

LAUDO DE DERECHO

“Laudo de Derecho que resuelve las controversias discutidas en el proceso arbitral iniciado por Man Trading Corp. S.A.C contra Petróleos del Perú – PETROPERU S.A. que dicta el Árbitro Único Juan Miguel Rojas Ascón”

Demandante: Man Trading Corp. S.A.C (en adelante, LA CONTRATISTA)

Demandado: Petróleos del Perú – PETROPERU S.A. (en adelante, LA ENTIDAD)

Contratos: Contrato No. 4000003127 y Contrato No. 4000003242 Adquisición de planchas de acero al carbono semi killed para el Plan Maestro de Tanques 2016 – Refinería Talara (en adelante, LOS CONTRATOS)

Árbitro Único: Juan Miguel Rojas Ascón

Expediente Arbitral: S228-2017/SNA-OSCE

Secretaria Arbitral: Rossmery Ponce Novoa

Fecha de Emisión del Laudo: 04 de marzo de 2021

Nº de Folios: 36

LAUDO ARBITRAL

Lima, 04 de marzo de 2021

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL

1.1. Con fecha 31 de mayo de 2016, PETROPERU mediante publicación en el portal web del SEACE, convocó al proceso por Competencia Mayor No. CMA-006-2016-OTL/PETROPERU para la adquisición de planchas de acero al carbono semiskilled para el Plan Maestro de Tanques 2016.

1.2. Consecuencia de lo antes mencionado, a la empresa Man Trading Corp. se le otorgó la Buena pro de los ítems 1 al 6, 7 y 8; razón por la cual, suscribió dos contratos:

- ✓ Contrato No. 4000003242: Por el cual se contrata los ítems 1 al 6 y 8
- ✓ Contrato No. 4000003127: Por la cual se contrata por el ítem 7

1.3. En el presente caso, las partes pactaron al arbitraje como mecanismo de solución de controversias conforme a lo estipulado en la Cláusula Décima prevista tanto en el Contrato No 4000003242 y del Contrato No. 4000003127, cuyo tenor similar establece que:

“Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, debiendo solicitarse el inicio de dicho procedimiento en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. En caso el Contrato sea resuelto o PETROPERU declare su nulidad, el plazo para interponer conciliación y/o arbitraje será de quince (15) días hábiles de notificada tal decisión. Estos plazos son de caducidad.

Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, esta deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial para resolver las diferencias no resueltas, en un Centro de Conciliación con sede en la ciudad de Talara, acreditado por el Ministerio de Justicia. El arbitraje será de derecho y será resuelto por Arbitro Unico, bajo la organización y administración del Sistema Nacional de Arbitraje (SNA) del OSCE y de acuerdo a su Reglamento, cuyas partes declaran conocer y a los que se someten de común acuerdo. Si el contrato se trata de ejecución de prestaciones técnicas muy complejas y/o muy especializadas, podría acordarse la conducción del arbitraje por un tribunal Arbitral; para lo cual, las partes se cursará previamente comunicación escrita para tomar la decisión a fin de que el arbitraje no resulte oneroso. Solo en ese caso, cada una de las partes nombrará a un árbitro, los cuales designarán a un tercero quien presidirá el Tribunal. Si las partes no nombraran al correspondiente árbitro o los árbitros nombrados no se pusieran de acuerdo para designar al Presidente del Tribunal, el árbitro faltante será designado por el Centro.

El laudo arbitral emitido será vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, sin perjuicio del recurso de anulación que corresponda”.

1.4. En virtud de lo establecido y en aplicación de lo dispuesto en el Reglamento de Contrataciones de Petróleos del Perú, cualquier controversia que surgiera durante

la etapa de ejecución contractual debería ser resuelta mediante arbitraje **SNA-OSCE**.

- 1.5. En tal sentido, las controversias derivadas de EL CONTRATO son resueltas mediante arbitraje de derecho, tal como consta en el Reglamento y el Acta de instalación respectiva.

II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO AD HOC

- 2.1. Que, mediante la Resolución N° 028-2018-OSCE/DAR de fecha 27 de febrero de 2018, OSCE designó como árbitro único al abogado Juan Miguel Rojas Ascón, el mismo que comunicó su aceptación, manifestando que no guarda relación con ninguna de las partes en litigio.
- 2.2. Asimismo, con fecha 10 de agosto de 2018, se efectuó la Audiencia de Instalación, con la participación de ambas partes; en la cual, el Árbitro Único ratificó su aceptación para el presente proceso, manifestando ambas partes, su conformidad con dicha designación.

III. MARCO NORMATIVO DEL CONTRATO Y DEL PROCESO ARBITRAL

- 3.1. La presente controversia se regirá por el Reglamento de Contrataciones de Petróleos del Perú – PETROPERU S.A. y supletoriamente, por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante la Ley No. 30225 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 350-2015-EF y por todas las normas que le resulten aplicables.
- 3.2. Marco normativo que fue ratificado por la Clausula Primera de los Contratos No. 4000003242 (ítems 1 al 6 y 8) y el Contrato No. 4000003127 (ítem 7), señalar lo siguiente:

“El presente contrato se rige por el Reglamento de Contrataciones de Petróleos del Perú – PETROPERU S.A. en adelante EL REGLAMENTO; y, supletoriamente por las demás normas que resulten de aplicación al servicio contratado.

Forman parte del presente contrato, las Bases Integradas del Proceso por Competencia Mayor No. CMA-0006-2016-OTL/PETROPERU (que contiene las consultas y observaciones con sus correspondientes absoluciones; declaraciones juradas suscritas por postor, etc); la propuesta técnica y económica presentada por el PROVEEDOR y toda la información que el contratista presentó en su propuesta, la misma que tiene carácter de declaración jurada. El contrato podrá ser materia de ampliaciones o reducciones por acuerdo entre las partes”.

IV. DESARROLLO DEL ARBITRAJE

4.1. Audiencia y Acta de Instalación

- 4.1.1. Que, con fecha 10 de agosto de 2018, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único contando con la presencia del Árbitro Único, el abogado Juan Miguel Rojas Ascón, la representante de la Sub Dirección de Procesos Arbitrales del OSCE, la abogada Mariela Kelly Pérez Ramos,

En representación del Contratista se hizo presente el señor Miguel Málaga Valz Gen, identificado con D.N.I. N° 07843135, acompañado del abogado Alejandro Contreras Fabian, identificado con DNI N°06150920 y Registro C.A.C. N°8983. En representación de la Entidad se hizo presente el apoderado, señor Luis Guillermo Magan Mareovich, identificado con D.N.I. N° 08423583 según copia de poder anexado al escrito presentado en la fecha, acompañado por el abogado Jorge Walter Sánchez Capunay, identificado con D.N.I. N°06763627 y Reg. CAL N°21704.

4.2. Demanda y Contestación de la Demanda

4.2.1. Que, mediante Escrito 01 recepcionado el 03 de octubre de 2017, **LA CONTRATISTA** cumplió con presentar su demanda arbitral.

4.2.2. Que, mediante Cédula de Notificación No. 7085-2017 de fecha 06 de noviembre de 2017, se dispuso, en resumen, lo siguiente:

a) De conformidad con el numeral 8.3.2. de la Directiva, se le otorgó a PETROPERU el plazo de quince (15) días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada con la presente, a fin que conteste la demanda interpuesta

4.2.3. Que, mediante Cédula de Notificación No. 7085-2017 de fecha 16 de enero de 2018, se dispuso, en resumen, lo siguiente:

a) Poner en conocimiento de la empresa MAN TRADING CORP S.A.C. el escrito de “Contestación de Demanda Arbitral” y “Designación de Árbitro Único” con sus anexos correspondientes, presentados por PETROPERU con fechas 28 de noviembre y 22 de diciembre de 2017, respectivamente, para los fines que estime pertinentes.

4.3. Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos, Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos

4.3.1. Que, mediante Resolución N° 02 de fecha 20 de noviembre de 2018, el Árbitro Único dispuso, en resumen, lo siguiente:

a) Citar a las partes a la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos,, Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos, actuación arbitral que se llevará a cabo el día miércoles 5 de diciembre de 2018 a las 10:00 a.m. en la sede del arbitraje, ubicada en Edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, Provincia y Departamento de Lima.

4.3.2. Que, en la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos,, Admisión de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos, se llevó a cabo las siguientes actuaciones:

a) Se declaro saneado en presente proceso arbitral

- b) No resultó posible arribar a un acuerdo conciliatorio. No obstante, el Árbitro Único, pone en conocimiento de las partes que la conciliación puede darse en cualquier etapa del proceso
- c) Se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

Primera pretensión principal:

Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad tenía la obligación de aprobar los Certificados de Calidad de las planchas de acero al carbono semikilled para el Plan Maestro de Tanques de PETROPERÚ, previo a su importación.

Pretensión condicionada a la primera pretensión principal:

Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad cumplió con retardo su obligación de aprobar los Certificados de Calidad de las planchas de acero al carbono semikilled para el Plan Maestro de Tanques de PETROPERÚ, previo a su importación.

Pretensión accesoria a la primera pretensión condicionada de la primera pretensión principal:

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que pague al Contratista el monto ascendente a \$ 52,609.00, por concepto de los costos adicionales que se produjeron en la importación de las planchas de acero, debido al cumplimiento retardado de su obligación de aprobar los certificados de calidad.

Pretensión subordinada a la pretensión accesoria de la pretensión condicionada de la primera pretensión principal:

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de una indemnización ascendente \$ 52,609.00, debido a que como producto del cumplimiento retardado de su obligación de aprobar los certificados de calidad, el Contratista incurrió en mayores gastos, viéndose disminuido su patrimonio a causa de la inacción de la Entidad.

Segunda pretensión principal:

Determinar si corresponde o no declarar ineficaz la imputación de la penalidad por mora aplicada al Contratista, por carecer de sustento legal, resultando incorrecto el monto liquidado como penalidad.

Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal:

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que pague el monto ascendente a \$ 9,318.41, como restitución por la penalidad debidamente descontada.

- d) Se admitió a trámite los medios probatorios ofrecidos por **LA CONTRATISTA** en el subnumeral 7.1. del acápite denominado "VIL MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de demanda presentado con fecha 3 de octubre de 2017, consistente en veintiún (21).
- e) Se admitió a trámite la "Declaración testimonial del señor Augusto Garland, Jefe de la Unidad de Compras y Contrataciones de PETROPERÚ (Talara)", medio probatorio ofrecido por **EL CONTRATISTA**.
- f) Se admitió a trámite los medios probatorios ofrecidos por **LA ENTIDAD** en el acápite denominado "IV. MEDIOS PROBATORIOS", literales de la a) a la u) de su escrito de contestación de demanda presentado con fecha 28 de noviembre de 2017.
- g) Ambas partes expusieron en el informe de hechos.

4.3.3. Que, mediante **Resolución N° 05** de fecha 18 de junio de 2019, el Árbitro Único dispuso, en resumen, lo siguiente:

- a) **CITAR** a las partes a la Audiencia de Testimoniales para el día martes 09 de julio de 2019 a las 08:30 am en las instalaciones de la sede arbitral, ubicada en el Edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima.

4.3.4. Que, mediante **Resolución N° 06** de fecha 10 de agosto de 2019, el Árbitro Único dispuso, en resumen, lo siguiente:

- a) **REPROGRAMAR la Audiencia de Testimoniales para el día jueves 26 de setiembre de 2019 a las 16:00 horas** en las instalaciones de la sede arbitral, ubicada en el Edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima.

