



Expediente N° 168- 9- 11

**LAUDO ARBITRAL**

DEMANDANTE: FEM INGENIERIA S.A.C. – antes PESAJE Y CONTROL E.I.R.L. (en adelante PESAJE Y CONTROL, PESACON o demandante)

DEMANDADO: PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL (en adelante PROVIAS NACIONAL, PROVIAS o demandado)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: Dr. Juan Manuel Revoredo Lituma

Dr. Juan Valdivieso Cabada

Dr. Hugo Bauer Bueno

SECRETARIA ARBITRAL: Silvia Rodríguez Vásquez

Resolución N° 28

En Lima, a los diez días del mes de enero del año dos mil trece, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

---

## ANTECEDENTES

1. FEM INGENIERIA S.A.C., (antes Pesaje y Control E.I.R.L.), postuló a la Convocatoria del Proceso de Selección denominado LP Nº 011-2008-MTC/20 respecto del Contrato de Adquisición de Bienes - Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVIAS NACIONAL para la adquisición de BALANZAS PARA PESAJE VEHICULAR DINÁMICO, conforme a ITEM II (Adquisición e Instalación de 01 Balanza SSWIN de Precisión) y ITEM IV (Adquisición de 06 Equipos Portátiles de Pesaje Vehicular Dinámico), bajo la modalidad de ejecución contractual LLAVE EN MANO.
  
2. Con fecha 27 de abril del 2009 las partes suscribieron el Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/O, para la adquisición e instalación y puesta en marcha de:
  - II. 01 Balanza SSWN de Precisión – ÍTEM II, y
  - III. para la adquisición de 06 Equipos Portátiles de Pesaje Vehicular Dinámico – Ítem IV, cuyos detalles y cantidades se fijaron bajo las condiciones establecidas en las Especificaciones Técnicas indicadas en el Capítulo IV – Requerimientos Técnicos Mínimos de las Bases Administrativas, (en adelante el Contrato).

## I. Existencia del Convenio Arbitral, Designación e Instalación de Tribunal Arbitral

1.1 El Convenio Arbitral. Está contenido en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20 celebrado con fecha 27/04/09, en el cual las partes acuerdan someter a conciliación y/o arbitraje cualquier controversia surgida, y que la solicitud de arbitraje y su respuesta se efectuarán de conformidad con el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

1.2 Instalación de Tribunal Arbitral. Con fecha 03/05/11 se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral constituido por los árbitros, doctor Juan Manuel Revoredo Lituma como Presidente del Tribunal Arbitral, y los doctores Juan Valdivieso Cabada y Hugo Bauer Bueno, en calidad de árbitros; con la asistencia de PESAJE Y CONTROL y PROVÍAS NACIONAL.

## II. Normatividad aplicable al Proceso Arbitral

Conforme a lo establecido en el acta de instalación, son de aplicación al presente proceso arbitral, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la PUCP, con las normas específicas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral y, en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje. Adicionalmente el Tribunal podrá recurrir a principios arbitrales, usos y costumbres en materia arbitral.

Se estableció que, en caso de deficiencia o vacío de tales reglas, el Tribunal Arbitral resolvería en forma definitiva del modo que considere apropiado.

## III. De la Demanda Arbitral presentada por PESAJE Y CONTROL y su subsanación.



3.1 PESAJE Y CONTROL, mediante escrito N° 01 de fecha 25/05/11, dentro del plazo conferido en el Acta de Instalación, presentó su demanda arbitral, ofreciendo los medios probatorios que apoyan su posición.

3.2 Que, como primera pretensión PESAJE Y CONTROL solicita que el Tribunal Arbitral declare válida y eficaz la resolución del Contrato en el extremo del ITEM II referido a la Adquisición e Instalación de 01 Balanza Sswin de Precisión, por un hecho sobreviniente a la suscripción del Contrato de Adquisición de bienes N° 031-2009-MTC/20 y, en consecuencia, ordene el pago que corresponde a la suma de S/. 211,688.25 Nuevos Soles.

3.3 Que, como segunda pretensión el demandante solicita que se ordene a PROVIAS NACIONAL que cumpla con el pago de una indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad contractual derivado del incumplimiento de las cláusulas Cuarta, Décima y Décima Tercera del Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/2; dicha indemnización asciende a la suma de S/. 115,256.00 Nuevos Soles, de los cuales S/. 95,256.00 Nuevos Soles corresponden al interés y gastos administrativos sobre el capital de S/. 211.688.25 Nuevos Soles y S/. 20,000.00 Nuevos Soles corresponderían a los gastos bancarios en relación a la Carta Fianza – Garantía de Fiel Cumplimiento.

3.4 Que, como tercera pretensión, la demandante sostiene que en caso el Tribunal determine algún pago en favor de PESAJE Y CONTROL, éste deberá determinar el monto de los intereses que correspondan y se devenguen hasta la fecha de su cobro efectivo, ordenando a PROVIAS NACIONAL el pago de los mismos

3.5 Que, como cuarta pretensión el demandante solicita al Tribunal que ordene a PROVIAS NACIONAL el pago de los costos y costas que el presente proceso arbitral irroque.

3.6 Que, de las pretensiones del demandante, éste hace la precisión de que PROVIAS NACIONAL debería pagar la suma total de S/. 326,944.25 Nuevos Soles más intereses, costos y costas del presente proceso arbitral.

3.7 Que, como fundamentos de hecho de la primera pretensión, PESAJE Y CONTROL señala que es una empresa cuyo objeto social consiste en la venta, servicio de equipos de automatización, sistemas de pesaje, sistema de protección eléctrica y anexos; y en virtud de ello, postularon a una convocatoria para un Proceso de Selección denominado LP Nº 011-2008-MTC/20 referido a un Contrato de Adquisición de Bienes, publicado por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVIAS NACIONAL para la adquisición de balanzas para pesaje vehicular dinámico cuyos detalles se fijaban bajo las condiciones establecidas en las Especificaciones Técnicas indicadas en el Capítulo IV - Requerimiento Técnico Mínimo de las Bases Administrativas en el referido Contrato y en la Propuesta Técnica Adjudicada por un monto ascendente a S/. 211,688.25 y S/. 876,461.25 respectivamente, los cuales finalmente harían un total de S/. 1'088,149.50 Nuevos Soles incluido el IGV, comprendiendo el costo del bien, instalación de pruebas y puesta en operación, seguros e impuestos así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del mencionado Contrato.

3.8 Que, habiendo obtenido la Buena Pro el demandante, se suscribió el Contrato de Adquisición de Bienes Nº 031-2009-MTC/0 con fecha 27 de Abril del año 2009, previo a haber dado cumplimiento con entregar a la entidad, según lo estipulado en la Octava Cláusula del indicado Contrato, la Garantía de Fiel Cumplimiento. Esta garantía está vigente hasta la conformidad del último suministro de bienes.

3.9 Cabe precisar que, según el demandante los ÍTEMS materia del Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/O de fecha 27 de abril del 2009 eran los siguientes:

- ITEM II Adquisición e Instalación de 01 Balanza Sswin de Precisión: Según las Especificaciones Técnicas para la Adquisición e Instalación de 01 Balanza SSWIN de Precisión, corresponde el retiro de la Balanza de Precisión existente y la adquisición e instalación de una nueva Balanza Sswin de Precisión, además de tres tarjetas electrónicas y siete sensores inductivos en la estación de Cut off; las características de la Balanza: producto original, no reciclado y/o reensamblado, tanto en su parte interna o externa, ni compatibles. Se cumplieron todas las Especificaciones Técnicas siendo la composición de esta Balanza la siguiente: una plataforma de acero inoxidable o tratado contra la oxidación, dos celdas de carga de acero inoxidable de 26" doublé shear beam, heavy duty y un bastidor de acero inoxidable o tratado contra la oxidación. La balanza Sswin de Precisión a remplazar se encontraba en la Estación de Cut Off, por lo que la entrega y prueba de la nueva balanza Sswin tenía que ser realizada en esa estación. En ese sentido, PESAJE Y CONTROL sostiene que entregó los bienes objeto del contrato N° 031-2009-MTC/20.
- ITEM IV: Adquisición de 06 equipos portátiles de Pesaje Vehicular Dinámico: Según las Especificaciones Técnicas, estos equipos conforman un sistema de pesaje dinámico por ejes para efectuar el control de pesos vehiculares en la red vial nacional a cargo de PROVIAS NACIONAL. Asimismo se menciona que la composición de cada equipo está dada por dos plataformas de pesaje, un camino de rodadura con rampas de entrada y salida, accesorio de energía, computador personal e impresora, amplificador de audio y altavoces, semáforo, software para pesaje dinámico, estático e infracciones, cables y accesorios originales y un juego de repuestos por cada equipo. En ese mismo punto se



estableció que el lugar de entrega sería en las estaciones de Pesaje que corresponda, según señale PROVIAS NACIONAL.

3.10 Mediante Carta Notarial remitida por PESAJE Y CONTROL a PROVIAS NACIONAL con fecha 12/08/2009, le manifestó que debido a encontrarse en un proceso arbitral respecto a un caso similar que versa sobre Equipos Portátiles de Pesaje, en el que es materia de controversia la factibilidad técnica de las plataformas, se puso fin al Contrato de Adquisición N° 031-2009B-MTC/20, en este extremo, por estar así previsto expresamente en las Bases, Contrato o en el Reglamento, y estipulado textualmente en la Cláusula Décimo Tercera del contrato antes mencionado.

