado, siendo el plazo de entrega actual de 15 días hábiles si el trámite correspondiente se inicia en Lima, y 20 días hábiles si se inicia el trámite en provincia. Esto se debe a que el servicio de emisión de carnés SUCAMEC se ha tercerizado, con la finalidad de evitar el tráfico de licencias de posesión y uso de armas.
- **SUSPENSIÓN DE LOS TRÁMITES DE EMISIÓN DE LICENCIAS:** Cabe señalar que producto de los cambios estructurales en SUCAMEC, dicha institución suspendió temporalmente los procedimientos administrativos que se encontraban en trámite, disponiendo el reinicio de estos a partir del 15 de enero de 2014. (LOS TRÁMITES SE SUSPENDIERON DESDE LA SEGUNDA QUINCENA DE DICIEMBRE 2013 HASTA LA QUINCENA DE ENERO 2014, HABIENDO INFORMADO ELLO MEDIANTE UN COMUNICADO

PEGADO EN LAS INSTALACIONES DE SUCAMEC
CHICLAYO)

- DISMINUCIÓN INICIAL EN LA RECEPCIÓN DE EXPEDIENTES: Cabe señalar que la empresa SECURITAS no es la única empresa de seguridad afectada con los cambios estructurales de SUCAMEC, pues en una etapa inicial SUCAMEC únicamente recibía 20 expedientes por día, por cada compañía de vigilancia, lo que generó entregas parciales de los documentos y retraso en el trámite de obtención de carnés y licencias de armas para el total del personal de vigilancia.
- ESCASO PERSONAL ADMINISTRATIVO RESPONSABLE DE LA TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES: Inicialmente, SUCAMEC asignó únicamente a 06 personas la revisión y evaluación de los expedientes de solicitudes de carnés y licencias de armas, personal que resultaba insuficiente para la atención de todos los expedientes.
- REINGRESO DE LOS EXPEDIENTES COMO NUEVOS Y DESDE FOJAS CERO: Asimismo, cabe señalar que SUCAMEC dispuso sin dar mayor explicación, que se volvieran a ingresar como nuevos y desde fojas cero aquellos expedientes con las solicitudes de emisión de carnés y licencias de posesión y uso de armas que fueran ingresadas a dicha institución a partir de julio de 2013, lo que evidentemente repercutió en la duración estimada de los trámites de la empresa demandante, en la medida que debía volverse a recabar la información necesaria para dichos efectos: formularios llenos y firmados por el personal correspondiente, actualización de los cursos de entrenamiento y reentrenamiento, entre otros requisitos.
- DISMINUCIÓN DE LA VIGENCIA DE LOS CARNÉS Y LICENCIAS DE ARMAS: Se dispuso la variación de la vigencia de los carnés y licencia de armas, reduciendo el plazo de 5 a 1 año.

3.2.18. Adicionalmente, debe indicarse que la normativa aplicable al trámite de

licencias de armas sufrió variaciones importantes, a consecuencia de la adaptación de medidas de reorganización de Estado en virtud de las cuales se creó la Superintendencia de Control, estableciéndose variaciones en los requisitos para la presentación de expedientes a SUCAMEC.

3.2.19. Dichas modificaciones en los procedimientos administrativos de SUCAMEC afectaron el trámite regular previsto por la empresa SECURITAS para la emisión de licencias de armas para la persona de servicio de vigilancia, pues los requisitos se volvieron de EXTREMA DIFICULTAD, al eliminarse toda alternativa de solución que antes podía ser cubierta por efectivos policiales. Tal es el caso, de la verificación de instrucción que podía ser dada por miembros de la Policía o, a la emisión de certificados de antecedentes que podía ser otorgada por parte de las autoridades de las comunidades vecinas (juez de paz).

3.2.20. Es así, que debido a los cambios de la legislación aplicable, la obtención de los carnés SUCAMEC y la emisión de licencias de posesión de uso de armas para el Personal de Seguridad de SECURITAS, se atrasó por causas no atribuibles a esta empresa, afectando la prestación de sus servicios en el plazo previsto con la Entidad, pues como se desprende del Cuadro anterior dichas variaciones conllevaron a que la empresa demandante se encuentre imposibilitada de cumplir los requisitos para la obtención de licencias, en la medida que por la ubicación geográfica de las estaciones, el acceso de un inspector a dichas zonas era imposible, y además porque en dichas zonas -a diferencia de antes- no se podían gestionar los certificados y constancias de evaluaciones necesarias para la obtención de licencias.

3.2.21. Específicamente, cabe sostener que las modificaciones de los requisitos para la obtención de la Licencias de uso o posesión de armas de fuego fueron realizadas a través del Decreto Supremo No.

014-2013, de fecha 22 de septiembre de 2013, y del Decreto Supremo No. 005-2014, de fecha 30 de marzo de 2014. Es decir, dichos cambios se suscitaron después de que PETROPERU realizó la convocatoria del Proceso de Competencia Mayor No. CMA-001-2013-OLEO-PETROPERU, con fecha 10 de abril de 2013.

3.2.22. Entre las variaciones a los requisitos incorporados, se encuentra la obtención de un Certificado de Salud Mental emitido por un establecimiento de salud autorizado por SUCAMEC, el cual únicamente podía tramitarse en la Ciudad de Piura o Chiclayo al no existir centros de salud autorizados en las zonas de destaque alejadas de la ciudad. Estos cambios generaron que la empresa demandante no pudiera cumplir con dicho requisito para el personal contratado en zonas alejadas, ya que resultaba imposible que los pobladores de las zonas gestionaran los certificados necesarios en sus localidades, puesto que en dichas zonas no existían establecimientos de salud autorizados por SUCAMEC.

3.2.23. Es así, que, pese a que se verifica una causa no atribuible al contratista que ha imposibilitado el cumplimiento de sus prestaciones, y que le ha ocasionado mayores costos no comprendidos en su presupuesto, PETROPERU ha procedido a aplicar la penalidad aparentemente por la infracción No.04 “FALTA DE ARMAMENTO”, mediante Carta ADM4-SG-092-2014 de fecha 26 de junio de 2014, por cuatro (04) armas faltantes.

3.2.24. Sobre el particular, debe manifestarse que los cambios de la normativa aplicable para los trámites ante la SUCAMEC constituyen un hecho ajeno a la voluntad de la empresa demandante, respecto a los cuales esta empresa no tenía control o dominio, ni menos aún capacidad de previsión respecto a la magnitud y eficacia de estos. Estos hechos no atribuibles al contratista han determinado que parte del Personal de Seguridad no use el arma que les corresponde en los puestos consignados por no contar con la licencia correspondiente para su uso,

pese a que se ha gestionado oportunamente los trámites necesarios para dicho efecto ante la SUCAMEC y realizado los mayores esfuerzos para cumplir con la obtención de las licencias correspondientes.

3.2.25. Cabe resaltar, como otro hecho no atribuible a la parte demandante, es que el envío de la documentación para la obtención de los trámites para la licencia de uso de armas de fuego se realizaba a través de SERPOST, y como es de público conocimiento dicha empresa estuvo de huelga indefinida, obstruyendo de esa manera la posibilidad en su momento de que SUCAMEC Lima emitiera en el plazo conforme a ley las licencias de uso y posesión de armas solicitadas.

3.2.26. Es así, que, debe señalarse que los cambios en la normatividad aplicable constituyen decisiones de la autoridad que son calificados por la doctrina civil como Casos de FUERZA MAYOR, al igual que las huelgas. Sobre este último particular, la cláusula vigésima segunda del contrato ha establecido de conformidad con el artículo 1315 del Código Civil que: "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible y extraordinario, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío y defectuoso (...)" . Por lo cual, se advierte que las partes han adaptado la definición establecida en el Código Civil para definir el Caso Fortuito o Fuerza Mayor, consignándose que la consecuencia del surgimiento de la causa no imputable al obligado es la exención de responsabilidad a su parte por el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso, no habiendo excluido dentro de dicho concepto a los cambios legales o reglamentarios para la obtención de permisos o licencias ante SUCAMEC.

3.2.27. En el derecho administrativo, el cambio normativo que imposibilita la obtención de las licencias de uso de armas es considerado como un "Hecho de la Administración". En palabras de DROMI, dicha institución jurídica tiene por efecto hacer excusable el incumplimiento del contrato en que haya incurrido el contratista por causas imputables a la

Administración Pública, liberándolo, en consecuencia, de las sanciones que de otro modo le hubieran correspondido. Por ello, el hecho de la Administración justifica el incumplimiento de las obligaciones del contratista, excusándolo tanto de la inejecución total o parcial del contrato como de la paralización o retardo de este.

3.2.28. Por lo expuesto, puede concluirse que el hecho del principio o de Estado igualmente no es imputable a las partes, y al igual que la fuerza mayor no genera responsabilidad para el contratista.

3.2.29. En este caso en concreto, debe señalarse que los cambios en las disposiciones para los trámites ante SUCAMEC constituye un supuesto de FUERZA MAYOR, "Hechos de Príncipe", toda vez que se cumplen con los tres presupuestos requeridos en el artículo 1315 de Código Civil, para su configuración:

- M
- a) Hecho Extraordinario: Los cambios en legislación tienen carácter extraordinario, toda vez que no es un hecho que ocurre constantemente. Así, debe señalarse que a lo largo desde la creación de DISCAMEC (Hoy SUCAMEC), No se han producido cambios organizaciones como el acontecido. Así mismo, debe señalarse que SECURITAS lleva más de 14 años celebrando contratos con el Estado y 10 años concretamente con PETROPERU , y a lo largo de su experiencia no ha tenido inconvenientes similares para la obtención de licencia de posesión y uso de armas de su personal, lo que demuestra que dichas divergencias han surgido únicamente en virtud de los cambios organizacionales de SUCAMEC, pues de lo contrario de no haberse producido dichos cambios, la empresa demandante hubiera cumplido con contar con los carnés y licencias vigentes para la prestación del servicio, en la oportunidad correspondiente.
 - b) Hecho Imprevisible: Así mismo, debe indicarse que los cambios en las disposiciones de SUCAMEC son de carácter

imprevisible, toda vez que si bien es cierto que la empresa SECURITAS conocía que el Estado venía adoptando medidas de reorganización de acuerdo con el Decreto Legislativo No. 1127, no tenía modo de conocer la magnitud de dichos cambios, las nuevas exigencias para los trámites de obtención de Licencias para portar Armas para el Personal de Seguridad, y menos aún cuándo se producirían los mismos.

De igual forma, cabe señalar que, pese a que SUCAMEC modificó los requisitos para los trámites ante dicha institución, no se estableció un plazo perentorio para la atención de estos, estando pendiente la aprobación del TUPA que regula dichos procedimientos ante SUCAMEC, el cual debía contener formalmente los requisitos y el plazo máximo de resolución por parte de la autoridad competente, conforme lo dispuesto por la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo No. 005-2014-IN.

- M
- c) Hecho Irresistible: Por último, se debe manifestar que estos hechos tienen carácter de irresistible, por cuanto la empresa SECURITAS no puede cambiar la normativa ni hacer nada por su implementación.

3.2.30. Otro elemento que debe considerarse es que la empresa demandante no ha incumplido con la totalidad de licencias exigidas para el Personal de Seguridad, toda vez que únicamente se han visto afectados el trámite correspondiente a CUATRO (04) armas faltantes. Cabe resaltar que no se obtuvo las licencias respectivas en este extremo debido a que, en el curso de evaluación de estas, se suscitaron los cambios ya señalados por parte de SUCAMEC.

3.2.31. Así mismo, debe considerarse que SECURITAS propuso a la Entidad la suscripción de una adenda al Contrato, con la finalidad de modificar los alcances de este por causas no imputables al contratista, a efectos de que se estableciera que la totalidad del personal de vigilancia prestara el servicio sin armamento, al igual que en otros contratos de

M

vigilancia importantes, y de esta manera cumplir con la finalidad de la contratación. No obstante, la Entidad ha denegado esta solicitud por considerar que no se enmarca dentro de las excepciones establecidas en el numeral 10.5 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., pese a que se ha demostrado que resulta imposible poder cumplir con la obtención de licencias de posesión y uso de armas de fuego por causa no imputable al contratista, debido a que no existen instituciones para la emisión de certificados y constancias en las localidades de los pobladores contratados y en la medida que el valor referencial y monto contratado no comprenden costos de movilización, hospedaje y viáticos para que los pobladores contratados como personal de vigilancia se trasladen a Chiclayo para el cumplimiento de los requisitos necesarios y ; además considerando que se ha demostrado en la administración de contratos anteriores que la prestación del servicio sin uso de armamento puede llevarse a cabo de manera satisfactoria, sin inconvenientes e incluso reduciendo el nivel de riesgo para los portadores de armas. Ello debido a que las instalaciones son también resguardadas por la Policía Nacional del Perú.

3.2.32. Desde el punto de vista doctrinario, corresponde hablar de caso fortuito, como derivado de un hecho natural (acto de Dios), de modo tal que a nadie puede imputarse su origen, mientras que fuerza mayor ha sido vinculada a una intervención irresistible de la autoridad (acto del principio) o de terceros. Son ejemplos típicos de caso fortuito o fuerza mayor, respectivamente un terremoto o cualquier desastre producido por fuerzas naturales y una expropiación (mediante la dación de una Ley por parte del Poder Legislativo).

3.2.33. En consecuencia, se aprecia que se configura una fuerza mayor en este caso, que determina que la empresa SECURITAS no sea responsable por el incumplimiento parcial y tardío de sus obligaciones, de conformidad con el artículo 1315 del Código Civil y en concordancia con la cláusula vigésima segunda del contrato, la que ha reconocido expresamente que la Fuerza Mayor está vinculada a una intervención

A. *J.*

irresistible de la autoridad (acto del principio).

3.2.34. Por otro lado, debe señalarse que la empresa demandante ha actuado con debida diligencia o diligencia ordinaria en el marco de la ejecución del Contrato No. 111870 ZF "Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada en las Instalaciones del Gerencia Oleoducto-Sectores Piura, Terminal Bayóvar y Occidente", toda vez que se gestionó los trámites para la obtención de carnés SUDAMEC y licencias de armas en la oportunidad correspondiente ante la Oficina SUCAMEC de Chiclayo mediante Carta P1.OHR.047.13 del 10 de diciembre de 2013, volviendo a reingresar su solicitud el 19 de marzo de 2014 y, presentar los expedientes desde cero cuando se requirió. Por lo que, debe considerarse que SECURITAS S.A.C. ha actuado diligentemente para la obtención de los permisos y carnés requeridos en el contrato.

M

3.2.35. Sobre este extremo, Messineo, define el deber de diligencia (contractual), como el cuidado que el deudor debe emplear en el desarrollo de su actividad para ponerse en situación de cumplir exactamente la obligación (...). Así mismo, Ferrero Costa, citando a Messineo, señala que "diligencia ordinaria" es "aquel comportamiento de deudor que consiste en usar todos los cuidados y las cautelas que – habida consideración a la naturaleza de determinada relación obligatoria y a cada circunstancia - lo pongan en condiciones de poder cumplir". Por lo que, se desprende que quien con diligencia ordinaria es inimputable por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

3.2.36. En este sentido, el artículo 1314 del Código Civil establece lo siguiente:

"Artículo 1314.-

Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."

3.2.37. Por estas consideraciones, no corresponde la aplicación de la penalidad comunicada mediante Carta ADM4-SG-092-2014 de fecha

26 de junio de 2014 por la supuesta comisión de la infracción "ARMAS FALTANTES", toda vez que se verifica una CAUSA DE JUSTIFICACION EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD, que está determinado por un hecho calificado como FUERZA MAYOR, y además porque la empresa SECURITAS ha actuado con diligencia ordinaria; lo que determina la liberación de responsabilidad del contratista por el incumplimiento parcial o tardío, de conformidad con la cláusula vigésima del contrato.

3.2.38. En otras palabras, la Carta ADM4-SG-092-2014 de fecha 26 de junio de 2014 no ha cumplido con respetar con lo establecido en el numeral 5.3 del artículo 5 de la LPAG, el cual sostiene que los actos administrativos no pueden, por prohibición expresa de ley, contravenir disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes ni normas administrativas. Ello se encuentra relacionado a su vez con lo previsto en el artículo 3 inciso 2 de la LPAG, cuando se refiere al objeto o contenido como uno de los requisitos de validez de los actos administrativos:

"Artículo 3.- Objeto o contenido del acto administrativo

Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente y comprender las cuestiones surgidas de la motivación. (...)"

3.2.39. En conclusión, se puede sostener que PETROPERU, al emitir la carta descrita, vulneró lo dispuesto en el ordenamiento jurídico debido a que se acreditó que la dificultad de cumplir con la obtención de las licencias de uso y posesión de armas eran sucesos que calificaban como fuerza mayor o hecho de la administración pública (instituciones jurídicas tuteladas por el ordenamiento jurídico en el Código Civil).

3.2.40. Conforme se señaló con anterioridad, no corresponde la aplicación de la penalidad comunicada mediante Carta ADM4-SG-092-2014 de fecha 26 de junio de 2014 por la supuesta comisión de la infracción "ARMAS FALTANTES", toda vez que se verifica una CAUSA DE JUSTIFICACION EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD, que está determinada por un hecho calificado como FUERZA MAYOR, y además porque la empresa demandante ha actuado con diligencia ordinaria; lo que determina la liberación de responsabilidad del contratista por el incumplimiento parcial o tardío, de conformidad con la cláusula vigésima del contrato. Es decir, dicho acto administrativo no guarda relación entre los hechos suscitados en la realidad, con las consecuencias establecidas en el ordenamiento jurídico.

3.2.41. Dicho lo anterior, corresponde sostener que la motivación de los actos administrativos para el TC se define de la siguiente manera:

M
"La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático de derecho, que se define en los artículos 3 y 43 de la Constitución como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado constitucional democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado de ser el caso".

3.2.42. Asimismo, dicho Tribunal ha tenido oportunidad de expresar su posición en la STC 00091-2005-PA/TC, 5514-2005-PA/TC, entre otras, en los siguientes términos:

M

"(...) El derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. (...). La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto a actos emanados de una potestad reglada como discrecional. El tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional. Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa. En esa medida, este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad en la medida en que es una condición impuesta por la Ley 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por si sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo".

3.2.43. Por las razones expuestas, se puede sostener que PETROPERU vulneró los numerales 6.1 y 6.3 del artículo 6 de la LPAG, debido a que la Carta ADM4-SG-092-2014 que aplicó la penalidad no observó que la no obtención a tiempo de las licencias de uso y posesión de armas y de

D.

los carnés fueron por motivo de fuerza mayor. Por lo tanto, al no haber actuado conforme a derecho, dicha carta debe ser declarada nula.

3.2.44. Sobre la falta de motivación de la comunicación que imputa la penalidad, el Demandante señala que, conforme se ha señalado en forma precedente, las Bases Integradas del Proceso por Competencia Mayor No. CMA-007-2013-OLE/PETROPERU establecieron como marco legal del procedimiento de selección, la aplicación supletoria de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

3.2.45. Ahora bien, de conformidad con el artículo I del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley No.27444 (LPAG), son consideradas Entidades de la Administración Pública, las siguientes:

"Artículo 1.- Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad o entidades "de la Administración Pública:

El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;

El Poder Legislativo;

El Poder Judicial;

Los Gobiernos Regionales;

Los Gobiernos Locales;

Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.

Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que los refiera a otro régimen. (...)"