4.3.5. Con fecha 26 de octubre de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Declaración Testimonial del Sr. Augusto Javier Garland Chio, con la participación del testigo y de los representantes de las partes.

4.3.6. Que, mediante **Resolución N° 08** de fecha 18 de agosto de 2020, el Árbitro Único debido a la existencia del COVID-19 dispuso, en resumen, lo siguiente:

- a) **DECLARAR** que los plazos del presente proceso y la tramitación del mismo se han encontrado suspendidos desde el día 16 de marzo hasta el 10 de junio de 2020.
- b) **AUTORIZAR** a la Secretaría Arbitral conformar un expediente arbitral digitalizado, complementario al físico a partir de la fecha de la emisión de la presente resolución, en el cual se incluyan todos los escritos, notificaciones y documentación conexas al arbitraje, asimismo **PRECISAR** que son las partes las responsables de guardar la confidencialidad de los links, archivos, o acceso al sistema, que le sean otorgados por la Secretaría Arbitral.
- c) **DISPONER LA VARIACIÓN DEL DOMICILIO PROCESAL DEL CONTRATISTA** a los siguientes correos electrónicos: malaga.miguel@hotmail.com, en donde se le notificarán las actuaciones

arbitrales que se emitan en el presente proceso (incluyendo el laudo arbitral o decisión complementaria, de corresponder).

- d) **DISPONER** que la presentación de escritos sea a través del siguiente canal virtual: mesadepartes@osce.gob.pe.
- e) **DECLARAR CONCLUIDA** la etapa probatoria y en consecuencia, **OTORGAR A LAS PARTES** el plazo de cinco (05) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificados con la presente Resolución a efectos de que presenten sus alegatos escritos.

4.3.7. Que, mediante **Resolución N° 09** de fecha 23 de setiembre de 2020, el Árbitro Único debido a la existencia del COVID-19 dispuso, en resumen, lo siguiente:

- a) **DISPONER LA VARIACIÓN DEL DOMICILIO PROCESAL DE LA ENTIDAD** a los siguientes correos electrónicos: mesadepartes@petroperu.com.pe, rserpa@petroperu.com.pe, kzuniga@petroperu.com.pe, epaiva@petroperu.com.pe, en donde se le notificarán las actuaciones arbitrales que se emitan en el presente proceso (incluyendo el laudo arbitral o decisión complementaria, de corresponder).

4.3.8. Que, mediante **Resolución N° 10** de fecha 22 de octubre de 2020, el Árbitro Único debido a la existencia del COVID-19 dispuso, en resumen, lo siguiente:

- a) **DISPONER** que a partir del 1 de octubre de 2020, la presentación de escritos se realiza a través de la **Mesa de Partes Digital del OSCE**, a la cual se podrá acceder a través del portal web institucional: www.gob.pe/osce, adjuntándose para dicho fin el link de acceso a la “*Guía Mesa de Partes Digital del OSCE*”: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1317764/Gu%C3%ADa%20de%20la%20Mesa%20de%20Partes%20Digital%20del%20OSCE.pdf>.
- b) **DISPONER LA MODIFICACIÓN Y NUEVAS REGLAS ARBITRALES**, según sea el caso, las mismas que se detallan en el considerando 12) de la presente.

4.3.9. Que, mediante **Resolución N° 11** de fecha 06 de enero de 2021, el Árbitro Único dispuso, en resumen, lo siguiente:

- a) **DECLÁRESE el CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA y OTÓRGUESE** a las partes el plazo de cinco (05) días hábiles para que cumplan con presentar sus alegatos escritos.
- b) **CONVÓQUESE** a las partes a la realización de la Audiencia de Informes Orales para el viernes 15 de enero de 2021, a las 10:00 am, mediante link de la plataforma Google Meet, la misma que será oportunamente notifica por la Secretaría Arbitral, debiendo las partes observar las reglas establecidas en la Resolución No. 10 en lo que respecta a la realización de audiencias.

4.4. Fijación del Plazo para Laudar

4.4.1. Que, en la Audiencia de Informes Orales, se llevó a cabo las siguientes actuaciones:

- a) Se otorgó a las partes el plazo para expongan oralmente sus argumentos, haciendo efectivo su derecho a la réplica y dúplica, respectivamente.
- b) Fijar el plazo para laudar en **veinte (20) días hábiles**, plazo que podrá ser prorrogado por **quince (15) días hábiles** adicionales a sola discreción del Árbitro Único.
- c) Mediante Resolución No. 13, se prorrogó el plazo para laudar en quince (15) días hábiles de vencido el primer plazo, **por lo que el plazo para laudar vence el viernes 5 de marzo de 2021**

V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

5.1. La presente controversia se deriva del proceso por Competencia Mayor No. CMA-006-2016-OTL/PETROPERU para la adquisición de planchas de acero al carbono semiskilled para el Plan Maestro de Tanques 2016.

5.2. En virtud de lo expuesto, la presente controversia se regirá por el Reglamento de Contrataciones de Petróleos del Perú – PETROPERU S.A. y supletoriamente, por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante la Ley No. 30225 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 350-2015-EF y por todas las normas que le resulten aplicables.

5.3. El Marco normativo antes mencionado, fue ratificado por la Clausula Primera de los Contratos No. 4000003242 (ítems 1 al 6 y 8) y el Contrato No. 4000003127 (ítem 7), señalar lo siguiente:

“El presente contrato se rige por el Reglamento de Contrataciones de Petróleos del Perú – PETROPERU S.A. en adelante EL REGLAMENTO; y, supletoriamente por las demás normas que resulten de aplicación al servicio contratado.

Forman parte del presente contrato, las Bases Integradas del Proceso por Competencia Mayor No. CMA-0006-2016-OTL/PETROPERU (que contiene las consultas y observaciones con sus correspondientes absoluciones; declaraciones juradas suscritas por postor, etc); la propuesta técnica y económica presentada por el PROVEEDOR y toda la información que el contratista presentó en su propuesta, la misma que tiene carácter de declaración jurada. El contrato podrá ser materia de ampliaciones o reducciones por acuerdo entre las partes”.

5.4. Asimismo, se debe tener presente que constituye un principio general de todo proceso el de la Carga de la Prueba, dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma que establece literalmente lo siguiente:

“Artículo 196.- Carga de la prueba. -

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

- 5.5. Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de Necesidad de la Prueba, Originalidad de la Prueba, Pertinencia y Utilidad de la Prueba, entre otros; los mismos que se encuentran recogidos en el artículo 188° del Código Procesal Civil.
- 5.6. Por su parte, el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje, otorga a los Árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas.
- 5.7. Que, todo el ordenamiento jurídico peruano, en lo que se refiere al cumplimiento de los contratos, establece que los contratos son obligatorios para las partes y que deben cumplirse y respetarse escrupulosamente.
- 5.8. Por tanto, es preciso dejar claramente establecido que éste como todos los casos que se sustentan en un contrato público debe ser resuelto con sujeción al principio de la autonomía de las partes que, en forma fundamental, inspira el derecho contractual, principio que ha sido recogido en el artículo 62° de nuestra Constitución Política.
- 5.9. Adicionalmente, los artículos 1352°, 1354° y 1356° del Código Civil consagran el principio de la consensualidad, el principio de la libertad contractual y el carácter obligatorio de las disposiciones contractuales, respectivamente. Al respecto, el artículo 1361° del Código Civil declara como principio rector que *“los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”* y el artículo 1362° del mismo cuerpo normativo prescribe que *“los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*.
- 5.10. Del mismo modo, debe tomarse en cuenta el artículo 1352° del Código acotado que establece que *“los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos casos que, además, deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad”*; en igual sentido, el artículo 1373° del citado cuerpo normativo dispone que *“el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”*.
- 5.11. Todas estas disposiciones consagran el principio jurídico rector de la contratación (*“pacta sunt servanda”*), base del derecho obligacional y contractual que compromete a las partes a cumplir de buena fe las obligaciones pactadas de un contrato.
- 5.12. Los principios de fuerza obligatoria del contrato, buena fe y común intención de las partes sostienen que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose legalmente que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes. En tal sentido, quien niega dicha coincidencia debe probarla.

- 5.13. Que, conforme a la demanda, la contestación de la demanda, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios y los Informes Orales se ha determinado la controversia y por tanto los temas que serán materia del laudo.
- 5.14. Que, conforme se ha indicado anteriormente en materia de probanza todo aquel que alega un hecho debe de probarlo, sin perjuicio de que el Árbitro Único pueda solicitar y actuar pruebas adicionales si considera que lo requiere. A tales efectos, el Árbitro Único a lo largo del arbitraje ha analizado la posición de la demandante y del demandado, sus alegaciones y las pruebas que han aportado al presente.
- 5.15. Que, siendo ello así corresponde al Árbitro Único, establecer la secuencia lógica del presente Laudo mediante la exposición ordenada de cada una de las pretensiones postuladas, atendiendo no solo a la argumentación propuesta por las partes sino también analizando a las excepciones, las pruebas ofrecidas y actuadas respecto a cada una de dichas pretensiones.
- 5.16. Debe tenerse en cuenta que el Árbitro Único evaluó las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a su valoración conjunta, las consecuencias que para las partes se deriven de haber probado o no sus respectivas alegaciones de acuerdo a derecho.
- 5.17. Que, a los efectos de valorar las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, que es uno de derecho, debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba corresponde a quien alega determinado hecho. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la prueba tiene por objeto que la parte interesada acredite ante el juzgador los hechos que invoca en la sustentación de su posición para crear certeza respecto de ellos. A este respecto, la doctrina señala que:

“La noción vulgar o corriente de probar la recoge y tecnifica la ley para que las partes interesadas en un litigio sepan a qué atenerse en cuanto al modo de hacerlo (...) probar es averiguar la verdad de una cosa, justificarla, hacerla presente (...).”

Todo medio que pueda alcanzar el doble fin de hacer conocido del juez un hecho, es decir, darle conocimiento claro y preciso de él, y juntamente darle la certeza de la existencia del hecho, es un medio de prueba.

Como el juez ignora los hechos, pero las partes interesadas si lo conocen, pues lo han creado y los han vivido; deben hacérselos conocer de tal manera que el conocimiento le produzca certeza en su criterio”¹.

- 5.18. De la revisión de la demanda, contestación, pruebas aportadas y las posteriores actuaciones en el marco del presente proceso arbitral, se aprecia la existencia de un vínculo contractual válido entre las partes.
- 5.19. El Árbitro Único considera que, en el caso de llegar a la conclusión de que a los efectos de resolver la presente controversia, careciese de objeto pronunciarse sobre alguno de los puntos controvertidos previamente establecidos, porque

¹ ROCHA ALVIRA, Antonio (1990). *De la prueba en el Derecho*. Medellín. Biblioteca Jurídica DIKE. pp. 19 - 21.

guardan vinculación con los puntos controvertidos resueltos, podrá omitir pronunciamiento sobre aquellos expresando las razones de dicha omisión.

- 5.20. Finalmente, el Árbitro Único dejó constancia de que las premisas señaladas como puntos controvertidos son meramente referenciales, por lo que se podría omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, estando las partes de acuerdo.