3.11 Que, PESAJE Y CONTROL sostiene que las Cláusulas Contractuales incumplidas por parte de PROVIAS NACIONAL, fueron las siguientes:

- Cláusula Cuarta, la cual señala que "El plazo total de entrega será de ciento treinta y cinco días calendario, en el mismo que incluye recepción, prueba y puesta en operación establecidas en el numeral 6 y 7 del Capítulo IV – Requerimientos Técnicos Mínimos RTM de las Bases Administrativas", respecto a este punto, el demandante sostiene que respecto al ITEM II, la entrega de la Balanza Sswin de Precisión se realizó en la Estación de Pesaje Cutt Off, y en ese sentido, exige el Acta de Conformidad y el pago que hasta la fecha no se ha realizado por parte de PROVIAS NACIONAL.
- Cláusula Décima, la misma que señala que "La conformidad de recepción de los equipos se regula por lo dispuesto en el artículo 233 del Reglamento y numeral 12 de las Especificaciones Técnicas de las presentes Bases Administrativas. En el caso de existir observaciones se levantará un Acta de Observaciones en la que se indicará claramente en qué consisten éstas, dándole al Proveedor un plazo prudente para su



subsanación, según los plazos establecidos en el Reglamento. Si después del plazo otorgado al Proveedor, Proviñas Nacional considera que no se ha cumplido a cabalidad con la subsanación, podrá resolver el contrato". En lo que se refiere a esta cláusula PESAJE Y CONTROL sostiene que solicitó a PROVIAS NACIONAL fijar hora y fecha para la recepción del Bien contenido en el ITEM II, a efectos de que se les otorgue la conformidad de recepción del bien, dado que se habría cumplido con las Especificaciones Técnicas mínimas. El demandante manifiesta que se presentaron dos observaciones: 1. La compatibilidad con conexiones existentes, hardware y software y actualizaciones, dado que el software de pesaje del sistema PAT de las instalaciones actuales no serían compatibles con el nuevo sistema de pesaje de sensores de peso; y, 2. La conexión de celdas de carga 1 y 2 al sistema electrónico que se encuentra al lado de la vía y verificación de la operatividad de la balanza con carga dinámica, debido a que el software de pesaje del sistema PAT de las instalaciones actuales no son compatibles con el nuevo sistema de pesaje de sensores de peso. Sin embargo, también, se menciona que dichas observaciones fueron subsanadas con el Informe Técnico por lo que se solicita a PROVIAS NACIONAL que amplíen el plazo del contrato por causales no atribuibles a la demandante. A pesar de lo mencionado, se planteó una alternativa de solución por parte de PESAJE Y CONTROL, las cuales consistían en a) crear un software integral compatible con el sistema PAT de las instalaciones actuales de Cut Off o b) que se otorgue a PESAJE Y CONTROL el software fuente y ejecutable, implementos de conectividad y todo lo que permita la modificación de la rutina de inicio y término de pesaje que les fuere solicitada. Ante esta última alternativa PROVIAS NACIONAL respondió que no es atendible dado que no posee código fuente existente, puesto que éste es un bien cuya propiedad intelectual le pertenece a la empresa que suministró los equipos de pesaje en la estación de Cut Off.

Dados los acontecimientos mencionados, PESAJE Y CONTROL hace mención que se inició un proceso arbitral y que son estos hechos los que habrían llevado a que PROVIAS NACIONAL no expida el Acta de Conformidad requerida por la demandante.

- Cláusula Décima Tercera, la misma que señala que "Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 41, inciso c) y 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 224 y 225 de su Reglamento, de darse el caso, PROVIAS NACIONAL procederá de acuerdo a lo establecido en el Artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado", respecto a este punto, PESAJE Y CONTROL sostiene que debido a la existencia de un proceso arbitral con la demandada respecto a un caso similar se puso fin al contrato en el extremo del ITEM IV por estar previsto ello en las Bases, Contrato o en el Reglamento.

3.12 Que, como fundamentos de la segunda pretensión, PESAJE Y CONTROL solicita que se le indemnice por daños y perjuicios pues sostiene que los bienes han sido entregados según las condiciones estipuladas en el contrato, y que la imposibilidad de cumplir con lo pactado en su totalidad se debe a que no se cuenta con el software que PROVIAS NACIONAL debería entregar, con lo que, a decir de la demandante se estaría bajo un supuesto de abuso por parte de la demandada.

3.13 Que, PESAJE Y CONTROL señala que los conceptos por los que solicita la indemnización son intereses y gastos administrativos sobre el capital (S/. 95,256.00) e intereses, gastos administrativos y gastos bancarios de la Carta Fianza (S/. 20,000.00), dicha indemnización se justifica pues se ha presentado una ejecución defectuosa del contrato dado que PROVIAS NACIONAL no cuenta con el código fuente que se necesita para el cumplimiento de las prestaciones, en esa misma línea la demandante sostiene que la relación de causalidad se encontraría acreditada con la actitud de

PROVIAS NACIONAL de no entregar lo necesario para la ejecución del contrato.

3.14 Mediante Resolución N° 4 de fecha 10/08/11, el Tribunal requirió a PESAJE Y CONTROL para que cumpla con subsanar las observaciones formuladas respecto a su escrito de demanda. Mediante Resolución N° 05 de fecha 08/09/11, el Tribunal Arbitral tiene por cumplido el mandato conferido a PESAJE Y CONTROL mediante escrito de fecha 17/08/12 y, en consecuencia, tuvo por admitida la demanda arbitral presentada por la demandante.

#### **IV. De la Contestación a la demanda presentada por PROVIAS NACIONAL, y su subsanación**

4.1 PROVIAS mediante escrito N° 1 de fecha 10/10/11, dentro del plazo conferido en el Acta de Instalación, presenta su contestación a la demanda arbitral, ofreciendo los medios probatorios que apoyan su posición.

4.2 Que, previo a contestar la demanda, PROVIAS NACIONAL presentó una excepción de caducidad, dado que las pretensiones de la demanda de PESAJE Y CONTROL han sido sometidas a arbitraje fuera del plazo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado vigente.

4.3 Que, como antecedentes PROVIAS NACIONAL sostiene que en fecha 27/04/2009, PROVIAS NACIONAL y la Empresa PESAJE Y CONTROL E.I.R.L., suscribieron el Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC para la adquisición e instalación de 01 Balanza Sswin de Precisión – Ítem II, y para la adquisición de 06 Equipos Portátiles de Pesaje Vehicular Dinámico – Ítem IV, por el monto ascendente a S/. 211 688,25 (Doscientos Once Mil Seiscientos Ochenta y Ocho con 25/100 Nuevos Soles) por el Ítem II, y de S/. 876 461,25 (Ochocientos Setenta y Seis Mil Cuatrocientos Sesenta y Uno con 25/100 Nuevos Soles) por el Ítem IV, a todo costo, incluido IGV, bajo la modalidad de ejecución contractual LLAVE EN MANO, en el mencionado

contrato. El demandado señala que se estableció como plazo total de entrega 135 días calendarios, incluido recepción del bien e instalación, pruebas y puesta en operación, con lo que el plazo total de entrega de los bienes terminaba el 09/09/2009.

4.4 Que, en ese sentido se solicitó a la Unidad Gerencial de Administración que se comprometa al pago del 30% de adelanto directo para la Empresa PESAJE Y CONTROL EIRL, además se designó al Ing. José Guillermo Prietto Rubio, como responsable de otorgar la conformidad de Recepción y Prueba Operativa. El mencionado profesional solicitó al representante legal de PESAJE Y CONTROL EIRL – Sr. Edmond V. Rodríguez, el cronograma de actividades de las acciones a realizar en la Estación de Pesaje CUT OFF, pidiéndole además que precise la entrega de los bienes materia de la contratación en sus respectivas ubicaciones y sus características de cada Balanza a suministrar, como el Protocolo de Pruebas para su revisión, reiterándosele el pedido del Cronograma de Actividades de cada una de las Balanzas a suministrar, el mismo que fue alcanzado por la demandante con fecha 06/07/2009.

4.5 Que, de otro lado, PROVIAS NACIONAL señala que el 13/07/2009, la demandante indicó alcanzar las características de la Balanza Dinámica Portátil para peso por ejes y el Protocolo de Funcionamiento, precisando que el modelo de Balanza con el que se harían las pruebas en la Estación de Pesaje, no es la que sería entregada como parte del Contrato, ni el protocolo es el que se aplica al mismo, sino que se trataría de Pruebas Preliminares. Frente a ello, PROVIAS NACIONAL menciona que responde a la comunicación de la empresa señalando que (i) el Protocolo de Pruebas no corresponde al fabricante, por lo que, con el objeto de brindar las facilidades al PROVEEDOR para que cumpla con las Especificaciones Técnicas del contrato, se le autorizó a la realización de las pruebas definitivas del Ítem II, como Procedimiento. De otra parte, la Entidad en relación a los bienes (del Ítem IV) le manifestó que la verificación de las condiciones de la infraestructura no eran vinculantes toda

vez que las balanzas móviles debían funcionar eficientemente en cualquier punto de la carretera de Red Vial Nacional.

4.6 Que, PROVIAS NACIONAL señala que el Jefe de la Estación de Pesaje Cut Off, informa al Ing. José Guillermo Prietto Rubio, sobre los trabajos diarios realizados por PESAJE Y CONTROL EIRL en la Estación de Pesaje CUT OFF, indicándose que el inicio de los trabajos fue el 27/06/2009, debiendo suspender los trabajos el 14/07/2009, debido a la avería del martillo y moledora.

4.7 Que, con fecha 16/07/2009, la Unidad Gerencial de Administración, determinó la participación del área de Servicios Informáticos en la Verificación del Hardware (computadoras e impresoras) entregado cumpla con lo requerido en las especificaciones técnicas; recepción y verificación del Software de Pesaje, Manuales de usuario e instalación, Certificados de licenciamiento perpetuo y Certificado de garantía para mantenimiento correctivo por un período de dos años; Verificación conjunta con el área de Pesaje de la funcionalidad del Software; y Recepción del Certificado de Garantía por desperfectos o deficiencias de los equipos de computo e impresoras por una vigencia de cuatro (4) años.

4.8 Que, la demandada señala que mediante Carta Notarial, con fecha 14/08/2011, PESAJE Y CONTROL EIRL, le solicita que se le otorgue la Conformidad de Recepción del Bien del Ítem II (Balanza Sswin de Precisión), alegando que la entrega del bien se ha efectuado dentro del plazo, lugar y forma convenida, y en consecuencia pide que se le haga efectivo el pago. De otra parte, solicitan resolver por mutuo acuerdo el Contrato de Adquisición de Bienes Nº 031-2009-MTC/20 respecto al Ítem IV (6 equipos de Pesaje Vehicular Dinámico).

4.9 El 18/08/2009, el Gerente de la Unidad Gerencial de Operaciones en atención a la citada Carta Notarial, se dirige al Ing. José Guillermo Prietto

Rubio, señalando que: EL PROVEEDOR (demandante) se encontraría incumpliendo sus obligaciones contractuales con relación al ítem IV del Contrato, agregando que el incumplimiento de la prestación es por causa únicamente atribuible al Proveedor, siendo la Entidad Contratante la que deba resolver el Contrato señalado, aplicándose las penalidades por el retraso injustificado en la prestación (del ítem IV) por causa atribuible al Proveedor, debiendo requerirse la ejecución de las garantías otorgadas a favor de PROVIAS NACIONAL por incumplimiento contractual, no siendo razonable resolver el contrato por Mutuo Acuerdo. Asimismo, indica que para otorgar la conformidad de recepción del bien, en lo que concierne al ítem II, el Proveedor deberá cumplir con las Especificaciones Técnicas (numeral 12, literales a, b, c, d, e y numeral 13) de las Bases Administrativas, lo que debe constar en las Actas respectivas, por lo que, la Entidad solo realizaría el pago de la prestación ejecutada cuando se produzca la Recepción Técnica Operativa de la totalidad de los bienes materia de la adquisición y contratación, evento que comprende: la conformidad de los Equipos, conformidad de Instalación de los Equipos; así como la Conformidad del Software y Prueba de funcionamiento.