3.2.46. En tal sentido, PETROPERU, como empresa estatal de derecho privado, forma parte del poder ejecutivo, encontrándose dentro del ámbito de aplicación de la LPAG. Así mismo, cabe resaltar que, como parte de la Administración pública, dicha empresa se encuentra bajo el ámbito de supervisión de la Contraloría General de la Republica, de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la Republica, Ley No. 27785.

3.2.47. En tal sentido, resulta pertinente sostener que la Carta ADM4-SG-092-2014 que aplica la penalidad a la empresa SECURITAS, es considerada como un acto administrativo, conforme lo dispuesto por el artículo 1 del dispositivo legal descrito, tal como se puede desprender a continuación:

M
“Artículo 1.- Concepto de acto administrativo

Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.”

3.2.48. Por lo tanto, la Carta ADM4-SG-092-2014, al emitirse en el marco de la ejecución de un contrato estatal, debe estar acorde con los requisitos de validez del acto administrativo establecidos en la misma LPAG. Sin embargo, como se puede apreciar a lo largo de la demanda la misma Carta ADM4-SG-092-2014 ha aplicado la penalidad contra la empresa SECURITAS sin haber observado que estuvo frente a una causal eximente de responsabilidad, que es la de fuerza mayor, conforme el artículo 1315º del Código Civil y la Cláusula vigésima segunda del Contrato.

3.2.49. Por lo expuesto, se puede sostener que la Carta ADMS4-SG-092-2014 contraviene una serie de requisitos esenciales de validez que deben ser tomados en cuenta para declarar la nulidad de la misma.

A.

3.2.50. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el numeral 5.3 del artículo 5º de la LPAG los actos administrativos no pueden, por prohibición expresa de la ley, contravenir disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes ni normas administrativas. Ello se encuentra relacionado a su vez con lo previsto en el artículo 3º inciso 2 de la LPAG, cuando se refiere al objeto o contenido, como uno de los requisitos de validez de los actos administrativos:

"Artículo 3.- Objeto o contenido de acto administrativo

Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico debiendo ser lícito preciso, posible física y jurídicamente y comprender las cuestiones surgidas de la motivación. (...)".

3.2.51. En ese sentido, se condiciona la validez del acto administrativo al cumplimiento del ordenamiento jurídico, de lo contrario, corresponderá declarar la nulidad de este.

3.2.52. Por otro lado, corresponde sostener que PETROPERU no cumplió con responder de manera motivada y coherente los factores por los cuales aplicó la penalidad descrita, demostrando únicamente que dicha decisión se fundó a través de afirmaciones genéricas, tal como se puede desprender de su carta Notarial OLEO-ADM4-SG-2014.

3.2.53. Al respecto, el artículo 3º, inciso 4 de la LPAG, recoge que el acto administrativo debe encontrarse debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico vigente. Recordemos que la debida motivación está resguardada como uno de los requisitos de validez de los actos administrativos de acuerdo con el artículo 3º de la LPAG y que es detallado en el artículo 6º de dicho marco normativo.

3.2.54. Sobre el particular, los numerales 6.1 y 6.3 del artículo 6º de la LPAG, indican lo siguiente:

"Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado (...)"

3.2.55. La motivación de los actos administrativos consiste en aquella exigencia de hacer públicas- es decir, plasmándolas en el acto respectivo- las razones de hecho y de derecho que fundamentan la actuación de la Administración Pública, de modo tal que se advierta la reconducción de la decisión emitida a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge.

3.2.56. Asimismo, corresponde señalar que el Principio de Debido Procedimiento Administrativo regula que la actuación de la Administración Pública respete toda garantía del administrado a exponer sus argumentos. Dicho principio se encuentra recogido en el numeral 1.2 del artículo IV de la LPAG.

3.2.57. Sobre el particular, se argumenta que el primer contenido del derecho al debido procedimiento administrativo implica la aplicación de la garantía de la defensa procesal en el ámbito del procedimiento administrativo.

3.2.58. Por lo expuesto, resulta evidente que PETROPERU no solo hizo caso omiso a los argumentos de derecho expuestos por la empresa SECURITAS en la carta OLEO-ADM4-SG-181-2014, sino que también no realizó una debida motivación al determinar la aplicación de la penalidad.

3.2.59. Tal como ha podido advertirse de lo indicado en las secciones anteriores, en el presente caso, la Carta ADM4-SG-091-2014 no ha cumplido con sujetarse al ordenamiento aplicable, dichos supuestos de contravención, de acuerdo con lo contemplado por el numeral 1 del artículo 10º de la LPAG, constituyendo vicios del acto administrativo y que a su vez son considerados como supuestos o causales de nulidad de este de pleno derecho:

"Articulo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

La contravención a la Constitución, o las leyes o a las normas reglamentarias.

El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14. (...)".

M
3.2.60. Por lo tanto, es la tesis del demandante que por todo lo expuesto anteriormente se debería declarar FUNDADA la Primera Pretensión Principal, debiendo declarar la Nulidad y/o dejar sin efecto la penalidad aplicada mediante Carta ADM4-SG-091-2014 de fecha 26 de junio de 2014, debido a que dicho acto administrativo es manifiestamente nulo, conforme lo dispuesto por la LPAG.

Posición de la Entidad:

3.2.61. El demandante formula como primera pretensión que se declare la nulidad y/o ineeficacia de la penalidad calculada al 27.06.2014 que asciende a S/. 133,608.00, argumentando que la Carta N° ADM4-SG-092-2014, no observa el debido procedimiento por cuanto no se detalla la relación del personal de vigilancia objeto de observación, ni el supuesto de infracción que habría sido inobservado por la demandante.

3.2.62. Al respecto, es preciso señalar que de conformidad con los artículos

Q.

165° y 166° del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF, el Numeral 10.10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERÚ S.A., del Numeral 15 de las Bases Administrativas, Numeral 10 de las Bases Técnicas y Cláusula Décima Sexta del Contrato N° 111870 ZF del "Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada en Instalaciones de Gerencia Oleoducto – Sectores Piura, Terminal Bayóvar y Occidente", derivado del Proceso por Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria, la penalidad se aplica en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. La Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse, siendo que en todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente.

M

3.2.63. Es decir, sólo es necesario que opere el incumplimiento contractual para que se proceda aplicar la penalidad, hecho que ha ocurrido en el caso de autos, pues ante el incumplimiento de la demandante de la Cláusula Sexta del Contrato 111870 ZF (No ha gestionado la Licencia de Posesión y Uso de Arma y el Carné de Identidad para personal de servicio de seguridad privada necesarios para ejecutar el servicio antes del inicio del mismo), literal d) del Numeral 4.6 y Numeral 5 de la Bases Técnicas del Proceso (Anexo 1.C) que forman parte integrante del contrato de conformidad con la Cláusula Segunda del mismo, y que establecen como obligación contractual que el contratista debía tramitar y disponer de la correspondiente Licencia Empresarial de Posesión de Uso de Arma otorgados por la DICSCAMEC o SUCAMEC, antes de la suscripción del Contrato del personal que prestara el servicio, no pudiendo instalar el armamento en los puestos requeridos, disponiéndose un plazo de 07 días luego de iniciado el servicio para realizar los trámites requeridos y así obtener la licencia de portar armas.

3.2.64. Por consiguiente, ha quedado acreditado que la Entidad no ha vulnerado Principio alguno del debido proceso ni de motivación, por cuanto la penalidad se encuentra sustentada en la Ley, el Contrato y en las Bases, las mismas que constituyen las reglas definitivas del proceso de contratación.

3.2.65. Asimismo, es preciso señalar que dichos sustentos si han sido señalados en la Carta ADM4-SG-092-2014 del 26.06.2014 (Anexo 1.G), cuya invalidez y nulidad se pretende y que fueron ampliados con las comunicaciones: Carta ADM4-SG-167-2014 del 26.09.2014, Carta N° OLEO-ADM4-SG-181-2014 del 14.10.2014 en las que se estableció que los descuentos efectuados por las penalidades pactadas, corresponde a la ejecución de actos contractuales derivados de las prestaciones incompletas realizadas, y el sustento técnico-legal, corresponde al incumplimiento de las obligaciones contractuales, toda vez que los contratos se negocian, celebran y ejecutan según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, y son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos; tal y conforme se encuentra establecido en los Arts. 1361º y 1362º del Código Civil Vigente.

3.2.66. Al respecto, es preciso señalar que la Dirección de Supervisión del OSCE, mediante Pronunciamiento N° 301-2013/DSU del 01.04.2013, ha señalado que el objeto de una penalidad es disuadir al contratista del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de las prestaciones a las que se comprometió al momento de presentar su oferta. Por tanto, al haberse establecido en el literal d) del Numeral 4.6 y 5.1 de las Bases y en la Cláusula Sexta del Contrato, las Licencias de Posesión y Uso de Arma, así como el carné para personal de vigilancia otorgado por SUCAMEC, resulta razonable que la Entidad penalice aspectos relacionados al incumplimiento de las obligaciones a su cargo, independientemente de cómo y cuándo se prevea su subsanación.

3.2.67. Pues conforme se desprende del Numeral 10 del Reglamento de

Contrataciones de PETROPERU S.A., concordante con el Art. 165° del Reglamento de Contrataciones del Estado, la penalidad por mora es el mecanismo coercitivo para disuadir el retraso o demora y asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por los contratistas, dentro de los plazos establecidos en el contrato.

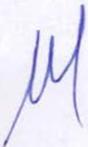
3.2.68. Es más, conforme al literal b) del Numeral 10.11 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., concordante con el Art. 44° de la Ley de Contrataciones del Estado e inc. 2) del Art. 168° del Reglamento de Contrataciones del Estado, la acumulación del monto máximo de penalidad es causal de Resolución del Contrato.

3.2.69. Así, la demandante pretende que las condiciones contractuales sean inexigibles alegando en que se está ante un caso fortuito y fuerza mayor, a efectos de eximirse de toda responsabilidad por el incumplimiento de las condiciones contractuales pactadas por ambas partes; no obstante, conforme se desprende de la Cláusula Sexta - Obligaciones del Contratista del Contrato N° 111870 ZF "Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada para las instalaciones ubicadas en Gerencia Oleoducto - Sectores Piura, Terminal Bayóvar y Occidente", la demandante se encuentra obligada a ejecutar el servicio conforme a lo establecido en las Bases, cumpliendo con las obligaciones establecidas en las mismas, siendo responsable de gestionar y contar con todas las licencias, autorizaciones, permisos, seguros, pólizas y cualquier otro documento necesario para ejecutar el Servicio, antes del inicio del mismo y mantenerlos vigentes durante el plazo de ejecución.

3.2.70. En virtud de la aplicación de la Cláusula Decimosexta del citado contrato, el retraso en la entrega de Carnés y Licencias de Posesión y Uso de Arma otorgado por SUCAMEC, genera penalidad, en concordancia con el Numeral 10.10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., toda vez que era condición contractual para el inicio del servicio, condición que la demandante hasta la fecha viene incumpliendo.

3.2.71. Conforme consta en el Numeral 4.6 de las Bases Técnicas del Proceso por Competencia Mayor N° CMA-001--2013-OLE/Petroperú – Segunda Convocatoria, se estableció como obligación que:

"El Contratista debe tramitar y disponer de la correspondiente Licencia Empresarial de Posesión y Uso de Arma otorgados por la DICSCAMEC o SUCAMEC, antes de la suscripción del Contrato del personal que prestará el servicio, el costo será cubierto por el CONTRATISTA, el cual deberá ser incluido en su respectivo presupuesto. En caso contrario, EL CONTRATISTA, no podrá instalar el armamento en los puestos requeridos, por lo que dispondrá de un plazo de 07 días luego de iniciado el servicio para realizar los trámites requerido y así obtener la licencia de portar armas..."


3.2.72. En este sentido, al haberse vencido en exceso el plazo de 07 días señalados en las Bases, las mismas que son parte integrante del Contrato y de cumplimiento obligatorio, corresponde aplicar la penalidad ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas.

3.2.73. Del mismo modo, el Numeral 5 de las Bases Técnicas establecen como obligación del contratista, que el personal de los puestos armados deben tener obligatoriamente la Licencia de Posesión y Uso de Arma y el carné de identidad para personal de servicio de seguridad privada vigente, otorgado por SUCAMEC.

3.2.74. Incumplimientos que en el presente caso no resultan causal de caso fortuito o fuerza mayor, al haber sido un hecho totalmente previsible que se encuentra en posibilidades de cumplir, conforme se evidencia de su Carta N° P1.0HR.080.14 del 18.08.2014, por lo que la empresa demandante debió tener la diligencia debida para el trámite correspondiente; aún más en su Informe N° 008-2014-OHR del

04.05.2014, refiere que "resulta inviable asumir el costo de traslado, alimentación, hospedaje y estadía del personal, desde las Estaciones en que se encuentran para cumplir con los requisitos que exige la SUCAMEC", lo que evidencia que es posible realizarlos pero que la demandante no está dispuesta a asumir los costos que este genere.

3.2.75. Por otra parte, el cambio en el ordenamiento y la legislación del SUCAMEC para el otorgamiento de Licencia de Posesión y Uso de Arma y el Carné de Identidad para personal de servicio de seguridad privada no resulta causal para su incumplimiento, ni mucho menos para calificar el hecho como caso fortuito o fuerza mayor, porque es derivado del cumplimiento de la ley.

3.2.76. Por consiguiente, no nos encontramos ante un caso fortuito o fuerza mayor, sino ante un incumplimiento contractual que debe ser penalizado conforme a la ley, el contrato y las Bases.

3.2.77. Asimismo, debe tenerse presente que conforme se desprende del numeral 40, pág. 16 del escrito de demanda, el demandante afirma que con fecha 23.08.2013 su empresa procedió a efectuar los trámites correspondientes ante la SUCAMEC Chiclayo, y el 10.12.2013 mediante Carta P1.0HR.047.13 solicitó a la Jefatura Departamental SUCAMEC Chiclayo la emisión de las licencias de posesión y uso de armas para el personal de vigilancia destacado en la Estación 9 y 6.

3.2.78. No obstante, debe tenerse en cuenta que el Contrato N° 111870 ZF fue suscrito el 14.06.2011; sin embargo, el trámite se inicia el 10.12.2013, es decir, seis (06) meses después de suscrito el contrato, no evidenciándose la diligencia debida a la que se encontraba obligada la demandante.

3.2.79. Ha quedado acreditado que la demandante no se encuentra imposibilitada de obtener las Licencias de Posesión y Uso de Arma y los Carnés de Identidad para personal de servicio de seguridad

privada, sino que resulta más oneroso, costo que no está dispuesta a asumir.

3.2.80. Al respecto, es necesario traer a colación la Opinión N° 126-2009/DTN del 30.11.2009 emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, en la que concluye que, una vez suscrito el contrato, este puede incorporar modificaciones que no impliquen variación alguna en los precios.

3.2.81. Asimismo, concluye que, durante la ejecución del contrato, ante la variación de las condiciones económicas en las que se formula una oferta que alteren el equilibrio contractual y generen que la prestación asumida por el contratista devenga en excesivamente onerosa, cabe la resolución del contrato.

3.2.82. Es decir, si en el caso de autos el demandante alega que cumplir con la condición contractual de obtener las Licencias de Posesión y Uso de Arma y los Carnés de Identidad para personal de servicio de seguridad privada, le resulta excesivamente oneroso, por cuanto tiene que asumir costos de alimentación, hospedaje y viáticos no contemplados en el monto contractual pactado, puede solicitar la resolución del contrato.

3.2.83. Es oportuno hacer referencia a lo que la Dirección Técnica Normativa del OSCE considera como caso fortuito o fuerza mayor; tal es así que mediante la Opinión N° 080-2008/DOP del 29.10.2008, señala que:

"Al respecto, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, refiriéndose al caso fortuito o fuerza mayor, mencionan: "El incumplimiento de la obligación puede tener origen en causas independientes de la voluntad del deudor, extraordinarias, imprevisibles e irresistibles, dando lugar a lo que en Derecho se llama caso fortuito o fuerza mayor. En otras palabras, el incumplimiento le es impuesto al deudor por un hecho ajeno a él, por lo que ya no es el autor moral de dicha inejecución; se

configura de esta forma un supuesto de inimputabilidad, merced a la cual el deudor no será responsable por tal incumplimiento ni por sus consecuencias".

3.2.84. Nuestro Código Civil de 1984, a fin de esclarecer los conceptos para una mejor interpretación de lo que debemos entender por caso fortuito o fuerza mayor, definió ambas instituciones en su artículo 1315": "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

3.2.85. Ahora bien, desde el punto de vista doctrinario, corresponde hablar de caso fortuito como derivado de un hecho natural (acto de Dios), de modo tal que a nadie puede imputarse su origen, mientras que la fuerza mayor ha sido vinculada a una intervención irresistible de la autoridad (acto del principio) o de terceros. Son ejemplos típicos de caso fortuito y de fuerza mayor, respectivamente, un terremoto -o cualquier desastre producido por fuerzas naturales- y una expropiación (mediante la dación de una Ley por parte del Poder Legislativo).

3.2.86. Hablamos de un hecho extraordinario cuando, tal como la misma palabra lo indica, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera de lo común y de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. En el presente caso no estamos ante un hecho extraordinario, por cuanto la obtención de las Licencias de Posesión y Uso de Arma y los Carnés de Identidad para personal de servicio de seguridad privada ante la SUCAMEC resulta plenamente viable.

3.2.87. Asimismo -y directamente vinculado a lo extraordinario- decimos que un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible. Por cuanto en el caso de autos, el cambio del

ordenamiento y la legislación del SUCAMEC para el otorgamiento de la Licencias de Posesión y Uso de Arma y los Carnés de Identidad para personal de servicio .de seguridad privada no resulta causal para su incumplimiento, ni mucho menos para calificar el hecho como caso fortuito o fuerza mayor, porque es derivado del cumplimiento de la ley.

3.2.88. Finalmente, el que un evento sea irresistible significa que la persona es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento. Requisito que tampoco se cumple, toda vez que conforme se evidencia de su Carta N° P1.0HR.080.14 del 18.08.2014, la demandante debió tener la diligencia debida para el trámite correspondiente; aún más en su Informe N° 008-2014-OHR del 04.05.2014, refiere que "*resulta inviable asumir el costo de traslado, alimentación, hospedaje y estadía del personal, desde las Estaciones en que se encuentran para cumplir con los requisitos que exige la SUCAMEC*", lo que acredita que es posible realizarlos pero que la demandante no está dispuesta a asumir los costos que este genere.

3.2.89. Ahora, adicionalmente a estos tres requisitos, cabe precisar que el acontecimiento no debe derivar de la actividad voluntaria del deudor, puesto que, si esto fuera así, ingresaríamos al terreno de la responsabilidad. La parte que incumple no puede desligarse de la responsabilidad que le corresponde por las derivaciones de algo que le atañe o concierne: "(...) *el acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor debe originarse en una causa extraña a su libre voluntad. Se trata, pues, de un hecho que no proviene directamente de su persona, ni tampoco de un acto que él no realice en uso de su libertad, discernimiento, conciencia, voluntad o intención*".

3.2.90. En el presente caso, la demandante pretende incumplir las condiciones contractuales inicialmente pactadas y que eran requisitos técnicos mínimos para el inicio del servicio, como es la de la obtención de las Licencias de Posesión y Uso de Arma y los Carnés de Identidad para personal de servicio de seguridad privada; una obligación contractual

que el demandante viene incumpliendo.