VI. SOBRE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (LCE) Y SU REGLAMENTO

- 6.1. Al respecto, debe mencionarse que la aplicación supletoria de normas presupone la existencia de una normativa que, siendo aplicable a determinada relación o situación jurídica de manera obligatoria, no regula un caso o supuesto particular (norma suplida), por lo que resulta necesario recurrir a otra normativa distinta con la finalidad de suplir la falencia o vacío existente (norma supletoria) .
- 6.2. Debe precisarse que la aplicación supletoria de una norma implica un análisis de compatibilidad; esto es, realizar un análisis comparativo de la norma a ser suplida y de la norma supletoria, a efectos de determinar si sus naturalezas son semejantes y, por tanto, compatibles.
- 6.3. En este sentido, la aplicación supletoria de alguna de las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado a las disposiciones que rigen un régimen especial de contratación, implica realizar un análisis comparativo entre ambas disposiciones, a efectos de determinar si resultan compatibles y, en consecuencia, si procede tal supletoriedad. Cabe precisar que, para estos efectos, el referido análisis de compatibilidad debe ser realizado por el operador al que corresponda la aplicación de las disposiciones del régimen especial de contratación.
- 6.4. Ahora bien, corresponde señalar que la Ley N° 28840, Ley de Fortalecimiento y Modernización de la Empresa Petróleos del Perú - PETROPERÚ S.A., sustrajo del ámbito de aplicación de la LCE a PETROPERU S.A., precisando que sus adquisiciones y contrataciones se rigen por su propio reglamento, propuesto por su Directorio y aprobado por el CONSUCODE (actualmente, OSCE) .
- 6.5. Aun así, como se indicó previamente, las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado pueden ser aplicadas supletoriamente a aquellas contrataciones que se rigen por algún régimen especial de contratación, como el de PETROPERÚ S.A., siempre que la naturaleza de ambas normas resulte compatible, previo análisis comparativo.
- 6.6. Lo antes afirmado, se ratifica cuando de manera expresa el Reglamento de Contrataciones de PETROPERU establece que la Ley de Contrataciones del Estado es una de las normas base que sirvieron para su desarrollo y elaboración; incluso durante todo el texto del Reglamento, se hace mención expresa a la LCE.
- 6.7. Adicionalmente, tenemos que la Clausula Primera de los Contratos No. 4000003242 (ítems 1 al 6 y 8) y el Contrato No. 4000003127 (ítem 7), señalan lo siguiente:

“El presente contrato se rige por el Reglamento de Contrataciones de Petróleos del Perú – PETROPERU S.A. en adelante EL REGLAMENTO; y, supletoriamente por las demás normas que resulten de aplicación al servicio contratado (el resaltado es nuestro).

- 6.8. Por lo expuesto, tenemos que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento resultan aplicables de manera supletoria a la presente controversia; razón por la cual, también podrán utilizarse de manera ilustrativa y referencial las opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE); sin perjuicio de ello, se debe dejar establecido que el fondo de la controversia se resolverá mediante la aplicación de la norma especial, documentos que conforman las bases técnicas, administrativas y del contrato suscrito entre las partes.

VII. POSICIONES DE LAS PARTES PROCESALES

7.1.1. POSICIÓN DE LA CONTRATISTA:

¿DE QUÉ TRATA ESTE CASO?

- 7.1.1.1. El presente caso, trata de cómo la diligencia debida y la buena fe, terminan ocasionando un daño económico a un proveedor. Y es que como en toda relación jurídica, la diligencia y la buena fe no son eficientes cuando no son recíprocas en las partes.
- 7.1.1.2. De este modo, un retraso de más de 106 días para emitir una conformidad, ha ocasionado un adicional en gastos ascendentes US\$ 52,609.00 Dólares. Pero no solo ello, sino que además una imputación de penalidad por retraso, han generado que se retenga indebidamente la cantidad de US\$ 9,318.45 Dólares.
- 7.1.1.3. Como veremos en los siguientes párrafos, lo que habrá de evaluar usted, señor Árbitro, es el cumplimiento de las obligaciones contractuales, interpretándolas no solo de acuerdo a la finalidad del contrato, sino a las reglas de buena fe y diligencia debida. Y es que la ejecución de un contrato también merece una actuación debida, y las partes contractuales no pueden agotar su comunicación en la fase de negociación. La ejecución también merece comunicación continua, eficiente y de buena fe de las partes para lograr una correcta satisfacción de las necesidades de las partes.
- 7.1.1.4. En este caso, veremos como ese interés en satisfacer las necesidades de PETROPERÚ, jugó en contra de Man Trading corp. S.A.C., y le ha ocasionado un grave perjuicio económico.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Los contratos No. 4000003242 y No. 4000003127

- 7.1.1.5. PETROPERU mediante publicación en el portal web del SEACE, con fecha 31 de mayo de 2016 convocó al proceso por Competencia Mayor

No. CMA-006-2016-OTL/PETROPERU para la adquisición de planchas de acero al carbono semiskilled para el plan maestro de tanques 2016.

- 7.1.1.6. A Man Trading Corp. se le otorgó la Buena pro de los ítems 1 al 6, 7 y 8. Sin embargo, se generaron dos contratos por separado:

Contrato No. 4000003242: Por el cual se contrata los ítems 1 al 6 y 8

Contrato No. 4000003127: Por la cual se contrata por el ítem 7

- 7.1.1.7. El servicio a contrata, consistía en proveer a PETROPERÚ las planchas de acero al carbono semi killed para el plan maestro de tanques 2016, en base a especificaciones y condiciones establecidas en las bases.

- 7.1.1.8. El contrato, además, estableció en su cláusula tercera que la entrega de los bienes requeridos por PETROPERÚ se debería realizar en el plazo de 150 días calendarios de recepcionado el contrato firmado por parte del proveedor.

- 7.1.1.9. Así mismo, las bases técnicas establecía que las planchas eran de acero al carbono y que no contenían boro, ni ningún otro elemento considerado en las normas técnicas (ASTM A-36 y A-283).

- 7.1.1.10. Sin embargo, mediante Carta No. 00118-2016, del 08 de setiembre del 2016 la empresa Work Trade Center EIRL, quien había ganado la buena pro de los mismos ítems pertenecientes al mismo concurso que nosotros, solicitó a PETROPERÚ que se confirme si la composición del material era conforme a la oferta realizada por ellos consistente en “planchas no contienen boro y solo 0.3% de otros elementos que no están considerados en las normas técnicas. Cumple con la normativa A36 y A283 respectivamente en sus mínimos y máximos componentes”.

- 7.1.1.11. La respuesta de PETROPERÚ fue enviada mediante CARTA LOG2-0664-2016, mediante la cual señaló que dicha oferta era correcta, que era posible que las planchas de acero contengan 0.3% de otros elementos que no estén considerados en las normas técnicas y en las bases.

- 7.1.1.12. Sin embargo, Word trade Center con Carta 00119 – 2016 desistió de su Buena Pro, manifestando que no procedería con la suscripción del contrato, porque no cumplía con las especificaciones técnicas de las bases. Pasando así, a que nuestra compañía MAN TRADING CORP. S.A.C gane la buena pro de estos ítems.

- 7.1.1.13. Siendo ello así, y dado que se trataba del mismo concurso, de las mismas planchas, pero de otro postor que había ganado la buena pro de los mismos ítems -pero que seguían perteneciendo al mismo concurso- se creó una incertidumbre sobre si es que las planchas de acero podían o no contener de otros elementos no considerados en las bases técnicas; sin perjuicio de que cuenten con los certificados de calidad requeridos.

El problema: la aprobación de certificados.

- 7.1.1.14.** Obtenida la buena pro, y ante la incertidumbre sobre las planchas de acero podían o no contener 0.3% de otros elementos no considerados en las normas técnicas, es que previo a la firma del contrato solicitamos que se acepten o aprueben los certificados de calidad de las planchas de acero. Estas planchas se encontraban ya en almacenes en Shanghai, listos para su embarque y envío a Perú.
- 7.1.1.15.** Dado que habíamos ganado la buena pro, solo requeríamos que se apruebe, que nos digan que eran correctas las planchas que importábamos. Vale resaltar que fuimos completamente diligentes presentando esta solicitud de aprobación -mucho antes de la firma de los contratos. En efecto, esta solicitud de aprobación de certificados se realizó el 17 de octubre mediante Carta No. 00017-2016.
- 7.1.1.16.** .23 La respuesta de PETROPERÚ fue emitida mediante su Carta COM-0968 -2016; de fecha 18 de octubre de 2016, en la cual no negaron que deban aprobar previamente los certificados, sino que por el contrario, los pusieron en conocimiento de su Unidad de Inspección, para su evaluación:
- “4. En cuanto a las copias de los certificados de calidad recibidos estos están siendo remitidos a nuestra Unidad Inspección para la evaluación respectiva cuyos resultados les estaremos remitiendo posteriormente; sin embargo se hace notar que las cantidades que se indican en los certificados en la columna SHEETS para cada tipo de plancha no concuerda con las cantidades requeridas, es decir son muy menores a las indicadas en las bases técnicas”.*
- 7.1.1.17.** Es preciso observar aquí que el tiempo de respuesta de PETROPERÚ fue de un día. Lo cual nos dio el tiempo prudente para poder presentar la totalidad de Certificados y, de esta manera sean aprobados, para que nosotros autoricemos su embarque a Perú desde Shanghai.
- 7.1.1.18.** Así mismo, mediante carta COM-10447-2016 de fecha 25 de octubre de 2016, PETROPERÚ señaló que los certificados presentados cumplían con los requerimientos técnicos. Sin embargo, dado que no habíamos presentado la totalidad de los certificados, advirtieron que la información presentada era incompleta.
- 7.1.1.19.** Ante esta situación, y a fin que PETROPERÚ tenga a la vista la totalidad de certificados para que los acepte, el 27 de octubre remitimos la Carta No. 00018-2016, adjuntando la totalidad de certificados de calidad de las planchas de acero.
- 7.1.1.20.** Ahora, el Contrato No. 4000003242 (por el cual se contrata por los ítems 1 al 6 y 8) fue firmado el tres (3) de noviembre de 2016, mientras que el contrato No. 4000003127 (por la cual se contrata por el ítem 7) fue firmado el catorce (14) de setiembre de 2016.
- 7.1.1.21.** Era ya enero del presente año, y PETROPERÚ continuaba sin contestarnos nuestra Carta No. 00018-2016, mediante la cual remitimos la

totalidad de los certificados de calidad de las planchas de acero, a fin que la evaluación que requería PETROPERÚ sea total.