4.10 Con fecha 21/08/2009, señala que para proceder a otorgar la conformidad del ítem II debe cumplir en estricto las especificaciones técnicas que figuran en el Capítulo IV Requerimientos Técnicos Mínimos. Asimismo, se indica que el pago se realizará una vez otorgada la conformidad de la entrega, pruebas de operatividad y puestos en funcionamiento, de conformidad con el numeral 11 de los RTM, por tanto el pago se debe realizar después de ejecutada la respectiva prestación y de acuerdo al sistema de adquisición y modalidad de ejecución contractual. Cabe anotar que el contrato suscrito entre las partes es Modalidad de LLAVE EN MANO, es decir, que no solo se encuentra inmersa la adquisición de los bienes que conforman el Sistema de Pesaje, sino que incluye además su instalación y puesta en funcionamiento.

Manifiesta PROVIAS NACIONAL que la demandante además no habría cumplido con la entrega de los seis (6) equipos portátiles de Pesaje Vehicular

Dinámico (Ítem IV), encontrándose incumpliendo sus obligaciones contractuales, por lo que, PROVIAS NACIONAL no admitió la resolución del Contrato, por causa que no sea únicamente imputable a PESAJE Y CONTROL EIRL, sosteniendo reiteradamente que no es razonable resolver el Contrato por Mutuo Acuerdo y procede a instar a la empresa a cumplir con sus obligaciones puesto que, de lo contrario, procederían a resolver el Contrato por causa atribuibles al Proveedor.

4.11 Que, con fecha 25/08/2009, la Unidad Gerencial de Administración de PROVIAS NACIONAL, comunica la designación del Técnico de Soporte de TI para que forme parte de la comisión de servicio a la Unidad de Pesaje Mocce (del 26 al 28/08/2009) a fin de realizar las acciones necesarias para la verificación del hardware (computadoras e impresoras) según los TDRs del Contrato. Sin embargo, el Especialista en Servicios Informáticos designado por PROVIAS NACIONAL informa, que las pruebas operativas al equipamiento informático de la ejecución del Contrato no fueron realizadas debido a que no se encontraron los equipos informáticos ofrecidos por el Proveedor como parte del contrato en mención.

4.12 Que, PROVIAS NACIONAL señala que el 28/08/2009, el demandante solicita a la Entidad fijar fecha y hora para la recepción del Ítem II (Balanza SSWIN de Precisión) en la Estación de Pesaje CUT OFF.

4.13 Que, PROVIAS NACIONAL señala que el 01/09/2009, PESAJE Y CONTROL EIRL invoca el artículo 152° de la Ley de Contrataciones del Estado, referido a fallas o defectos percibidos por el contratista luego de la suscripción, indicando que los defectos técnicos hallados en la Cláusula 2.2.2 de la Licitación Pública N° 011-2009-MTC/20 exige una balanza de 02 sensores de peso y el Sistema de Pesaje de PROVIAS NACIONAL en CUT OFF solo trabaja con una balanza de 04 sensores de peso, declarando no poder cumplir con esta exigencia a no ser que se le entregue la fuente de



programación de la tarjeta electrónica controladora y la fuente software del programa de la computadora para variar la fuente de programación y adaptarla a un sistema que trabaje con solo 02 sensores de peso.

4.14 PROVIAS NACIONAL precisa que debe tenerse en cuenta el hecho de que el código fuente es un componente protegido bajo las normas de la protección de la propiedad intelectual, y solo puede ser utilizado por los dueños titulares del software, y que lo contrario sería una infracción a los derechos de propiedad intelectual del software, por lo que no se podía cumplir con lo solicitado por la demandante dado que el código fuente no estaba en propiedad de la Entidad.

4.15 Que, PROVIAS NACIONAL manifiesta que PESAJE Y CONTROL EIRL le remitió una comunicación con fecha 02/09/12 en la que solicita que la entidad acoja "las observaciones", ampliando el plazo del Contrato N° 031-2008-MTC/20, por ser atrasos no atribuibles a EL PROVEEDOR, o de lo contrario, procedería a Resolver el Contrato en mención, y acudirán a un arbitraje.

4.16 Que, PROVIAS NACIONAL manifiesta que remitió el Oficio N° 232-2009-MTC/20.8 de fecha 07/09/12 a Pesaje y Control en el que le indicaba, en relación al Ítem II (Balanza Sswin), que las pruebas de Operatividad Inicial y final se llevarán a cabo los días 10 y 11 de setiembre del 2009, y que dependiendo de los resultados, se fijarán las pruebas de precisión señalada en el numeral 5.3.6 de las Especificaciones Técnicas del Contrato.

4.17 Que, adicionalmente, en el Oficio N° 1956-2009-MTC/20 de fecha 07/09/12, PROVIAS NACIONAL manifestó a Pesaje y Control que durante el proceso de Licitación Pública N° 011-2008-MTC/20, esta empresa no formuló observación alguna relacionada con el punto 5.2 de las Especificaciones

Técnicas para la Adquisición de Balanzas para Pesaje Dinámico; El Ítem 5.2 de las Especificaciones Técnicas – Adquisición e Instalación de 01 Balanza SSWIN de Precisión, señala entre las características de la balanza dañada existente, las cuatro celdas de carga de acero inoxidable de 26" double shear beam, heavy duty, siendo obligación de PESAJE Y CONTROL en su condición de EL PROVEEDOR suministrar y garantizar que la balanza dinámica de precisión SSWIN: a) sea compatible con las conexiones existentes, el hardware y el software existente en la Estación de Pesaje Cut Off, así como de sus actualizaciones; b) Con pruebas del fabricante, cumplir los márgenes de error estático y dinámico iguales o mejores que lo solicitado; y c) Satisfacer las pruebas de verificación de la precisión de la balanza instalada. Asimismo, se puso en manifiesto de EL PROVEEDOR que en el supuesto de que hubiesen existido fallas o defectos sobre cualquier especificación o bien que se le haya proporcionado, ésta debió ser comunicada a la Entidad luego de la suscripción del Contrato y no después de haber transcurrido 127 días calendarios de la ejecución del plazo contractual, es decir a una semana de la entrega de la totalidad de los bienes.

4.18 Que, respecto a la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 al Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2008-MTC/20, solicitada por EL PROVEEDOR, el 08/09/2009, se sustenta la improcedencia de dicha solicitud, manteniéndose como fecha de término del contrato el 09/09/2009. en razón de lo siguiente: i) Causalidad: Desde el análisis de la causal y la modificación del calendario contractual, esta se considera Improcedente dado que la ampliación de plazo no se enmarcaría en ninguna de las causales establecidas en el artículo 232º del Reglamento, al no haber sustentado la causal, no se habría modificado el calendario contractual; ii) procedimiento: no se ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 232º debido a que PESAJE Y CONTROL EIRL no ha sustentado y/o definido el hecho generador del retraso, por lo que no se podría definir un plazo cierto. En ese sentido, se emita la Resolución Directoral N° 1100-2009-MTC-20 de fecha 10/09/12, en la que se

declara improcedente al Ampliación de Plazo N° 1 al Contrato N° 031-2009-MTC/20, Ítem II y Ítem IV, manteniéndose los plazos del contrato..

4.19 Que, con fecha 11/09/2009, el demandado señala que se dejó constancia en el Acta de Recepción y Observaciones de la Balanza de Precisión Sswin – Estación de Pesaje Cut Off, los trabajos realizados en la estación de Pesaje Cut Off, señalando en las observaciones 1. Compatibilidad con conexiones existentes, Hardware, Software y actualizaciones; y, 2. Conexión de celdas de carga 1 y 2 al sistema electrónico que se encuentra al lado de la vía y verificación de la balanza con carga dinámica.- que el software de pesaje del sistema PAT de las instalaciones actuales, no son compatibles con el nuevo sistema de pesaje de dos sensores de peso, en consecuencia no se tiene una lectura completa de los ejes y los pesos por ejes de cada configuración vehicular. Dicha Acta fue firmada por los representantes de cada parte.

4.20 Que, indica Proviás Nacional que a fin de resolver el problema suscitado, el 14/09/2009 el demandante planteó alternativas de solución a las observaciones indicadas en el Acta de Recepción y Observaciones de la Balanza de Precisión SWWIN – Estación de Pesaje CUT OFF de fecha 11.09.2009, indicando que se podría crear un software integral que sea compatible con el sistema PAT de las instalaciones actuales de Cut Off, con un costo adicional de S/. 300, 000.00; o que, la solución más practica y menos costosa, sería que PROVIAS NACIONAL le haga entrega del Software Fuente y Ejecutable, implementos de conectividad y todo aquello que permita modificar la rutina de inicio y término del pesaje. Frente a ello, la demandada reitera la imposibilidad de ésta medida dado que el código fuente está protegido por la legislación de la propiedad intelectual, conforme se señaló líneas arriba.

4.21 En ese sentido, con fecha 16/09/2009 PROVIAS NACIONAL no aceptó ninguna de las alternativas de solución propuestas, concediéndole un plazo de 10 días calendarios a la demandante, para que satisfaga las necesidades requeridas por la Entidad entregando en perfectas condiciones de funcionamiento los bienes que conciernen al Ítem II del Contrato o, de lo contrario, se procedería a la resolución del Contrato.

4.22 Proviás Nacional señala que por Oficio 2021-2009-MTC/20 de fecha 16/09/2009 comunicó al demandante que el plazo total para la entrega de bienes venció el día 09/09/2009, instándole a cumplir con el contrato y otorgándole un plazo de diez días calendario a fin de que satisfaga las necesidades requeridas por la Entidad entregando en perfectas condiciones de funcionamiento los bienes que conciernen al Ítem IV del Contrato, señalando además que se encontraba inmerso a la aplicación de penalidad por mora en la ejecución de la prestación, lo cual viene generando incumplimiento en las obligaciones asumidas con la entidad, o, de lo contrario, se procedería a la resolución del Contrato.

4.23 Que, con fecha 17/09/2009, el Centro de Conciliación Solución Creativa a solicitud de PESAJE Y CONTROL, invita a PROVIAS NACIONAL a participar en una reunión y asistir en la búsqueda de una solución común al conflicto que se tenía, la demandada señala que en esta instancia, PESAJE Y CONTROL, ya se encontraba incumpliendo sus obligaciones contractuales, legales y reglamentarias de los Ítems II y IV del Contrato N° 031-2009-MTC/20, sin embargo la Conciliación solicitada se llevaría a cabo el 23/09/2009.