3.2.91. Ahora bien, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor generan efectos jurídicos similares: producen la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación de alguna o de ambas partes y, en consecuencia, la inimputabilidad, entendida como exención de responsabilidad a la parte que se encuentra en la imposibilidad de cumplir. Por consiguiente, en el caso de autos al haberse acreditado que la demandante sí puede cumplir con la condición contractual para la ejecución del servicio, no nos encontrarnos ante un caso fortuito o fuerza mayor.

3.2.92. Lo que la demandante pretende es modificar las condiciones contractuales inicialmente pactadas, las mismas que constituyen las reglas definitivas del proceso; tal es así que mediante Carta N° P1.0HR.182.14 del 14.10.2014 propone la suscripción de una adenda al contrato.

M

3.2.93. No obstante, la demandante no comprende que estamos ante un contrato del Estado en el que de conformidad con el Art. 35º de la Ley de Contrataciones del Estado, Art. 143º del Reglamento de Contrataciones del Estado, el Numeral 10.5 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERÚ S.A., aprobado mediante Res. N° 523-2009-OSCE/PRE, el contrato podrá incorporar modificaciones, siempre que sea necesario para alcanzar la finalidad del contrato y que no impliquen variación en las características técnicas, precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas por el proveedor.

3.2.94. Conforme se desprende del Numeral 5.1. Personal del Rubro 5. Obligaciones del Contratista, constituye requisito técnico mínimo de las Bases Técnicas del Proceso por Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria "Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada en instalaciones de Gerencia Oleoducto - Sectores Piura, Terminal Bayóvar y Occidente", las mismas que forman parte integrante del Contrato N° 111870 ZF, que el personal de

vigilancia cuente con la Licencia de Posesión y Uso de Arma otorgado por la DICSCAMEC (sólo puestos armados) y con el carné de identidad para personal de servicios de seguridad privada vigente otorgado por la DICSCAMEC o SUCAMEC.

3.2.95. Por consiguiente, no es posible la suscripción de la adenda porque ello implicaría modificar las condiciones técnicas esenciales establecidas en las Bases, las mismas que son de cumplimiento obligatorio para las partes contractuales, en concordancia con la Cláusula Segunda del Contrato y del Numeral 13 del Anexo 1: Lineamientos Generales para la Elaboración de Bases del Reglamento de PETROPERU.

3.2.96. Asimismo, las modificaciones solicitadas, tampoco se encuadran dentro de las excepciones establecidas el Numeral 10.5 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., aprobado mediante Res. N° 523-2009-OSCEIPRE, por no superar las características técnicas y condiciones establecidas en los requerimientos técnicos mínimos señalados en las Bases.

3.2.97. En este sentido, se ha pronunciado el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, en reiteradas Opiniones señalando que: "La Entidad podrá modificar el contrato, previa evaluación, cuando el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios y siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan su necesidad y no varíen las condiciones que motivaron la selección del contratista. Lo contrario, determinaría la vulneración de los principios de Transparencia, imparcialidad, Eficiencia y Trato Justo e igualitario".

3.2.98. Asimismo, reiteramos la Carta ADM4-SG-092-2014 del 26.06.2014 (Anexo 1.G), por la cual se le notifica la penalidad a la demandante de conformidad con el Numeral 10.10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, concordante con el Art. 48º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D. Leg. N° 1017 y Arts. 165º y

166° del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-20008-EF; la penalidad es AUTOMATICA, no requiere ser motivada para su aplicación, basta que opere el incumplimiento contractual para que se proceda a aplicar la penalidad.

3.2.99. En tal sentido, la Entidad ha obrado conforme a la normatividad legal vigente, ante el incumplimiento de la demandante de no gestionar la Licencia de Posesión y Uso de Arma y el Carné de identidad para personal de servicio de seguridad privada, necesarios para ejecutar el servicio antes del inicio de este y que se encuentran establecidos en los siguientes documentos contractuales y de obligatorio cumplimiento para las partes, conforme se detalla a continuación:

- a) Cláusula Sexta del Contrato 111870 ZF
- b) Literal d) del Numeral 4.6 de la Bases Técnicas del Proceso de Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria.
- c) Numeral 5 de la Bases Técnicas del Proceso de Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria.

3.2.100. Es preciso señalar que las Bases del Proceso de _Selección Proceso de Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria del "Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada en Instalaciones de Gerencia Oleoducto - Sectores Piura, Terminal Bayóvar y Occidente" forman parte integrante del contrato de conformidad con la Cláusula Segunda del mismo, y son de obligatorio cumplimiento para las partes contratantes.

3.2.101. Por consiguiente, la Carta ADM4-SG-092-2014 del 26.06.2014, por la cual se le notifica la penalidad a la demandante se encuentra sustentada en la Ley, el Contrato y en las Bases, las mismas que constituyen las reglas definitivas del proceso de contratación, no habiéndose afectado el Principio de Motivación alguno.

3.2.102. La adecuada motivación se desprende de la citada Carta ADM4-SG-092-2014 del 26.06.2014, así como de las comunicaciones: Carta ADM4-SG-167-2014 del 26.09.2014, Carta N° OLEO-ADM4-SG-181-2014 del 14.10.2014.

3.2.103. Bajo el argumento de la ausencia de motivación, la demandante pretende la nulidad e invalidez de la Carta ADM4-SG-092-2014 del 26.06.2014, por la cual se le notifica la penalidad a la demandante; no obstante, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el Art. 10° de la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, aplicable supletoriamente a las contrataciones de PETROPERU S.A., para que un acto sea nulo debe ser contrario a la Constitución, a las leyes o normas reglamentarias; en el presente caso la Entidad ha actuado en estricto cumplimiento del Numeral 10.10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, concordante con el Art. 46° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D. Leg. N° 1017 y Arts. 165° y 166° del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-20008-EF.

3.2.104. Por consiguiente, se deberá declarar infundada la primera pretensión del demandante, toda vez que ha quedado acreditado que ante el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales a su cargo, que el personal de vigilancia cuente con la Licencia de Posesión y Uso de Arma otorgado por la SUCAMEC (sólo puestos armados) y con el carné de identidad para personal de servicios de seguridad privada vigente otorgado por la SUCAMEC, la penalidad reviste de la validez y eficacia que la norma señala.

Posición del Tribunal Arbitral:

3.2.105. Atendiendo a lo expuesto por las partes, evidenciamos que, respecto a estas pretensiones de la demanda, la controversia se centra en determinar la nulidad y/o ineffectuacía de la penalidad aplicada mediante

la Carta N° ADM4-SG-092-2014 de fecha 26.06.2014, por el retraso en la entrega de armamento, la cual fue calculada al 27.06.2014 por la suma de S/. 133, 608.00 incluido IGV.

3.2.106. En primer lugar, este Tribunal Arbitral considera necesario mencionar lo relativo al ámbito de aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Así, en el artículo I del Título Preliminar de la referida norma se establece:

"TÍTULO PRELIMINAR"

"Artículo I. Ámbito de aplicación de la Ley"

La presente Ley será de aplicación para todas las Entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "Entidad" o "Entidades" de la Administración Pública:

(...)

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen funciones administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia." (Énfasis agregado)

3.2.107. Por lo tanto, PETROPERÚ al ser una persona jurídica bajo el régimen privado que presta servicios públicos o que ejerce función administrativa, será regulado por las normas especiales y supletoriamente por la Ley de Procedimiento Administrativo General.

3.2.108. Adicionalmente, la Ley de Procedimiento Administrativo General, en su artículo II, establece la regulación de las actuaciones de la función administrativa del Estado:

"Artículo II.- Contenido"

1. La presente Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo

común desarrollados en las Entidades.”

3.2.109. Lo señalado con anterioridad es tratado y comentado por el autor Cassagne:

“Este concepto técnico de la función administrativa considerada como actividad resulta útil para diferenciarla de las restantes funciones del Estado y para caracterizar una de sus manifestaciones: el acto administrativo, sometido a un régimen de Derecho Público, exorbitante del Derecho Privado”.²

3.2.110. Por lo tanto, el ámbito de aplicación de la norma se extiende hasta el accionar de las empresas públicas y, consecuentemente, todo acto emitido por las mismas en cualquier etapa del procedimiento de selección, incluida la etapa de ejecución contractual, califica como acto administrativo.

3.2.111. Asimismo, resulta importante analizar la naturaleza del acto administrativo. De esta manera, de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo, el acto administrativo se define como:

Artículo 1. - Concepto de acto administrativo

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las Entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

3.2.112. Por otro lado, existe doctrina reconocida respecto a la existencia de los actos administrativos dentro de los contratos suscritos por el Estado, entre los que destacan, Guecha, Barra, Medina, Meilan, Ricardo

² CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Palestra Editores, Lima, 2010, Tomo I, p. 103

Salazar, Dromi. Este último señala que:

"La actividad administrativa no es privativa del Estado, sino que concurren en su ejercicio 'también Entidades públicas no estatales, e incluso Entidades privadas, como en el caso de los concesionarios. En estos tiempos el fenómeno de «colaboración administrativa» de los cuerpos intermedios son innegables. Esas personas públicas no integran la estructura orgánica estatal, no figuran en su presupuesto, pero ejercen técnicamente función administrativa y tienen cometidos y organizaciones semejantes en muchos aspectos a los entes públicos estatales: verbigracia, colegios profesionales, sindicatos, corporaciones, consorcios, etc.

La colaboración administrativa de estas Entidades ha operado una nueva modalidad de «descentralización», la descentralización administrativa no estatal (o indirecta).

M

En consecuencia, si tales Entidades «ejercen función administrativa», dictan «actos administrativos», celebran «contratos administrativos», están sujetos a «control administrativo», etc., es propio que se les aplique las normas del procedimiento administrativo a las Entidades públicas no estatales, de manera subsidiaria o supletoria al menos. En la práctica administrativa, incluso, el Poder ejecutivo ha revocado actos administrativos de personas públicas no estatales, mandando a la Entidad a proceder como en derecho corresponde." (Subrayado agregado) ³

3.2.113. De igual modo, Perilla Zamudio establece:

"El acto administrativo se configura entonces como el principal

³ DROMI, Roberto. "Proceso administrativo: Perspectiva." Págs. 286-287

instrumento en manos de la Administración para la realización de las funciones que le son encomendadas; por esta razón, puede afirmarse que a través de él se materializa el interés general y sobre todo se hace frente a necesidades sociales cambiantes que requieren soluciones inmediatas.”⁴

3.2.114. En ese orden de ideas, es imprescindible tomar en cuenta el pronunciamiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado que, a través de la Aclaración de la Opinión N° 130-2018-DTN contenida en el Oficio N° 496-2019-OSCE/DTN, con fecha de emisión 17 de noviembre de 2018, señala:

“En ese sentido, en el marco de una relación contractual –entre la Entidad y el contratista- bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, las actuaciones internas que debe realizar la Entidad para expresar su voluntad (sea mediante la emisión de pronunciamientos, de decisiones o de declaraciones, en concordancia con el Principio de Legalidad) para que tengan validez deben cumplir con lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, es decir, deben ser emitidos por el órgano facultado para ello –según su competencia- deben expresar su respectivo objeto (que deberá ajustarse al ordenamiento jurídico), deben estar debidamente motivados, deben perseguir las finalidades de interés público, entre otros aspectos.” (Subrayado agregado)

3.2.115. En ese sentido, se puede concluir que todo acto emitido por una Entidad pública, estatal o no estatal, debe ser considerado un acto administrativo, eso incluye los actos emitidos en el marco de la ejecución contractual.

⁴ PERRILLA ZAMUDIO, Julián. El acto administrativo como expresión de la función administrativa. Página 181.

3.2.116. Ahora bien, respecto a los requisitos de validez del acto administrativo, la Ley de Procedimiento Administrativo General establece:

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos
Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia. - Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.
2. Objeto o contenido. - Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
3. Finalidad Pública. - Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.
4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
5. Procedimiento regular. - Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación." (Énfasis agregado)

En el caso que nos ocupa, queda claro que la imposición de penalidad realizada por parte de la Entidad no ha contado con una debida

motivación, por consiguiente, devendría en nula.

Efectivamente, con respecto a los contratos de la administración pública, Salazar Chávez⁵ señala:

*"(...) Respecto de los Contratos de la Administración Pública, el artículo 76 de la Constitución Política consagra la naturaleza de orden público de las normas que regulan el contrato.
Por tanto, el procedimiento y la forma son bajo sanción de nulidad, aun cuando ello no esté expresamente señalado (...)"*

(Subrayado agregado)

3.2.117. Es necesario recalcar que, igualmente, en el presente caso, se estaría incumpliendo lo establecido en la LPAG respecto al debido procedimiento administrativo por parte de la Entidad:

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

1.2. Principios del debido procedimiento. -

Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo." (Subrayado agregado)

En ese sentido, el Contratista tampoco habría podido hacer valer sus derechos ni refutar argumento alguno sobre la aplicación de penalidades, ya que estos no fueron presentados por la Entidad.

⁵ Salazar Chávez, Ricardo. La Contratación de la Administración Pública en Función a los Intereses involucrados en cada Contrato. Lima: Derecho & Sociedad 23. Pág. 38

3.2.118. Por otro lado, en cuanto a la eficacia del acto administrativo, este no sería eficaz por defecto de notificación, por cuanto la notificación a través de medios electrónicos es válida únicamente si se ha consentido en ello.

Al respecto, el artículo 16º de la LPAG establece:

"Artículo 16º. - Eficacia del acto administrativo

16.1. El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.

16.2. El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto." (Subrayado agregado)

3.2.119. En cuanto a la aplicación del principio del debido proceso en sede administrativa, la STC 4289-2004-AA/T establece que:

"El debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos."

Por consiguiente, la vulneración al debido proceso se hace manifiesta cuando la Entidad no solo omite motivar su acto, sino también luego cuando no brinda al Contratista la oportunidad de realizar sus descargos.

3.2.120. Por otro lado, de la documentación que obra en el expediente se aprecia que este accionar de la Entidad no se mantuvo en el tiempo, sino que posteriormente cambió el procedimiento para la aplicación de penalidades, acreditando de manera correcta los motivos por los cuales eran aplicadas.

3.2.121. Finalmente, vale recalcar que, el cambio de normativa y mayores exigencias para la empresa SECURITAS por SUCAMEC es un hecho fortuito (caso fortuito), que no se podía prever. Esto se encuentra reconocido en el Contrato suscrito, en la Cláusula Vigésima Segunda.

Los cambios de la normativa aplicable para los trámites ante SUCAMEC constituyen un hecho ajeno a la voluntad de la empresa SECURITAS, respecto del cual no se tenía control o dominio, ni mucho menos capacidad de previsión respecto a la magnitud de los cambios.

3.2.122. Los hechos no son atribuibles a la empresa SECURITAS; estos han determinado que el personal de seguridad no use el arma que le correspondía, pese a que la empresa demandante gestionó oportunamente los trámites necesarios ante SUCAMEC, y que se realizaron los mayores esfuerzos para cumplir con la obtención de las licencias correspondientes.

3.2.123. El artículo 1315º del Código Civil versa sobre caso fortuito o fuerza mayor, el cual establece que:

"caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso". (Subrayado agregado)

Se cumplen entonces los tres presupuestos para calificar los eventos descritos por el Demandante como fuerza mayor o caso fortuito: (i) Hecho extraordinario: toda vez que los cambios normativos en la Entidad SUCAMEC no suceden con regularidad, (ii) Hecho imprevisible: el alcance de las modificaciones a la normativa no podía ser de conocimiento del Demandante; y, (iii) Hecho irresistible: el Demandante no tiene remedio legal alguno para "deshacer" la última modificación de la SUCAMEC.

3.2.124. Debido a lo señalado previamente, y teniendo en cuenta que los actos emitidos por una Entidad Pública (estatal o no estatal) deben ser considerados actos administrativos, y considerando que las penalidades impuestas por PETROPERÚ no cumplieron con las formalidades establecidas por Ley, vulnerando el principio del debido procedimiento y dejando al Demandante en una situación de indefensión, encontramos FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda, y se declara la nulidad y/o ineficacia de la penalidad aplicada mediante la Carta N° ADM4-SG-092-2014 de fecha 26.06.2014, por el retraso en la entrega de armamento, la cual fue calculada al 27.06.2014 por la suma de S/. 133, 608.00 incluido IGV.

RESPECTO AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

M

Determinar si corresponde o no “que se ordene a (...) PETROPERÚ S.A.C. la devolución del monto total de las penalidades (...) de S/. 133,608.00 (...) inc. IGV”

Posición del Contratista:

3.2.125. Conforme se ha señalado en los antecedentes, Mediante Carta ADM4-SG-092-2014 de fecha 26 de junio de 2014, PETROPERÚ comunicó que procederían a debitar de la próxima facturación en el Contrato N° 111870, la penalidad acumulada al 27.06.14 ascendiente a S/. 133,608.00 (Ciento Treinta y Tres Mil Seiscientos Ocho con 00/100 Nuevos Soles) inc. IGV, que corresponde al 3% de una UIT por arma y por día.

3.2.126. Es así que PETROPERÚ ha procedido a descontar el monto de S/. 133,608.00 (Ciento Treinta y Tres Mil Seiscientos Ocho con 00/100 Nuevos Soles) inc. IGV mediante nota de Débito N° 003-0003547 de fecha 22.09.2014 del Contrato N° 111870.

[Handwritten signature]

3.2.127.Que, el numeral 10.10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERÚ establece que podrán aplicarse penalidades distintas a la penalidad por retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones, como es el caso de penalidad por "Falta de Armamento" prevista en las Bases Integradas del Proceso por competencias Mayor Nº CMA-001-2013-OLE/PETROPERÚ-SEGUNDA CONVOCATORIA:

"10.10 En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, PETROPERÚ aplicará al contratista una penalidad por mora por cada día de atraso, hasta por un momento máximo equivalente al 10% del monto contractual, incluyendo los adicionales y/o reducciones, o de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final, o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento.

(...)

PETROPERÚ podrá establecer en las Bases, penalidades distintas a la referida en los párrafos precedentes, siempre y cuando sean razonables y congruentes con la prestación a cargo del contratista. Las mismas que no podrán exceder al diez por ciento (10%) del monto del contrato o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora."

3.2.128.No obstante, para efectos de la configuración de la infracción antes referida debe tenerse en cuenta si la comisión de la misma se encuentra justificada o no. Por lo que, habiéndose demostrado en el punto anterior que no corresponde la aplicación de penalidad a la empresa demandante por "Falta de Armamento", de acuerdo con lo

previsto en el ítem Nº 10 de las Bases Integradas, toda vez que se verifica un supuesto eximente de responsabilidad; se concluye que se habría producido un descuento indebido.

3.2.129. Es la tesis del demandante, en este extremo de su demanda, de que se debe ordenar a PETROPERÚ la devolución de todo monto deducido del pago de las facturaciones al demandante por concepto de penalidad por supuesta comisión de la infracción "Falta de Armamento", en la medida que el demandante no es responsable por el incumplimiento tardío y parcial ocurrido como consecuencia de una causa no imputable a aquél, calificada como fuerza mayor.

3.2.130. En tal sentido, el demandante solicita que se declare fundada la presente pretensión, debiendo ordenar a PETROPERÚ el pago de S/. 133,608.00 (Ciento Treinta y Tres Mil Seiscientos Ocho con 00/100 Nuevos Soles) inc. IGV a favor de SECURITAS S.A.C.