- 7.1.1.22. En atención a ello, y ya con el tiempo en contra, es que remitimos a PETROPERÚ el 12 de enero de 2017 la Carta No. 00001-2017, reiterando la necesidad de obtener su aprobación de los certificados; señalando que las planchas, estaban en almacén desde el 15 de octubre del 2016 listas para su embarque inmediato.
- 7.1.1.23. Estando ya fuera del plazo para cumplir totalmente con los contratos, es que mediante Carta No. MAN-0009-17 del 26 de enero de 2017, solicitamos a PETROPERÚ amplié el plazo del contrato para la entrega de las planchas de acero, por noventa y ocho aprobando así mismo, los certificados remitidos.
- 7.1.1.24. Mediante COM-0291-2017 del 31 de enero de 2017 es que PETROPERÚ nos comunica que ahora, según lo que han revisado, no, es necesaria la aprobación de los certificados para que procediéramos a importar las planchas de acero. Sin embargo, también señalan que su Unidad de Inspección ha confirmado que los certificados remitidos son aceptables, señalando, que de todas maneras realizarían una a inspección previa, luego de la importación de las planchas.
- 7.1.1.25. Así mismo, establecen como fecha de entrega de las planchas, para ambos contratos, el 7 de abril del 2017. Sin embargo, deniegan nuestro pedido de ampliación de plazo de entrega por noventa y ocho (98) días.
- 7.1.1.26. Es por estas fechas que nuestro proveedor nos informa sobre el alza de los precios del acero en el mercado internacional y que por obvias razones se modificaban los precios de nuestra cotización inicial, la cual fue utilizada para la atención de los contratos No. 4000003242 y No. 4000003127. Esta información también fue brindada a Petroperú en forma oportuna en nuestras múltiples solicitudes de ampliación de plazo y reconocimiento de gastos adicionales (carta MAN No. 00027-17, No. 00030-17 y carta notarial 00054-17), los cuales fueron sustentados con documentos que certifican la veracidad de esta información.
- 7.1.1.27. Posteriormente, mediante Informe Técnico No. IT-JASS-COM-028-2017 del 10 de abril del 2017, PETROPERÚ decidió extender el plazo de entrega de los materiales, cuya fecha de entrega se encontraba entre los meses de febrero a abril del 2017, hasta el 02 de mayo de 2017, por razones climatológicas que colocó a nuestro país en estado naranja y en algunas zonas como Piura en estado de emergencia, por lo que Petróleos del Perú no atendió nuestra solicitud MAN No. 0022-2017 de ampliación de plazo de acuerdo al artículo 132, plazos máximos para realizar actos procedimentales, según la ley No. 29060 "Ley del Silencio administrativo" y la ley N027444.
- 7.1.1.28. El 27 de abril de 2017, PETROPERÚ emite la Carta No. COM-1178-2017, mediante la cual nos otorga la ampliación de plazo que solicitáramos

mediante Carta MAN N000027-17. del 26 de abril del 2017. El plazo de ampliación fue otorgado por cuarenta (40) días.

- 7.1.1.29.** Así mismo, respecto a nuestra Carta No. 024-2017 mediante la cual solicitamos los costos adicionales generados por la demora en aprobar los certificados de garantía, no señalaron que los montos no habían sido especificados a detalle, y comunicando que remitían ello a su Área Legal para la evaluación correspondiente
- 7.1.1.30.** Es mediante Carta No: JASS-020-2017 del 17 de mayo de 2017, se nos denegó el pedido de gastos adicionales solicitados, debido a la demora en respuesta por parte de PETROPERÚ, pues para ellos, no existía obligación de responder una comunicación en ejecución contractual.
- 7.1.1.31.** Dando cumplimiento a los contratos, es mediante Acta 0472-2017 que se da conformidad de recepción a los bienes referidos al contrato No. 4000003127 y mediante Acta 0474-2017 se da conformidad a los bienes referidos al contrato No. 4000003242
- 7.1.1.32.** El 18.05.2017 con Carta MAN No. 00032-17, se solicitó a PETROPERÚ la ampliación de plazo por seis (6) días para entregar los materiales. Por razones inherentes a los eventos climáticos que sucedían por esas fechas (motivo de caso fortuito y fuerza mayor numeral 18.12 del Reglamento de adquisiciones y contrataciones de Petroperú) y, como consecuencia de este evento climático (niño costero – marea anómala), se decretó en estado de emergencia el departamento de Piura a través del gobierno central, dando como resultado final la congestión de embarques en el Puerto de Paita.
- 7.1.1.33.** E 09 de Agosto de 2017, mediante Carta MAN No. 00042-2017, solicitamos una reconsideración de la ampliación de plazo de 6 días, denegada por PETROPERÚ, incongruentemente, porque en anterior oportunidad ésta solicitud fue aceptada por Edmundo Orozco mediante correo electrónico del día 19.05.2017, donde menciona:

*"Estimado Christian.
Hemos recibido vuestra carta conforme, lo vamos a considerar para el plazo de entrega y no se vean perjudicados con penalidad alguna".*

Aun así, a pesar de que se nos había informado que considerarían nuestra petición, se nos implantó una multa por cinco (5) días de atraso que no son fundamentadas por Petroperú. Ya que existe incongruencia en sus declaraciones.

- 7.1.1.34.** Finalmente, mediante Carta JASS-COM-2951-2017 del 08 de setiembre de 2017, PETROPERU, ratifica su posición de no otorgar ningún pago de costos adicionales, es imperativo indicar que Petroperú en reiteradas oportunidades nos negó nuestra solicitud de reconocimiento de costos adicionales, pero También no deja de ser cierto que en varias oportunidades atendió parcialmente nuestras solicitudes y sustentos legales como es el caso de la carta MAN No. 00030-17 referencia al artículo 10.5 del reglamento de contrataciones de Petroperú) que no fue atendida en su totalidad y caso contrario en sus múltiples cartas omitieron

este numeral al cual nos acogemos por ser de justicia. Queda constancia que ha finalizado todo modo de resolución amigable entre Man Trading y PETROPERÚ.

- 7.1.1.35.** Como veremos a continuación, si bien los contratos con el Estado -o empresas del Estado- están regulados por la normativa de contrataciones con el Estado o el propio reglamento de la Entidad, lo cierto es que existen principio y reglas generales del derecho, que no pueden dejarse pasar por alto. Una de esas reglas es la buena fe, y otra es la diligencia debida, reglas que PETROPERÚ pretende desconocer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Aprobación de los Certificados de calidad previa a su importación.

- 7.1.1.36.** Como hemos señalado, tras la incertidumbre generada por PETROPERÚ, relativa al contenido de otros materiales en las planchas de acero, es que nos vimos forzados -a fin de evitar incumplir la entrega de las planchas- a remitir los certificados de calidad previa a la importación de las planchas de acero.
- 7.1.1.37.** ¿Qué ha considerado PETROPERÚ respecto a ello? Como hemos visto en el resumen de hechos, PETROPERÚ en un primer momento no objetó la necesidad de aprobar los certificados, pues consideró ello correcto con la finalidad contractual, esto es, con el cumplimiento de la entrega de las planchas de acero con calidad garantizada.
- 7.1.1.38.** Basta ver las Carta.COM-10447-2016 de fecha 25 de octubre de 2016, para caer en cuenta de que PETROPERÚ comprendía totalmente lo diligente que era el que ellos aprobaran los certificados para realizar la importación de los bienes. Y es que lo que se buscaba evitar era importa planchas de acero que no satisficieran los requerimientos de PETROPERÚ.
- 7.1.1.39.** Y aquí se encuentra la controversia previa de la que hablamos en los antecedentes, pues esta incertidumbre si bien pudo haber sido prevista en las bases técnicas, se creó en base a la consideración que hiciera PETROPERÚ de admitir planchas de acero con hasta 0.3% de otros materiales, cuando las bases del presente concurso lo prohíban tácitamente en sus especificaciones técnicas.
- 7.1.1.40.** Ahora, para PETROPERÚ era tan diligente -y por lo tanto una obligación de diligencia propia del cumplimiento de la obligación de entrega de las planchas de acero- que basta ver los correos que adjuntamos entre Man Trading y PETROPERÚ (bloque de correos 1).
- 7.1.1.41.** En estos correos no solo se acredita que cumplimos diligentemente con presentar a tiempo los certificados de calidad de las planchas de acero, sino que también para PETROPERÚ esto era una buena práctica, pero que creían que esto podía ocasionar retrasos en la entrega de los bienes:

"Estimado Miguel Malaga

Agradeceré enviarme el link de los certificados para que la Unidad Inspección los verifique lo antes posible, me parece una buena práctica verificar los certificados de calidad previo al envío (. .)"

- 7.1.1.42. Sin embargo, lo cierto es que de haber evaluado y aprobado oportunamente los certificados de calidad, no se hubiera generado ningún retraso. Man Trading tenía previsto que los certificados sean aprobados en un tiempo razonable, no después de más de noventa días.
- 7.1.1.43. Nuevamente, señor Arbitro, nos encontramos ante un escenario en donde la diligencia debida es castigada con incumplimiento, y sobre todo con la imputación de penalidades por un retraso que se originó por el retraso en la aprobación de certificados por parte de PETROPERÚ.

Incumplimiento tardío de PETROPERÚ en la aceptación de los certificados.

- 7.1.1.44. En este bloque de correos 1, aunado a las cartas que remitimos solicitando la aprobación de los certificados, podemos afirmar que ha sido después de varios meses que PETROPERÚ decidió señalar que no existía ninguna obligación de su parte de aprobar los certificados de calidad.
- 7.1.1.45. Ahora, surge la pregunta ¿por qué esperar tanto tiempo para contestar la aprobación de los certificados (que ya se había dado previamente de manera parcial) señalar ahora que no tenían la obligación? Pues resulta obvio: su demora en contestar nuestra solicitud de aprobación de planchas de acero ocasionó que Man Trading incurriera en gastos adicionales.
- 7.1.1.46. Y justamente para cubrirse de tal imputación es que PETROPERÚ recién en las últimas comunicaciones es que desconocen esta —denominado por ellos buena práctica (que para nosotros, no es más que parte de la diligencia debida en cumplimiento de una obligación).
- 7.1.1.47. Es preciso en este punto acotar, que en bloque de correos 1, el propio Augusto Garland, en enero de 2017 se sorprende de que no se haya contestado la solicitud de aprobación de certificados presentada mediante Carta No. 000018-2016:

"Edmundo correcto lo que afirma el proveedor que desde el 28 de octubre mediante CARTA No. 00018-2016" solicitó la revisión de los certificados?"

- 7.1.1.48. Lo cierto es que esta tarea atribuida a PETROPERÚ, de aprobar los certificados tuvo una gran incidencia económica en el contrato, atribuible enteramente a PETROPERÚ. Y es que claramente cumplió tardíamente con su obligación de aprobar los certificados, para sorpresa de hasta su propio Jefe de Unidad de compras y Contrataciones.
- 7.1.1.49. El incumplimiento tardío de ello, repetimos, tiene consecuencias meramente económicas, como la disminución en el patrimonio de Man Trading. Ahora, el remedio a ello, fue solicitado oportunamente a PETROPERÚ: que se añada los costos adicionales incurridos. Sin

embargo, como se aprecia en las cartas señaladas en los hechos, esta opción fue descartada por ellos.

7.1.1.50. Pero no solo ello, sino que además, el contrato se ha desequilibrado totalmente, pues la proyección de precios, almacenaje y tiempo del contrato se extendió por única culpa de PETROPERÚ.

Desequilibrio contractual imputable a PETROPERÚ

7.1.1.51. Como hemos señalado reiteradamente en nuestras cartas, se ha ocasionado a Man Trading Corp. la suma de US\$ 52,609.00 Dólares en costos adicionales, a saber:

- ✓ Pagos adicionales por precios actualizados del acero que se incrementaron a nivel mundial y validez de la oferta, que ascenderían a US\$ 37,093.00
- ✓ Costos de almacenamiento de aproximadamente 1000 toneladas en almacenes de embargo, por US\$ 13 432.39 pagados al fabricante.
- ✓ La suma de US\$ 2,083.61 por ampliación de validez de la Carta de Crédito y Cartas Fianzas.