4.24 Que, señala PROVIAS NACIONAL que con fecha 28.09.2009, mediante Informe N° 1232-2009-MTC/20.8.2 el Jefe de Pesaje I, recomienda proceder a la resolución del Contrato (Ítems II y IV), toda vez que, los plazos de 10 días calendarios concedidos por la Entidad a PESAJE Y CONTROL EIRL para que cumpla con el levantamiento de las observaciones (Ítem II) y con entregar los

equipos ofertados (ítem IV) vencían el 01/10/2009 y 27/09/2009, respectivamente. En ese sentido, por Oficio N° 2196-2009.MTC/20 del 02/10/2009, se le comunica a PESAJE Y CONTROL EIRL, que el Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20 ítems II y IV, quedaba RESUELTO en su totalidad por parte de La Entidad, dado que el plazo concedido por la entidad venció indefectiblemente.

4.25 Que, PROVIAS NACIONAL sostiene que el 13/04/2010, el Notario Público Sr. Jesús Sánchez Maraví constató que los bienes presentados por PESAJE Y CONTROL EIRL continuaban inoperativos de acuerdo a la diligencia desarrollada en dicha oportunidad.

4.26 Que, PROVIAS NACIONAL hace mención al proceso arbitral seguido por PESAJE Y CONTROL EIRL ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, con Proviás Nacional, respecto a la controversia surgida de la Resolución de Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20, señalando que el Tribunal Arbitral, resolvió disponer el archivamiento definitivo del citado proceso arbitral, habiéndose tenido por no presentada la demanda arbitral y no existiendo pretensión alguna por parte de PROVIAS NACIONAL; adicionalmente se declara INFUNDADO el recurso de reconsideración interpuesto por PESAJE Y CONTROL EIRL y se ordena el archivo definitivo del proceso arbitral. Dado este hecho, se debería proceder a la ejecución de las garantías que se encuentren otorgadas a favor de PROVIAS NACIONAL.

4.27 Que, conforme a ello, PROVIAS NACIONAL señala que el 03/03/2011, solicitó al Banco de Crédito la ejecución inmediata de la Carta Fianza N° D000-01212255 por el monto de S/. 163 222,42, que corresponde a la mitad del 30% del monto del adelanto directo otorgado a PESAJE Y CONTROL al inicio de la ejecución del Contrato. Adicionalmente, con fecha 06/04/2011, la Unidad Gerencial de Administración de PROVIAS NACIONAL, solicita a PESAJE Y

CONTROL EIRL, que deposite la suma de S/. 108 814,95, a través de un cheque de gerencia girado a favor de la entidad, bajo apercibimiento de efectivizar la totalidad de la garantía de Fiel Cumplimiento; toda vez que, al haberse ordenando el archivamiento definitivo del caso, habría quedado consentida la resolución del contrato por parte del citado proyecto. Ante la solicitud, PESAJE Y CONTROL EIRL, manifiesta que están dispuestos a dar cumplimiento al requerimiento de cancelar la suma de S/. 108 814,95; como concepto de Garantía de Fiel Cumplimiento, solicitando para ello un plazo de quince (15) días calendarios, el mismo que fue concedido. En ese sentido, el 25/04/2011, PESAJE Y CONTROL EIRL, dejó constancia ante PROVIAS NACIONAL, sobre la entrega del voucher original de transferencia de fecha 20/04/2011, siendo que el 25/04/2011 PESAJE Y CONTROL EIRL, solicita la devolución de la Carta Fianza N° D000-1209021, cancelada mediante transferencia interbancaria, y es así que, con fecha 04/05/2011, PROVIAS NACIONAL, acepta la cancelación, para lo que se concede un plazo de cinco armadas y el 24/05/2011, solicita al Banco Continental, la ejecución inmediata de la Carta Fianza N° 0011-0349-9800066293-86, toda vez que, había vencido el día 19/05/2011.

4.28 Que, con fecha 31/05/2011, PESAJE Y CONTROL EIRL entrega a PROVIAS NACIONAL el voucher de transferencia de fecha 31/05/2011 por el importe de S/. 163 222,42 respecto al Contrato N° 031-2009-MTC/20, habiendo efectuado voluntariamente el pago en efectivo del importe indicado, ello con la finalidad de paralizar la ejecución de la Carta Fianza N° D000-01212255; y a decir de la demandante para mantener su buena relación con la entidad Financiera – Banco de Crédito. De otro lado, la demandante reconoce y ratifica su compromiso con PROVIAS NACIONAL, de devolver la totalidad del Adelanto Directo, que se otorgó luego de la suscripción del Contrato N° 031-2009-MTC/20. Asimismo, comunica que se ha cancelado el importe de S/. 163 222,43, contenido en la Carta Fianza del Banco de Crédito del Perú.

4.29 Que, con fecha 27/06/2011, PESAJE Y CONTROL EIRL, dejó constancia sobre la Carta de Transferencia de fecha 24/06/2011, dirigida a favor de la Entidad, por concepto de la Primera Cuota de la Carta Fianza N° 0011-0349-9800066293-86. Asimismo, con fecha 08/08/2011, sobre la entrega de la Carta de Transferencia de fecha 05/08/2011, dirigida a favor de la Entidad, por concepto de la Segunda Cuota de la referida Carta Fianza y con fecha 05/09/2011, se dejó constancia de la Tercera Cuota.

4.30 Que, respecto a la liquidación del contrato suscrito, PROVIAS NACIONAL sostiene que observó la liquidación del Contrato N° 031-2009-MTC/20, así como la aplicación de la penalidad por mora, al haberse modificado la fecha de culminación contractual, por lo que debía modificarse el monto de la penalidad por mora, ascendiendo a S/. 70,116.84. Asimismo, la nueva fecha de culminación pasaba del 19/08/2009 al 09/09/2009.

4.31 Proviñas Nacional manifiesta que el 06/06/2011, la Unidad Gerencial de Administración remite al Jefe de la Unidad de Abastecimiento, el Expediente N° E-015967-2011, a efectos que se formalice la liquidación del Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20. Siendo así, el 26/08/2011, el Jefe de la Unidad de Abastecimiento comunica a la Gerencia de la Unidad Gerencial de Administración, que correspondería efectuar la formalización del Contrato N° 031-2009-MTC/20, debiéndose cobrar el saldo a cargo del demandante ascendente a S/. 413,496.81. En ese sentido, con fecha 08/09/2011, la Unidad Gerencial de Asesoría Legal, hace de conocimiento de la Unidad Gerencial de Administración que, conforme a la normativa aplicable, los Contratos destinados a la Adquisición de Bienes culminan con la conformidad de recepción, por lo que, no corresponde realizar ninguna formalización de liquidación del Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20, contratado para la "Adquisición de Balanzas de Pesaje Dinámico", puesto que en este Contrato, no se ha realizado la conformidad de recepción de la última prestación a cargo del contratista, dado que el Contrato N° 031-2009-MTC/20

quedó resuelto por parte de la Entidad por causa atribuible a PESAJE Y CONTROL EIRL, a decir de PROVIAS NACIONAL, es así que correspondería efectuar el cobro del saldo a cargo del Contratista PESAJE Y CONTROL EIRL, ascendente a la suma de S/. 413,496.81.

4.32 Que, PROVIAS NACIONAL en su escrito de contestación de demanda hace referencia a cada una de las pretensiones planteadas en su contra por la demandante; en ese sentido, tenemos que, respecto a la declaración de validez y eficacia de la resolución de Contrato efectuada por Pesaje en el extremo del ITEM II (Balanza SSWIN de Precisión), por un hecho sobreviniente a la suscripción del Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20 y en consecuencia ordene el pago, la demandada sostiene que la resolución del Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20 se efectuó por el incumplimiento de las obligaciones de PESAJE Y CONTROL EIRL, habiendo seguido el procedimiento establecido para resolver legal y técnicamente el Contrato. Además que, la resolución del Contrato - ITEM II (Balanza SSWIN de Precisión) y IV (6 Balanzas Portátiles de Pesaje Dinámico por Ejes), no resulta por un hecho sobreviniente a la suscripción del Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20 de fecha 27/04/2009, como es argumentado por la parte demandante, sino por causa únicamente atribuible al demandado, siendo así, no correspondería a la Entidad reconocer pago alguno por prestaciones no ejecutadas, ya que PESAJE Y CONTROL EIRL incumplió con entregar en perfectas condiciones de funcionamiento los bienes objeto del Contrato, contraviniendo la Modalidad de Ejecución Contractual LLAVE EN MANO.

4.33 Que, PROVIAS NACIONAL reitera el hecho de que los equipos no funcionaron, lo cual demostraría que no se cumplieron las especificaciones técnicas indispensables para valorizar el equipo y lo cual llevó a la demandada a no otorgar la conformidad de recepción de los equipos suministrados.

4.34 Que, de otro lado, PROVIAS NACIONAL sostiene que, a la fecha, la balanza SSWIN instalada por PESAJE Y CONTROL EIRL en la Estación de Pesaje Cut Off, continua inoperativa, lo cual fue corroborado por un Notario, como se señaló anteriormente.

4.35 Que, PROVIAS NACIONAL sostiene que respecto al ítem IV (6 Balanzas Portátiles de Pesaje Dinámico por Ejes) del Contrato, PESAJE Y CONTROL EIRL incumplió totalmente con entregar los equipos ofertados. Es así que el demandante manifiesta su imposibilidad de suministrar los equipos contratados, por lo que, solicitó resolver el Contrato por Mutuo Acuerdo, a lo que se le respondió que el incumplimiento de las obligaciones contractuales, con relación al ítem IV del Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20, es por causa únicamente atribuible a Pesaje y Control, tras lo cual se le dio un plazo adicional para que la demandante cumpla con sus obligaciones, pero a pesar de ello no cumplió, por lo cual, finalmente se le resolvió el contrato.

4.36 Que, respecto a los argumentos mencionados por el demandante sobre la liquidación del Contrato, PROVIAS NACIONAL sostiene que a Pesaje y Control se le ha hecho saber que la pre liquidación que presentó podría ser aprobada en el supuesto escenario en el que el contratista hubiese cumplido con todas las prestaciones a su cargo conforme los ITEMS II y IV, no habiéndolo efectuado. De otro lado, se menciona que la resolución del contrato se efectuó por haberse vencido el plazo adicional otorgado a la empresa, advirtiéndose que ésta no tenía intenciones de cumplir con las prestaciones del Contrato.

4.37 Que, la demandada se pronuncia sobre la validez del Oficio que comunica la resolución del Contrato, señalando que se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o



jurisdiccional, según corresponda, debiendo considerarse que no se ha cuestionado la eficacia y/o validez de los efectos jurídicos de la resolución de contrato comunicada al contratista. De otro lado, PROVIAS NACIONAL precisa que la demandante habría realizado actuaciones por las que valida y acepta la resolución del contrato, como la ejecución de la Carta Fianza.