M

Posición de la Entidad:

3.2.131. Al haberse acreditado la procedencia de la penalidad impuesta mediante Carta ADM4-SG-092-2014 del 26.09.2014, deviene en infundada la presente pretensión, toda vez que la comisión de la misma no se encuentra justificada por cuanto la demandante no se encuentra imposibilitada de obtener las Licencias de Posesión y Uso de Arma, y el carné de identidad para personal de servicios de seguridad privada vigente ante la SUCAMEC, pues si bien ha cambiado la normatividad y los procedimientos para su obtención, éstos sí pueden ser cumplidos por la demandante, y no constituyen caso fortuito o fuerza mayor.

Posición del Tribunal Arbitral:

3.2.132. Es la posición de este Tribunal Arbitral que, resolviendo

coherentemente con lo expuesto en el Primer Punto Controvertido, de acuerdo con los argumentos esgrimidos previamente, se declare FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Demanda y se ordene a PETROPERÚ la devolución del monto total de las penalidades deducidas indebidamente; y, en consecuencia, se ordene el pago de S/. 133,608.00 (Ciento treinta y tres mil seiscientos ocho y 00/100 Soles), incluido IGV, a favor de SECURITAS.

RESPECTO AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no “que se ordene a PETROPERU asuma todos los costos derivados de la fuerza mayor; en consecuencia (...) se ordene el pago de S/ 273,603.52 (...) a fin de mantener el equilibrio económico financiero del Contrato”.

Posición del Contratista:

3.2.133. Conforme el demandante ha sostenido con anterioridad, producto del cambio de la normativa de SUCAMEC y de su proceso de reorganización, se generó como consecuencia que la empresa demandante no pudiera cumplir con las nuevas exigencias impuestas por dicha entidad pública para obtener las licencias de posesión y uso de armas de fuego.

3.2.134. En tal sentido, corresponde sostener que materialmente se le imposibilita obtener las mismas por los siguientes fundamentos:

- En las localidades alejadas donde se contrató personal nativo para la prestación del servicio no existen instituciones autorizadas por la SUCAMEC para la emisión de los certificados y constancias necesarias, para iniciar los trámites de emisión de licencias de posesión y uso de armas. Por lo cual, se verifica que

era imposible cumplir con los requisitos necesarios para la obtención de licencias de armas. Es así que, para cumplir con la gestión de emisión de los certificados de antecedentes policías, judicial y penales se requiere otorgarle a cada agente, entre 08 a 15 días de permiso.

- Para cumplir con dichas exigencias, el personal tendría que desplazarse desde las Estaciones 6,7,8,9 que se encuentran en la zona de Bagua, Uctubamba y Jaén a las zonas de Chiclayo, por vía terrestre. Sin embargo, el costo de movilización, hospedaje y estadía no ha sido comprendido en el valor referencial, ni en el contrato, por lo que no resulta legal y razonable que la empresa SECURITAS lo asuma bajo su responsabilidad.
- El personal de vigilancia destacado al Terminal Bayovar solo puede desplazarse por vía terrestre a Chiclayo.
- Para realizar las acciones antes descritas, se hace necesario contar con un promedio adicional de 26 agentes de seguridad para reemplazar al personal que saldrá de las Estaciones a realizar los trámites. Sin embargo, no se puede realizar dicha contratación, debido a la complejidad del destacamento. Además, debe considerarse que la empresa contrató cierto número determinado de personal de reemplazo, en función a los requerimientos de la Entidad, no siendo exigible la contratación de mayor personal, pues dicha exigencia distorsionaría la estructura de costos del proceso de selección.
- SUCAMEC no está dispuesto a dar facilidades en cuenta a practicarse exámenes de manejo y uso de armas de fuego y exámenes de salud mental fuera de la jurisdicción de Chiclayo o Piura, teniendo en cuenta la importancia de ambos exámenes para obtener las licencias.
- Como último argumento, resaltamos que el 70.9% de los vigilantes son nativos de las zonas de Bagua, Jaén y Uctubamba. En tal sentido, todos ellos se rehusan a gestionar dichas autorizaciones en Chiclayo o Lima por motivos de distancia,

tiempo y dinero, según declaración expresa de su representante.

3.2.135. Frente a los problemas descritos, corresponde sostener que la empresa demandante no se encontraba en la capacidad de haber previsto dicha situación al momento de formular su propuesta económica en Proceso por Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLEO-PETROPERÚ, con lo cual se desprende que era imposible cumplir las nuevas exigencias requeridas por la SUCAMEC. No sólo por el tiempo y distancia que constituyen obstáculos importantes, sino además porque fundamentalmente los costos adicionales de movilización, hospedaje y viáticos que se deriven no se encuentran incluidos en el valor referencial calculado y trasladado al Contrato por PETROPERÚ.

3.2.136. Por lo tanto, el Estudio de posibilidades de mercado se realizó con anterioridad a la emisión de las normas que ocasionaron las contingencias descritas, en consecuencia, se puede observar una DISTORSIÓN DEL MONTO DEL CONTRATO DERIVADO DEL PROCESO POR COMPETENCIA MAYOR N° CMA-007-2013-OLEO-PETROPERÚ, toda vez que el mismo no comprendía los costos adicionales derivados de los nuevos cambios normativos producidos como consecuencia de reorganización de la SUCAMEC.

3.2.137. Es decir, ni la Entidad ni el Contratista consideraron como parte de la Estructura de Costos, los gastos de movilización, hospedaje y viáticos que implicarían el traslado de los pobladores residentes en las zonas alejadas para la gestión de los requisitos necesarios para obtención de los carnés SUCAMEC y licencias de posesión y uso de armas.

3.2.138. Es así, que, para continuar con la correcta ejecución de las prestaciones y el cumplimiento de las obligaciones, se debe ordenar a PETROPERU que reconozca y pague a favor de SECURITAS el monto de S/. 273,603.52 (Doscientos Setenta y Tres Mil Seiscientos Tres con Cincuenta y Dos con 00/100 Nuevos Soles) para poder cumplir con la

obtención de las licencias de uso y posición de armas, así como los carnés.

3.2.139. Aplicación del principio de equidad o del mantenimiento del Equilibrio Económico financiero del Contrato.

3.2.140. Entre los principios que regulan las contrataciones de PETROPERÚ (Reglamento de Contrataciones de PETROLEOS DEL PERÚ S.A.) se encuentra el de Equidad:

"3. PRINCIPIOS

Las modalidades de contratación se rigen por los principios siguientes:

(...) Equidad

Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden a PETROPERÚ."

3.2.141. El citado principio es recogido en el mismo sentido por el artículo 4º, literal I), de la Ley de Contrataciones de Estado:

"Principio de Equidad: Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general".

3.2.142. Pues bien, además de la literalidad de los artículos citados, se concluye que las partes deben guardar o mantener la equivalencia o proporcionalidad del contrato, cuando estese distorsione.

3.2.143. El mantenimiento de esa equivalencia debe ejecutarse a la luz de la Constitución y de la doctrina del derecho de las contrataciones públicas, la misma que reconoce y desarrolla el principio de Equidad como el Principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero

del contrato.

3.2.144. En efecto, el principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato por el cual ante una distorsión económica importante del contrato ajena a las partes y por el cual el contratante público debe restablecer el equilibrio reconociendo y pagando al contratista la distorsión, es aplicable aún en ausencia de disposición legal expresa. En dicho sentido han opinado autores clásicos como Villegas Basavilbaso, Bielsa y Marienhof, quien cita a los dos primeros y, relativamente reciente, Dromi, Sarmiento, Uslenghi, Emili. Además, de la conjugación del interés público con el principio de buena fe y del principio de conservación de los contratos públicos, los autores citados expresan como fundamento de la aplicación del principio del equivalente económico, los principios constitucionales de igualdad ante las cargas públicas y de intangibilidad de la propiedad. Pasamos a exponer los principios bajo los cuales se fundamenta el principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato o Principio de Equidad.

3.2.145. Bidart Campos, al examinar el principio de igualdad- principio reconocido obviamente por nuestra Constitución -, determina que la norma constitucional que la recoge implica la prohibición de tratar a los hombres de modo desigual, mas este sentido de igualdad es insuficiente por lo que debe hablarse de forma integral a través de la igualdad jurídica, la cual incluye a la igualdad ante el Estado, ante la ley, ante la Administración, ante la jurisdicción y ante entes particulares en la medida de lo posible y de lo justo, siendo por ello entonces que la igualdad ante la ley permite hablar de igualdad ante la Administración.

3.2.146. Hermann Petzold, concluye de forma similar sosteniendo que el principio de igualdad está contenido en las normas fundamentales siendo universal, pero mediando reglas jurídicas como la garantía de igualdad ante la ley y entre otro, el principio de la igualdad ante las

cargas públicas.

3.2.147. Entre nosotros, el constitucionalista peruano García Toma, afirma en relación al principio de igualdad ante la ley, que este se encuentra dirigida contra la discriminación, la cual implica un trato desigual a personas sujetas a condiciones iguales, ello mediante el otorgamiento de favores o por privilegiar la imposición de cargas, estando entre ellas la equiparidad ante las cargas pública.

3.2.148. Por su parte el TC considera que la igualdad es un principio de derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones y que además el derecho a la igualdad supone tratar igual a los que son iguales y desigual a los que son desiguales.

3.2.149. Los administrativistas, Ariño Ortiz, Monedero Gil, Dromi, Granillo Ocampo, así como Escobar Gil, indican que el principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato es una derivación del principio de igualdad ante la ley o ante las cargas públicas, explicándose como la distribución equitativa a través de sistema tributario, del costo de la satisfacción de un bien o de un servicio sin que la contraprestación o precio se modifique asumiendo el particular el riesgo, se beneficia entonces de manera indebida a la comunidad más allá de lo inicialmente previsto, no existiendo ya una igualdad ante una carga siendo de interés público debe distribuirse equitativamente ante todos los contribuyentes, incluido al contratista.

3.2.150. Cassagne señala que debe respetarse el derecho a la propiedad del contratista ante un hecho fortuito que afecta el contrato, en tanto que de no restablecerse el mismo se estaría generando un menoscabo patrimonial impuesto en beneficio del interés público.

3.2.151. El principio de enriquecimiento sin causa, de aplicación común en los laudos de contratación pública, es fundamento también del principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, pues de no restablecerse el equilibrio contractual, el Estado estaría enriqueciéndose a costas del contratista.

3.2.152. Como es de verse, el principio de igualdad ante las cargas públicas, el derecho a la propiedad y el principio de prohibición del enriquecimiento sin causa, sostienen la aplicación del principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato en sede arbitral, específicamente el primero como derivación del principio de igualdad ante la ley reconocido por la Constitución en el artículo 2º numeral 2 y mediando el artículo 3º de esta por el cual se reconoce que la enumeración de los derechos establecidos en ese capítulo no excluyen los demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre. Por otro lado, el artículo el artículo 70º de la Constitución, señala que el derecho de propiedad es inviolable y el Código Civil reconoce el principio de proscripción del enriquecimiento sin causa.

3.2.153. Reconocida la aplicación de dicho principio, sabe señalar que la doctrina ha establecido los elementos constitutivos del equilibrio económico financiero. Entre los mismos se encuentra: i) que el acontecimiento perturbador del equilibrio sea importante, ii) que sea sobreviniente, anormal e imprevisible, iii) que se trate de un contrato de ejecución y iv) posibilidad de cumplimiento del contrato.

3.2.154. Sobre el hecho de la ruptura del equilibrio deba ser importante, debe decirse que no es suficiente que el contratista, en este caso SECURITAS, haya sufrido un quebrando en los beneficios esperados; es preciso que el cumplimiento de la prestación resulte excesivamente oneroso o, incluso, ruinoso, que la lesión resulte desproporcionada con lo que el contratista pudo prever.

3.2.155. En lo que atañe a la imprevisibilidad, resulta necesario precisar que el riesgo debe ser desbordante, es decir que escape del denominado riesgo empresario o riesgo de la empresa que en palabras de Benavides, "Son los inherentes a la actividad previstos al momento de contratar tales como la inflación norma, las dificultades comunes del terreno a las condiciones técnicas o bien los riesgos del caso fortuito, concebidos bajo la noción civilista, como inherentes a la empresa, así los accidentes de trabajo o defectos de los equipos que le pertenecen". En otras palabras, se configurará como imprevisible todo actuar que se no haya previsto dentro de la órbita de diligencia del contratista antes de suscribir el contrato respectivo con el Estado.

3.2.156. De manera complementaria, DROMI, sostiene que uno de los hechos que motivan la aplicación del principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, es el Alea administrativa o hechos de Estado, el cual se funda en que los hechos del principio se constituyen por las decisiones sobrevinientes emitidas por el Estado en general y que inciden respecto de forma importante en la ecuación financiera del contrato, tal como es el caso de los cambios legislativos.

3.2.157. Por lo expuesto, frente a la situación de desequilibrio económico del contrato, por imperio del principio de mantenimiento de dicho equilibrio que no es otro que el principio de equidad citado por la normativa de PETROPERÚ y de la normativa de Contrataciones del Estado, le corresponde a la demandada asumir en su totalidad el compromiso de colocar a su colaborador contratista en una situación económica tal que sus expectativas vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas por causas ajenas a su propia voluntad. Consistiendo la única forma de mantener la ecuación económica financiera en que PETROPERÚ asuma los costos necesarios para que su cocontratante obtenga el monto de las inversiones o gastos realizados dentro del curso extraordinario de la ejecución del contrato, como son los gastos de movilidad, capacitación, entre otros, que como ya se ha demostrado en el punto anterior, tienen como fuente hechos exógenos a las partes.

3.2.158. En conclusión, de conformidad con lo señalado por el contratista en los párrafos precedentes, corresponde sostener que los cambios estructurales y normativos imprevisibles de la SUCAMEC, luego de la suscripción del contrato, han generado que se incrementaran los costos para la tramitación y obtención de las licencias de uso y posesión de armas y carnés. Por lo tanto, PETROPERÚ debe reconocer y pagar el monto de S/. 125,857.60 (Ciento Veinticinco Mil Ochocientos Cincuenta y Siete con 60/100 Nuevos Soles) a favor de SECURITAS con la finalidad de obtener las licencias de uso y posesión de armas, los carnés, y así seguir cumpliendo con la ejecución ordinaria del contrato suscrito, monto que ha sido determinado en función a la estructura de costos estimada y que se adjunta como medio probatorio.


Posición de la Entidad:

3.2.159. Al respecto, el demandante pretende que la Entidad le cancele la suma de S/. 273,603.52, a efecto de mantener el "equilibrio económico financiero del Contrato", para lo cual adjunto un cuadro con los probables gastos por Licencias de Armas, sin sustento técnico - legal alguno, pues es un cuadro con importes que no se encuentran sustentados con las tarifas o montos establecidos por la SUCAMEC, que no causa convicción y certeza del costo de estos.

3.2.160. La situación real de la obtención de las Licencias de Posesión y Uso de Arma, así como del carné de identidad para personal de servicios de seguridad privada vigente ante la SUCAMEC, conforme lo señala el demandante en el numeral 91) de su escrito de demanda no obedece a un caso fortuito o fuerza mayor que impide el cumplimiento de este.

3.2.161. Pues tal como alega el demandante en el primer párrafo del numeral 91) de su escrito de demanda (Pág. 38) "para cumplir con la gestión de emisión de los certificados de antecedentes policiales, judiciales y

penales se requiere otorgarle a cada agente, entre 08 a 15 días de permiso".

3.2.162. Es decir, no estamos ante un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, por cuanto puede ser cumplido por el demandante, sólo que ello le genera un costo adicional que no está dispuesto asumir, y que la Entidad se encuentra imposibilitada de aceptar, porque ello implicaría modificar las condiciones inicialmente pactadas, que se encuentra prohibido por ley, de conformidad con el Art. 35° de la Ley de Contrataciones del Estado, Art. 143° del Reglamento de Contrataciones del Estado y Numeral 10.5 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERÚ S.A., aprobado mediante Res. N° 523-2009-OSCE/PRE.

M
3.2.163. No obstante, tampoco se le obliga a asumir un gasto o un costo que le cause un perjuicio económico, razón por la cual se encuentra debidamente facultado a resolver el contrato de resultarle excesivamente onerosa la prestación, conforme se ha fundamentado líneas arriba.

3.2.164. Los Principios de Equidad regulados por las normas de Contrataciones de PETROPERU y del Estado e invocados por el demandante, deben concordarse con el Principio de Legalidad, regulado en el Numeral 3) del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU y del Numeral 1.1 del Art. IV. de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, que establece que:

"Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas".

3.2.165. En tal sentido, si bien se habla de equidad y proporcionalidad, la Entidad no puede actuar en contra de lo dispuesto en el Art. 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D. Leg. N° 1017, Arts.

165° y 166° del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-20008-EF y Numeral 10.10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, aprobado mediante Res. N° 523-2009-OSCE/PETROPERU, los cuales establecen que la penalidad es automática, es decir, basta que opere el incumplimiento contractual para que proceda la aplicación de la penalidad.

3.2.166. Incumplimiento contractual que la demandante ha incurrido y que se encuentra expresamente señalado en la Cláusula Sexta del Contrato N° 111870 ZF, en el Literal d) del Numeral 4.6 y 5 de la Bases Técnicas del Proceso de Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria.


3.2.167. Las Bases de conformidad con el Art. 29° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D. Leg. N° 1017, recoge lo establecido en la norma de contrataciones del estado y otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección, las que se aplicarán obligatoriamente.

3.2.168. En igual sentido, el Numeral 13 del Anexo N° 01: Lineamientos Generales para la Elaboración de Bases del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., aprobado por Res. N° 523-2009-OSCEIPRE, establece que las Bases del Proceso están conformadas por las Bases Administrativas y Bases Técnicas, y se constituyen en las reglas del proceso de adquisición o contratación.

3.2.169. Asimismo, en el presente caso las Bases del Proceso de Selección Proceso de Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLEIPETROPERÚ-Segunda Convocatoria de "Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada en Instalaciones de Gerencia Oleoducto - Sectores Piura, Terminal Bayóvar y Occidente" forman parte integrante del Contrato N° 111870 ZF, de conformidad con la Cláusula Segunda del mismo, y son de obligatorio cumplimiento para las partes contratantes.



3.2.170. Además, la exigencia de las Licencias de Posesión y Uso de Arma otorgado por la SUCAMEC, así como el carné de identidad del personal de servicios de seguridad privada, conforme consta en el Numeral 5.1 de las Bases Técnicas, es un requisito técnico mínimo.

3.2.171. De conformidad con el Numeral 46 del Reglamento de Contrataciones del Estado, concordante con el Numeral 6.23 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., aprobado mediante Res. N° 523-2009-OSCEIPETROPERU, los Requerimientos Técnicos Mínimos (RTM), son los requisitos indispensables que debe reunir una propuesta técnica para ser admitida. Comprenden las características técnicas de los bienes, servicios u obras y las condiciones indispensables para la ejecución de la prestación; por consiguiente, no pueden ser cambiados en la etapa contractual como pretende la demandante.


3.2.172. Por los argumentos antes expuestos, deviene en infundada la pretensión reclamada.

Posición del Tribunal Arbitral:

3.2.173. En este extremo de la demanda se deben considerar los siguientes aspectos: (i) la temporalidad entre el Estudio de Mercado efectuado para el Proceso por Mayor Competencia N° CMA-007-2013-OLEO-PETROPERU y (ii) el supuesto desequilibrio económico financiero alegado por el Demandante.

3.2.174. De acuerdo a lo expuesto en los escritos presentados por las partes, y dadas las fechas en las cuales se llevó a cabo el procedimiento de selección y la suscripción del Contrato entre las partes, se puede concluir que efectivamente el Estudio de Mercado no contemplaba las nuevas modificaciones de la SUCAMEC.