7.1.1.52. Ahora, Es claro que estos costos o gastos son producto de la tardía respuesta de PETROPERÚ, respuesta que por cierto beneficiaba única y exclusivamente a ellos, pues solo aprobando los certificados tendrían la seguridad de recibir aquello por lo que pagaron, y no esperar nuevamente otro embarque.

7.1.1.53. Lamentablemente a nivel funcional, la comunicación dentro de PETROPERÚ falló, y esa falla (constituida por la demora en su respuesta) fue la desencadenante de todos estos gastos adicionales que ha tenido que asumir Man Trading.

7.1.1.54. La propia normativa de PETROPERÚ en contrataciones, prevé este supuesto, pues considera la existencia de la posibilidad de que se generen costos adicionales en la contratación. Veamos:

"10.5. 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. Excepcionalmente, procederán variaciones en el monto contractual, características y condiciones ofrecidas, en los siguientes casos:

Monto contratado: Cuando se trate de adicionales, reducciones o cuando se refiera a bienes o servicios sujetos a cotización internacional o cuyos precios estén influidos por ésta. Previamente, deberá contarse con el presupuesto respectivo y autorización, según Cuadro de Niveles de Aprobación de Contrataciones vigente."

- 7.1.1.55.** La norma es clara, ante bienes sujetos a cotización internacional, procede la variación del monto. El acero es un bien de cotización internacional, por lo que su variación era previsible a nuestra oferta, la cual se vio alterada por la demora de PETROPERÚ en aprobar los certificados.
- 7.1.1.56.** Esta patología desequilibró al contrato, pues convirtió en mucho más onerosa la prestación a la que estaba obligado Man Trading. La solución, si a las normas reglamentarias nos remitimos, está en el mencionado 10.5 del reglamento de contrataciones de Petroperú que omitieron premeditadamente de nuestra Carta MAN No. 00027-17 de fecha 26.04.2017 y Carta MAN No. 00030-17 de fecha 09.05.2017.
- 7.1.1.57.** Pero si ello no bastará, claramente, PETROPERÚ ha cumplido tardíamente una obligación esencial, que beneficia a él únicamente: aprobar los certificados de calidad previa a su embarque y entrega. Pues, este incumplimiento tardío (por más de 98 días) tuvo consecuencias contractuales, las cuales como se han explicado volvieron onerosa la prestación. Creemos, que dentro de las relaciones jurídicas contractuales, estamos todos sujetos a la regla heterointegrador que recoge nuestro Código Civil en su artículo 1362:

Artículo 1362°.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

- 7.1.1.58.** Siendo ello así, claramente PETROPERU no ha actuado de buena fe, causando daño económico a Man Trading, daño que debe resarcir, si es que no genera los adicionales, pagando la suma total de los gastos incurridos por su demora en la aprobación de los certificados.

Aplicación indebida de penalidades

- 7.1.1.59.** Ahora, otro problema suscitado, es que, a los eventos sucedidos (climatológicos y respuestas de los certificados) dentro de la atención de los contratos N04000003242 y N04000003127, hubieron modificaciones en el plazo de entrega, los cuales se detallan a continuación:

Fecha de entrega: 17.05.2017

Fecha efectiva de entrega: 22.05.2017

- 7.1.1.60.** Teniendo estos datos claros, y de evidencia la carta MAN No. 00032-17 de fecha 18.05.2017, la cual es respondida por el señor Edmundo Orozco, confirmando que nuestra solicitud de ampliación de plazo se consideraría para que no exista cobro de penalidad por refraso de los 5 días que se nos fueron cobrados de nuestro pago, por la atención de las ordenes de compras, incurriendo a un valor de USD \$ 9,318.45 dólares americanos.
- 7.1.1.61.** Como vemos, se informó, a la entidad de Petroperú que no se nos debe realizar ningún cobro por penalidad, ya que cumplimos con la atención de los contratos de forma oportuna, aun teniendo en juego factores externos que escapaban de nuestro control directo y nos perjudicaban.

- 7.1.1.62. Como señalamos al inicio de este punto, el tema es claro: por la falta de atención a nuestro requerimiento tanto en la solicitud de aprobación de materiales como la aprobación de plazo por oleaje anómalo, PETROPERÚ, incurrió a penalizarnos por un monto de USD\$ 9,318.45 error que solicitamos usted señor árbitro corrija.

7.1.2. POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

FUNDAMENTOS DE HECHO:

- 7.1.2.1. Como cuestión preliminar, corresponde señalar que PETROPERU S.A. convocó al Proceso de Selección No. CMA-0006-2016-OTL/PETROPERU, para la adquisición de planchas de acero al carbono Semi Killed para el Plan Maestro de Tanques 2016.
- 7.1.2.2. Como consecuencia de ello, se suscribió el contrato No. 4000003127 con el CONTRATISTA, por el ítem No. 7, cuyo plazo de entrega total era de 150 días calendario, el cual vencía el 11.02.2017, y los ítems 1 al 6 y 8 fueron adjudicados a la Cía. WORK TRADE CENTER E.I.R.L.; sin embargo, esta empresa desistió de la Buena Pro, por tal motivo, estos ítems también fueron adjudicados a la Cía. MAN TRADING S.A.C. quien ocupó el segundo lugar en el orden de prelación, suscribiendo posteriormente el Contrato No. 4000003242 cuyo plazo de entrega era de 150 días calendario, el cual vencía el 07.04.2017
- 7.1.2.3. Previo a la firma del Contrato N O 4000003242, el "CONTRATISTA" remitió su Carta No. 0017-2016, de fecha 17 de octubre de 2016, mediante la cual adjuntó certificados de calidad de las planchas que tenía disponibles para su embarque en Shangay (según su carta); supeditando a PETROPERU para que los apruebe y así proceder, el "CONTRATISTA", ha presentar la carta fianza de fiel cumplimiento, requisito indispensable para la emisión y suscripción del Contrato por los ítems 1 al 6 y 8 del Proceso de Selección respectivo.
- 7.1.2.4. Sin perjuicio de los argumentos que desarrollaremos, lo expuesto por el "CONTRATISTA" en la carta antes mencionada refleja la inexperiencia en contrataciones en Procesos de Selección, al pretender o tener una clara voluntad de incluir condiciones no establecidas en las Bases del Proceso de Selección.
- 7.1.2.5. En respuesta a la mencionada carta PETROPERU, con fecha 18 de octubre de 2016, mediante CARTA No. COM -0968-2016, comunicó al "CONTRATISTA" que la Carta Fianza constituía uno de los requisitos para que proceda la firma del Contrato, por lo cual no debía existir condición alguna para su presentación; no obstante, se le indico además para su verificación, advirtiéndose que la cantidad de planchas que constaba en dichos certificados era muy inferior a la requerida en las Bases del Proceso de Selección.

- 7.1.2.6.** Asimismo, demostrando diligencia, mediante CARTA No. COM -1047-2016, del 25 de octubre de 2016, le comunicamos al "CONTRATISTA" que según opinión de la Unidad Inspección, las especificaciones técnicas de los materiales presentados en los certificados cumplían con las Bases técnicas; sin embargo, se recomendó que los productos debían entregarse con los certificados de origen y calidad preparados por el fabricante y elaborados por una compañía certificadora de calidad; además, se recomendó tomar las previsiones del caso pues las cantidades de planchas que indicaban los certificados no cubrían las cantidades de planchas solicitadas es el Proceso de Selección.
- 7.1.2.7.** Posteriormente, con fecha 28 de octubre 2016, mediante Carta No. 0018-2016, EL CONTRATISTA remitió nuevos certificados de todas las planchas requeridas en el proceso de selección, requiriendo esta vez que dichos certificados sean aceptados por PETROPERU previamente a la firma del contrato.
- 7.1.2.8.** Finalmente, con fecha 03 de noviembre de 2016, previo cumplimiento de todos los requisitos establecidos en las Bases del Proceso, se suscribió el segundo Contrato con el número 4000003242, entre el "CONTRATISTA" y "PETROPERU" Después de la suscripción de ambos contratos, mediante Carta No. 0019-2016 de fecha del 08 de noviembre de 2016, el CONTRATISTA solicitó ampliación de plazo de entrega del material correspondiente a la Orden de Compra 4000003127 (ítem 7 del Proceso de Selección), de tal forma que coincida con la fecha máxima de entrega del material de la Orden de Compra NO 4000003242 (ítems 1 al 6 y 8 del Proceso de Selección) con el fin de entregar todo en un solo momento.
- 7.1.2.9.** Con fecha 26.01.2017, mediante Carta No. 009-17, el "CONTRATISTA" volvió a solicitar ampliación de plazo de entrega de material, pues consideraba que previo al embarque de los materiales en origen primero 'debía obtener la aprobación de planos, certificados y otros en Órdenes de Compra que no estipulan tal condición ni en las Bases y contratos. Finalmente, el "CONTRATISTA" menciona que la demora en el embarque le estaba originando gastos de almacenamiento y otros adicionales por 3 meses por un monto de US\$. 36,000.00, ocasionando un perjuicio económico que no estaba incluido en su oferta.
- 7.1.2.10.** Mediante CARTA No. COM 291-2017, de fecha 31.01.2017, PETROPERU le comunicó al "CONTRATISTA" que habiendo revisado las Bases del Proceso de Selección respectivo NO se encontró la condición de aprobación el embarque; siendo así, las consultas que pudieran efectuarse en ese sentido no constituyen carga u obligación de las partes, más aún cuando no son requisito indispensable para iniciar la fabricación de un producto.
- 7.1.2.11.** Asimismo, en la mencionada carta, se le indicó al "CONTRATISTA" que las decisiones que pudiera haber tomado respecto a su cadena logística de abastecimiento eran de su exclusiva responsabilidad, más aún si PETROPERU no intervenía en dicho proceso de importación; por ello,

el CONTRATISTA conocedor de sus productos cotizados, debió embarcar las planchas sin supeditarse innecesariamente a la aprobación previa de certificados de calidad. Adicionalmente, se le informó que los certificados proporcionados habían sido aceptados por la Unidad de Inspección, sin que ello signifique exonerar al material de su verificación física y documentaria cuando llegue a nuestras instalaciones.