4.38 Que, respecto a la segunda pretensión de la demanda se precisa que la inoperatividad de la balanza SSWIN obedece en estricto al incumplimiento de parte de PESAJE Y CONTROL, debiendo notarse, además la falta de demostración de la demandante de los elementos de la responsabilidad civil, quedando a la luz que no existiría tal daño alegado en la demanda, siendo necesario analizarse de manera conjunta los argumentos vertidos en la parte previa del escrito de contestación de demanda, respecto al código fuente que es único por cada programa de ordenador o software.

4.39 Que, respecto a la tercera pretensión PROVIAS NACIONAL sostiene que la inoperatividad de la balanza SSWIN obedece al incumplimiento de parte de PESAJE Y CONTROL a sus obligaciones contractuales, legales y reglamentarias. En tal sentido hacen saber su negativa y contradicción al pago de los intereses.

4.40 Que, por último, respecto a la cuarta pretensión, PROVIAS NACIONAL considera que correspondería al Tribunal Arbitral determinar quién o quienes asumen los costos y costas del presente proceso arbitral.

4.41 Mediante Resolución N° 06 de fecha 24/10/11, el Tribunal Arbitral requirió a PROVIAS NACIONAL para que cumpla con subsanar la presentación de su escrito de contestación de demanda arbitral. Mediante Resolución N° 07 de fecha 25/11/11 el Tribunal Arbitral tiene por cumplido el mandato conferido,



por parte de PROVIAS, mediante escrito de fecha 02/11/11 en consecuencia se tuvo por admitida la contestación de demanda arbitral presentada por PROVIAS.

#### **V. Trámite de la Excepción, Oposición y Audiencia Especial**

5.1 Que, al contestar la demanda, PROVIAS NACIONAL presentó una excepción de caducidad, dado que las pretensiones de la demanda de PESAJE Y CONTROL han sido sometidas a arbitraje según refieren fuera del plazo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado vigente; es ese sentido, también presentaron los medios probatorios que sustentan la excepción planteada.

5.2 Que, mediante el mismo escrito de contestación de demanda, PROVIAS NACIONAL formuló oposición contra el medio probatorio presentado por la demandante, consistente en la declaración del Director Ejecutivo de la Entidad, Sr. Raúl Antonio Torres Trujillo.

Con fecha 10 de octubre del 2011, PROVIAS NACIONAL al contestar la demanda y en el tercer otrosí digo formula OPOSICIÓN contra la actuación del medio probatorio ofrecido por PESACON en el numeral N° 19, que a la letra dice:

“Se requiera al Director Ejecutivo Mag. Raúl Antonio Torres Trujillo a efecto de que preste su Declaración de parte de manera personalísima respecto del Contrato y Ejecución del Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20 celebrado entre el recurrente y la demandada con fecha 27 de Abril del Año Dos Mil Nueve, a comunicado inmediatamente a PROVIAS NACIONAL, dando cumplimiento a lo estipulado en el Artículo 152 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Por lo que finalmente solicitamos a PROVIAS NACIONAL, ante la existencia de fallas o defectos percibidos amplíen el plazo del Contrato conforme lo estipula el Inciso 1 y 2

del Artículo 200 de la citada norma, por ser No atribuibles a mi representada".

Manifestando que es absolutamente impertinente pedir la declaración del titular de una Entidad, para emitir una opinión respecto a si es que la entidad o el contratista ha actuado con sujeción a la norma, que la presente litis versa sobre resolución de un contrato, en donde lo pertinente y oportuno es demostrar el cumplimiento o incumplimiento de prestaciones u obligaciones a cargo de la Entidad o el Contratista. Y finalmente, que no se justifica la pertinencia de la actuación de dicho medio probatorio si todos los argumentos expuestos por ambas partes están respaldados en el acervo documentario ofrecido en calidad de prueba.

PESACON mediante escrito presentado el 01 de diciembre de 2011, absuelve el traslado de la oposición formulada por PROVIAS NACIONAL contra la actuación del medio probatorio signado con el numeral 19 ofrecido por su parte en la demanda arbitral, afirmando esencialmente que su medio probatorio número 19, señala que: Se requiera al Director Ejecutivo Mag. Raúl Antonio Torres Trujillo a efecto de que preste su Declaración de parte de manera personalísima respecto del Contrato y Ejecución del Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20 celebrado entre el recurrente y la demandada con fecha 27 de Abril del Año Dos Mil Nueve, a efecto de que preste su manifestación respecto del contrato y lo comunicado en sus cartas notariales S/N y 74 de fechas 12 de agosto y 12 de octubre del Año Dos Mil Nueve que se adjuntan como anexos. Refiriendo que su pedido es totalmente claro y preciso.

5.3 Que, mediante Resolución N° 7 de fecha 25/11/12 se corre traslado de la oposición formulada y de la excepción deducida por PROVIAS NACIONAL y mediante Resolución N° 9 de fecha 18/01/12 se tuvo por absuelto el traslado conferido a PESAJE Y CONTROL, mediante los escritos presentados por ésta con fecha 01/12/12 y 27/12/11, respectivamente.

5.4 Que, en fecha 6/02/12, se realizó la Audiencia Especial, con la asistencia de PESAJE Y CONTROL y de PROVIAS NACIONAL, la misma que tuvo por objeto tratar la oposición formulada por PROVIAS NACIONAL contra el medio probatorio N° 19 de la demanda de PESAJE Y CONTROL; así como, la excepción de caducidad deducida por la demandada.

5.5 Que, mediante Resolución N° 12 de fecha 02/04/12, el Tribunal declaró infundada la oposición formulada por PROVIAS NACIONAL y, en consecuencia, por admitido el medio probatorio ofrecido por el demandante consistente en la declaración del Director Ejecutivo de la demandada. En cuanto a la excepción de caducidad, mediante Resolución N° 9 de fecha 17/01/12, el Tribunal Arbitral reservó su pronunciamiento hasta la emisión del Laudo o un momento anterior a su expedición.

## **VI. Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos**

6.1 Con fecha 27/02/12, se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, con la asistencia de PESAJE Y CONTROL y PROVIAS NACIONAL.

6.2 Acto seguido, el Tribunal Arbitral, con la participación de las partes, estableció los puntos controvertidos:

- Como cuestión previa el Tribunal Arbitral reservó su decisión respecto de la excepción de caducidad deducida por PROVIAS NACIONAL con fecha 10/10/11 para el momento del laudo arbitral o para algún momento anterior a su expedición, de acuerdo a su criterio.
- Como primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la resolución del Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20 de fecha 27 de abril de 2009 en el extremo del ITEM II referido a la Adquisición e Instalación de 01 Balanza Sswin de Precisión.



- Como segundo punto controvertido: De resolverse favorablemente la cuestión contenida en el párrafo anterior, determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL que pague a favor de PESAJE Y CONTROL la suma de S/. 211,688.25 (Doscientos once mil seiscientos ochenta y ocho con 25/100 nuevos soles).
- Como tercer punto controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL que pague a favor de PESAJE Y CONTROL la suma de S/. 115,256.00 (Ciento quince mil doscientos cincuenta y seis con 00/100 nuevo soles) por concepto de indemnización por Daños y Perjuicios por Responsabilidad Contractual derivada del incumplimiento de las Cláusulas Cuarta, Décimo y Décimo Tercera del CONTRATO.
- Como cuarto punto controvertido: De resolverse favorablemente las cuestiones contenidas en los numerales anteriores, determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL que pague a PESAJE Y CONTROL los intereses que correspondan y se devenguen hasta la fecha efectiva de pago de los montos reconocidos.
- Finalmente, determinar a quién o quiénes y en qué proporción correspondería la asunción de las costas y costos arbitrales.

6.3 En la misma audiencia se admitió como medios probatorios los documentos ofrecidos por la demandante y por la demandada.

6.4 En relación al medio probatorio consistente en la declaración que efectuaría el Director Ejecutivo Mag. Raúl Antonio Torres Trujillo, está fue materia de oposición por parte del demandado, la misma que fue resuelta por el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 12 como consta en el numeral 5.5 del presente.

En ese sentido, habiéndose admitido dicho medio probatorio el Director Ejecutivo Mag. Raúl Antonio Torres Trujillo presentó su declaración a través del escrito presentado con fecha 15/05/2012.

6.5 Asimismo, en relación al medio probatorio consistente en la declaración que deberán efectuar el ingeniero José Guillermo Prietto Rubio - Jefe de la Unidad Pesaje - Administrador del Contrato; el Tribunal Arbitral otorgó al demandante cinco (5) días, para que indique el domicilio del referido testigo a fin de poder convocarlo a Audiencia, lo cual fue cumplido mediante escrito de fecha 29/02/2012.

### **VII. Audiencia de Pruebas**

Con fecha 14/06/12 se realizó la Audiencia de Pruebas, con la asistencia de ambas partes y del Ingeniero José Guillermo Prietto Rubio en su calidad de declarante; dicha audiencia tuvo por objeto actuar la Declaración del Ingeniero Prietto Rubio - Jefe de Unidad Pesaje – Administrador del Contrato.

### **VIII. Audiencia de Ilustración**

Con fecha 20/07/12 se realizó la Audiencia de Ilustración, con la asistencia de PESAJE Y CONTROL y de PROVIAS NACIONAL, cuyo objeto era ilustrar al Tribunal Arbitral con los fundamentos que respaldan las posiciones de ambas partes.

En dicha audiencia las partes procedieron a exponer sus posiciones y se efectuaron preguntas a ambas partes.

### **IX. Cierre de la Etapa Probatoria**

Mediante Resolución N° 21 de fecha 05/10/12 se dió por concluida la etapa probatoria, otorgándose a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que presenten sus conclusiones o alegatos.



## X. Alegatos

Mediante escrito de fecha 17/10/12, PROVIAS NACIONAL presentó sus alegatos escritos; de otro lado, mediante escrito de fecha 19/10/12 PESAJE Y CONTROL presentó sus alegatos escritos fuera del plazo conferido.

Asimismo, PROVIAS NACIONAL solicitó la programación de una Audiencia de Informes Orales, a fin de sustentar adecuadamente su posición.

## XI. Audiencia de Informe Oral

Con fecha 29/10/12 se realizó la Audiencia de Informe Oral con la participación del Tribunal Arbitral y la asistencia y participación de ambas partes.

## XII. Plazo para laudar

Finalmente, mediante Resolución N° 26 de fecha 14 de noviembre de 2012, notificada al demandante y al demandado el 26 y 27 del mes de noviembre del mismo año, el Tribunal Arbitral declaró que los autos se encontraban en estado para ser resueltos, por lo que fijó el plazo para expedir el laudo en treinta (30) días hábiles computados a partir del día siguiente de suscrita el Acta de Audiencia de Informe Oral. Dicho plazo fue prorrogado discrecionalmente por decisión del Tribunal Arbitral por treinta (30) días adicionales.