3.2.175. La Entidad no se encontraba en la posición de prever dichos cambios,

y por lo tanto, efectuar un correcto estudio de mercado que considere los nuevos requisitos, plazos y costos de los trámites.

3.2.176. Más aún, como se ha expuesto previamente, el Contratista tampoco se encontraba en la posición para prever dichos cambios, aún cuando actuara con la máxima diligencia posible.

3.2.177. Ahora bien, en este extremo debemos considerar lo señalado en el Reglamento de Contrataciones de PETROPERÚ, documento que se rige por ciertos principios; particularmente es de interés para el presente caso el de Equidad:

“3. PRINCIPIOS

Las modalidades de contratación se rigen por los principios siguientes:

(...) Equidad

Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden a PETROPERÚ.”

3.2.178. Luego de haber concluido que la modificación de la normativa de SUCAMEC constituye un caso fortuito, no se puede ignorar que dichas modificaciones no solo afectan las penalidades interpuestas, sino también la ejecución regular del Contrato.

3.2.179. Es así, que, para continuar con la correcta ejecución de las prestaciones y el cumplimiento de las obligaciones, encontramos FUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la Demanda y, por lo tanto, se ordena a PETROPERÚ reconozca y pague a favor de SECURITAS el monto de S/. 273,603.52 (Doscientos setenta y tres mil seiscientos tres con 52/100 soles), para poder cumplir con la obtención de las licencias de uso y posesión de armas, así como los carnés, y mantener de esta manera el equilibrio económico financiero del Contrato.

RESPECTO AL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no que “se ordene a PETROPERU que pague (...) los costos necesarios derivados de la fuerza mayor que se incurran a futuro, los que calculados a la fecha ascienden a (...) S/ 74,916.92 (...) concepto que difiere del monto reconocido en la tercera pretensión, y que corresponden a fin de mantener el equilibrio económico financiero del contrato”.

Posición del Contratista:

3.2.180. El Contratista, en este extremo, sostiene que los cambios estructurales y legislativos por parte de SUCAMEC son hechos que se configuraron como fuerza mayor o hecho de Estado, y que generan como consecuencia que PETROPERÚ se obligue a reparar el equilibrio económico financiero del contrato suscrito con SECURITAS, a efectos que este último continúe con el cumplimiento de sus obligaciones, de conformidad con los argumentos señalados en los apartados anteriores.

3.2.181. En tal sentido, solicitan que PETROPERÚ reconozca los mayores costos futuros que la empresa demandante incurra en un futuro en virtud de la fuerza mayor, que serán necesarios para la prestación del servicio y que no se encuentren considerados en el monto reconocido en la tercera pretensión, los mismos que calculados a la fecha ascienden al monto aproximado de S/. 74,912.62, según estructura de costos que se anexa como medio probatorio.

Posición de la Entidad:

3.2.182. El demandante pretende que se le cancele la suma de S/. 74,916.62 a efectos de mantener el equilibrio económico, sin sustento técnico legal

alguno que respalte el supuesto monto que pretende que la Entidad le reconozca.

3.2.183. El gasto tiene que ser real y efectivo, la Entidad no puede reconocer supuestos "gastos a futuro" que no se encuentran determinados si efectivamente se van o no a efectuar.

3.2.184. Además, conforme se establece en el Art. 1220° del Código Civil Vigente, aplicable supletoriamente a las contrataciones del Estado, el pago se efectúa sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación; por consiguiente, la Entidad no puede efectuar un pago de S/. 74,916.62 a la demandante, para supuestamente mantener el equilibrio económico del contrato, el mismo que no ha ejecutado, ni se encuentra debidamente acreditado, por lo que se debe tener por no solicitado.

M

Posición del Tribunal Arbitral:

3.2.185. De la revisión de los medios probatorios ofrecidos por el Demandante para acreditar el importe solicitado, se aprecia que estos consisten en una "Estructura de Costos Estimados" elaborada por el propio Contratista que no adjunta ningún documento que avale las cifras que indica. Los costos por traslado no especifican si ellos corresponden a transporte terrestre, aéreo o fluvial, ni tampoco hace referencia a las fuentes utilizadas para su estimación.

3.2.186. Por otra parte, los costos estimados por el Contratista parten de la premisa de que los trámites de antecedentes policiales, judiciales y penales toman de 08 a 15 días, lo cual tampoco ha sido acreditado.

3.2.187. Finalmente, ha de tenerse en consideración que estos costos estimados no eran gastos en los cuales el Contratista hubiera incurrido, sino que se trataba de posibles gastos futuros cuya producción

tampoco ha sido probada por el Demandante.

3.2.188. Por lo expuesto, la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda debe ser declarada INFUNDADA.

RESPECTO AL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no que “se ordene a PETROPERU que asuma (...) la totalidad de los costos y costas incluyendo gastos de abogados (...)"

Posición del Contratista:

3.2.189. El Demandante solicita que el Demandado asuma la totalidad de las costas y costos que se originen en virtud del presente proceso arbitral, incluyendo los gastos de abogados, al ser el responsable del inicio del presente proceso, por la aplicación indebida de la penalidad por falta de armamento.

Posición de la Entidad:

3.2.190. Sobre los costos y costas del proceso arbitral, PETROPERU cita los artículos 69º y 73º del Decreto Legislativo No. 1071, Ley que norma el Arbitraje, dejando a nuestro Tribunal la decisión de imputar dichos costos a ambas partes o a la parte vencida.

Posición del Tribunal Arbitral:

3.2.191. Sobre el presente punto controvertido debemos considerar lo establecido en los artículos 69º y 73º del Decreto Legislativo No. 1071 que señalan lo siguiente:

“Artículo 69.- 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.

(...)

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos. 1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

(...)"

M
3.2.192. En ese sentido, a criterio de este Tribunal Arbitral se ordena que cada parte asuma independientemente los costos y costas incurridos durante el presente proceso arbitral.

PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL EXP. N° S 262-2016

RESPECTO AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no "que se declare la nulidad y/o ineficacia de la penalidad aplicada por (...) PETROPERU S.A. mediante Memorando N° ADM4-SG-182-2016 de fecha 31 de agosto de 2016, por (...) 643 días calendarios de retraso en la entrega de armamento (04 armas) del Contrato N° 111871 ZF (...); por los periodos del 26.08.14 al 31.12.14 del 01.01.15 al 31.12.15 y del 01.01.16 al 31.03.16, los cuales ascienden a (...) S/. 297,036.00 (...) inc. IGV."

lhu

Posición del Contratista:

3.2.193. De acuerdo con lo señalado en el presente extremo por el demandante, PETROPERU debe ser considerado como parte de la Administración pública, y por lo tanto se ciñe a lo dispuesto por el Principio del Debido Procedimiento Administrativo. Dicho principio se encuentra recogido en el numeral 1.2 del artículo IVº de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), que establece lo siguiente:

"Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2 Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. (...)"

3.2.194. Debido a ello, era deber de PETROPERÚ garantizar el derecho de SECURITAS de exponer sus argumentos de defensa, así como realizar una correcta motivación al momento de aplicar la penalidad a la referida empresa a través del Memorando No. ADM4-SG-182-2016 de fecha 31 de agosto del 2016.

3.2.195. No obstante, se aprecia que, para la emisión de los Memorandos mencionados, no se ha observado el debido procedimiento, toda vez

que en dicha comunicación no se detalla la relación del personal de vigilancia objeto de observación, ni tampoco se ha garantizado el derecho de defensa a SECURITAS.

3.2.196. Por lo que, al no observar dichos documentos los requisitos mínimos del debido procedimiento que exige la ley, se desprende que la aplicación de la penalidad adolece de un vicio o defecto formal que acarrea su nulidad.

3.2.197. Conforme se pudo apreciar, PETROPERU no realizó un análisis coherente y motivado que permita acreditar fehacientemente que la aplicación de la penalidad se realizó conforme al ordenamiento jurídico y el contrato.

3.2.198. Por estas consideraciones, no habiendo PETROPERU actuado conforme al ordenamiento jurídico, resulta pertinente sostener que la decisión en cuestión adolece de un vicio o defecto insubsanable, toda vez que la Entidad ha transgredido el Principio de debido procedimiento administrativo.

3.2.199. En virtud de lo dispuesto con anterioridad, cabe señalar igualmente que no corresponde la aplicación de penalidad alguna a SECURITAS S.A.C., toda vez que se configura un supuesto de fuerza mayor, que exime de toda responsabilidad a esta empresa por el incumplimiento parcial y/o tardío en el contrato.

3.2.200. Que, conforme se aprecia de las estipulaciones antes citadas, se estableció que los puestos de vigilancia con agentes armados debían emplear un revolver de doble acción calibre 38 SPECIAL, siendo que para la prestación del servicio dicho personal debía contar con la correspondiente licencia de posesión y uso de armas, otorgada por la SUCAMEC. Cabe señalar que dicha licencia es necesaria para la posesión y el uso de las armas, pues de lo contrario el personal de vigilancia y la empresa incurrirían en una infracción administrativa.

3.2.201. En esa línea, las Bases Integradas del Proceso por Competencias Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-SEGUNDA CONVOCATORIA establecieron como penalidades por incumplimiento del contrato, distintas a la penalidad por mora en la ejecución del servicio, la infracción por "Falta de Armamento" equivalente al 10% de la UIT.

3.2.202. Sobre el particular, se debe manifestar que los cambios de la normativa aplicable para los trámites ante la SUCAMEC constituyen un hecho ajeno a la voluntad de la empresa demandante, respecto al cual no tenía control o dominio, ni menos aún capacidad de previsión respecto a la magnitud de dichos cambios.

3.2.203. Estos hechos no atribuibles al Contratista han determinado que el Personal de Seguridad no use el arma que les corresponde por no contar con la licencia para su uso, pese a que se ha gestionado oportunamente los trámites necesarios para dicho efecto ante la SUCAMEC; realizando los mayores esfuerzos para cumplir con la obtención de las licencias correspondientes.

3.2.204. Cabe resaltar, como otro hecho no atribuible a SECURITAS es que el envío de la documentación para la obtención de los trámites para la licencia de uso de armas de fuego se realizaba a través de SERPOST, y como es de público conocimiento, dicha empresa estuvo de huelga indefinida, obstruyendo de esa manera la posibilidad en su momento de que SUCAMEC Lima emitiera, en el plazo conforme a Ley, las licencias de uso y posesión de armas solicitadas.

3.2.205. Debe señalarse que los cambios descritos constituyen decisiones de la autoridad que al igual que las huelgas, son calificados por la doctrina civil como Casos de Fuerza Mayor. Sobre este último particular, la cláusula vigésima segunda del contrato ha establecido de conformidad con el artículo 1315º del Código Civil que:

"Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible y extraordinario, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío y defectuoso (...)".
Por lo cual, se advierte que las partes han adoptado la definición establecida en el Código Civil para definir el Caso Fortuito o Fuerza Mayor, consignándose que la consecuencia del surgimiento de la causa no imputable al obligado es la exención de responsabilidad a su parte por el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso."

3.2.206. En este caso en concreto, se debe señalar que los cambios en las disposiciones para los trámites ante SUCAMEC constituye un supuesto de Fuerza Mayor o denominado también "Hechos del Príncipe", toda vez que se cumplen con los tres presupuestos requeridos en el artículo 1315º del Código Civil, por su configuración:

- M*
- a) Hecho Extraordinario: Los cambios en legislación son de carácter extraordinario, toda vez que no es un hecho que ocurre constantemente Así, debe señalarse que desde la creación de DISCAMEC (Hoy SUCAMEC), no se han producido cambios organizacionales como el acontecido. Asimismo, debe señalarse que SECURITAS lleva más de 14 años celebrando contratos con el Estado y 10 años concretamente con PETROPERÚ, y a lo largo de su experiencia no ha tenido inconvenientes similares para la obtención de licencias de posesión y uso de armas de su personal, lo que demuestra que dichos divergencias han surgido únicamente en virtud de los cambios organizacionales de SUCAMEC, pues de lo contrario de no haberse producido dichos cambios, esta empresa hubiera cumplido con contar con los carnés y licencias para la prestación del servicio, en la oportunidad correspondiente.
 - b) Hecho imprevisible: Asimismo, debe indicarse que los cambios

a

M

en las disposiciones de SUCAMEC son de carácter imprevisible, toda vez que si bien es cierto que SECURITAS conocía que el Estado venia adoptando medidas de reorganización, de acuerdo al Decreto Legislativo correspondiente, no tenía modo de conocer la magnitud de dichos cambios, las nuevas exigencias para los trámites de obtención de Licencias para portar Armas para el Personal de Seguridad, y menos aun cuándo se producirían los mismos. Sobre ese particular, refuerza el carácter imprevisible de lo acontecido el hecho de que el Comité Especial haya ampliado el plazo para la obtención de licencias de armas a 90 días, lo que finalmente resultó insuficiente por los cambios estructurales y de procedimientos dentro de la institución. De igual forma, cabe señalar que pese a que SUCAMEC modificó los requisitos para los trámites ante dicha institución, no se estableció un plazo perentorio para la atención de los mismos, estando pendiente la aprobación de TUPA que regula dichos procedimientos ante SUCAMEC, el cual debía contener formalmente los requisitos y el plazo máximo de resolución por parte de la autoridad competente, conforme lo dispuesto por la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 005-20 14-IN.

c) Hecho irresistible: Por último, se debe manifestar que estos hechos tienen carácter de irresistibles, por cuanto SECURITAS no puede cambiar la normativa ni hacer nada por su implementación.

3.2.207. Conforme se señaló con anterioridad, no corresponde la aplicación de la penalidad comunicada mediante Memorando No. ADM4-SG-182-2016 por la supuesta comisión de la infracción "ARMAS FALTANTES", toda vez que se verifica una causa de justificación eximente de responsabilidad, que está determinada por un hecho calificado como fuerza mayor, y además, porque la empresa demandante ha actuado con diligencia ordinaria, lo que determina la liberación de responsabilidad del Contratista por el incumplimiento parcial o tardío, de conformidad con la cláusula vigésima del contrato. Es decir, dicho acto administrativo no guarda relación entre los hechos suscitados en

[Firma]

la realidad, con las consecuencias establecidas en el ordenamiento jurídico.

3.2.208. Por las razones expuestas, se puede sostener que PETROPERÚ vulneró los numerales 6.1 y 6.3 del artículo de la Ley de Procedimiento Administrativo General, debido a que por el Memorando No. ADM4-SG-182-2016 aplicó la penalidad y no observó que la no obtención a tiempo de las licencias de uso y posesión de armas, y de los carnés fueron por motivos de fuerza mayor. Por lo tanto, al no haber actuado conforme a derecho, dicho memorando debe ser declarado nulo, al vulnerar la motivación como requisito de validez del acto administrativo.

3.2.209. Por lo tanto, al haberse dado dicha decisión en el marco de la ejecución de un contrato estatal, debe estar acorde con los requisitos de validez del acto administrativo establecidos en la misma LPAG.

3.2.210. Sin embargo, como se puede apreciar a lo largo de la demanda, la penalidad contra SECURITAS se aplicó sin haber observado que se estaba frente a una causal eximiente de responsabilidad, que es la de fuerza mayor, conforme el artículo 1315º del Código Civil y la Cláusula vigésima segunda del Contrato, y sin expresar una debida motivación.

3.2.211. Por lo expuesto, el Demandante señala que, el Memorando No. ADM4-SG-182-2016 contraviene una serie de requisitos esenciales de validez que deben ser tomados en cuenta para declarar la nulidad del mismo.

3.2.212. Lo anterior se desprende del numeral 5.3 del artículo 5º de la LPAG, el cual señala que los actos administrativos no pueden, por prohibición expresa de la Ley, contravenir disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes ni normas administrativas.

3.2.213. Por ello, se condiciona la validez del acto administrativo al cumplimiento del ordenamiento jurídico, de lo contrario, correspondería declarar la nulidad del mismo.

3.2.214. Por otro lado, el demandante señala que el demandado no cumplió con responder de manera motivada y coherente los factores por los cuales aplicó la penalidad contenida en el Memorando No. ADM4-SG-182-2016.

3.2.215. Señala también que, la motivación de los actos administrativos consiste en aquella exigencia de hacer públicas, es decir, plasmar en el acto respectivo, las razones de hecho y de derecho que fundamentan la actuación de la Administración Pública, de modo tal que se advierta la reconducción de la decisión emitida a una regla de derecho que autoriza la decisión o de cuya aplicación surge.

3.2.216. Debido a lo expuesto en párrafos anteriores, es la tesis del demandante que el Memorando No. ADM4-SG-182-2016 no ha cumplido con sujetarse al ordenamiento aplicable, toda vez que su contenido, de acuerdo a lo contemplado por el numeral 1 del artículo 10° de la LPAG, constituye vicios del acto administrativo y son considerados como supuestos o causales de nulidad del mismo de pleno derecho:

"Artículo 10°.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo que causan su nulidad de, pleno derecho los siguientes:

La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.

(...)"

3.2.217. Por lo tanto, el demandante solicita al Tribunal Arbitral declare FUNDADA su Primera Pretensión, debiendo declarar la Nulidad y/o dejar sin efecto las penalidades aplicadas, debido a que dicho acto

administrativo es manifiestamente nulo, conforme a lo dispuesto por la LPAG.

Posición de la Entidad:

3.2.218. El demandando señala que, de conformidad con los artículos 165° y 166° del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF, el Numeral 10.10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERÚ S.A., del Numeral 15 de las Bases Administrativas, Numeral 10 de las Bases Técnicas y Cláusula Décima Sexta del Contrato N° 111870 ZF del "Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada en Instalaciones de Gerencia Oleoducto – Sectores Piura, Terminal Bayóvar y Occidente", derivado del Proceso por Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria, la penalidad se aplica en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. La Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse, siendo que en todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente.

3.2.219. Es decir, sólo es necesario que opere el incumplimiento contractual para que se proceda aplicar la penalidad; hecho que ha ocurrido en el caso de autos, pues ante el incumplimiento de la demandante de la Cláusula Sexta del Contrato 111870 ZF (No ha gestionado la Licencia de Posesión y Uso de Arma y el Carné de Identidad para personal de servicio de seguridad privada necesarios para ejecutar el servicio antes del inicio del mismo), literal d) del Numeral 4.6 y Numeral 5 de la Bases Técnicas del Proceso que forman parte integrante del contrato de conformidad con la Cláusula Segunda del mismo, y que establecen como obligación contractual que el contratista debía tramitar y disponer de la correspondiente Licencia Empresarial de Posesión de Uso de Arma otorgados por la DICSCAMEC o SUCAMEC, antes de la

suscripción del Contrato del personal que prestara el servicio, no pudiendo instalar el armamento en los puestos requeridos, disponiéndose un plazo de 07 días luego de iniciado el servicio para realizar los trámites requeridos y así obtener la licencia de portar armas.

3.2.220. Por consiguiente, ha quedado acreditado que la Entidad no ha vulnerado Principio alguno del debido proceso ni de motivación, por cuanto la penalidad se encuentra sustentada en la Ley, el Contrato y en las Bases, las mismas que constituyen las reglas definitivas del proceso de contratación.

3.2.221. Pues conforme se desprende del Numeral 10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., concordante con el Art. 165° del Reglamento de Contrataciones del Estado, la penalidad por mora es el mecanismo coercitivo para disuadir el retraso o demora y asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por los contratistas, dentro de los plazos establecidos en el contrato.

3.2.222. Es más, conforme al literal b) del Numeral 10.11 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., concordante con el Art. 44° de la Ley de Contrataciones del Estado e inc. 2) del Art. 168° del Reglamento de Contrataciones del Estado, la acumulación del monto máximo de penalidad es causal de Resolución del Contrato.