- 7.1.2.12.** Finalmente, se denegó la solicitud de ampliación de plazo del "CONTRATISTA"; sin embargo, se reconsideró equiparar las fechas de entregas máximas de las Órdenes 4000003127 (ítem 7 del Proceso de Selección, entrega máxima el 11.02.2017) y 4000003242 (ítems 1 al 6 y 8 del Proceso de Selección, entrega máxima el 07.04.2017), pues correspondían a un mismo Proceso de Selección, empresa y cotización, por ello, se le indicó que la fecha máxima de entrega para el material de ambas Órdenes de Compra sería el 07.04.2017.
- 7.1.2.13.** Posteriormente, mediante Carta No. 0022-17 de fecha 24.03.2017 el "CONTRATISTA", volvió a solicitar ampliación de plazo de entrega de materiales hasta el 17.05.2017 debido a los desastres naturales acontecidos en Sudamérica (lluvias, huaicos, etc.) así como demoras en las vías de importación. Asimismo, mencionó que existía una opción de trasbordo del material en el canal de Panamá, lo cual originaría costos adicionales que estaba solicitando para posteriormente informarlo a PETROPERU.
- 7.1.2.14.** En el mismo sentido, con Carta No. 0024-2017 de fecha 11.04.2017 reiteró su solicitud de ampliación de plazo, indicando que ésta se daba por aceptada pues no había sido respondida y menciona que oportunamente enviaría los costos adicionales causados por el trasbordo en el canal de Panamá, cuya decisión (trasbordo) tomo unilateralmente.
- 7.1.2.15.** Ante ello, PETROPERU con Carta No. COM-1151-2017, de fecha 21.04.2017 le informó que su solicitud de ampliación de plazo estaba siendo analizada; asimismo, se le recalcó que cualquier costo adicional incurrido en su cadena logística de abastecimiento debía ser asumida por él mismo, toda vez que PETROPERU no interviene en dicha cadena.
- 7.1.2.16.** Con fecha 27.04.2017, mediante Carta No. COM 1178-2017, se le comunicó al CONTRATISTA la aceptación de la ampliación de plazo de entrega de material hasta el 17.05.2017, para la obtención de las Ordenes 4000003127 y 4000003242; asimismo, respecto a los costos adicionales que incorrectamente pretendía, se le comunicó que dicho tema ya había sido respondido en nuestra carta No. COM-1151-2017 del 21.04.2017.
- 7.1.2.17.** Mediante Carta No. 0030-17 de fecha 09.05.2017 el CONTRATISTA insiste en que se le reconozcan gastos adicionales por las supuestas gestiones que venía realizando para la entrega de material.
- 7.1.2.18.** En respuesta a la mencionada Carta, con fecha 17.05.2017, mediante Carta No. JASS-020-2017 se le comunicó que según el Reglamento de Contrataciones PETROPERU a la cual estaba sujeta la presente

contratación, y al ser un contrato de adquisición de bienes no estaba previsto los costos adicionales por eventos en su cadena logística de abastecimiento; por lo tanto, el "CONTRATISTA" debía sujetarse a lo dispuesto en el Reglamento de Contrataciones de PETROPERU.

- 7.1.2.19.** Asimismo, se le comunicó que los costos directos y gastos generales como tales solo podían ser pagados en los contratos de servicios y ejecución de obras, según el Reglamento de Contrataciones de PETROPERU, por lo tanto, lo que estaba solicitando no se trataba de un adicional al Contrato y se le volvió a reiterar que la aprobación previa de certificados para proceder al embarque de las planchas era una condición inexistente en las bases y en el Contrato, y que tampoco fue materia de consulta en la etapa respectiva.
- 7.1.2.20.** Por otro lado, se le dio respuesta al argumento que supuestamente PETROPERU había absuelto una consulta técnica a la Empresa que en un primer momento se le había otorgado la Buena Pro (Cía. WORK TRADE CENTER), señalando que la pregunta absuelta, estaba referida a especificaciones técnicas contenidas en su propia propuesta técnica presentada al Proceso, más NO se refería a modificación alguna de las mismas, por tal motivo, era inexacto que el "CONTRATISTA" sostenga que PETROPERU modificó las especificaciones técnicas después de otorgada la Buena Pro, y por último, nos ratificamos en las comunicaciones previas, no correspondiendo reconocer supuestos gastos adicionales incurridos en la cadena logística de abastecimiento del "CONTRATISTA" por causa de sus exclusivas y unilaterales decisiones.
- 7.1.2.21.** Finalmente, el "CONTRATISTA" entregó el material de la Orden de Compra No. 4000003242, entre los días 22 al 31.05.2017, debiéndolo haber entregado el 15.05.2017, incurriendo en cinco (5) días de atraso, por lo que incurrió en penalidad, la cual fue calculada en US\$ 8,083.56; mientras que, el material de la Orden de Compra No. 4000003127, lo entregó entre los días 29 al 30.05.2017, debiéndolo haber entregado el 17.05.2017, incurriendo en 12 días de atraso; por lo que la penalidad determinada fue de US\$ 1, 234.89.
- 7.1.2.22.** Mediante Carta No. MAN-0054-17 del 01.09.2017, el CONTRATISTA insiste nuevamente en su solicitud de reconocimiento de gastos adicionales incurridos en la atención de los materiales involucrados, lo cual fue respondido mediante la CARTA No. JASS-COM-2951 del 08.09.2017 indicándole que sus peticiones y argumentos expresados resultaban reiterativos, toda vez que ya habían sido sido respondidos con nuestras Cartas Nos. COM-0968-2016 (18.10.2016), Carta COM-1047-2016 (25.10.2016), CO,-0291-2017 (31.01.2017), COM-1178-2017 (27.04.2017) Y JASS-020-2017 (17.05.2017), las cuales se ratificaron para todos sus efectos.
- 7.1.2.23.** Aclaradas las cuestiones previas y establecido el real panorama de la presente controversia, corresponde analizar y emitir opinión respecto a los aspectos expuestos por el "CONTRATISTA", para sustentar sus pretensiones; como primera pretensión solicita:

Primera Pretensión Principal.- Solicitamos al Árbitro Único que declare que existía obligación por parte de PETROPERÚ de aprobar los Certificados de Calidad de las Planchas de Acero al Carbono semikilled para el Plan Maestro de Tanques de PETROPERÚ, previo a su importación.

7.1.2.24. Como se puede apreciar, en esta pretensión el "CONTRATISTA" afirma que existía obligación de PETROPERU de aprobar los Certificados de Calidad de las Planchas de Acero; sin embargo, debemos señalar que conforme se puede advertir de los fundamentos de hecho, los CONTRATOS No. 4000003042 y No. 4000003127, derivan del Proceso de Selección No. CMA-0006-2016 OTL/PETROPERU, para la adquisición de planchas de acero al carbono Semi Killed para el Plan Maestro de Tanques 2016, en el cual el CONTRATISTA presentó su propuesta voluntariamente y declare que cumplirá con lo requerido en las Bases del citado proceso de contratación, resultando favorecido con el otorgamiento de la Buena pro.

7.1.2.25. Sobre el particular, debe considerarse que para Manuel María Diez, el contrato administrativo es:

“(...) un acuerdo de voluntades entre un órgano del Estado y un particular que genera efectos jurídicos en materia administrativa, razón por la cual el órgano del Estado debe haber actuado en ejercicio de su función administrativo”.

7.1.2.26. Asimismo, Manuel María Diez precisa que los elementos del contrato administrativo son los siguientes:

- a) Elemento subjetivo "(...) el contrato administrativo es un acuerdo de voluntades entre dos partes de las cuales una de ellas por lo menos es un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa. La otra parte sería una persona física o jurídica privada”.
- b) El acuerdo de voluntades: “(...) para que exista contrato se requiere la concurrencia. de dos voluntades opuestas y válidas de los sujetos que concurren a su formación. En el contrato administrativo, uno de los sujetos de la relación contractual es la administración y el otro el contratante. El acuerdo de voluntades o consentimiento implica entonces una manifestación de voluntad coincidente de las partes presupone, por un lado, la capacidad jurídica del contratante de la administración y por el otro la competencia del órgano estatal”.
- c) El elemento objetivo: "El objeto del contrato es la obligación que por él se constituye, obligación que tiene por contenido una prestación de dar y hacer o no hacer querida por las partes.
- d) La causa: "(...) la causa tiene carácter objetivo: es la situación de hecho que ha considerado la administración y que la determina a contratar para satisfacerla”.

- e) La forma: "En el caso del contrato también la forma comprenderá no solamente la exteriorización del acuerdo de voluntades, sino también todas las formalidades requeridas para la formación de la voluntad administrativa y su notificación".
- f) La finalidad: "El último elemento del contrato administrativo es el fin. La administración persigue un fin, la satisfacción del interés general. De manera que el contrato debe ser realizado por la administración teniendo en cuenta este fin. La finalidad constituye un elemento esencial en la contratación administrativa".

7.1.2.27. Por lo tanto, en el presente caso materia de controversia, como puede advertirse al ser una de las partes PETROPERU, una empresa del Estado Peruano, tiene que cumplir con las formalidades propias de los contratos administrativos; por ello, con la formalización de los contratos No. 4000003242 y No. 4000003127, las partes se vincularon voluntariamente y se comprometieron a efectuar prestaciones mutuas, debiendo EL CONTRATISTA cumplir cabalmente con sus obligaciones contractuales. de acuerdo a las características, especificaciones técnicas, cantidades y lugar señalado en las Bases, de acuerdo a su propuesta Técnica — Económica, para que se cumpla la finalidad del mismo.

7.1.2.28. Asimismo, según el numeral 13 del Anexo 1 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERÚ S.A., 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; por tanto, en ninguno de los documentos señalados - que constituyen las reglas del proceso de contratación, reglas que el "CONTRATISTA" conoció, aceptó y suscribió - ESTÁ ESTIPULADO QUE PETROPERÚ TENIA QUE REALIZAR UNA APROBACIÓN PREVIA DE CERTIFICADOS PARA QUE EL CONTRATISTA PUEDA PROCEDER PARA EL EMBARQUE DE LAS PLANCHAS DE ACERO, por lo que el CONTRATISTA PRETENDE CONFUNDIR O SORPRENDER SEÑALANDO QUE PETROPERU-INCUMPLIÓ EL CONTRATO.

7.1.2.29. Cabe señalar que el incumplimiento del contrato, se evidencia en cada uno de los documentos que forman parte del Contrato y de las bases del proceso, las cuales nunca fueron observadas por el "CONTRATISTA" por lo que son reglas definitivas del contrato.

7.1.2.30. Por los expuesto, y siendo que carece de todo sustento, la primera pretensión planteada por el DEMANDANTE debe ser desestimada, en esa medida, la pretensión condicionada a la principal sigue la misma suerte, así como la accesoria y subordinada a la pretension condicionada a la principal.

1.2. Pretensión Condicionada a la Pretensión Principal.- Solicitamos al Árbitro Único que declare que PETROPERÚ cumplió con retardo su obligación de aprobar los Certificados de Calidad de las

Planchas de Acero al Carbono Semikilled para el Plan Maestro de Tanques de PEROPERÚ, previo a su importación.

1.3. Pretensión Accesoría a la Pretensión Condicionada a la Pretensión Principal.- Se ordene a PETROPERÚ el pago de costos adicionales ascendentes a US\$ 52,609.00 Dólares a favor de Man Trading Corp S.A.C., debido a que producto del cumplimiento retardado de su obligación de aprobación de los Certificados de Calidad, se produjeron costos adicionales, en la importación de las planchas de acero.

1.4. Pretensión Subordinada a la Pretensión Accesoría a la Pretensión Condicionada a la Pretensión Principal.- Se ordene a PETROPERÚ el pago de una indemnización ascendente a US\$ 52,609.00 Dólares, debido a que producto del cumplimiento retardado de su obligación de aprobación de los Certificados de Calidad, Man Trading Corp S.A.C. incurrió en mayores gastos, viéndose su patrimonio disminuido a causa de la inacción de PETROPERÚ.

7.1.2.31. Como segunda pretensión principal el "CONTRATISTA" solicita que:

1.5 Segunda Pretensión Principal: Se declare ineficaz la imputación de penalidad por mora aplicada a Man Trading Corp., ya que la misma carece de sustento legal siendo incorrecto el monto liquidado como penalidad,

7.1.2.32. Como lo señalamos en argumentos anteriores, se perfeccionó el Contrato con la firma de los Contrato No. 4000003242 y No. 4000003127, mediante el cual el "CONTRATISTA" se comprometió a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de PETROPERU mientras que PETROPERU, por su parte, se encontraba obligada a pagarle la contraprestación pactada. En estos términos, se entiende que el contrato deberá ejecutarse cuando cada una de las partes ejecuta sus respectivas prestaciones a satisfacción de la otra parte.

7.1.2.33. Conforme a lo señalado, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas es la situación esperada; sin embargo, dicha situación no se ha cumplido en el presente caso, pues una de las partes ha incumplido con sus obligaciones, lo que ha generado un perjuicio a su contraparte (PETROPERU), puesto que, a pesar que con Carta No. COM-1178-2017 de fecha 27.04.2017 se le otorgó al "CONTRATISTA" la aceptación de la ampliación de plazo de entrega de material hasta el 17.05.2017, para la atención de las órdenes, éste procedió a la entrega de las planchas de acero con días de atraso, Orden de Compra No. 4000003242 (del 22 al 31.05.2017) incurriendo en 12 días de atraso, por lo que, según el contrato se le impuso una penalidad.

7.1.2.34. Por lo expuesto, carece de todo sustento la segunda pretension planteada por el demandante, debiendo ser desestimada.

7.1.2.35. Finalmente, debe señalarse que la demanda interpuesta, no se advierte ningún argumento que sustente técnicamente que PETROPERU tenía la obligación de aprobar previamente los certificados para que el CONTRATISTA pueda proceder al embarque de las planchas de acero, ni argumento que contradiga la correcta aplicación de la penalidad.

7.1.2.36. Por todo lo expuesto, solicitamos que se proceda con condenar a la DEMANDADA con el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

VIII. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS

8.1. Puntos en controversia formulados en la Demanda presentada el 3 de octubre de 2017:

Primera pretensión principal:

Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad tenía la obligación de aprobar los Certificados de Calidad de las planchas de acero al carbono semikilled para el Plan Maestro de Tanques de PETROPERÚ, previo a su importación.

Pretensión condicionada a la primera pretensión principal:

Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad cumplió con retardo su obligación de aprobar los Certificados de Calidad de las planchas de acero al carbono semikilled para el Plan Maestro de Tanques de PETROPERÚ, previo a su importación.

Pretensión accesoria a la primera pretensión condicionada de la primera pretensión principal:

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que pague al Contratista el monto ascendente a \$ 52,609.00, por concepto de los costos adicionales que se produjeron en la importación de las planchas de acero, debido al cumplimiento retardado de su obligación de aprobar los certificados de calidad.

Pretensión subordinada a la pretensión accesoria de la pretensión condicionada de la primera pretensión principal:

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago de una indemnización ascendente \$ 52,609.00, debido a que como producto del cumplimiento retardado de su obligación de aprobar los certificados de calidad, el Contratista incurrió en mayores gastos, viéndose disminuido su patrimonio a causa de la inacción de la Entidad.

8.1.1. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

- a) De manera preliminar, es importante precisar que para el desarrollo y análisis de estas pretensiones se han tomado en cuenta todos los medios probatorios y documentos aportados por las partes al presente proceso. Asimismo, es necesario señalar que debido a que existe conexión lógica entre las pretensiones (todas encuentran vinculadas a la primera pretensión), estas serán

desarrolladas de manera conjunta a efectos de tener un mejor análisis y evitar decisiones contradictorias.

1. Sobre los contratos públicos y las obligaciones esenciales

- a) En los contratos que celebra la administración –más allá de que se los rotule como “administrativos”, o como “regidos en mayor o menor grado por el Derecho privado” o, genéricamente rotulados como “contratos de la administración” o “contratos públicos” – el principio de legalidad es el primero que aparece. Cumplida la legalidad –formal y sustancial-, la ejecución está guiada en primer término por el principio *contractus lex*.²
- b) Es importante tener en cuenta que cuando nos referimos a legalidad formal y sustancial, no solo nos referimos a que la formación del contrato deba respetar todas las exigencias legales para su validez; sino también, a que durante la etapa de ejecución contractual, deba respetarse la norma aplicable -Reglamento de Contrataciones de PETROPERÚ- y el acuerdo contractual como base de las obligaciones pactadas y consecuentemente, exigibles.
- c) En otras palabras, una de las características principales de los contratos celebrados con el Estado, es la ausencia de libertad estipulativa en su formación y ejecución, esto quiere decir que, el contenido del contrato se funda en el principio de legalidad, pues, la norma habilita la actuación de las partes y es presupuesto para su validez³ y eficacia.
- d) En este sentido, es importante advertir que el contrato administrativo, como acuerdo de voluntades debe cumplirse con estricta sujeción a lo expresamente pactado. Este principio esencial de la institución contractual se manifiesta también cuando la Administración es una de las partes de la relación, sea cual sea la naturaleza jurídica del contrato, toda vez que la fuerza de obligar deviene del propio consentimiento prestado⁴.
- e) Consecuencia de lo antes expuesto, para que exista una obligación contractual y sea exigible, ésta debe encontrarse plasmada en el contrato, Bases administrativas y técnicas y en los documentos que forman parte del procedimiento de selección y en el Reglamento de Contrataciones de PETROPERÚ.
- f) Lo antes afirmado, tiene especial relevancia puesto que en el presente caso, **EL CONTRATISTA**, ha manifestado en su escrito de demanda y otros que **LA ENTIDAD** ha incumplido sus obligaciones esenciales; razón por la cual, el Árbitro Único considera conveniente analizar la figura de las “obligaciones esenciales”, a fin de determinar si es que dicha categoría se encuadra con las situaciones de hecho expuestas en el presente caso.

² COVIELLO, Jorge. (2011). *El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi?* Lima. Derecho PUCP. 66, p. 194

³ MORÓN URBINA, Juan Carlos y AGUILERA BECERRIL, Zita, *Aspectos Jurídicos de la Contrataciones Estatales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Primera Edición, 2017, p. 26

⁴ HORGUÉ BAENA, Concepción, *La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 42-43

- g) Sobre las obligaciones esenciales, es importante tener en consideración que el Reglamento de Contrataciones de PETROPERÚ regula el supuesto de obligación esencial en su numeral 10.11 bajo el siguiente tenor:

El Contratista podrá resolver el contrato cuando PETROPERÚ incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, contempladas en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerida para corregir tal situación. (resaltado es nuestro).

En este sentido, el concepto y alcance de obligación esencial forma parte de la legislación aplicable al fondo de la presente controversia; sin embargo, es menester precisar que el Reglamento antes citado no nos da mayor alcance y/o definición de lo que debe entenderse por obligación esencial.

- h) No obstante, la conceptualización y definición de lo que se entiende como “obligación esencial” es un aspecto totalmente relevante para la contratación pública, además de un reto pendiente que a la fecha ha denotado esfuerzos para brindarle una base cierta en su entendimiento; conforme a ello, ESPINOZA establece lo siguiente:

“Cuando hablamos de una “obligación esencial” en un contrato, lo primero que se nos viene a la mente es quizás una obligación sin la cual el contrato pierde su razón de ser, su propósito, su finalidad y, sin duda, es así. Sin embargo, a mi entender, todavía no hemos concientizado la real importancia de detectar una obligación esencial en un contrato público”⁵.

- i) De igual manera, RODRÍGUEZ advierte que, muy a pesar de la importancia de esta figura, los esfuerzos legislativos para establecer márgenes ciertos para su entendimiento no son palpables a la fecha; sin embargo, dicho vacío actualmente pretende ser cubierto por las Opiniones emitidas por el órgano técnico especializado del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (es decir, la Dirección Técnico Normativa); en ese orden de ideas, sostiene lo siguiente:

“A pesar de su importancia, cabe destacar que la norma no define ni establece criterios para conceptualizar lo que es una obligación esencial, regulando sólo que las mismas se contemplan en las bases o en el contrato... generando con ello incertidumbre en torno al contenido de la expresión “obligaciones esenciales”, e igualmente si éstas constituyen una enumeración rígida o flexible y si, incluso, una determinada obligación que en un primer momento no es estimada como esencial, puede convertirse en tal, según sea el curso de la ejecución del contrato.

(...)

⁵ ESPINOZA, Sandro (2017). “Hacia una definición de obligación esencial aplicada a los proyectos de infraestructura pública”. Material jurídico disponible en <http://ius360.com/publico/administrativo/hacia-una-definicion-de-obligacion-esencial-aplicada-a-los-proyectos-de-infraestructura-publica/>

La no inclusión de esta precisión en la normativa vigente, sin embargo, ha pretendido ser suplida mediante las opiniones y pronunciamientos que emite el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE(...)⁶

- j) En atención a lo expuesto y a fin de un mejor entendimiento de esta materia se tendrá en consideración lo establecido en las Opiniones emitidas por el OSCE, sin perjuicio del apoyo doctrinario del cual nos podemos servir para complementar las ideas expuestas por la Dirección Técnico Normativa de dicha Entidad.
- k) De manera medular, debemos considerar que para el OSCE, una obligación esencial es “aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato”⁷.
- l) En ese sentido, la conceptualización de este término reposa en una idea que debe flexibilizarse en su concreción en la realidad, razón por la cual, el análisis correspondiente deberá realizarse para cada caso en concreto; sin embargo, existen ciertas premisas que debemos tener en cuenta previamente, las mismas que deben profundizarse a fin de tener una concepción certera de sus alcances, en este sentido, OSCE señala, que estamos frente a una obligación esencial, cuando existe una:

“Prestación cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato, y en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte”.

- m) Esta premisa reposa sobre dos ideas elementales, la primera es que las prestaciones deben guardar estrecha vinculación con la naturaleza propia del contrato, sin considerar si hay un relación de sinalagma entre las prestaciones de los contratantes; y segundo, la expectativa razonable (y obligacional) de una de las partes, en el sentido que su contraparte cumpla con ejecutar una prestación asociada a los derechos y/o intereses que le corresponden a raíz del vínculo contractual que los unifica⁸.
- n) Asimismo, OSCE ha señalado:

“Que las obligaciones esenciales se encuentren contenidas en las Bases o en el contrato”.

⁶ RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo (2011). “Resolución de contrato por incumplimiento de obligación esencial no pactada en los contratos sujetos a la Ley de Contrataciones del Estado”. Revista Arbitraje PUCP. Fondo Editorial PUCP. Lima. pp. 42 – 43.

⁷ Opinión N° 027-2014/DTN de fecha 13 de febrero de 2014.

⁸ En atención a esto último, VIDAL OLIVARES, Álvaro. (2009) establece que “(...) Cuando el deudor incurre en incumplimiento esencial (“*fundamental breach or substantial failure in performance*”); categoría que comprende distintas hipótesis y una de ellas, la más importante, refiere al incumplimiento que priva al acreedor sustancialmente de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre y cuando, tal resultado hubiere sido razonablemente previsible para el deudor al momento de su celebración”. En: “La noción de incumplimiento esencial en el “Código Civil””. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. p. 241.

- o) Es decir, las obligaciones esenciales emanan de la relación contractual; la misma que, en contratación pública, se formaliza en el documento denominado “contrato” y los demás que lo integren; en ese orden de ideas, estas obligaciones no son interpretadas o extraídas de la naturaleza de las cosas o los hechos que se realicen en la realidad, sino del soporte documental que procede del acuerdo de voluntades de las partes⁹; asimismo, no es necesario que las obligaciones esenciales sean denominadas como tal en estos¹⁰.
- p) La mencionada idea se centra en la concepción de brindar seguridad jurídica adecuada a esta institución materia de estudio, brindándole de esa manera un marco cierto en su materialización en la realidad¹¹ y una predictibilidad razonable a las partes para que ejecuten sus obligaciones de manera adecuada.
- q) Habiendo desarrollado los elementos de las obligaciones esenciales, corresponde aterrizar estas ideas al caso en concreto. Conforme a los argumentos de **EL CONTRATISTA**, la falta de aprobación de los Certificados de Calidad de las planchas de acero es la obligación esencial que no habría sido cumplida por **LA ENTIDAD**.

2. ¿PETROPERU tenía la obligación de aprobar los Certificados de Calidad de las planchas de acero al carbono semikilled para el Plan Maestro de Tanques de PETROPERÚ, previo a su importación.?

- r) Conforme a lo desarrollado hasta este punto, tenemos que una obligación esencial es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato y que debido a la naturaleza reglamentaria de los contratos públicos para que una obligación - sea exigible y consecuentemente de obligatorio cumplimiento- debe encontrarse plasmada en los documentos contractuales.
- s) En este sentido, es oportuno tener en cuenta que revisados los contratos, bases técnicas y administrativas; se advierte que la obligación -cuyo cumplimiento se solicita- no se encuentra establecida en ninguno de los documentos contractuales como condición previa para proceder con la importación de las planchas.
- t) En efecto, revisados los contratos: a) Contrato No. 4000003242 y b) Contrato No. 4000003127, tenemos que la cláusula quinta de ambos contratos establece que:

“SON OBLIGACIONES DE PETROPERU S.A.

1. Verificar que los bienes entregados por EL PROVEEDOR cumplen con las especificaciones técnicas establecidas en las Bases del proceso de

⁹ Respecto a ello, conforme a lo señalado en la Opinión N° 162-2015/DTN de fecha 16 de octubre de 2015, “La determinación de las obligaciones contractuales de la Entidad que resultan esenciales depende de las características y condiciones de cada contrato y su configuración”.

¹⁰ Para mayor abundamiento, ver la Opinión 027-2014/DTN de fecha 13 de febrero de 2014.

¹¹ Para un análisis más profundo, recomendamos revisar la jurisprudencia comprada del Tribunal Supremo de la Sala Civil de España que mediante la sentencia N° 638/2013 de fecha 18 de noviembre de 2013 desarrolla más metodológicamente este punto.

contratación en concordancia con su propuesta ganadora, y rechazar el equipo/material que no cumple con las especificaciones técnicas, pudiendo solicitar su cambio inmediato”.

Nótese de lo mencionado, que si bien PETROPERÚ tiene la obligación de verificar la calidad de los bienes entregados, en ningún extremo del acuerdo contractual, se establece que esta aprobación es condición necesaria para que Man Trading Corp. S.A.C proceda a la importación de las planchas

- u) Por el contrario, revisadas las Bases Administrativas del Proceso de Selección No. CMA-0006-2016 OTL/PETROPERU cuyos contratos generaron la presente controversia, tenemos que la obligación de PETROPERU de verificar los certificados de calidad debía cumplirse el día que **EL CONTRATISTA** entregaba los bienes objeto del contrato.
- v) En efecto, el numeral 17 de las Bases Administrativas establece de manera expresa que:

“b) El proveedor presentará obligatoriamente en la Oficina de Almacén de Talara (Receptoría de Carga), todos los documentos que acrediten la calidad y cantidad de los bienes:

(...)

- ✓ Certificados de calidad del fabricante, certificado de análisis químico del material, certificado de ensayos mecánicos y certificado de materiales empleados en la colada.

(...)

Los certificados serán verificados con el fabricante, en caso de no ser estos conformes (irregulares) o de comprobarse que los bienes son remanufacturados o reconstruidos, PETROPERÚ S.A. se reserva el derecho de iniciar las acciones legales correspondientes.

- w) Nótese de lo afirmado, que en los documentos contractuales no se advierte la existencia de la obligación de PETROPERU S.A. de aprobar los certificados de calidad de las planchas de acero de manera previa a su importación; razón por la cual, tampoco podría afirmarse que hubo un retardo en el cumplimiento de esta obligación. La obligación de PETROPERU S.A. de revisar dichos certificados debía efectuarse recién el día que las planchas de acero ingresaban al almacén; por lo que exigir su cumplimiento anticipado no es jurídicamente amparable.
- x) Para mayor abundamiento, es oportuno tener en consideración que el plazo contractual para la entrega de las planchas de acero, tampoco se encontraban condicionadas a la aprobación de los certificados de calidad por parte de PETROPERU S.A.; por lo que, el cumplimiento de la obligación recaía exclusivamente en EL CONTRATISTA quien se obligó a contratar respetando un marco contractual y legal previamente conocido; en esta medida, las consecuencias negativas (atrasos, daños, perjuicios, mayores

costos y gastos, etc) por la demora en la importación son de su exclusiva responsabilidad; no pudiendo obligar a PETROPERU S.A. a asumir las consecuencias de su incumplimiento utilizando como base la diligencia y la buena fe; puestos que estas cláusulas normativas generales no pueden contravenir el acuerdo expreso entre las partes.

- y) Por lo expuesto, la primera pretensión principal deberá ser declarada infundada; con lo cual, las pretensiones condicionadas, accesorias y subordinadas a la primera pretensión principal deberán seguir la misma suerte y ser declaradas infundadas.

8.2. Puntos en controversia formulados en la Demanda presentada el 3 de octubre de 2017:

Segunda pretensión principal:

Determinar si corresponde o no declarar ineficaz la imputación de la penalidad por mora aplicada al Contratista, por carecer de sustento legal, resultando incorrecto el monto liquidado como penalidad.

Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal:

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que pague el monto ascendente a \$ 9,318.41, como restitución por la penalidad debidamente descontada.

8.2.1. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

- a) Como se afirmó en el desarrollo de la pretensión anterior, las consecuencias negativas (atrasos, daños, perjuicios, mayores costos y gastos, etc) generadas por la demora en la importación y entrega de las planchas son de su exclusiva responsabilidad de **EL CONTRATISTA**.
- b) En este sentido, tenemos que el numeral 16.1 del Reglamento de Contrataciones de PETROPERU regula un procedimiento específico de ampliación de plazo; razón por la cual, con Carta No. 1178-2017 de fecha 27.04.2017 PETROPERU S.A. le otorgó a EL CONTRATISTA una ampliación de plazo hasta el 17.05.2017 dado los problemas existentes en la carretera panamericana norte.
- c) Sin embargo, EL CONTRATISTA, según consta en los documentos que forman parte del expediente arbitral, y conforme ha sido reconocido expresamente en su escrito de demanda, las planchas de acero fueron entregadas el 22.05.2017; es decir, con cinco (5) días de retraso por lo que la penalidad se encontraría correctamente aplicada.
- d) Asimismo, se debe precisar que, EL CONTRATISTA no ha logrado acreditar que, respecto de los 5 días de atraso que se le imputan, solicitó la respectiva ampliación de plazo correspondiente; tampoco acreditó que su pedido de ampliación de plazo fue aceptado por PETROPERU; razón por la cual, esta pretensión deberá ser declarada infundada y en consecuencia, no corresponde

ordenar a PETROPERU S.A. que restituya a favor de EL CONTRATISTA los US\$ 9,318.41 por concepto de penalidad descontada.

- 8.3.** Si bien las partes no han solicitado, como punto controvertido la forma de distribución de los gastos arbitrales; es importante tener presente que El numeral 2 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Árbitro Único se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del mismo cuerpo normativo.

8.3.1. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

- a) En este sentido, el referido artículo 73° establece que el Árbitro Único 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 Árbitro Único podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- b) En el convenio arbitral las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
- c) Al respecto, este colegiado considera, a efectos de regular lo concerniente a los costos que generó la tramitación del presente proceso que, más allá de las consideraciones jurídicas establecidas en el presente laudo, efectivamente existieron aspectos de que sembraron incertidumbre en la relación contractual llevada por parte del Contratista, lo cual motivó el presente arbitraje.
- d) Al respecto, Huáscar Ezcurra Rivero ha comentado el artículo 73° de la Ley y señaló que *“Existe en la norma actual un énfasis muy claro en el sentido de que el que perdió el arbitraje, en principio, pagará los costos del arbitraje. Y los costos del arbitraje comprenden la obligación de la parte vencida de devolver a la parte vencedora todo lo que ella gastó con motivo del proceso arbitral; lo que en ocasiones podría ser un monto considerable (...)”*¹².
- e) Respecto al concepto de “gastos razonables”, Huáscar Ezcurra Rivero señala que *“(…) a nuestro criterio, [el concepto de gastos razonables] indica que en el caso de gastos de abogados (que son una parte importante de los costos del arbitraje), la regla primera a aplicar es la regla de la razonabilidad. Es decir, antes de obligar a la parte vencida a asumir los costos del arbitraje, corresponde definir cuáles son los costos del arbitraje; y, en lo que a gastos en abogados se refiere, el legislador ha querido que los árbitros sean sumamente cuidadosos y tengan amplia discrecionalidad a fin de evitar abusos, disponiendo que, primero, los árbitros deberán, aplicando el principio de razonabilidad, definir cuáles serían los gastos razonables de abogados, que merecerían reconocimiento”*¹³.

¹² EZCURRA RIVERO, Huáscar. “Comentario al artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje”. En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 810.

¹³ EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Ob. cit.*; p. 812.

- f) Finalmente, el Árbitro Único considera que se deberá tener en cuenta que tal como se ha dejado establecido en los considerandos del presente proceso arbitral que ambas partes tuvieron motivos razonables -basados en incertidumbres en la relación contractual - para iniciar el presente arbitraje; razón por la cual, considera oportuno que todos los gastos arbitrales sean asumidos en partes iguales por cada una de ellas.

De acuerdo al orden desarrollado en el presente laudo;

SE RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión demandada, en consecuencia, no corresponde declarar que la Entidad tenía la obligación de aprobar los Certificados de Calidad de las planchas de acero al carbono semikilled para el Plan Maestro de Tanques de PETROPERÚ, previo a su importación.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión condicionada a la primera pretensión principal, en consecuencia, no corresponde declarar que la Entidad cumplió con retardo su obligación de aprobar los Certificados de Calidad de las planchas de acero al carbono semikilled para el Plan Maestro de Tanques de PETROPERÚ, previo a su importación.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión accesoria a la primera pretensión condicionada de la primera pretensión principal, en consecuencia, no corresponde ordenar a la Entidad que pague al Contratista el monto ascendente a \$ 52,609.00, por concepto de los costos adicionales que se produjeron en la importación de las planchas de acero.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión subordinada a la pretensión accesoria de la pretensión condicionada de la primera pretensión principal, en consecuencia, no corresponde ordenar a la Entidad el pago de una indemnización ascendente \$ 52,609.00, debido a que como producto del cumplimiento retardado de su obligación de aprobar los certificados de calidad, el Contratista incurrió en mayores gastos, viéndose disminuido su patrimonio a causa de la inacción de la Entidad.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal, en consecuencia, no corresponde declarar ineficaz la imputación de la penalidad por mora aplicada al Contratista.

SEXTO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal, en consecuencia, no corresponde ordenar a la Entidad que pague el monto ascendente a \$ 9,318.41, como restitución por la penalidad debidamente descontada.

SÉPTIMO: ESTABLECER que cada parte asuma sus propios gastos arbitrales.


Juan Miguel Rojas Ascón
DNI No. 43502497