## CONSIDERANDOS:

### I. DE LA EXCEPCION PLANTEADA POR PROVIAS NACIONAL

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR FUNDADA O INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD FORMULADA POR LA ENTIDAD EN EL PRESENTE PROCESO

Posición de PROVIAS NACIONAL

1. Con fecha 27.04.2009, el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – PROVIAS NACIONAL – MTC y la Empresa PESAJE Y CONTROL E.I.R.L., suscribieron el Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC para la adquisición e instalación de:

- I. 01 Balanza SSWN de Precisión – ÍTEM II, y
- II. para la adquisición de 06 Equipos Portátiles de Pesaje Vehicular Dinámico – Ítem IV,

Cuyos detalles y cantidades se fijaron bajo las condiciones establecidas en las Especificaciones Técnicas indicadas en el Capítulo IV – Requerimientos Técnicos Mínimos de las Bases Administrativas, **bajo la modalidad de ejecución contractual LLAVE EN MANO.**

2. Por Oficio N° 2196-2009-MTC/20 de fecha 02.10.2009, cursado notarialmente, se le comunica a PESAJE Y CONTROL EIRL, que el Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20 ítems II y IV, queda RESUELTO en su totalidad DADO LOS INCUMPLIMIENTOS POR PARTE DEL CONTRATISTA a pesar de habersele intimado otorgándole plazos adicionales para que cumplan con todas las obligaciones pendientes (ambos ITEMS), en aplicación al Artículo 225º numerales 1) y 2) en concordancia con el Artículo 226º del Reglamento del T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

3. Con fecha 22 de febrero de 2011, el Contratista presenta su solicitud de arbitraje ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuyas controversias son derivadas y relacionadas a la Resolución del Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC.

4. Cabe indicar que anteriormente PESACON había presentado su petición de arbitraje ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la PUCP, con fecha 12 de

octubre de 2009 (Expediente Arbitral 105-2009). El Tribunal Arbitral conformado por Alejandro Álvarez Pedroza (Presidente del Tribunal Arbitral), Randol Campos Flores (Arbitro) y Juan Valdivieso Cabada (Arbitro), mediante Resolución N° 5 de fecha 3 de marzo de 2010, resuelve en su segundo punto:

**"SEGUNDO.- TÉNGASE POR NO PRESENTADA la demanda arbitral por parte de PESACON, por los motivos expuestos en la presente resolución (...)."**

El artículo 227 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado señala lo siguiente: "(...) Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido ese plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida."

5. Por tales motivos y siendo que en el presente caso la pretensión antes citada ha sido sometida a arbitraje fuera del plazo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado vigente, vuestro Tribunal deberá declarar fundada la presente excepción.

#### Posición de PESACON

1. Manifiesta que es cierto que con fecha 27 de abril del 2009 suscribió el contrato para la Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20 ítems II y IV.
2. Que fue PESACON quien puso fin al contrato mediante carta notarial de fecha 12 de agosto del 2009.



3. Que invitaron a PROVIAS a arribar a una conciliación mediante un centro de conciliación acreditado, lo cual no se dio y se emitió el acta de conciliación sin acuerdo de fecha 23 de setiembre del 2009, luego de lo cual iniciaron el presente proceso arbitral.
4. Que es cierto que con fecha 12 de octubre del 2009 presentaron su solicitud de arbitrajeante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y que el tribunal arbitral luego de instalado resolvió mediante Resolución N° 5 de fecha 03 de marzo del 2010 "Téngase por no presentada la demanda" resolución que fue reconsiderada.
5. Luego de emitida la resolución que declaro infundado el referido recurso, procedieron a reconsiderarla y así hasta la Resolución N° 12 del 14 de enero del 2011 que resuelve estese a lo resuelto mediante Resolución N° 08 del 26 de agosto del 2010.
6. En virtud a lo expuesto solicita que se declare infundada la excepción incoada por la demandada.

Posición del Tribunal Arbitral sobre la Excepción

- 2.1. Que, en primer lugar, debemos recordar que el Derecho establece los plazos de prescripción y de caducidad, en razón de fomentar la seguridad jurídica; siendo, en general, los plazos de caducidad, los más cortos en todos los ordenamientos jurídicos y, también, en el nuestro.

Que la caducidad es definida como el instrumento mediante el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente, en razón de la inacción de su titular durante el plazo prefijado por la ley o por la voluntad de los particulares.

Que, en tal sentido, la excepción deducida por PROVIAS NACIONAL ha sido formulada conforme a las reglas de actuaciones arbitrales acordada por las partes dentro del plazo que el ordenamiento legal le concede.

Que, dentro de tal orden de ideas, corresponde analizar el fondo de la excepción deducida, en base a los documentos que obran en el expediente del presente arbitraje.

2.2. Que la Cláusula Décimo Séptima del Contrato N° 031-2009-MTC/20 suscrito por las partes establece que la solución de controversias se dará mediante un arbitraje de derecho según lo establecido en la referida cláusula.

2.3. Que, en tal sentido, corresponde analizar cuáles eran los plazos que debía seguir PESACON a efectos de acudir al arbitraje.

Que, sobre el particular, debemos tener presente lo establecido por el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la Ley), que establece lo siguiente:

«Artículo 52.- Solución de controversias

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera

independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50º de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

(...)». (El subrayado es nuestro).

Que, asimismo, debemos tener presente lo establecido por el artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el Reglamento), que establece lo siguiente:

#### «Artículo 215.- Inicio del Arbitraje

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley.

(...)

Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial.

(...)». (El subrayado es nuestro).

Que, como se puede apreciar, según lo establecido por el Reglamento,<sup>1</sup> y lo establecido en el artículo 52 de la Ley, para acudir al arbitraje se debe tener presente que, según el Reglamento, se tienen quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o de Acuerdo Parcial de Conciliación.

2.4. Que, dentro de tal orden de ideas, la solicitud de conciliación presentada por PESACON, se ajusta al plazo establecido por el artículo 52 de la Ley.

2.5. A mayor abundamiento se debe precisar que el Artículo 41º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Establece en su literal a) lo siguiente:

"Los árbitros otorgarán a la demandante un plazo de diez (10) días para que presentes u escrito de demanda.

En caso la parte demandante no presente su demanda, los árbitros darán por concluido el proceso, disponiendo el archivo de los actuados, sin perjuicio que aquella pueda presentar nuevamente la solicitud respectiva". El resultado es nuestro.

Que, en consecuencia, corresponde desestimar este extremo de la excepción de caducidad deducida por PROVIAS NACIONAL.

Que, en tal sentido, habiéndose desestimado la excepción deducida por el demandado, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie en torno a los puntos controvertidos establecidos en el Acta de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos.

## II. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

1. Determinar si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la Resolución de Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20 de fecha 27 de abril de 2009 (en adelante, EL CONTRATO), en el extremo del ITEM II referido a la Adquisición e Instalación de 01 Balanza Sswin de Precisión.

2. De resolverse favorablemente la cuestión contenida en el numeral 1 anterior, determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL que pague a favor de PESACON la suma de S/. 211,688.25 (Doscientos Once Mil Seiscientos Ochenta y Ocho con 25/100 Nuevos Soles).

Dada la íntima e indesligable vinculación que poseen entre sí los puntos controvertidos que anteceden, ambos se analizan de manera conjunta.

Como primer orden establecer que para que surta efecto la resolución del contrato, y con ello sea declarada válida y eficaz como se solicita, la parte que se siente perjudicada debe requerir mediante carta notarial a la otra el cumplimiento de su obligación a fin de que esta última la satisfaga en un plazo no mayor a cinco días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Conforme lo establece la norma en su Artículo 226º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el literal c) del artículo 41º del Texto Único Ordenado de la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobados por D.S. 083 y 084-2004 –PCM que al respecto dice: "En caso de incumpliendo por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato; en forma total o parcial, mediante la remisión notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por la autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el Contrato.

El Contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el Contratista (...)<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Artículo 226.- Procedimiento de resolución de contrato

"Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgara necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continua, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento".

En razón de ello, el requerimiento concediendo el plazo para el cumplimiento es indispensable para el deudor, ya que éste puede estar en condiciones de satisfacer a su acreedor, pero estará a la espera de que se le requiera conforme a la norma. El plazo máximo de 5 días debe estar expresado con toda claridad y certeza en la carta notarial de requerimiento, en razón de que el deudor requerido tiene derecho a conocer el tiempo dentro del cual puede cumplir su obligación. Extinguido el plazo, sin que el deudor cumpla, el contrato queda resuelto *ipso iure*, no pudiendo el acreedor revocar o modificar su decisión de resolver el contrato, ni el deudor pretender cumplir. Como dice Farina<sup>3</sup>, si el acreedor ha fijado un plazo significa que vencido el mismo la prestación ya carece de interés para él, y por ello no puede obligársele a aceptar una prestación que por el transcurso del tiempo, para él ha perdido toda utilidad.

Sin embargo en el presente caso, de los documentos presentados en calidad de pruebas por las partes a este Tribunal y las Cartas N° 67-2009-PESACON/AC y N° 070-2009-PESACON/AC, así como de las respuestas vertidas por PESACON en la audiencia de informe oral de fecha 29 de Octubre del 2012, se puede determinar claramente, conforme a lo señalado, que en el requerimiento efectuado por PESACON a PROVIAS NACIONAL para el cumplimiento de las obligaciones conforme a los artículos anteriormente prescritos, PESACON no cumplió con los supuestos establecidos por la norma que en primer orden establecen que debió efectuar el requerimiento previo a fin de que se satisfaga en un plazo no mayor de cinco días, el mismo que no se estableció en la carta que PESACON refiere como de requerimiento y en segundo orden que al vencimiento de dicho plazo “de requerimiento” (el mismo que no se estableció en la carta), en vía de apercibimiento recién surtiría efecto la resolución contractual.

De igual forma, como está debidamente probado, PESACON remite posteriormente con fecha 14 de setiembre del 2009 la carta N° 70 planteando

<sup>3</sup> Farina, Juan M., *Rescisión y resolución de los contratos*, Orbis, Rosario, Argentina, 1965, p. 191.

*dos alternativas de solución:* 1.- Crear un software integral que sea compatible con el sistema para su puesta en funcionamiento en un plazo de 12 meses calendario con un valor de S/. 300,000 Nuevos Soles (como adicionales) y 2.- Que entreguen el software fuente y ejecutables, así como los implementos de conectividad y todo aquello que les permita modificar la rutina de inicio y termino de pesaje, lo cual no fue aceptado por PROVIAS NACIONAL.