3.2.223. Así, SECURITAS pretende que la condiciones contractuales sean inexigibles alegando en que estamos ante un caso fortuito y fuerza mayor, a efectos de eximirse de toda responsabilidad por el incumplimiento de las condiciones contractuales pactadas por ambas partes; no obstante, conforme se desprende de la Cláusula Sexta - Obligaciones del Contratista del Contrato N° 111870 ZF "Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada para las instalaciones ubicadas en Gerencia Oleoducto - Sectores Piura, Terminal Bayóvar y Occidente", la demandante se encuentra obligada a ejecutar el servicio conforme a

lo establecido en las Bases, cumpliendo con las obligaciones establecidas en las mismas, siendo responsable de gestionar y contar con todas las licencias, autorizaciones, permisos, seguros, pólizas y cualquier otro documento necesario para ejecutar el Servicio, antes del inicio del mismo y mantenerlos vigentes durante el plazo de ejecución.

3.2.224. En virtud de la aplicación de la Cláusula Décimo Sexta del citado Contrato, el retraso en la entrega de Carnés y Licencias de Posesión y Uso de Arma otorgado por SUCAMEC, genera penalidad, en concordancia con el Numeral 10.10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., toda vez que era condición contractual para el inicio del servicio, condición que la demandante hasta la fecha viene incumpliendo.

3.2.225. Conforme consta en el Numeral 4.6 de las Bases Técnicas del Proceso por Competencia Mayor N° CMA-001--2013-OLE/Petroperú – Segunda Convocatoria, se estableció como obligación que:

"El Contratista debe tramitar y disponer de la correspondiente Licencia Empresarial de Posesión y Uso de Arma otorgados por la DICSCAMEC o SUCAMEC, antes de la suscripción del Contrato del personal que prestará el servicio, el costo será cubierto por el CONTRATISTA, el cual deberá ser incluido en su respectivo presupuesto. En caso contrario, EL CONTRATISTA, no podrá instalar el armamento en los puestos requeridos, por lo que dispondrá de un plazo de 07 días luego de iniciado el servicio para realizar los trámites requerido y así obtener la licencia de portar armas..."

3.2.226. En este sentido, al haberse vencido en exceso el plazo de 07 días señalados en las Bases, las mismas que son parte integrante del Contrato y de cumplimiento obligatorio, corresponde aplicar la penalidad ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas.

3.2.227. Del mismo modo, el Numeral 5 de las Bases Técnicas establecen como obligación del contratista, que el personal de los puestos armados deben tener obligatoriamente la Licencia de Posesión y Uso de Arma y el carné de identidad para personal de servicio de seguridad privada vigente, otorgado por SUCAMEC.

3.2.228. En este extremo, el demandando hace referencia al arbitraje con Expediente No. S-009-2015/SNA en cuanto en dicho proceso se indicó que los incumplimientos en el presente caso no resultan causales de caso fortuito o fuerza mayor, al haber sido un hecho totalmente previsible que se encuentra en las posibilidades de cumplir, conforme se evidencia de su Carta No. P1.OHR.080.14 del 18.08.2014, por lo que SECURITAS debió tener la diligencia debida para el trámite correspondiente; más aún en su Informe No. 008-2014-OHR del 04.05.2014, refiere que "resulta inviable asumir el costo de traslado, alimentación, hospedaje y estadía del personal, desde las Estaciones en que se encuentran para cumplir con los requisitos que exige SUCAMEC" lo que evidencia que es posible realizarlos, pero que la demandante no está dispuesta a asumir los costos que este genere.

M

3.2.229. Por otra parte, el cambio en el ordenamiento y la legislación del SUCAMEC para el otorgamiento de Licencia de Posesión y Uso de Arma y el Carné de Identidad para personal de servicio de seguridad privada no resulta causal para su incumplimiento ni mucho menos para calificar el hecho como caso fortuito o fuerza mayor, porque es derivado del cumplimiento de la ley.

3.2.230. Por consiguiente, no nos encontramos ante un caso fortuito o fuerza mayor, sino ante un incumplimiento contractual que debe ser penalizado conforme a ley, el contrato y las Bases.

3.2.231. No obstante, debe tenerse en cuenta que el Contrato N° 111870 ZF fue suscrito el 14.06.2013; sin embargo, el trámite se inicia el 10.12.2013,

es decir, seis (06) meses después de suscrito el Contrato, no evidenciándose la diligencia debida a la que se encontraba obligada la demandante.

3.2.232. Ha quedado acreditado que la demandante no se encuentra imposibilitada de obtener las Licencias de Posesión y Uso de Arma y los Carnés de Identidad para personal de servicio de seguridad privada, sino que resulta más oneroso, costo que no está dispuesta a asumir.

3.2.233. Al respecto, es necesario traer a colación la Opinión N° 126-2009/DTN del 30.11.2009 emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, en la que concluye que, una vez suscrito el contrato, este puede incorporar modificaciones que no impliquen variación alguna en los precios.

3.2.234. Asimismo, concluye que, si durante la ejecución del contrato, la variación de las condiciones económicas en las que se formula una oferta alteran el equilibrio contractual y generan que la prestación asumida por el contratista devenga en excesivamente onerosa, cabe la resolución del contrato.

3.2.235. Es decir, si en el caso de autos el demandante alega que cumplir con la condición contractual de obtener las Licencias de Posesión y Uso de Arma y los Carnés de Identidad para personal de servicio de seguridad privada, le resulta excesivamente oneroso, por cuanto tiene que asumir costos de alimentación, hospedaje y viáticos no contemplados en el monto contractual pactado, puede solicitar la resolución del contrato.

3.2.236. Es oportuno hacer referencia a lo que la Dirección Técnica Normativa del OSCE considera como caso fortuito o fuerza mayor; tal es así que, mediante la Opinión N° 080-2008/DOP del 29.10.2008, señala que:

"Al respecto, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre,

refiriéndose al caso fortuito o fuerza mayor, mencionan: "El incumplimiento de la obligación puede tener origen en causas independientes de la voluntad del deudor, extraordinarias, imprevisibles e irresistibles, dando lugar a lo que en Derecho se llama caso fortuito o fuerza mayor. En otras palabras, el incumplimiento le es impuesto al deudor por un hecho ajeno a él, por lo que ya no es el autor moral de dicha inejecución; se configura de esta forma un supuesto de inimputabilidad, merced a la cual el deudor no será responsable por tal incumplimiento ni por sus consecuencias".

3.2.237. Nuestro Código Civil de 1984, a fin de esclarecer los conceptos para una mejor interpretación de lo que debemos entender por caso fortuito o fuerza mayor, definió ambas instituciones en su artículo 1315º: "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

3.2.238. Ahora bien, desde el punto de vista doctrinario, corresponde hablar de caso fortuito como derivado de un hecho natural (acto de Dios), de modo tal que a nadie puede imputarse su origen, mientras que la fuerza mayor ha sido vinculada a una intervención irresistible de la autoridad (acto del principio) o de terceros. Son ejemplos típicos de caso fortuito y de fuerza mayor, respectivamente, un terremoto -o cualquier desastre producido por fuerzas naturales- y una expropiación (mediante la dación de una Ley por parte del Poder Legislativo).

3.2.239. Hablamos de un hecho extraordinario cuando, tal como la misma palabra lo indica, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera de lo común y de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. En el presente caso no estamos ante un hecho extraordinario, por cuanto la obtención de las Licencias de Posesión y Uso de Arma y los Carnés de Identidad para personal de servicio de seguridad privada ante la

SUCAMEC resulta plenamente viable.

3.2.240. Asimismo -y directamente vinculado a lo extraordinario-, decimos que un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible. Por cuanto en el caso de autos, el cambio del ordenamiento y la legislación del SUCAMEC para el otorgamiento de las Licencias de Posesión y Uso de Arma y los Carnés de Identidad para personal de servicio de seguridad privada no resulta causal para su incumplimiento, ni mucho menos para calificar el hecho como caso fortuito o fuerza mayor, porque es derivado del cumplimiento de la ley.

3.2.241. Finalmente, el que un evento sea irresistible significa que la persona es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento. Requisito que tampoco se cumple, toda vez que la demandante debió tener la diligencia debida para el trámite correspondiente ante SUCAMEC, aunque este le generaba asumir los costos mayores.

3.2.242. Ahora, adicionalmente a estos tres requisitos, cabe precisar que el acontecimiento no debe derivar de la actividad voluntaria del deudor, puesto que, si esto fuera así, ingresaríamos al terreno de la responsabilidad. La parte que incumple no puede desligarse de la responsabilidad que le corresponde por las derivaciones de algo que le atañe o concierne: “(...) *el acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor debe originarse en una causa extraña a su libre voluntad. Se trata, pues, de un hecho que no proviene directamente de su persona, ni tampoco de un acto que él no realice en uso de su libertad, discernimiento, conciencia, voluntad o intención*”.

3.2.243. En el presente caso, SECURITAS pretende incumplir las condiciones contractuales inicialmente pactadas, y que eran requisitos técnicos mínimos para el inicio del servicio, como es la de la obtención de las

Licencias de Posesión y Uso de Arma y los Carnés de Identidad para personal de servicio de seguridad privada, es una obligación contractual que el demandante viene incumpliendo.

3.2.244. Ahora bien, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor generan efectos jurídicos similares: producen la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación de alguna o de ambas partes y, en consecuencia, la inimputabilidad, entendida como exención de responsabilidad a la parte que se encuentra en la imposibilidad de cumplir. Por consiguiente, en el caso de autos al haberse acreditado que la demandante sí puede cumplir con la condición contractual para la ejecución del servicio, no nos encontrarnos ante un caso fortuito o fuerza mayor.

3.2.245. Lo que la demandante pretende es modificar las condiciones contractuales inicialmente pactadas, las mismas que constituyen las reglas definitivas del proceso; tal es así que, mediante Carta N° P1.0HR.182.14 del 14.10.2014 propone la suscripción de una adenda al Contrato.

3.2.246. No obstante, la demandante no comprende que estamos ante un contrato del Estado en el que de conformidad con el Art. 35º de la Ley de Contrataciones del Estado, Art. 143º del Reglamento de Contrataciones del Estado, el Numeral 10.5 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERÚ S.A., aprobado mediante Res. N° 523-2009-OSCE/PRE, el contrato podrá incorporar modificaciones, siempre que sea necesario para alcanzar la finalidad del contrato y que no impliquen variación en las características técnicas, precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas por el proveedor.

3.2.247. Conforme se desprende del Numeral 5.1. Personal del Rubro 5. Obligaciones del Contratista, constituye requisito técnico mínimo de las Bases Técnicas del Proceso por Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria "Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada en instalaciones de Gerencia Oleoducto

- Sectores Piura, Terminal Bayóvar y Occidente", las mismas que forman parte integrante del Contrato N° 111870 ZF, que el personal de vigilancia cuente con la Licencia de Posesión y Uso de Arma otorgado por la DICSCAMEC (sólo puestos armados) y con el carné de identidad para personal de servicios de seguridad privada vigente otorgado por la DICSCAMEC o SUCAMEC.

3.2.248. Por consiguiente, no es posible la suscripción de la adenda porque ello implicaría modificar las condiciones técnicas esenciales establecidas en las Bases, las mismas que son de cumplimiento obligatorio para las partes contractuales, en concordancia con la Cláusula Segunda del Contrato y del Numeral 13 del Anexo 1: Lineamientos Generales para la Elaboración de Bases del Reglamento de PETROPERU, la modificación planteada por el contratista vulneraría el principio de Trato Justo e Igualitario, Transparencia, Imparcialidad, Eficiencia y el Principio de Libre Competencia que rige en material de Contrataciones del Estado.

3.2.249. Asimismo, las modificaciones solicitadas, tampoco se encuadran dentro de las excepciones establecidas el Numeral 10.5 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., aprobado mediante Res. N° 523-2009-OSCEIPRE, por no superar las características técnicas y condiciones establecidas en los requerimientos técnicos mínimos señalados en las Bases.

3.2.250. En este sentido, se ha pronunciado el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, en reiteradas Opiniones señalando que: "La Entidad podrá modificar el contrato, previa evaluación, cuando el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios y siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan su necesidad y no varíen las condiciones que motivaron la selección del contratista. Lo contrario, determinaría la vulneración de los principios de Transparencia, imparcialidad, Eficiencia y Trato Justo e igualitario".

3.2.251. Asimismo, la Carta ADM4-SG-182-2016, por la cual se le notifica la penalidad a la demandante, de conformidad con el Numeral 10.10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, concordante con el Art. 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D. Leg. N° 1017 y Arts. 165° y 166° del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-20008-EF, la penalidad es automática, no requiere ser motivada para su aplicación, basta que opere el incumplimiento contractual para que proceda la aplicación de la penalidad.

3.2.252. En tal sentido, la Entidad ha obrado conforme a la normatividad legal vigente, ante el incumplimiento de la demandante de no gestionar la Licencia de Posesión y Uso de Arma y el Carné de identidad para personal de servicio de seguridad privada, necesarios para ejecutar el servicio antes del inicio de este, y que se encuentran establecidos en los siguientes documentos contractuales y de obligatorio cumplimiento para las partes, conforme se detalla a continuación:

- a) Cláusula Sexta del Contrato 111870 ZF
- b) Literal d) del Numeral 4.6 de la Bases Técnicas del Proceso de Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria.
- c) Numeral 5 de la Bases Técnicas del Proceso de Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria.

3.2.253. Es preciso señalar que las Bases del Proceso de _Selección Proceso de Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria del "Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada en Instalaciones de Gerencia Oleoducto - Sectores Piura, Terminal Bayóvar y Occidente" forman parte integrante del contrato de conformidad con la Cláusula Segunda del mismo, y son de obligatorio cumplimiento para las partes contratantes.

3.2.254. Por consiguiente, el correo electrónico de la Unidad de Contabilidad a la demandante, por el cual se le notifica la penalidad, se encuentra sustentado en la Ley, el Contrato y en las Bases, las mismas que constituyen las reglas definitivas del proceso de contratación, no habiéndose afectado Principio de Motivación alguno.

3.2.255. Bajo el argumento de la ausencia de motivación, la demandante pretende la nulidad e invalidez del correo electrónico, por el cual se le notifica la penalidad a la demandante; no obstante, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el Art. 10° de la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, aplicable supletoriamente a las contrataciones de PETROPERU S.A., para que un acto sea nulo debe ser contrario a la Constitución, a las leyes o normas reglamentarias; en el presente caso, la Entidad ha actuado en estricto cumplimiento del Numeral 10.10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, concordante con el Art. 46° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D. Leg. N° 1017 y Arts. 165° y 166° del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-20008-EF.

3.2.256. Por consiguiente, se deberá declarar infundada la primera pretensión del demandante, toda vez que ha quedado acreditado que ante el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales a su cargo, que el personal de vigilancia cuente con la Licencia de Posesión y Uso de Arma otorgado por la SUCAMEC (sólo puestos armados) y con el carnet de identidad para personal de servicios de seguridad privada vigente otorgado por la SUCAMEC, la penalidad reviste de la validez y eficacia que la norma señala.

Posición del Tribunal Arbitral:

3.2.257. Atendiendo a lo expuesto por las partes, evidenciamos que, respecto a estas pretensiones de la demanda la controversia se centra en

determinar la invalidez, nulidad y/o ineficacia de la penalidad aplicada mediante Carta N° ADM4-SG-182-2016 de fecha 31.08.2016, por 643 días calendario de retraso en la entrega de armamento (04 armas), la cual fue calculada por los periodos del 26.08.14 al 31.12.14, del 01.01.15 al 31.12.15 y, del 01.01.16 al 31.03.16 por la suma de S/. 297,036.00 incluido IGV.

3.2.258. Debemos precisar que, luego de una revisión integral a los documentos presentados por las partes y los documentos que conforman el Contrato, no se ha encontrado pacto alguno entre las partes mediante el cual acuerden que las notificaciones podrían ser vía correo electrónico.

3.2.259. Debido a ello, las notificaciones enviadas por el Área de Contabilidad de PETROPERÚ a SECURITAS que versan sobre las penalidades se deben considerar como no notificadas.

3.2.260. En cuanto a los argumentos esgrimidos por las partes en este extremo de la controversia debemos señalar que, tal como se desprende de los puntos 3.2.105 al 3.2.124 del presente Laudo, y dado que los escritos del Demandante y Demandando son idénticos en este extremo, hacemos referencia al desarrollo de los párrafos antes mencionados y encontramos FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda, y en consecuencia, se declara la nulidad de la penalidad aplicada mediante Carta N° ADM4-SG-182-2016 de fecha 31.08.2016, por 643 días calendario de retraso en la entrega de armamento, la cual fue calculada del 26.08.14 al 31.12.14, del 01.01.15 al 31.12.15 y, del 01.01.16 al 31.03.16 por la suma de S/. 297,036.00 incluido IGV.

RESPECTO AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no “que se ordene a (...) PETROPERU S.A.C. la devolución del monto total de las penalidades (...) de S/

297.036.00 inc. IGV, más los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de pago".

Posición del Contratista:

- 3.2.261. Debido a que PETROPERU procedió a descontar la penalidad acumulada al 27.06.14 ascendente a S/. 167,960.00 de la siguiente facturación del Contratista.
- 3.2.262. No obstante, por lo expuesto por el Contratista en la Primera Pretensión Principal, dicho descuento deviene en indebido, toda vez que, se verifica el eximente de responsabilidad descrito en párrafos anteriores.
- 3.2.263. Debido a este caso de fuerza mayor, el Contratista sostiene que no es responsable por el incumplimiento tardío o parcial de sus obligaciones, y solicita que, en el contexto de este proceso arbitral, se ordene a PETROPERU el pago de S/. 167,960.00 a su favor.

Posición de la Entidad:

- 3.2.264. PETROPERU señala en este extremo de su contestación que, debido a que los argumentos sobre la Primer Pretensión Principal acreditan la debida aplicación de la penalidad interpuesta por su Entidad, debe ser declarada infundada la Segunda Pretensión Principal.
- 3.2.265. Dentro de sus argumentos precisa que, ellos no pueden contravenir lo dispuesto en el Artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo No. 1017, Artículos 165° y 166° del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 184-2008-EF y numeral 10.10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, aprobado mediante Resolución No. 523-2009-OSCE/PETROPERU, normas vigentes al momento de la suscripción del Contrato, los cuales establecen que la penalidad es

automática.

3.2.266. Es la tesis de PETROPERU que basta que opere el incumplimiento contractual para que se aplique la penalidad, por lo que la presente pretensión debe ser declarada infundada.

Posición del Tribunal Arbitral:

3.2.267. Es la posición de este Tribunal Arbitral que, resolviendo coherenteamente con lo expuesto en el Primer Punto Controvertido, de acuerdo con los argumentos esgrimidos previamente, se declare FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Demanda y se ordene a PETROPERÚ la devolución del monto total de las penalidades deducidas indebidamente; y, en consecuencia, se ordene el pago de S/. 297, 036.00 (Doscientos noventa y siete mil treinta y seis con 00/100 Soles) incluido IGV, a favor de SECURITAS, más los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de pago.

RESPECTO AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no que “que se ordene a PETROPERU que suma (...) la totalidad de costos y costas, incluyendo gastos de abogados (...)"

Posición del Contratista:

3.2.268. El Contratista solicita que PETROPERU asuma la totalidad de las costas y costos que se originen del presente arbitraje, incluyendo los gastos de abogados, al ser responsable del inicio del proceso arbitral al aplicar indebidamente las penalidades señaladas.