Es recién con la carta notarial de fecha 12 de agosto del 2009, conforme se puede colegir, que PESACON pone fin al contrato de adquisición de bienes N° 031-209-MTC/20 por MUTUO ACUERDO respecto al ítem IV referido a la adquisición de 06 equipos portátiles de pesaje vehicular dinámico conforme la cláusula décimo tercera del contrato. Sin embargo, en la referida carta (12/08/2009) se solicita únicamente: "... la conformidad de recepción del bien respecto del ítem II, referido a la adquisición e instalación de 01 balanza SWW de precisión..." y además requieren se haga efectivo el pago, Y no hace referencia alguna a la resolución contractual respecto del ítem II, sobre la adquisición e instalación de una balanza SSWIN de precisión, que es el tema que nos ocupa en el presente proceso arbitral, no habiendo efectuado un requerimiento valido conforme Art. 226 antes mencionado.

Para este efecto, recogemos lo señalado por Messineo: "El fundamento de la resolución es la sobreviniente falta de causa de la Obligación en vista de que la contraparte no cumple"<sup>4</sup> y siempre que se haya efectuado el requerimiento de ley.

Es por ello, que "La normatividad de contrataciones del Estado, de manera específica, en su Reglamento señala que la Resolución del Contrato, es un actuar donde cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto

<sup>4</sup> Messineo, Francesco, Doctrina General del contrato, t. 2, Pp. 337-338 y 836.

expresamente en las bases, en el contrato con sujeción a la ley<sup>5</sup>. Lo cual, no ha sucedido en el presente caso.

Recogiendo el origen de la palabra resolución (del latín "resolutio") que significa deshacer, destruir, desatar, disolver, extinguir un contrato. La resolución deja sin efecto, judicial o extrajudicialmente, un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración que impide que cumpla su finalidad económica, siempre que se cumpla con lo establecido en el contrato y en la ley en caso de vacío.

A lo señalado, refiere la doctrina que es procedente la resolución a la generación de un hecho sobreviniente que constituye el presupuesto para la resolución del contrato que puede ser imputable a la otra parte (ej., el incumplimiento) o puede ser extraña a la voluntad de ambas (caso fortuito o fuerza mayor); puede tener un origen legal (ej., la resolución por incumplimiento) o convencional (el mutuo disenso) pero siempre que se cumpla con el procedimiento conforme a las bases, el contrato o el Reglamento específico, para que produzca en efecto la causal debidamente invocada.

*Al respecto, Messineo<sup>6</sup> sostiene que "la resolución no es una sanción a cargo del incumplidor, sino un medio para liberar a la parte cumplidora, restituyéndole la posibilidad de recurrir a otro contrato con el cual obtener una prestación idéntica o equivalente a la que ha fallado".*

Como puede observarse PESACON no ha cumplido con las formalidades establecidas en el artículo 226º del RLCAE para la resolución del contrato.

Que, conforme a lo establecido en la Cuarta Cláusula del Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20, el plazo pactado para la entrega

---

<sup>5</sup> **Artículo 224.- Resolución de contrato.** Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto.

<sup>6</sup> Messineo, Francesco, Doctrina General del contrato, t. 2, p. 205.

de bienes, que incluía la recepción e instalación del bien, pruebas y puesta en operación, venció el día 09.09.2009.

Que el Artículo 43º del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y el artículo 204º de su Reglamento, establecen que los contratos destinados a la Adquisición de Bienes culminan con la conformidad de recepción. Que de conformidad con el artículo 233 y siguientes del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado<sup>7</sup>, en el presente caso no se ha realizado la conformidad de recepción de la última prestación a cargo del contratista, ya que no se levantaron las observaciones consignadas en el acta de recepción y observaciones de Balanza de precisión Swin-E.P. Cut Off de fecha 11 de setiembre del 2009 y; es PROVIAS NACIONAL quien previamente a haber efectuado el requerimiento respectivo, resuelve mediante oficio N° 2196-2009-MTC/20 de fecha 02 de octubre del 2009 el contrato N° 031-2009-MTC/20 conforme a ley.

Que, en efecto, resulta relevante dicho análisis en tanto, como sabemos, quien actúa con diligencia no es imputable por la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación. Es decir, quien no actúa con tal diligencia sí es imputable (o responsable) por la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación y, por ende, merecedor de las sanciones que correspondan de acuerdo a lo pactado por las partes.

<sup>7</sup> **Artículo 233.- Recepción y conformidad.** La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o de los funcionarios designados por la Entidad, sin perjuicio de lo que esta última disponga en sus normas de organización interna. La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento. De existir observaciones se consignaran en el Acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días.

Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos".



Asimismo, debemos puntualizar como refiere Cabanellas,<sup>8</sup> que el término «diligencia» ostenta múltiples y trascendentales significados jurídicos: cuidado, solicitud, celo, esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona, etc. Asimismo, quien actúa con diligencia es alguien diligente según la Real Academia Española, diligente es «Cuidadoso, exacto y activo. Pronto, presto, ligero en el obrar».<sup>9</sup> En tanto para Cabanellas significa «Cuidadoso, activo, solícito, esmerado. Pronto, rápido, ágil, ligero, presto en la ejecución. [...]».<sup>10</sup>

Que, en el caso concreto, debemos señalar que PESACON no ha acreditado que hubiese actuado con la diligencia que exigía la naturaleza de su obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar atribuyendo inicialmente su incumplimiento conforme su misiva notarial de fecha 12 de agosto del 2009 a una resolución por mutuo acuerdo, pero que unilateralmente pone fin al contrato de adquisición N° 31-2009-MTC/20 respecto al ítem IV referido a la Adquisición de 06 equipos portátiles de pesaje vehicular dinámico haciendo referencia a la cláusula décimo tercera del contrato que no es materia de este proceso y; finalmente la carta notarial N° 067-2009-PESACON de fecha 02 de setiembre del 2009 en la cual solicita ampliación del plazo del contrato amparándose en el Artículo 152º, del actual Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, referente a la existencia de fallas o defectos percibidos luego de la suscripción, articulado que no es aplicable al presente caso, debiendo haber consignado de haberse estimado correctamente el Artículo 210 del DS. N° 084-2004-PCM.

<sup>8</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1989, tomo III, p. 253.

<sup>9</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. En: [http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=diligente](http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=diligente)

<sup>10</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, p. 256.

Estando a lo antes anotado por este Tribunal Arbitral y en base a las pruebas aportadas por las partes, se ha concluido que no se ha acreditado debidamente la pretensión que nos ocupa, por cuanto el demandante no ha probado la causal de hecho sobreviniente para la resolución que reclama, ello atendiendo a la lógica elemental de que quien alega algo, debe probarlo. Que los hechos alegados deben ser materia de probanza ya que en ninguna parte de las bases o el contrato se desprende la obligación que podría tener PROVIAS NACIONAL de entregar el software fuente y ejecutables al solo pedido de PESACON como lo plantea en sus argumentos de defensa y menos aún que sea este un requisito necesario para el cumplimiento de lo ofrecido contractualmente por PESACON.

Se encuentra probado que no existe ninguna coordinación previa con la Entidad que justifique que PESACON haya tenido el debido cuidado, con la finalidad de cumplir con lo ofrecido y en el plazo pactado conforme a lo requerido por las bases que incluso señalan:

"5.4.1.10, Software de pesaje, ANALISIS DE REQUERIMIENTOS: De no existir un software con las características solicitadas al momento de ofertar, se aceptará temporalmente uno inicial que a criterio de la Unidad de Pesos y Medidas de la Unidad Gerencial de Operaciones de Proviñas Nacional no presente diferencias significativas con el solicitado, estando obligado el ganador de la Buena Pro a adaptar o personalizar el software para que cumpla con todo lo solicitado durante el periodo de entrega..."

Que de las pruebas presentadas y declaraciones vertidas se ha podido establecer que PESACON no efectuó ninguna reserva, observación o consulta respecto a esta declaración efectuada conforme a las bases, la misma que debió cumplir a cabalidad.

Que en la Cláusula Cuarta del Contrato N° 031-2009-MTC/20 se establece que el Contratista se encuentra obligado a efectuar la entrega en 135 días calendarios, el mismo que incluye recepción del bien e instalación, pruebas y puesta en operación establecidas en los Numerales 6 y 7 del Capítulo IV,



Requerimientos Técnicos Mínimos-RTM de las Bases Administrativas. (El subrayado es nuestro).

Que, si bien PESACON entregó los bienes el 11 de setiembre del 2009, conforme al Acta de Recepción y Observaciones de la Balanza de Precisión Swin-E.P.Cut Off, no es menos cierto que en dicha Acta se dejaron constancia de las observaciones siguientes: Por definir en calibración respecto a la Exactitud dinámica +/-2.0% en todas las configuraciones de eje a 10 kph; como incierto el punto de Compatibilidad con conexiones existentes, Hardware y software y actualizaciones y sobre las Conexiones de celdas de carga 1 y 2 al sistema electrónico que se encuentra al lado de la vía Verificar la operatividad de la balanza con carga dinámica señalan incierto.

Agregando además las siguientes OBSERVACIONES:

1. Compatibilidad, con conexiones existentes, Hardware y Software y actualizaciones.- El software de pesaje del sistema PAT de las instalaciones actuales, no son compatibles con el nuevo sistema de pesaje de dos sensores de peso.
2. Conexión de celdas de carga 1 y 2 al sistema electrónico que se encuentra al lado de la vía y verificación de la operatividad de la balanza de carga dinámica.-El software de pesaje del sistema PAT de las instalaciones actuales, no son compatible con el nuevo sistema de pesaje de dos sensores de peso; en consecuencia no se tiene una lectura completa de los ejes y los pesos por ejes de cada configuración vehicular.

Observaciones descritas, que no lograron levantar para dar cumplimiento con lo pactado en el contrato y lo establecido en las bases integradas.

Que, en el presente caso, resulta evidente que PESACON no ha actuado con la diligencia, cuidado y esmero, al momento de efectuar el planteamiento de dos alternativas a PROVIAS NACIONAL, solicitando una ampliación de plazo

del contrato, más aún si tenemos en cuenta, sus propias declaraciones en el informe oral de fecha 29 de Octubre del 2012, en el cual PESACON señala que: "si podía cumplir, solo que el costo era elevado".

Que, en tal sentido y conforme a las respuestas vertidas por las partes a este tribunal, se advierte que el Contratista no visito las instalaciones de PROVIAS NACIONAL, previamente para tener mayor alcance del requerimiento de la entidad y así poder cumplir con lo pactado conforme lo establecían los requerimientos técnicos plasmados en las bases. Más aún si tenemos en consideración, que ello no fue materia de consulta, ni observación, que pudieran exonerarlos de cumplir con las obligaciones en el plazo de los 135 días calendarios, quedando demostrado de las pruebas aportadas por ambas partes que no es un hecho sobreviniente a la suscripción del Contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20 de fecha 27.04.2009, como pretende atribuir PESACON.

En ese sentido, las propuestas planteadas por PESACON, deben ser consideradas con carácter restringido y dentro de lo que una actuación diligente debió conllevar, pero no significa necesariamente y a priori un traslado de responsabilidad a PROVIAS o que tendrían que asumir responsabilidad respecto de hechos que realmente le competen a PESACON conforme a lo ofrecido en su propuesta y aceptado mediante contrato.

Tal como se ha expresado en el análisis del primer punto controvertido que antecede, el comportamiento de PESACON en relación al cumplimiento del contrato en la parte de ejecución no ha tenido la diligencia que el caso ameritaba puesto que ya sea por una causa u otra, ha actuado displicientemente en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, respecto del ítem que nos atañe.



Más aún si la modalidad contractual acordada por las partes conforme a la Cláusula Primera del Contrato de Adquisición de bienes N°031-2009-MT/20 era de LLAVE EN MANO. Debiendo para dicho efecto concordarse con el artículo 58º del Reglamento que dispone las modalidades de ejecución contractual, dentro de la modalidad “*por el alcance del contrato*” establece que éstas pueden dividirse en “*llave en mano*” o “*concurso oferta*”. Definiendo a la modalidad de **Llave en mano** como: *La modalidad mediante la cual el postor oferta en conjunto la ingeniería, construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de determinada obra.*

En el caso de adquisición de bienes el postor oferta, además de éstos, su instalación y puesta en funcionamiento.

*Al respecto, de la revisión efectuada a las bases de LICITACION PÙBLICA N° 011-2008-MTC/20, “ADQUISICIÓN DE BALANZAS PARA PESAJE VEHICULAR DINÁMICO” que forman parte del contrato se advierte que la modalidad de ejecución contractual, por el alcance del contrato, sería el de “llave en mano”.*

En tal sentido, PESACON se comprometió a cumplir con las disposiciones de las Bases que establecen:

“... 1.6 SISTEMA DE ADQUISICION: El presente proceso se rige por el sistema de Suma Alzada, de acuerdo con lo establecido en el expediente de contratación respectivo.

1.7 MODALIDAD DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL: Llave en mano”. <sup>11</sup>

<sup>11</sup>

Las Bases deberán contemplar la modalidad de contratación de “llave en mano”.

Recogiendo la definición de la doctrina colombiana que al respecto señala: "En virtud del contrato llave en mano, el contratista se compromete a llevar a cabo una obra, incluyendo los estudios previos, la ejecución de la construcción, el suministro de equipos y la puesta en operación de la obra al momento de su entrega. En general, aunque el contrato llave en mano no se limita a la elaboración de una obra material, se ha considerado como una modalidad especial del contrato de obra pública o de construcción de un bien inmueble. Los contratos de obra pública están definidos en el artículo 32 [1] de la Ley 80 de 1993 como aquellos que celebran las entidades estatales "para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago". El contrato de obra es bilateral, porque las dos partes se obligan recíprocamente; oneroso, porque cada parte se grava en beneficio de la otra; comutativo, puesto que cada parte se obliga a una cosa que se mira como equivalente de la otra; de colaboración, pues, conlleva el factor intuitu personae y de ejecución sucesiva. En virtud del contrato de obra pública, la entidad conviene con el contratista en la realización de una obra, a cambio de un precio, de la cual se hace dueña la entidad contratante<sup>12</sup>."

Es por ello que, el alegar un presunto hecho sobreviniente a la ejecución del **CONTRATO** que impidió –según palabras de PESACON- cumplir con la prestación en su totalidad (esto es el bien entregado con instalación, pruebas y puesta en operación conforme a las bases administrativas), conforme a las pruebas presentadas no constituyen un motivo que la exima de la responsabilidad de haber cumplido con la obligación oportunamente, más aun si manifiesta que tenía amplia experiencia y la opción de haber visitado las instalaciones Cut Off para verificar las características y especificaciones técnicas que estaban consignadas en las bases Numerales 6 y 7 del Capítulo IV, Requerimientos Técnicos Mínimos, siendo de pleno conocimiento estas, antes, durante y después de adquirir las obligaciones, por consiguiente la celebración de un acto jurídico que implicaba mayores gastos a

<sup>12</sup> Concepto de Contrato Llave en mano/ CONCEPTO DE OBRA PUBLICA - Definición legal y características / ENTIDAD CONTRATANTE - En los contratos de obra públicas en Bogotá, Colombia

su erario, lo que suponía adoptar las medidas necesarias para cumplir con las mismas bajo su responsabilidad.

Al respecto, Yuri Vega refiere claramente: “*al deudor le será indispensable probar una causa no imputable para liberarse de responsabilidad por no haber podido ejecutar la prestación o ejecutarla de un modo diverso al previsto en el programa contractual. Sólo si prueba una causa no imputable quedará librado de las consecuencias del incumplimiento y para ello no basta acreditar el actuar diligente sino un hecho que escape a su control*”<sup>13</sup>

Es importante resaltar en el caso, como señala BETTI, que el Principio de Buena Fe puede concebirse esencialmente como: “(...) *una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte, actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte (...)*”<sup>14</sup>, lo cual debe primar en todos los contratos.

Que, dentro de tal orden de ideas, el Tribunal Arbitral entiende que PESACON no ha cumplido con su obligación de instalación, *pruebas y puesta en operación* del bien entregado conforme lo establecían los Numerales 6 y 7 del Capítulo IV. Requerimientos Técnicos Mínimos - RTM de las Bases Administrativas, además de la Cláusula cuarta del contrato de Adquisición de Bienes N° 031-2009-MTC/20 de fecha 27 de Abril del 2009 e incluso el mismo D.S. N° 084-2004-PCM Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que regula la modalidad de LLAVE EN MANO en su Artículo 58<sup>15</sup>, por lo que corresponde desestimar las pretensiones 1 y 2 de la demanda las cuales devienen en infundadas.

<sup>13</sup> VEGA, Yuri. “Imposibilidad Sobrevenida”. En: Código Civil comentado por 100 mejores especialistas, Tomo VI Derecho de Obligaciones. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2010 pp. 848

<sup>14</sup> BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid, Revista de Derecho Privado, Tomo I. pp. 78.

<sup>15</sup> Artículo 58º.- **Modalidades de ejecución contractual.** Las Bases de los procesos de selección para la adquisición y contratación de bienes, servicios y ejecución de obras indicaran, cuando sea pertinente, la modalidad en que se realizará la ejecución del contrato. Estas modalidades pueden ser: ... 2) Por el Alcance del Contrato, en procesos de

3. Determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL que pague a favor de PESACON la suma de S/. 115,256.00 Nuevos Soles, por concepto de indemnización por Daños y Perjuicios por Responsabilidad Contractual derivado del incumplimiento de las cláusulas Cuarta y Décima Tercera del CONTRATO.

Dicha suma comprende Intereses y Gastos Administrativos sobre el Capital de S/. 211,688.25 (Doscientos once mil seiscientos ochenta y ocho con 25/100 nuevos soles) ascendente a S/. 95,256.00 (Noventa y cinco mil doscientos cincuenta y seis con 00/100 nuevos soles; y gastos bancarios sobre Carta Fianza – Garantía de Fiel Cumplimiento S/. 20,000.00 (Veinte Mil y 00/100 Nuevos Soles).

4. De resolverse favorablemente las cuestiones contenidas en los numerales anteriores, determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL que pague a PESACON los intereses que correspondan y se devenguen hasta su fecha efectiva de pago de los montos reconocidos

Estando a lo analizado y al criterio asumido por el Tribunal Arbitral en los puntos que anteceden resulta innecesario emitir pronunciamiento alguno sobre este extremo al guardar íntima vinculación con aquellos, deviniendo por ende en improcedente.

#### DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE ASUMIR LOS GASTOS ARBITRALES IRROGADOS EN EL PRESENTE PROCESO

selección para prestaciones especiales referidas a bienes o ejecución de obras: a Llave en mano: En esta modalidad el postor oferta en conjunto la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de determinada obra, pudiendo incluir el estudio definitivo. En el caso de adquisición de bienes el postor oferta, además de estos, su instalación y puesta en funcionamiento..."



2.6. Que, en cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 70 y 73 del Decreto Legislativo N.º 1071, disponen que el Tribunal Arbitral distribuirá los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.

Que los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Además, la norma establece que el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorratoeo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Que, en el presente caso, el Tribunal Arbitral estima que corresponde a cada parte hacerse cargo del 50% del total de las costas y costos del presente proceso.

#### DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

3. Que el Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Reglamento y la Ley de Arbitraje, este Tribunal Arbitral, en DERECHO;

**LAUDA:**

**PRIMERO:** Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión referida a que se declare valida y eficaz la **Resolución de Contrato** en el extremo del **ITEM II** referido a la Adquisición e Instalación de 01 Balanza Sswin de Precisión, **por un hecho sobreviniente** a la suscripción del Contrato de Adquisición de Bienes Nº 031-2009-MTC/20 de fecha 27 de Abril del Año Dos Mil Nueve, por no haber cumplido con los requisitos de forma.

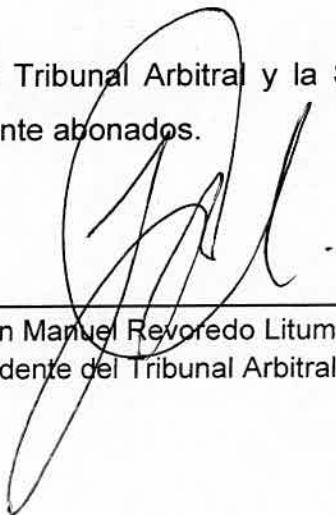
**SEGUNDO:** Declarar **IMPROCEDENTE** la segunda pretensión, no correspondiendo el pago solicitado por la suma de S/. 211,688.25 Nuevos Soles.

**TERCERO:** Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda y por tanto no se otorga indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad contractual.

**CUARTA:** Declarar **IMPROCEDENTE** la cuarta pretensión de la demanda, por tanto no corresponde el pago de intereses en el presente caso.

**QUINTA:** Respecto de las costas y costos, se dispone que las partes deberán asumir sus propios costos incurridos en el presente proceso arbitral y, respecto a los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral, corresponde a cada parte hacerse cargo del 50% del total de las costas y costos del presente proceso arbitral.

**SEXTA:** Fijar los honorarios del Tribunal Arbitral y la Secretaría a cargo del proceso, en los montos previamente abonados.



---

Dr. Juan Manuel Revoredo Lituma  
Presidente del Tribunal Arbitral



~~Dr. Juan Valdivejo Cabada  
Árbitro I~~

~~Dr. Hugo Bauer Bueno  
Árbitro~~

~~Dra. Silvia Rodriguez Vásquez  
Secretaria General Conciliación y Arbitraje  
Centro de Arbitraje PUCP~~