Posición de la Entidad:

h.



3.2.269. Sobre los costos y costas del proceso arbitral, PETROPERU cita los artículos 69º y 73º del Decreto Legislativo No. 1071, Ley que norma el Arbitraje, dejando a nuestro Tribunal la decisión de imputar dichos costos a ambas partes o la parte vencida.

Posición del Tribunal Arbitral:

3.2.270. Sobre el presente punto controvertido debemos considerar lo establecido en los artículos 69º y 73º del Decreto Legislativo No. 1071 que señalan lo siguiente:

"Artículo 69.- 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.

(...)

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos. 1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

(...)"

3.2.271. En ese sentido, a criterio de este Tribunal Arbitral, se ordena que cada parte asuma independientemente los costos y costas incurridos durante el presente proceso arbitral.

**PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS
DEL EXP. N° 006-2017**

RESPECTO AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no que se declare la invalidez, nulidad y/o ineeficacia de la penalidad aplicada mediante el Memorando N° JCGS-080-2016 de fecha 03.10.2016 por 153 días de retraso en la entrega de armamento (15 armas); Memorando N° JCGS-143A-2016 de fecha 09.11.2016, por 30 días de retraso en la entrega de armamento, ambos derivados de la ejecución del Contrato N° 111870 ZF, por el periodo del 01.04.16 al 31.08.16 y 01.09.16 al 30.09.16, respectivamente, las cuales ascienden conjuntamente a la suma de S/. 325, 282.50 incluido IGV.

Posición del Contratista:

3.2.272. Ahora bien, según lo expuesto por el demandante, PETROPERU debe ser considerado como parte de la Administración pública, y por lo tanto, se ciñe a lo dispuesto por el Principio del Debido Procedimiento Administrativo. Dicho principio se encuentra recogido en el numeral 1.2 del artículo IVº de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), que establece lo siguiente:

"Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios. sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2 Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido

procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. (...)"

3.2.273. En tal sentido, era deber de PETROPERÚ garantizar el derecho de SECURITAS de exponer sus argumentos de defensa, así como realizar una correcta motivación al momento de aplicar la penalidad a esta empresa a través de los Memorandos N° JCGS - 143A-2016 y N° JCGS -80-2016.

3.2.274. No obstante, se aprecia que para la emisión de los Memorandos mencionados no se ha observado el debido procedimiento, toda vez que en dichas comunicaciones no se detalla la relación del personal de vigilancia objeto de observación, ni tampoco se ha garantizado el derecho de defensa a SECURITAS.

3.2.275. Por lo que, al no observar dichos documentos los requisitos mínimos del debido procedimiento que exige la ley, se desprende que la aplicación de la penalidad adolece de un vicio o defecto formal que acarrea su nulidad.

3.2.276. Conforme se pudo apreciar, PETROPERU no realizó un análisis coherente y motivado que permita acreditar fehacientemente que la aplicación de la penalidad se realizó conforme al ordenamiento jurídico y al Contrato.

3.2.277. Por estas consideraciones, no habiendo PETROPERU actuado conforme al ordenamiento jurídico, resulta pertinente sostener que la decisión en cuestión adolece de un vicio o defecto insubsanable, toda vez que la Entidad ha transgredido el Principio del debido procedimiento administrativo.

3.2.278. En virtud de lo dispuesto con anterioridad, cabe señalar igualmente que no corresponde la aplicación de penalidad alguna a SECURITAS, toda vez que se configura un supuesto de fuerza mayor, que exime de toda responsabilidad a esta empresa por el incumplimiento parcial y/o tardío del contrato.

3.2.279. Que, conforme se aprecia de las estipulaciones antes citadas, se estableció que los puestos de vigilancia con agentes armados debían emplear un revolver de doble acción calibre 38 SPECIAL, siendo que para la prestación del servicio dicho personal debía contar con la correspondiente licencia de posesión y uso de armas, otorgada por la SUCAMEC. Cabe señalar que dicha licencia es necesaria para la posesión y el uso de las armas, pues de lo contrario el personal de vigilancia y la empresa incurrirían en una infracción administrativa.

3.2.280. En esa línea, las Bases Integradas del Proceso por Competencias Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-SEGUNDA CONVOCATORIA establecieron como penalidades por incumplimiento del Contrato, distintas a la penalidad por mora en la ejecución del servicio, la infracción por "Falta de Armamento" equivalente al 10% de la UIT.

3.2.281. Sobre el particular, se debe manifestar que los cambios de la normativa aplicable para los trámites ante la SUCAMEC constituyen un hecho ajeno a la voluntad de la empresa demandante, respecto al cual no tenía control o dominio, menos aún capacidad de previsión respecto a la magnitud de dichos cambios.

3.2.282. Estos hechos no atribuibles al Contratista han determinado que el Personal de Seguridad no use el arma que les corresponde por no contar con la licencia para su uso, pese a que SECURITAS ha gestionado oportunamente los trámites necesarios para dicho efecto ante la SUCAMEC; y realizado los mayores esfuerzos para cumplir con la obtención de las licencias correspondientes.

3.2.283. Asimismo, otro hecho no atribuible a la empresa demandante, es que el envío de la documentación para la obtención de los trámites para la licencia de uso de armas de fuego se realizaba a través de SERPOST, pero como es de público conocimiento, dicha empresa estuvo de huelga indefinida, obstruyendo de esa manera la posibilidad en su momento de que SUCAMEC Lima emitiera, en el plazo conforme a Ley, las licencias de uso y posesión de armas solicitadas.

3.2.284. Debe señalarse que los cambios descritos constituyen decisiones de la autoridad que al igual que las huelgas, son calificados por la doctrina civil como Casos de Fuerza Mayor, al igual que las huelgas. Sobre este último particular, la cláusula vigésima segunda del Contrato ha establecido, de conformidad con el artículo 1315º del Código Civil, que:

"Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible y extraordinario, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío y defectuoso (...)"

3.2.285. Por lo cual, se advierte que las partes han adoptado la definición establecida en el Código Civil para definir el Caso Fortuito o Fuerza Mayor, consignándose que la consecuencia del surgimiento de la causa no imputable al obligado es la exención de responsabilidad a su parte por el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

3.2.286. En este caso en concreto, se debe señalar que los cambios en las disposiciones para los trámites ante SUCAMEC constituyen un supuesto de Fuerza Mayor o denominado también "Hechos del Príncipe", toda vez que se cumplen con los tres presupuestos requeridos en el artículo 1315º del Código Civil, para su configuración:

- a) Hecho Extraordinario: Los cambios en la legislación tienen carácter extraordinario, toda vez que no es un hecho que

ocurre constantemente Así, debe señalarse que desde la creación de DISCAMEC (hoy SUCAMEC), no se han producido cambios organizacionales como el acontecido. Asimismo, debe señalarse que SECURITAS lleva más de 14 años celebrando contratos con el Estado, y 10 años concretamente con PETROPERÚ, y a lo largo de su experiencia no ha tenido inconvenientes similares para la obtención de licencias de posesión y uso de armas de su personal, lo que demuestra que dichos divergencias han surgido únicamente en virtud de los cambios organizacionales de SUCAMEC, pues de lo contrario, de no haberse producido dichos cambios, SECURITAS hubiera cumplido con contar con los carnets y licencias para la prestación del servicio, en la oportunidad correspondiente.

- b) Hecho imprevisible: Asimismo, debe indicarse que los cambios en las disposiciones de SUCAMEC son de carácter imprevisible, toda vez que si bien es cierto que SECURITAS conocía que el Estado venía adoptando medidas de reorganización, de acuerdo al Decreto Legislativo correspondiente, no tenía modo de conocer la magnitud de dichos cambios, las nuevas exigencias para los trámites de obtención de Licencias para portar Armas para el Personal de Seguridad y menos aun cuándo se producirían los mismos. Sobre ese particular, refuerza el carácter imprevisible de lo acontecido el hecho de que el Comité Especial haya ampliado el plazo para la obtención de licencias de armas a 90 días, lo que finalmente resultó insuficiente por los cambios estructurales y de procedimientos dentro de la institución. De igual forma, cabe señalar que, pese a que SUCAMEC modificó los requisitos para los trámites ante dicha institución, no se estableció un plazo perentorio para la atención de los mismos, estando pendiente la aprobación del TUPA que regula dichos procedimientos ante SUCAMEC, el cual debía contener formalmente los requisitos y el plazo máximo de

resolución por parte de la autoridad competente, conforme lo dispuesto por la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 005-2014-IN.

- c) Hecho irresistible: Por último, se debe manifestar que estos hechos tienen carácter de irresistibles, por cuanto la empresa demandante no puede cambiar la normativa ni hacer nada por su implementación.

3.2.287. Conforme se señaló con anterioridad, no corresponde la aplicación de la penalidad comunicada mediante Memorandos N° JCGS -143A-2016 y N° JCGS -80- 2016 por la supuesta comisión de la infracción "ARMAS FALTANTES", todo vez que se verifica una CAUSA DE JUSTIFICACIÓN EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD, que está determinado por un hecho calificado como FUERZA MAYOR, y además porque SECURITAS ha actuado con diligencia ordinaria; lo que determina la liberación de responsabilidad del contratista por el incumplimiento parcial o tardío, de conformidad con la cláusula vigésima del Contrato. Es decir, dicho acto administrativo no guarda relación entre los hechos suscitados en la realidad, con las consecuencias establecidas en el ordenamiento jurídico.

3.2.288. Por las razones expuestas, se puede sostener que PETROPERÚ vulneró los numerales 6.1 y 6.3 del artículo de la Ley de Procedimiento Administrativo General, debido a que en los Memorando N° JCGS - 143A-2016 y N° JCGS -80-2016 aplicó la penalidad y no observó que la no obtención a tiempo de las licencias de uso y posesión de armas y de los carnets fueron por motivos de fuerza mayor. Por lo tanto, al no haber actuado conforme a derecho, dichos memorandos, deben ser declarados nulos, al vulnerar la motivación como requisito de validez del acto administrativo.

3.2.289. Por lo tanto, al haberse dado dicha decisión en el marco de la ejecución de un contrato estatal, debe estar acorde con los requisitos de validez del acto administrativo establecidos en la misma LPAG. Sin

embargo, como se puede apreciar a lo largo de la demanda, la penalidad contra SECURITAS se aplicó sin haber observado que estaban frente a una causal eximiente de responsabilidad, que es la de fuerza mayor, conforme el artículo 1315º del Código Civil y la Cláusula vigésima segunda del Contrato, y sin expresar una debida motivación.

3.2.290. Por lo tanto, solicitamos al Tribunal Arbitral que declare FUNDADA la Primera Pretensión, debiendo declarar la nulidad y/o dejar sin efecto las penalidades aplicadas, debido a que dicho acto administrativo es manifiestamente nulo, conforme lo dispuesto por la LPAG.

Posición de la Entidad:

3.2.291. El demandando señala que, de conformidad con los artículos 165º y 166º del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF, el Numeral 10.10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERÚ S.A., el Numeral 15 de las Bases Administrativas, el Numeral 10 de las Bases Técnicas y la Cláusula Décima Sexta del Contrato N° 111870 ZF del "Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada en Instalaciones de Gerencia Oleoducto – Sectores Piura, Terminal Bayóvar y Occidente", derivado del Proceso por Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria, la penalidad se aplica en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, en ese caso, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse, siendo que en todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente.

3.2.292. Es decir, sólo es necesario que opere el incumplimiento contractual para que se proceda aplicar la penalidad, hecho que ha ocurrido en el caso de autos, pues ante el incumplimiento de la demandante de la Cláusula Sexta del Contrato 111870 ZF (No ha gestionado la Licencia

de Posesión y Uso de Arma y el Carnet de Identidad para personal de servicio de seguridad privada necesarios para ejecutar el servicio antes del inicio del mismo), literal d) del Numeral 4.6 y Numeral 5 de la Bases Técnicas del Proceso que forman parte integrante del contrato de conformidad con la Cláusula Segunda del mismo, y que establecen como obligación contractual que el contratista debía tramitar y disponer de la correspondiente Licencia Empresarial de Posesión de Uso de Arma otorgados por la DICSCAMEC o SUCAMEC, antes de la suscripción del Contrato del personal que prestara el servicio, no pudiendo instalar el armamento en los puestos requeridos, disponiéndose un plazo de 07 días luego de iniciado el servicio para realizar los trámites requeridos y así obtener la licencia de portar armas.

3.2.293. Por consiguiente, ha quedado acreditado que la Entidad no ha vulnerado Principio alguno del debido proceso ni de motivación, por cuanto la penalidad se encuentra sustentada en la Ley, el Contrato y en las Bases, las mismas que constituyen las reglas definitivas del proceso de contratación.

3.2.294. Asimismo, señala el demandando que, los sustentos si han sido señalados en los Memorandos N° JCGS - 143A-2016 y N° JCGS -80-2016 y ampliados en su carta JCGS-206-2016 del 28.12.2016 en la que se estableció que los descuentos efectuados por las penalidades pactadas, corresponden a la ejecución de los actos contractuales derivados de las prestaciones incompletas realizadas por SECURITAS, y el sustento técnico-legal, corresponde al incumplimiento de las obligaciones contractuales, toda vez que los contratos se negocian, celebran y ejecutan según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, y son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos; tal y conforme se encuentra establecido en los artículos 1361º y 1362º del Código Civil.

3.2.295. Pues conforme se desprende del Numeral 10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., concordante con el Art. 165° del Reglamento de Contrataciones del Estado, la penalidad por mora es el mecanismo coercitivo para disuadir el retraso o demora y asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por los contratistas, dentro de los plazos establecidos en el contrato.

3.2.296. Es más, conforme al literal b) del Numeral 10.11 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., concordante con el Art. 44° de la Ley de Contrataciones del Estado e inc. 2) del Art. 168° del Reglamento de Contrataciones del Estado, la acumulación del monto máximo de penalidad es causal de Resolución del Contrato.

3.2.297. Así, SECURITAS pretende que la condiciones contractuales sean inexigibles, alegando en que estamos ante un caso fortuito y fuerza mayor, a efectos de eximir de toda responsabilidad por el incumplimiento de las condiciones contractuales pactadas por ambas partes; no obstante, conforme se desprende de la Cláusula Sexta - Obligaciones del Contratista del Contrato N° 111870 ZF "Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada para las instalaciones ubicadas en Gerencia Oleoducto - Sectores Piura, Terminal Bayóvar y Occidente", la demandante se encuentra obligada a ejecutar el servicio conforme a lo establecido en las Bases, cumpliendo con las obligaciones establecidas en las mismas, siendo responsable de gestionar y contar con todas las licencias, autorizaciones, permisos, seguros, pólizas y cualquier otro documento necesario para ejecutar el Servicio, antes del inicio del mismo y mantenerlos vigentes durante el plazo de ejecución.

3.2.298. En virtud de la aplicación de la Cláusula Décimo Sexta del citado Contrato, el retraso en la entrega de Carnets y Licencias de Posesión y Uso de Arma otorgado por SUCAMEC, genera penalidad, en concordancia con el Numeral 10.10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., toda vez que era condición contractual para el inicio del servicio, que la demandante hasta la fecha viene

incumpliendo.

3.2.299. Conforme consta en el Numeral 4.6 de las Bases Técnicas del Proceso por Competencia Mayor N° CMA-001--2013-OLE/Petroperú – Segunda Convocatoria, se estableció como obligación que:

"El Contratista debe tramitar y disponer de la correspondiente Licencia Empresarial de Posesión y Uso de Arma otorgados por la DICSCAMEC o SUCAMEC, antes de la suscripción del Contrato del personal que prestará el servicio, el costo será cubierto por el CONTRATISTA, el cual deberá ser incluido en su respectivo presupuesto. En caso contrario, EL CONTRATISTA, no podrá instalar el armamento en los puestos requeridos, por lo que dispondrá de un plazo de 07 días luego de iniciado el servicio para realizar los trámites requerido y así obtener la licencia de portar armas..."

3.2.300. En este sentido, al haberse vencido en exceso el plazo de 07 días señalados en las Bases, las mismas que son parte integrante del Contrato y de cumplimiento obligatorio, corresponde aplicar la penalidad ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas.

3.2.301. Del mismo modo, el Numeral 5 de las Bases Técnicas establecen como obligación del contratista, que el personal de los puestos armados deben tener obligatoriamente la Licencia de Posesión y Uso de Arma y el carnet de identidad para personal de servicio de seguridad privada vigente, otorgado por SUCAMEC.

3.2.302. Por otra parte, el cambio en el ordenamiento y la legislación del SUCAMEC para el otorgamiento de Licencia de Posesión y Uso de Arma y el Carnet de Identidad para personal de servicio de seguridad privada no resulta causal para su incumplimiento ni mucho menos para calificar el hecho como caso fortuito o fuerza mayor porque es derivado

del cumplimiento de la ley, y si los trámites resultaban onerosos o engorrosos debían hacer uso de su derecho de acuerdo al artículo 142º de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobada por Ley 27444 que establece: "no puede exceder de treinta días el plazo que transcurra desde que es iniciado un procedimiento administrativo de evaluación previa hasta aquel en que sea dictada la resolución respectiva, salvo que la ley establezca trámites cuyo cumplimiento requiera una duración mayor".

3.2.303. De acuerdo a lo alegado por el demandado, el demandante no ha alertado oportunamente a la Entidad sobre la demora en los trámites ante SUCAMEC y la gestión diligente que estaba realizando ante el ente responsable, con sus reclamos pertinentes.

3.2.304. Por consiguiente, no nos encontramos ante un caso fortuito o fuerza mayor, sino ante un incumplimiento contractual que debe ser penalizado conforme a ley, el contrato y las Bases.

3.2.305. Asimismo, debe tenerse presente que conforme se desprende del numeral 5.13 del escrito de demanda, el demandante afirma que con fecha 23.08.2013 su empresa procedió a efectuar los trámites correspondientes ante la SUCAMEC Chiclayo y el 10.12.2013 mediante Carta P1.OHR.047.13 solicitó a la Jefatura Departamental SUCAMEC Chiclayo la emisión de las licencias de posesión y uso de armas para el personal de vigilancia destacado en la Estación 9 y 6.

3.2.306. No obstante, debe tenerse en cuenta que el Contrato N° 111870 ZF fue suscrito el 14.06.2013; sin embargo, el trámite se inicia el 10.12.2013, es decir, seis (06) meses después de suscrito el contrato, no evidenciándose la diligencia debida a la que se encontraba obligado el demandante.

3.2.307. Ha quedado acreditado que la demandante no se encuentra imposibilitada de obtener las Licencias de Posesión y Uso de Arma y

los Carnets de Identidad para personal de servicio de seguridad privada, sino que resulta más oneroso, costo que no está dispuesta a asumir.

3.2.308. Al respecto, es necesario traer a colación la Opinión N° 097-2015/DTN del 30.11.2009 emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, en la que concluye que la normativa de contrataciones del Estado permite la modificación de un contrato cuando se ofrezca reducir el precio del servicio, siempre que el mismo mantenga o supere las condiciones técnicas y de calidad que permitieron su contratación; asimismo, es necesario que la evaluación efectuada por la entidad le permita que dicho servicio satisfaga su necesidad; finalmente, la Entidad debe cerciorarse que las condiciones que justificaron la selección del contratista no varíen en forma alguna.

3.2.309. Es oportuno hacer referencia a lo que la Dirección Técnica Normativa del OSCE considera como caso fortuito o fuerza mayor; tal es así que mediante la Opinión N° 080-2008/DOP del 29.10.2008, señala que:

"Al respecto, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, refiriéndose al caso fortuito o fuerza mayor, mencionan: "El incumplimiento de la obligación puede tener origen en causas independientes de la voluntad del deudor, extraordinarias, imprevisibles e irresistibles, dando lugar a lo que en Derecho se llama caso fortuito o fuerza mayor. En otras palabras, el incumplimiento le es impuesto al deudor por un hecho ajeno a él, por lo que ya no es el autor moral de dicha inejecución; se configura de esta forma un supuesto de inimputabilidad, merced a la cual el deudor no será responsable por tal incumplimiento ni por sus consecuencias".

Nuestro Código Civil de 1984, a fin de esclarecer los conceptos para una mejor interpretación de lo que debemos entender por caso fortuito o fuerza mayor, definió ambas instituciones en su

artículo 1315": "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

Ahora bien, desde el punto de vista doctrinario, corresponde hablar de caso fortuito como derivado de un hecho natural (acto de Dios), de modo tal que a nadie puede imputarse su origen, mientras que la fuerza mayor ha sido vinculada a una intervención irresistible de la autoridad (acto del principio) o de terceros. Son ejemplos típicos de caso fortuito y de fuerza mayor, respectivamente, un terremoto -o cualquier desastre producido por fuerzas naturales- y una expropiación (mediante la dación de una Ley por parte del Poder Legislativo).

Hablamos de un hecho extraordinario cuando, tal como la misma palabra lo indica, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera de lo común y de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. En el presente caso no estamos ante un hecho extraordinario, por cuanto la obtención de las Licencias de Posesión y Uso de Arma y los Carnés de Identidad para personal de servicio de seguridad privada ante la SUCAMEC resulta plenamente viable."

3.2.310. Asimismo -y directamente vinculado a lo extraordinario-, decimos que un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible. Por cuanto en el caso de autos, el cambio del ordenamiento y la legislación del SUCAMEC para el otorgamiento de la Licencias de Posesión y Uso de Arma y los Carnets de Identidad para personal de servicio de seguridad privada no resulta causal para su incumplimiento ni mucho menos para calificar el hecho como caso fortuito o fuerza mayor, porque es derivado del cumplimiento de la ley.

3.2.311. Finalmente, el que un evento sea irresistible significa que la persona es impotente para evitarlo, no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento. Requisito que tampoco se cumple, toda vez que conforme se evidencia de su Carta N° P1.OHR.080.14 del 18.08.2014 la demandante debió tener la diligencia debida para el trámite correspondiente; aún más en su Informe N° 008-2014-OHR del 04.05.2014, refiere que “resulta inviable asumir el costo de traslado, alimentación, hospedaje y estadía personal, desde las Estaciones en que se encuentran para cumplir con los requisitos que exige la SUCAMEC”, lo que acredita que es posible realizarlos pero que la demandante no está dispuesta asumir los costos que esta genere.

3.2.312. Ahora, adicionalmente a estos tres requisitos, cabe precisar que el acontecimiento no debe derivar de la actividad voluntaria del deudor, puesto que, si esto fuera así, ingresaríamos al terreno de la responsabilidad. La parte que incumple no puede desligarse de la responsabilidad que le corresponde por las derivaciones de algo que le atañe o concierne: “(...) *el acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor debe originarse en una causa extraña a su libre voluntad. Se trata, pues, de un hecho que no proviene directamente de su persona, ni tampoco de un acto que él no realice en uso de su libertad, discernimiento, conciencia, voluntad o intención*”. En el presente caso, SECURITAS pretende incumplir las condiciones contractuales inicialmente pactadas que eran requisitos técnicos mínimos para el inicio del servicio, como es la obtención de las Licencias de Posesión y Uso de Arma y los Carnets de Identidad para personal de servicio de seguridad privada, una obligación contractual que el demandante viene incumpliendo.

3.2.313. Ahora bien, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor generan efectos jurídicos similares: producen la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación de alguna o de ambas partes y, en consecuencia, la inimputabilidad, entendida como exención de responsabilidad a la parte

que se encuentra en la imposibilidad de cumplir. Por consiguiente, en el caso de autos, al haberse acreditado que la demandante sí puede cumplir con la condición contractual para la ejecución del servicio, no nos encontramos ante un caso fortuito o fuerza mayor.

3.2.314. Lo que la demandante pretende es modificar las condiciones contractuales inicialmente pactadas, las mismas que constituyen las reglas definitivas del proceso; tal es así que mediante Carta N° P1.0HR.182.14 del 14.10.2014, propone la suscripción de una adenda al contrato.

3.2.315. No obstante, la demandante no comprende que estamos ante un contrato del Estado en el que de conformidad con el Art. 35° de la Ley de Contrataciones del Estado, el Art. 143° del Reglamento de Contrataciones del Estado, el Numeral 10.5 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERÚ S.A., aprobado mediante Res. N° 523-2009-OSCE/PRE, el contrato podrá incorporar modificaciones, siempre que sea necesario para alcanzar la finalidad del contrato y que no impliquen variación en las características técnicas, precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas por el proveedor.

3.2.316. Conforme se desprende del Numeral 5.1. Personal del Rubro 5. Obligaciones del Contratista, constituye requisito técnico mínimo de las Bases Técnicas del Proceso por Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria "Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada en instalaciones de Gerencia Oleoducto - Sectores Piura, Terminal Bayóvar y Occidente", las mismas que forman parte integrante del Contrato N° 111870 ZF, que el personal de vigilancia cuente con la Licencia de Posesión y Uso de Arma otorgado por la DICSCAMEC (sólo puestos armados) y con el carnet de identidad para personal de servicios de seguridad privada vigente otorgado por la DICSCAMEC o SUCAMEC.

3.2.317. Por consiguiente, no es posible la suscripción de la adenda porque ello

implicaría modificar las condiciones técnicas esenciales establecidas en las Bases, las mismas que son de cumplimiento obligatorio para las partes contractuales, en concordancia con la Cláusula Segunda del Contrato y del Numeral 13 del Anexo 1: Lineamientos Generales para la Elaboración de Bases del Reglamento de PETROPERU. La modificación planteada por el contratista vulneraría el principio de Trato Justo e Igualitario, Transparencia, Imparcialidad, Eficiencia y el Principio de Libre Competencia que rige en materia de Contrataciones del Estado.

3.2.318. Asimismo, las modificaciones solicitadas, tampoco se encuadran dentro de las excepciones establecidas el Numeral 10.5 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., aprobado mediante Res. N° 523-2009-OSCEIPRE, por no superar las características técnicas y condiciones establecidas en los requerimientos técnicos mínimos señalados en las Bases.

3.2.319. Asimismo, reiteramos, los Memorandos N° JCGS - 143A-2016 y N° JCGS -80-2016 por los cuales se le notifica la penalidad a la demandante, de conformidad con el Numeral 10.10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, concordante con el Art. 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D. Leg. N° 1017 y Arts. 165° y 166° del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-20008-EF, la penalidad es automática, por lo tanto, no requiere ser motivada para su aplicación, basta que opere el incumplimiento contractual para que proceda la aplicación de la penalidad.

3.2.320. En tal sentido, la Entidad ha obrado conforme a la normatividad legal vigente, ante el incumplimiento de la demandante de no gestionar la Licencia de Posesión y Uso de Arma y el Carnet de identidad para personal de servicio de seguridad privada necesarios para ejecutar el servicio antes del inicio de este, y que se encuentran establecidos en los siguientes documentos contractuales y de obligatorio cumplimiento

para las partes, conforme se detalla a continuación:

- a) Cláusula Sexta del Contrato 111870 ZF
- b) Literal d) del Numeral 4.6 de la Bases Técnicas del Proceso de Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria.
- c) Numeral 5 de la Bases Técnicas del Proceso de Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria.

3.2.321. Es preciso señalar que las Bases del Proceso de Selección Proceso de Competencia Mayor N° CMA-001-2013-OLE/PETROPERU-Segunda Convocatoria del "Servicio de Seguridad y Vigilancia Privada en Instalaciones de Gerencia Oleoducto - Sectores Piura, Terminal Bayóvar y Occidente" forman parte integrante del Contrato de conformidad con la Cláusula Segunda del mismo, y son de obligatorio cumplimiento para las partes contratantes.

3.2.322. Por consiguiente, los Memorandos N° JCGS - 143A-2016 y N° JCGS - 80-2016, cuya invalidez y nulidad se pretende y que fueron ampliados con la Carta JCGS-2016-2016 DEL 28.12.2016, por la cual se le notifica la penalidad a la demandante, se encuentra sustentada en la Ley, el Contrato y las Bases, las mismas que constituyen las reglas definitivas del proceso de contratación, no habiéndose afectado Principio de Motivación alguno; asimismo, se pretende aplicar como orden de prelación la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444, sin tener en cuenta el numeral 4 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A., que establece: "El presente Reglamento prevalece sobre los dispositivos legales que regulan las normas Generales de Procedimiento Administrativos", disposición basada en el Principio de Especialidad de la norma, es decir, que el Reglamento de Contrataciones de PETROPERU S.A. prevalece sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.

3.2.323. Bajo el argumento de la ausencia de motivación, la demandante pretende la nulidad e invalidez de los Memorandos, por los cuales se le notifica la penalidad a la demandante; no obstante, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el Art. 10° de la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, aplicable supletoriamente a las contrataciones de PETROPERU S.A., para que un acto sea nulo debe ser contrario a la Constitución, a las leyes o normas reglamentarias; en el presente caso, la Entidad ha actuado en estricto cumplimiento del Numeral 10.10 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, concordante con el Art. 46° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D. Leg. N° 1017 y Arts. 165° y 166° del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-20008-EF.

3.2.324. Por consiguiente, se deberá declarar infundada la primera pretensión del demandante, toda vez que ha quedado acreditado que ante el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales a su cargo, que el personal de vigilancia cuente con la Licencia de Posesión y Uso de Arma otorgado por la SUCAMEC (sólo puestos armados) y con el carnet de identidad para personal de servicios de seguridad privada vigente otorgado por la SUCAMEC, la penalidad reviste de la validez y eficacia que la norma señala.

Posición del Tribunal Arbitral:

3.2.325. Atendiendo a lo expuesto por las partes, evidenciamos que, respecto a estas pretensiones de la demanda la controversia se centra en determinar la invalidez, nulidad y/o ineficacia de la penalidad aplicada mediante el Memorando N° JCGS-080-2016 de fecha 03.10.2016 por 153 días de retraso en la entrega de armamento (15 armas); Memorando N° JCGS-143A-2016 de fecha 09.11.2016, por 30 días de retraso en la entrega de armamento; las cuales ascienden conjuntamente a la suma de S/. 325, 282.50 incluido IGV.

3.2.326. Tal como se desprende de los puntos 3.2.105 al 3.2.124 del presente Laudo, y dado que los escritos del Demandante y Demandando son idénticos en este extremo, hacemos referencia al desarrollo de los párrafos antes mencionados, y encontramos FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda y, en consecuencia, se declara la nulidad de la penalidad aplicada mediante Memorando N° JCGS-080-2016 de fecha 03.10.2016 por 153 días de retraso en la entrega de armamento (15 armas), y mediante Memorando N° JCGS-143A-2016 de fecha 09.11.2016, por 30 días de retraso en la entrega de armamento; las cuales ascienden conjuntamente a la suma de S/. 325,282.50 incluido IGV.

RESPECTO AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

M

Determinar si corresponde o no “que se ordene a (...) PETROPERU S.A., la devolución del monto total de las penalidades (...) de S/ 325,282.50 (...) inc. IGV, más los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de pago”:

Posición del Contratista:

3.2.327. Conforme, se ha señalado en los antecedentes, PETROPERU ha debitado de la facturación, la penalidad acumulada del 01.04.16 al 30.09.16 ascendente a S/. 325 282.50 (Trescientos veinticinco mil doscientos ochenta y dos con 5/100 Nuevos Soles), inc. IGV, que corresponde al 10% de una UIT por arma y por día.

3.2.328. Por lo que, habiéndose demostrado en el punto anterior que no corresponde la aplicación de penalidad a la empresa SECURITAS por Falta de Armamento, de acuerdo con lo previsto en el ítem N° 10 de las Bases integradas, toda vez que se verifica un supuesto eximiente de responsabilidad, así como una vulneración al debido procedimiento administrativo, se concluye que se habría producido un descuento

indebido.

3.2.329. Por tanto, se solicita al Tribunal Arbitral que ordene a PETROPERU la devolución de todo monto deducido del pago de las facturaciones a la empresa demandante por concepto de penalidad por la supuesta comisión de la infracción "FALTA DE ARMAMENTO", en la medida que el Contratista no es responsable por el incumplimiento tardío y parcial ocurrido como consecuencia de una causa no imputable a aquél, calificada como fuerza mayor. En tal sentido, se solicita al Tribunal Arbitral que declare fundada la presente pretensión, debiendo ordenar a la Entidad el pago a S/.325 282.50 (Trescientos veinticinco mil doscientos ochenta y dos con 5/100 Nuevos Soles) incluyendo IGV, a favor de SECURITAS, más los intereses legales correspondientes.

Posición de la Entidad:

M
3.2.330. De acuerdo con lo señalado, en su contestación a la demanda, la Entidad sostiene que al haberse acreditado la procedencia de la penalidad impuesta mediante Memorando No. JCGS-080-2016 del 03.10.2016 y Nº JCGS-143-A-2016, deviene en infundada la presente pretensión, toda vez que la comisión de la misma no se encuentra justificada, por cuanto la demandante no se encuentra imposibilitada de obtener las Licencias de Posesión y Uso de Arma, y el carnet de identidad para personal de servicios de seguridad privada vigente ante la SUCAMEC, pues si bien ha cambiado la normatividad y los procedimientos para su obtención, estos sí pueden ser cumplidos por la demandante, y no constituyen caso fortuito o fuerza mayor, tal como sí lo han realizado otras empresas. Dicha situación se puede corroborar en la página de la SUCAMEC, donde figura la relación de empresas con la licencia correspondiente para portar armas.

Posición del Tribunal Arbitral:

3.2.331. Es la posición de este Tribunal Arbitral que, resolviendo coherentemente

con lo expuesto en el Primer Punto Controvertido de acuerdo con los argumentos esgrimidos previamente, se declare FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Demanda y se ordene a PETROPERÚ la devolución del monto total de las penalidades deducidas indebidamente; y, en consecuencia, se ordene el pago de S/. 325,282.50 (Trescientos veinticinco mil doscientos ochenta y dos con 50/100 Soles) incluido IGV, a favor de SECURITAS, más los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de pago.

RESPECTO AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no que “que se ordene a PETROPERÚ que asuma (...) la totalidad de costos y costas, incluyendo gastos de abogados (...).”

Posición del Contratista:

3.2.332. Al respecto, se solicita que PETROPERÚ asuma la totalidad de las costas y costos que se originen en virtud del presente proceso arbitral, incluyendo los gastos de abogados, al ser el responsable del inicio del presente proceso por la aplicación indebida de la penalidad por falta de armamento.

Posición de la Entidad:

3.2.333. Sobre los costos y costas del proceso arbitral PETROPERU cita los artículos 69º y 73º del Decreto Legislativo No. 1071, Ley que norma el Arbitraje, dejando a nuestro Tribunal la decisión de imputar dichos costos a ambas partes o a la parte vencida.

Posición del Tribunal Arbitral:

3.2.334. Sobre el presente punto controvertido, debemos considerar lo

establecido en los artículos 69º y 73º del Decreto Legislativo No. 1071, que señalan lo siguiente:

"Artículo 69.- 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.

(...)

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos. 1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

(...)"

3.2.335. En ese sentido, a criterio de este Tribunal Arbitral se ordena que cada parte asuma independientemente los costos y costas incurridos durante el presente proceso arbitral.

IV. DECISIÓN

Luego de haber dado a las Partes la oportunidad de defenderse por escrito y oralmente, este Tribunal Arbitral—por unanimidad— decide lo siguiente:

4.1 DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda del Expediente N° S 008-2015, y por consiguiente, se DECLARA la nulidad y/o ineficacia de la penalidad aplicada mediante la Carta N° ADM4-SG-092-2014 de fecha 26.06.2014, por el retraso en la entrega de armamento, la cual fue calculada al 27.06.2014 por la suma de S/. 133, 608.00 incluido

IGV.

4.2 DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Demanda del Expediente Nº S 008-2015, y por consiguiente, se ORDENA a PETROPERÚ la devolución del monto total de las penalidades deducidas indebidamente, ascendente a la suma de S/. 133, 608.00 (Ciento treinta y tres mil seiscientos ocho con 00/100 Soles) incluido IGV, a favor de SECURITAS.

4.3 DECLARAR FUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la Demanda del Expediente Nº S 008-2015, y en consecuencia, se ORDENA a PETROPERÚ reconozca y pague a favor de SECURITAS el monto de S/. 273,603.52 (Doscientos setenta y tres mil seiscientos tres con 52 /100 Soles) para poder cumplir con la obtención de las licencias de uso y posesión de armas, así como los carnés.

4.4 DECLARAR INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda del Expediente Nº S 008-2015, de acuerdo a lo expuesto en el presente Laudo.

4.5 DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda del Expediente Nº S 262-2016, y en consecuencia, se DECLARA la nulidad de la penalidad aplicada mediante la Carta N° ADM4-SG-182-2016 de fecha 31.08.2016, por 643 días de retraso en la entrega de armamento, por la suma de S/. 297,036.00 incluido IGV.

4.6 DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Demanda del Expediente Nº S 262-2016, y en consecuencia, se ORDENA a PETROPERÚ la devolución del monto total de las penalidades deducidas indebidamente, ascendente a la suma de S/. 297, 036.00 (Doscientos noventa y siete mil treinta y seis con 00/100 Soles) incluido IGV, a favor de SECURITAS, más el pago de los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de pago.

4.7 DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda del

Ru.

121

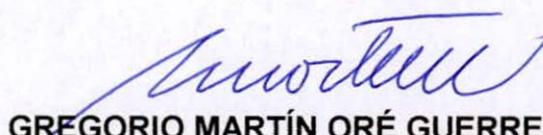
Expediente N° S 006-2017, y en consecuencia, se DECLARA la nulidad de la penalidad aplicada mediante Memorando N° JCGS-080-2016 de fecha 03.10.2016 por 153 días de retraso en la entrega de armamento (15 armas); y mediante Memorando N° JCGS-143A-2016 de fecha 09.11.2016, por 30 días de retraso en la entrega de armamento; las cuales ascienden conjuntamente a la suma de S/. 325, 282.50, incluido IGV.

4.8 DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Demanda del Expediente N° S 006-2017, y en consecuencia, se ORDENA a PETROPERÚ la devolución del monto total de las penalidades deducidas indebidamente, ascendente a la suma de S/. 325,282.50 (Trescientos veinticinco mil doscientos ochenta y dos con 50/100 Soles) incluido IGV, a favor de SECURITAS, más el pago de los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de pago.

4.9 De acuerdo con lo expuesto en el presente Laudo Arbitral y de acuerdo con los artículos 69º y 73º del Decreto Legislativo N° 1071, las partes deberán asumir los costos y costas incurridos en el presente arbitraje en partes iguales.

Notifíquese a las partes.-




GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO

Presidente





ALBERTO JOSÉ MONTEZUMA CHIRINOS
Árbitro



VICENTE FERNANDOTINCOPA TORRES
Árbitro

PATRICIA CARMEN DUEÑAS LIENDO
Secretaria Arbitral de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE