



Expediente N° 424- 5- 14  
Tecnología de Materiales – EMAPE

### LAUDO ARBITRAL

**DEMANDANTE:** Tecnología de Materiales (en adelante TDM, o demandante)

**DEMANDADO:** Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima S.A. (en adelante EMAPE o demandada)

**TIPO DE ARBITRAJE:** Ad-Hoc, Nacional y de Derecho

**TRIBUNAL ARBITRAL:** Dr. Ricardo Rodríguez Ardiles  
Dr. Sergio Tafur Sánchez  
Dr. Jorge Vega Soyer

**SECRETARIA ARBITRAL:** Silvia Rodríguez Vásquez

**Resolución N° 20**

En Lima, a los siete días del mes de enero del año dos mil quince, 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 analizado 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:

---

**I. Existencia del Convenio Arbitral, Designación e Instalación de Tribunal Arbitral****1.1 El Convenio Arbitral:**

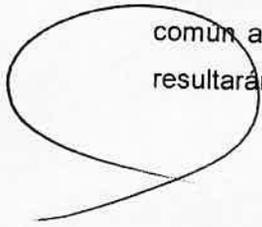
Está contenido en la Cláusula Décimo Novena (CONVENIO ARBITRAL) del Contrato de Adquisición de Barreras de Seguridad para la Vía Expresa Paseo de la República y Vía Expresa Javier Prado, mediante la cual las partes convinieron someter sus controversias a arbitraje Ad Hoc, Nacional y de Derecho.

**1.2 Instalación de Tribunal Arbitral:**

Con fecha 15/01/2014 se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, constituido por el doctor Ricardo Rodríguez Ardiles, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral y los doctores Sergio Tafur Sánchez y Jorge Vega Soyer en su calidad de árbitros; con la asistencia de ambas partes, en donde se fijaron las reglas aplicables al presente proceso.

**II. Normatividad aplicable al Proceso Arbitral:**

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, será de aplicación las reglas procesales contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto. Las reglas procesales establecidas de común acuerdo por las partes en el convenio arbitral o instrumentos modificatorios, resultarán de aplicación en la medida que no contravenga el marco normativo antes



referido. Supletoriamente, regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

El arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas en la presente Acta; a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, (en adelante la LCE); su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, RLCE); y por el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje (en adelante el Decreto Legislativo).

Asimismo, se precisó que, en caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral queda facultado para establecer reglas adicionales, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa.

### III. De la Demanda Arbitral presentada por TDM:

3.1. Mediante escrito de fecha 5/02/2014, TDM presentó su demanda arbitral contra EMAPE.

3.2. Como petitorio de la demanda, TDM solicita lo siguiente:

a. El pago de la cantidad de S/. 4'812,826.74 correspondiente a las valorizaciones y facturas emitidas.

Dicho monto se obtiene al deducir de la deuda total ascendente a la suma de S/. 7'014,438.74, la cantidad de S/. 2'201,612.00, monto que fue entregado por EMAPE a TDM por concepto de adelanto.

b. El pago de los intereses compensatorios y moratorios correspondientes, así como los gastos del proceso arbitral.

c. El pago de S/. 500,000.00 o lo que resulte, que debe recibir TDM, como consecuencia de la indemnización por los daños y perjuicios que ha ocasionado EMAPE.

3.3. Como fundamentos de hecho, respecto del pago de la deuda, más intereses y gastos; TDM señala que con fecha 31/07/2012, la recurrente y EMAPE suscribieron el Contrato de Adquisición, producto del otorgamiento de la Buena

Pro del proceso de selección correspondiente a la Licitación Pública N° 04-2012-EMAPE (en adelante el Contrato).

- 3.4. TDM indica que conforme a las condiciones pactadas la demandante se encontraba facultada a presentar sus valorizaciones parciales por cada 1,500.00 metros lineales de barreras de seguridad instaladas para efectos de solicitar el pago de las contraprestaciones ejecutadas. Por lo que, cumplido lo anterior, TDM presentó, vía notarial, siete (7) valorizaciones para su aprobación y pago por parte de EMAPE, conforme al 181° del Reglamento de la Ley de Arbitraje.
- 3.5. TDM precisa que las valorizaciones presentadas fueron las siguientes:
- 1° Valorización (S/. 1'207,136.02): 16 de mayo de 2013. Presentación de factura: 9 de agosto de 2013.
  - 2° Valorización (S/. 966,813.75): 29 de mayo de 2013. Presentación de factura: 12 de agosto de 2013.
  - 3° Valorización (S/. 1'776,229.20): 25 de junio de 2013. Presentación de factura: 12 de agosto de 2013.
  - 4° Valorización (S/. 1'025,249.66): 17 de julio de 2013. Presentación de factura: 22 de agosto de 2013.
  - 5° Valorización (S/. 830,765.54): 9 de agosto de 2013. Presentación de factura: 22 de agosto de 2013.
  - 6° Valorización (S/. 832,203.33): 26 de agosto de 2013. Presentación de factura: 24 de setiembre de 2013.
  - 7° Valorización (S/. 376,041.24): 11 de setiembre de 2013. Presentación de factura: 24 de setiembre de 2013.
- 3.6. Transcurrido el plazo para la emisión de la conformidad sin respuesta de EMAPE, TDM tuvo por aceptadas las valorizaciones y procede a presentar las facturas para su cancelación. TDM precisa que dichas facturas, hasta la presentación de la demanda, no habían sido pagadas.

- 3.7. TDM indica que, sin perjuicio del incumplimiento de EMAPE, culminó con la entrega e instalación de las barreras de seguridad para la Vía Expresa de Paseo de la República y Vía Expresa Javier Prado el día 21 de agosto de 2013. Y con fecha 16 de setiembre de 2013 las partes suscribieron el Acta de Recepción de Servicio en la cual se declaró que la prestación a cargo de TDM se ejecutó sin observaciones.
- 3.8. Además TDM indica que con fecha 11 de octubre de 2013, le remitió a EMAPE Carta Notarial en la que se le adjuntó las siete (7) Notas de Crédito siguientes: Nota de Crédito N° 0001-002794; Nota de Crédito N° 0001-002789; Nota de Crédito N° 0001-2792; Nota de Crédito N° 0001-002790; Nota de Crédito N° 0001-002793; Nota de Crédito N° 0001-002791; Nota de Crédito N° 0001-002795. Asimismo, por Carta Notarial del 9 de octubre de 2013 TDM requirió a EMAPE el pago de la deuda; sin perjuicio de lo indicado, hasta la fecha de presentación de la demanda, TDM indica que EMAPE no cumplió con pagar el monto adeudado ascendente a S/. 4'812,826.74 más intereses.
- 3.9. Respecto de la indemnización, TDM indica que como consecuencia del incumplimiento de EMAPE, es lógico que se indemnice al demandante. Asimismo, precisa que el daño se ha producido en relación a la imagen de TDM.
- 3.10. Además el demandante precisa que el daño también se ha generado dado que TDM tuvo que gastar en renovar dos (02) cartas fianzas.
- 3.11. Como fundamentos de derecho, TDM indica que el artículo 177° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado regula el derecho de pago total de la contraprestación ejecutada al no haberse realizado los pagos parciales requeridos. Asimismo, sustenta su demanda en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; así como en las normas aplicables del Código Civil.
- 3.12. Que, mediante Resolución N° 1, de fecha 06/02/2014, se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado a EMAPE por el plazo de quince (15) días hábiles para que la conteste y, de considerarlo conveniente, formule reconvención.

#### IV. De la Contestación a la demanda presentada por EMAPE:

- 4.1 Mediante escrito de fecha 05/03/2014, EMAPE presentó su contestación a la demanda arbitral presentada por TDM.
- 4.2 EMAPE se pronuncia respecto de cada una de las pretensiones de TDM, contradiciéndolas y negándolas. Es así que niega su obligación de pago respecto de la primera pretensión referida al pago de S/. 4'812,826.74 correspondiente a las valorizaciones y facturas emitidas.
- 4.3 Asimismo EMAPE detalla la forma de pago pactada en el Contrato, conforme al artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; y se precisa que el derecho de TDM a exigir algún pago por la prestación a su cargo, surge con posterioridad a la conformidad de la misma por parte de EMAPE.
- 4.4 De otro lado, EMAPE indica que remitió a EMAPE facturas sin contar con la conformidad respectiva, por lo que el requerimiento no habría cumplido con las formalidades establecidas.
- 4.5 EMAPE indica también que a la fecha de la contestación de demanda, TDM no había presentado los documentos pertinentes para solicitar el pago que se pretende exigir en este arbitraje.
- 4.6 De lo anterior, EMAPE advierte que TDM no habría cumplido con los procedimientos establecidos para el requerimiento del pago, por lo que cualquier dilación o perjuicio surgido de su inactividad sería su responsabilidad. Se precisa, además que todas las facturas presentadas por TDM son de fecha anterior a la conformidad otorgada por EMAPE, por lo que, no serían documentos válidos para efectuar el pago.
- 4.7 Respecto de la segunda pretensión de la demanda, referida al pago de intereses compensatorios y moratorios así como los gastos del proceso arbitral, EMAPE indica que TDM no habría cumplido con el procedimiento adecuado para el pago de la contraprestación, siendo la demora su exclusiva responsabilidad.

- 4.8 En tal contexto, EMAPE indica que no se configuraría la existencia de mora, puesto que el requerimiento se realizó sin contar aún con derecho y sin adjuntar los comprobantes de pago válidos que pudieran generar el pago correspondiente.
- 4.9 De otro lado, al no existir sustento válido que acredite la responsabilidad de EMAPE, ésta indica que no es posible exigir el pago de intereses ya que la demora no se atribuye a razones de la demandada.
- 4.10 Respecto de la tercera pretensión referida al pago de S/. 500,000.00 como indemnización por daños y perjuicios; EMAPE indica que la existencia del daño es un elemento fundamental para la configuración de la responsabilidad civil.
- 4.11 Asimismo, el Código Civil, aplicable supletoriamente, establece que para la existencia de responsabilidad civil de hecho dañoso susceptible de ser resarcido es indispensable tres elementos: daño emergente; lucro cesante y daño moral.
- 4.12 EMAPE precisa que el lucro cesante y el daño emergente deben ser cuantificados conforme a parámetros objetivos; sin embargo TDM no habría cumplido con ello, por lo que el fundamento de su pretensión carece de sustento técnico y jurídico.
- 4.13 Finalmente EMAPE precisa que las Cartas Fianza son una garantía contractual; por lo que éstas no pueden ser devueltas, por ser necesarias.
- 4.14 Como fundamentos jurídicos, EMAPE menciona los numerales 2 y 3 del artículo 52° de la Ley de Contrataciones con el Estado; así como el artículo 177° y 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.
- 4.15 Que, mediante Resolución N° 4, de fecha 13/03/2014, se admitió a trámite la contestación de la demanda.

## V. Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos

5.1 Con fecha 16/04/2014, se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, con la asistencia de ambas partes se procedió a continuar con la Fijación de Puntos Controvertidos, siendo éstos los siguientes:

### Respecto de la Demanda del 5/02/2014 y la Contestación del 5/03/2014:

- **Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar a EMAPE que pague a Tecnología de Materiales la suma de S/. 4'812,826.74 (Cuatro Millones Ochocientos Doce Mil Ochocientos Veintiséis con 74/100 Nuevos Soles) correspondientes a las valorizaciones y facturas emitidas; al que deberá agregarse el pago de interese compensatorios y moratorios correspondientes.
  - **Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar a EMAPE que pague a Tecnología de Materiales la suma de S/. 500,000.00 (Quinientos Mil con 00/100 Nuevos Soles), o lo que resulte que deba recibir el demandante, como indemnización por daños y perjuicios que le habría ocasionado EMAPE.
  - **Tercer Punto Controvertido:** Determinar en qué proporción corresponde a la las partes la asunción de los costos arbitrales.
- 5.2 En dicha acta, se dejó constancia que el Tribunal Arbitral se reserva la facultad de analizar los puntos precedentes en el orden que considere apropiado, sin que éste sea necesariamente el establecido en la referida Acta y que, de determinarse al pronunciarse sobre alguno de ellos que carece de objeto pronunciarse sobre otros, podrá omitir pronunciarse sobre estos últimos, expresando las razones de dicha omisión.

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

#### VI. De la Pericia:

Mediante escrito de demanda de fecha 5/02/2014 TDM ofreció como medio probatorio una pericia que presentaría en su oportunidad. Mediante Acta de Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos se admitió dicha prueba.

Con fecha 5/05/2014 TDM presentó el Informe Pericial indica, el cual fue puesto a conocimiento de EMAPE mediante Resolución N° 9. EMAPE absolvió el traslado conferido, con fecha 25/06/2014.

#### VII. Alegatos

Mediante escrito de fecha 30/09/2014 y 03/10/2014 EMAPE y TDM, respectivamente, presentaron sus alegatos escritos.

#### VIII. Audiencia de Informe Oral

Con fecha 11/12/2014 se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación de los árbitros y la asistencia de ambas partes a fin de que las partes informen oralmente sus alegatos escritos.

#### IX. Plazo para laudar

Posteriormente, mediante Acta de Informe Oral de fecha 11 de diciembre de 2014 el Tribunal Arbitral fijó en el plazo para expedir el laudo en treinta (30) días hábiles.

#### CONSIDERANDOS:

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo pactado por las partes; (ii) que, no se ha recusado al Tribunal Arbitral o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que, las partes han tenido la oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como han ejercido la facultad de presentar sus alegatos escritos y presentar sus correspondientes informes orales; y, (vi) que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo fijado.

Asimismo, este Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que, para resolver los puntos controvertidos, está facultado para modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. Finalmente, el Tribunal Arbitral declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.

En este caso, el Tribunal Arbitral expresa que ha tenido en consideración los argumentos expuestos por la demandada en su contestación de demanda a fin de cautelar, adecuadamente, el derechos de defensa de esta parte y dentro de la flexibilidad que permite el arbitraje a fin de que la decisión que se asume pueda ser acorde con la totalidad de los actuados, al haberse brindado a ambas partes, las máximas facilidades para sustentar sus posiciones.

**Primer Punto Controvertido** Determinar si corresponde o no ordenar a EMAPE que pague a Tecnología de Materiales la suma de S/ 4 812 826.74 (cuatro millones ochocientos doce mil ochocientos veintiséis con 74/100 nuevos soles) correspondiente a las valorizaciones y facturas emitidas; al que deberá agregarse el pago de los intereses compensatorios y moratorios correspondientes.

Tal como fluye de los antecedentes, las partes suscribieron con fecha 31 de julio de 2012, un Contrato de Adquisición de Barreras de Seguridad para la Vía Expresa Paseo de la República y Vía Expresa Javier Prado, por el monto de S/ 7 338 709.96 nuevos soles (cláusula cuarta), a todo costo, incluido los impuestos de ley.

Asimismo, en el mismo documento contractual quedó establecido:

**"CLAUSULA QUINTA: PLAZO Y FORMA DE PAGO**

*LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en nuevos soles, según lo establecido en el artículo 181° del Reglamento. El pago se realizará después de ejecutada la prestación correspondiente. El responsable de dar la conformidad de la prestación, la Gerencia de Infraestructura (ex Gerencia Técnica), deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez 10 días de ser recibido.*

De conformidad con el artículo 176 del Reglamento, para efectos del pago de las prestaciones ejecutadas, EL CONTRATISTA podrá presentar sus valorizaciones parciales por cada 1 500.00 metros lineales de barreras de seguridad instaladas, previa presentación de la documentación para cada valorización establecida en las bases integradas.

El pago se realizará dentro de los diez(10) días siguientes de otorgada la conformidad y se afectará a los recursos municipales para lo cual la factura deberá ser emitida a nombre de la MUNICIPALIDAD METROPOLITANA con RUC N° 20131380951".

Las Bases Integradas por su parte establecen en la Sección Condiciones Especiales:

#### "2.11 FORMA DE PAGO

De acuerdo con el artículo 176 del Reglamento, para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, el contratista podrá presentar sus valorizaciones parciales por cada 1 500.00 metros lineales de barreras de seguridad instaladas previa presentación de la siguiente documentación para cada valorización:

- a) Carta solicitando el pago respectivo.
- b) Copia de la Orden de servicio
- c) Memoria Descriptiva de los trabajos efectuados
- d) Certificado de Control de Calidad respectivos del material o producto utilizado en la prestación del servicio (documentación técnica, brochures, fichas técnicas, etc.) en la primera valorización.
- e) Copia de los Certificados de homologación de las barreras de seguridad y copia de los informes de pruebas de impacto por tipo de barreras (en la primera valorización)
- f) Fotos del lugar donde se ha realizado la prestación del servicio (6 fotos ex ante, 6 fotos durante y 6 fotos ex post)
- g) Plano georeferenciado del lugar donde se ha prestado el servicio
- h) Garantía comercial del producto (o copia simple si ya lo hubiese presentado)
- i) Constancia de conformidad del programa de capacitación (sólo en la última valorización)
- j) Copia de las pólizas de seguros vigentes contra todo riesgo y copia de las facturas del pago de las primas respectivas.
- k) Manual de instalación de las barreras del fabricante (en la primera valorización)

- l) *Copia de la guía de ingreso del almacén de Emape de las barreras de seguridad entregadas, con firma y sello del responsable del Almacén)*  
*Dicha documentación será presentada por mesa de partes de esta Entidad."*

A solicitud del Tribunal Arbitral, mediante escrito de fecha 21.11.14, el demandante reseñó de manera específica el cumplimiento de todos y cada uno de los alcances previstos en los términos del contrato y de las Bases en cada una de las valorizaciones, para lo cual de una parte, enfatiza el desarrollo del procedimiento llevado a cabo para el otorgamiento del Acta de Recepción de Servicio, y de otro efectúa una declaración jurada en el Otrosí de este escrito en el que reitera el pleno cumplimiento en cada una de las siete (7) valorizaciones, de las condiciones precisadas en el numeral 2.11 de las Condiciones Especiales de las Bases de la Licitación, así como pone a disposición del Tribunal Arbitral los volúmenes correspondientes a cada una de aquellas valorizaciones.

Sobre este particular y puesto en conocimiento de la Entidad tal escrito, aquella no ha formulado objeción respecto de su contenido y alcance.

En ese orden de ideas, por tanto, fluye de las actuaciones arbitrales que con fecha 3 de setiembre de 2013, se constituyeron en la zona de ejecución del contrato, como expresa el Acta de Observaciones para Recepción de Servicio, "el COMITÉ DE RECEPCION DE SERVICIO" el mismo que formuló algunas observaciones al servicio efectuado y concedió al ahora demandante, "el plazo de ocho (8) días calendarios... para el levantamiento de las observaciones".

Igualmente, que con fecha 16 de setiembre de 2013, las partes suscribieron el Acta de Recepción de Servicio, en la que consta que el Comité de Recepción del Servicio expresa que, respecto de cada una de las observaciones, éstas se han "subsano" y que "por lo tanto, habiendo cumplido el contratista con subsanar todas las observaciones, se procede a recepcionar el servicio correspondiente..."

Forma convicción por tanto en el Tribunal Arbitral que el servicio efectuado por el demandante fue cumplido a cabalidad y que la Entidad demandada lo aceptó a satisfacción con fecha 16 de setiembre de 2013, tal como regula el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Asimismo, y tal como se corrobora de las pruebas documentales presentadas por el demandante, éste presento a la entidad demandada, mediante cartas notariales cuyas

copias igualmente obran en autos, las siguientes Facturas en cumplimiento de los términos y alcances contractuales:

FACTURA N°	VALORIZACION N°	MONTO S/
0001-032403 08.08.13	1 15.04 al 16.05.13	1 207 136.02
0001-032432 09.08.13	2 17.05 al 28.05.13	966 813.75
0004-032433 08.08.13	3 29.05 al 20.06.13	1 776 229.20
0001-032608 22.08.13	4 10.06 al 10.07.13	1 025 249.66
0001-032611 22.08.13	5 11.07 al 01.08.13	830 765.54
0001-033101 23.08.13	6 02.08 al 15.08.13	832 203,33
0001-033113 23.08.13	7 16.08 al 22.08.13	376 041.24
Total		7 014 438.74

Iguualmente, se encuentra acreditado en autos que el demandante, mediante carta notarial de fecha 11 de octubre de 2013, hizo entrega a la entidad, respecto de cada una de esas Facturas, las siguientes Notas de Crédito:

NOTA DE CREDITO N°	MONTO S/
001-002794 30.09.13	362 140.81
001-002789 30.08.13	290 044.13
001-002792 30.09.13	532 868.75
001-002790 30.08.13	307 574.89
001-002793 30.09.13	249 229.66
001-002791 30.03.13	249 661.00
001-002795 30.09.13	210 092.45
Total	2 201 612.00

En ese orden, por tanto, se encuentra acreditado que la Entidad adeuda al demandante la suma de S/ 4 812 826.74 nuevos soles.

Sin negar la existencia del adeudo, la Entidad señaló como argumento de defensa que las Facturas fueron enviadas antes de contarse con la Conformidad del Servicio, extremo que ha sido rebatido al afirmarse, con la documentación correspondiente, que la remisión ha sido efectuada en cumplimiento de las disposiciones tributarias y adicionalmente que con posterioridad fueron reenviadas, extremo que sin embargo y luego de las expresiones de las partes como consecuencia de la pericia realizada carece de trascendencia como apreciaremos a continuación.

El demandante con fecha 5 de mayo de 2014 presentó una Pericia Financiera Contable a efectos de establecer los intereses y gastos aplicables al capital puesto a cobro.

En torno a ello, EMAPE mediante escrito de 25 de junio de 2014 numeral 1.3.1 En la parte del capital adeudado expresa; "El monto de las valorizaciones y la suma total de S/ 4 812 826.73 son correctas, sin embargo las fechas de emisión registrado por la empresa TDM no corresponden a la fecha en que se recibieron los trabajos (16 de setiembre de 2013), por lo tanto según el art. 181 del RLCE, el vencimiento para efectuar el pago fue el 11 de octubre de 2013 (diez días para la conformidad mas quince días para efectuar el pago computados desde la recepción) y no las fechas que se consigna en la mencionada pericia". Con lo cual el reconocimiento del adeudo es expreso.

En ese orden de ideas, habiendo reconocido la existencia del adeudo la parte demandada en cuanto al monto principal, este extremo de la pretensión debe ser amparado.

Ahora bien, con ocasión de los informes orales, la entidad ha enfatizado que la imposibilidad de pago surge por la inexistencia de la Conformidad del Servicio documento que estaba expresamente prevista ser otorgada según los alcances de la Cláusula Décima Primera del Contrato que remite la conformidad al artículo 176 del reglamento.

Para una adecuada comprensión y análisis, transcribimos ambos.

"CLAUSULA DECIMA PRIMERA: CONFORMIDAD DE LA PRESTACION

*La conformidad por la prestación se regula por lo dispuesto en el artículo 176 del reglamento.*

*De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función de la complejidad de la prestación. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (02) ni mayor de (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.*

*Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso LA ENTIDAD no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicando las penalidades que correspondan".*

Por su parte el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, regula:

*"Artículo 176.- Recepción y conformidad*

*La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.*

*La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, la cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.*

*(...)*

*De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándole 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 calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan,

Dicho procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecida, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

(...)

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

Dada su íntima vinculación, es pertinente tener en cuenta también el artículo 181 de la misma norma reglamentaria citada.

“Artículo 181.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de la recepción de los bienes o servicios deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos.

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse”.

Por su parte, la Cláusula Quinta del contrato, ya transcrita anteriormente establece:

“CLAUSULA QUINTA: PLAZO Y FORMA DE PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en nuevos soles, según lo establecido en el artículo 181° del Reglamento. El pago se realizará después de ejecutada la prestación correspondiente. El responsable de dar la conformidad de la prestación, la Gerencia de Infraestructura (ex Gerencia Técnica), deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez 10 días de ser recibido.

*En función de este marco normativo y contractual, el Tribunal Arbitral analiza el argumento de la Entidad esgrimido como sustento para el no pago.*

*Un primer aspecto que es pertinente admitir es que, de manera genérica, puede distinguirse entre acto de recepción y acto de conformidad, toda vez que en el primero lo que se consigna es solo el recibo del bien, mas no su idoneidad; mientras que en el segundo, se otorga aprobación del bien respecto de sus calidades."*

Sobre este particular, por ejemplo, en la Opinión N° 011/2014-DTN de OSCE de 20.01.4, explícitamente expresa:

*"Al respecto, debe indicarse que, para el caso de bienes, la recepción y la conformidad se producían en dos momentos diferentes: (i) el primero (recepción), con la entrega física de los bienes, salvo que estos no cumplieran manifiestamente con las características y condiciones ofrecidas<sup>1</sup>, en cuyo caso la Entidad no efectuaba la recepción; y (ii) el segundo (conformidad), una vez emitido el informe del funcionario del área usuaria en el que se verificaba la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales.*

*Ahora bien, al analizar la calidad, cantidad y el cumplimiento de las condiciones contractuales, el área usuaria podía realizar observaciones, las cuales debían incluirse en su respectivo informe para que el órgano competente le otorgara un plazo al contratista para su subsanación<sup>2</sup>. La conformidad se producía una vez subsanadas dichas observaciones.*

*En esa medida, era responsabilidad de la Entidad, a través de sus áreas competentes, decidir la procedencia de la recepción y conformidad de los bienes objeto de la contratación, debiendo considerar para ello los términos y condiciones del contrato."*

---

<sup>1</sup> De conformidad con el quinto párrafo del artículo 176 del Reglamento.

<sup>2</sup> El cuarto párrafo del artículo 176 del Reglamento establecía que "De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, 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 calendario<sup>2</sup>. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan."

En el presente caso, sin embargo, y tal como se advierte del contrato no estamos frente a una mera adquisición de bienes, sino que éstos debían estar instalados, de acuerdo a los requerimientos predeterminado por la Entidad.

Así por tanto, y dentro de este contexto deben ser apreciadas las cláusulas contractuales y las disposiciones legales aplicables.

Según se encuentra acreditado en autos, no es materia de controversia que la adquisición e instalación de los elementos de seguridad fueron cumplidos a satisfacción de la Entidad, así reza de manera inequívoca el contenido del Acta de Recepción del Servicio de fecha 16 de setiembre de 2013 en la que se detalla que el contratista ha procedido a levantar la totalidad de las observaciones.

En consecuencia, y siguiendo la misma lógica y prescripción tanto de la norma legal cuanto del contrato, la Gerencia de Infraestructura (ex Gerencia Técnica) debió – por así estar obligada legal y contractualmente- dar la conformidad de la prestación.

Como también fluye de lo actuado, lo cierto es que la mencionada Gerencia, no actuó de acuerdo a tal disposición, así como tampoco formuló objeción alguna a la calidad de la prestación (la parte demandada no ha argumentado que la obligación del demandante haya sido efectuada de manera impropia o defectuosa) sino que simplemente no dio la conformidad, intentando con ello, a tenor del argumento expuesto por la Entidad, no tramitar ni pagar una prestación que había recibido y que se encontraba en pleno disfrute.

El Tribunal Arbitral resalta que desde la oportunidad debida y hasta el momento, la referida conformidad no ha sido otorgada sin que medie, al no haberse argumentado igualmente, razón alguna.

Uno de los principios del derecho es que nadie puede esgrimir hecho propio para lograr un beneficio. En el presente caso, si el Tribunal Arbitral admitiera el argumento de que por la no existencia de conformidad el pago no debe producirse, no sólo admitiría indebidamente esa postulación argumentativa, sino también afectaría otros principios que fundamentan la relación contractual.

En efecto y de todos ellos, es preciso señalar que la participación del sector privado en las actividades del Estado en cualquiera de sus órganos u organismos, reposa en la

colaboración necesaria entre ambos para alcanzar la satisfacción de una finalidad pública.

Por ende, y como no puede ser de manera distinta, la buena fe contractual demanda estar presente en todas y cada una de las actuaciones de las partes, ya que sin ella se daría pase a situaciones de injusticia, afectación patrimonial y pérdida de confianza, lo que dentro de una sociedad regida por el Derecho deviene en inaceptable.

Así por tanto, este Tribunal Arbitral apreciando la conducta de manifiesta dilación e incumplimiento en el otorgamiento de la conformidad de la prestación respecto de la cual el Comité de Recepción ha expresado conformidad, no puede amparar como argumento válido para el no pago la inexistencia de ese documento de Conformidad que le compete emitir precisamente al deudor y que utiliza ahora como argumento para fundar el señalado no pago aunque admita la existencia del adeudo.

Baste señalar como fundamento de la no admisión del argumento de defensa lo que prescribe el artículo II del Título Preliminar del Código Civil: La ley no ampara el abuso del derecho.

Igualmente, el Principio de Legalidad contenido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General que establece la obligación de la Administración de actuar con respeto de las normas que sustentan el ordenamiento jurídico de la Nación.

En ese orden de ideas, por tanto, y con independencia de que el documento denominado Conformidad de Prestación no haya sido emitido por causa únicamente atribuible a la Entidad, al no existir cuestionamiento alguno a la bondad de la prestación brindada que ha sido aceptada sin observaciones, respecto de la cual la Entidad tiene uso y disfrute, el Tribunal Arbitral se forma convicción que debe ampararse la obligación de pago al proveedor.

En lo que atañe, al segundo extremo del mismo punto controvertido, intereses, en el mismo escrito de 25 de junio de 2014, la entidad demandada expone, numeral 1.3.2 En la parte de intereses adeudados; "Por las razones indicadas en el acápite anterior, el periodo del cálculo de los intereses debe iniciar el 12 de octubre de 2013 y 26 de setiembre de 2013, por lo que al 29 de abril de 2014 se contabiliza un plazo de 200 días calendarios, recalculando la tasa de interés activa - Promedio anual, ajustándola

a este periodo para el cálculo de los intereses de cada una de las valorizaciones, así como verificar el porcentaje que corresponde por IGV de los intereses."

Sobre ello el demandante en su escrito de 30 de julio de 2014, numeral Segundo, en cuanto a los intereses compensatorios admite lo señalado por la Entidad expresando que aquellos deben liquidarse "desde el 12 de octubre de 2013 hasta el día efectivo de pago". En este orden, no existe controversia entre las partes.

En este mismo escrito del demandante, en su numeral TERCERO expresa "Que con el objetivo de lograr un pronto pago, nos desistimos de cobrar los intereses moratorios (según lo indicado por EMPAE en la segunda página de su Informe N° 091-2014-EMAPE/GAF-SGC "que la Entidad presentara como anexo a su escrito de observación a la pericia del demandante.

Estando a lo expresado por las partes, corresponde amparar este segundo extremo del primer punto controvertido sobre pago de intereses al demandante solo en cuanto a los intereses compensatorios los que deberán ser calculados desde el 12 de octubre de 2013 y hasta la fecha de pago.

**Segundo Punto Controvertido.-** Determinar si corresponde o no ordenar a EMAPE que pague a Tecnología de Materiales la suma de S/ 500 000.00 (quinientos mil nuevos soles) o lo que resulta que deba recibir el demandante, como indemnización por daños y perjuicios que le habría ocasionado EMAPE

Respecto al presente punto controvertido, el demandante manifiesta que el no pago le ha generado "un daño en la imagen de TDM", y que por otro lado, "el daño se ha generado por cuanto TDM ha tenido que gastar en renovar las dos (2) cartas fianzas cuando ya no era necesario renovarlas".

La entidad demandada por su parte ha expresado en su contestación de demanda luego de recordar los alcances del Código Civil como norma supletoria, que para la existencia de la existencia de la existencia de la responsabilidad civil de hecho dañoso susceptible de ser resarcido, es indispensable la concurrencia de tres elementos; i) el daño emergente, ii) el lucro cesante y iii) daño moral; y que de lo actuado "la demandante no ha acreditado de forma fehaciente e indubitable la existencia del supuesto daño, cuya reparación se pretende."

En la pericia contable financiera que el demandante presentara detalla bajo el concepto de "Gastos: Carta Fianza y Costo de oportunidad", por las sumas de S/ 81 877.88 y S/ 484 678.36, respectivamente.

Los señalados conceptos han sido cuestionados por la demandada expresando la obligatoriedad del mantenimiento de las cartas fianza y de la no pertinencia del costo de oportunidad.

Al respecto, el incumplimiento de las obligaciones imputable a una de las partes origina la obligación de reparar integralmente el daño que se hubiera causado. Esto da lugar a que el acreedor perjudicado tenga derecho a que se le repare el daño ocasionado cuando se produzca una desviación del programa obligacional originario. De este modo, se configura el supuesto de la antijuridicidad en el incumplimiento obligacional, al producirse una violación al derecho de crédito.

Así han señalado Pizarro y Vallespinos, siguiendo la misma línea de pensamiento que De Cupis, Wayar, Llambías, Díez Picazo y Visintini, entre otros, que "quien incumple una obligación en forma absoluta o relativa, total o parcial, obra antijurídicamente pues contraviene los deberes que le atañen, derivados de un vínculo preexistente"<sup>3</sup>.

Por todas estas consideraciones, es innegable que quien no se comporta de acuerdo con lo que él mismo se obligó en un contrato, es decir, quien lo incumple, obra contrariamente al ordenamiento jurídico, obra antijurídicamente

En ese orden, debe tenerse en cuenta que el daño es "el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio"<sup>4</sup>.

Se debe tratar, además, de un daño susceptible de probanza, que en el caso concreto se relaciona con su cuantía. Como expresa Alterini, el "daño debe ser cierto en cuanto a su existencia misma, esto es, debe resultar objetivamente probable"<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Tomo 2. Hammurabi José Luis Depalma Editor. Buenos Aires. 1999. Pág. 485.

<sup>4</sup> LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Revista de Derecho Privado. Tomo I. Madrid. S.A. Pág. 193.

<sup>5</sup> ALTERINI, Aníbal Atilio, y otros. Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1994. Pág. 259.

Ahora bien, como expresan Pizarro y Vallespinos, la reparación plena o integral supone "la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación. Se plasma en cuatro reglas fundamentales, (...): el daño debe ser fijado al momento de la decisión; la indemnización no debe ser inferior al perjuicio; la apreciación debe formularse en concreto y la reparación no debe ser superior al daño sufrido"<sup>6</sup>.

De acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil: "El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución"<sup>7</sup>. Adicionalmente, el artículo 1322 del mismo Código establece que: "El daño moral, cuando él se hubiera irrogado también es susceptible de resarcimiento".

El fundamento jurídico de la indemnización integral se ubica, por tanto, en el quebrantamiento de la justicia conmutativa que debe existir en todo contrato con prestaciones recíprocas.

Debe tenerse en cuenta que en los contratos de esta naturaleza, los deberes de prestación son interdependientes o recíprocos entre sí. Las prestaciones a las que una parte se obliga son la causa y razón de ser de las prestaciones de la otra parte.

Mas sin embargo, se requiere una adecuada sustentación del daño que potencialmente puede haber existido.

En torno a lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que estando a los términos de la demanda, corresponde al demandante expresar y sustentar los elementos que le configuran el daño a efectos que éste sea factible de ser resarcido.

De lo actuado no se aprecia que el demandante haya incorporado documentación alguna que sustente la pretensión y menos aun desarrollado el argumento del daño

<sup>6</sup> PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Op. Cit. Pág. 467.

<sup>7</sup> Citado por CASEAUX, Pedro N. Y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Tomo 1. Librería Editora Platense SRL. La Plata. 1984. Pág. 180.

ocasionado a su imagen empresarial, por lo que no es factible efectuar una valoración del sustento que se hubiese podido presentar por ser este inexistente.

En tal virtud, y siendo que en el arbitraje igualmente debe cumplirse con el principio de prueba de la pretensión invocada, deviene en no amparable la pretensión del demandante.

**Tercer Punto Controvertido.-** Determinar en qué proporción corresponde a las partes la asunción de los costos arbitrales.

En cuanto a este Punto Controvertido, el Tribunal Arbitral acorde con lo que dispone la Ley de Arbitraje en su artículo 73 advierte que tal como se aprecia del análisis de los Puntos Controvertidos que anteceden, no ha existido materias respecto de las cuales existía incertidumbre jurídica, mas sí mas bien un comportamiento de la Entidad tendiente al incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales pese a encontrarse en pleno uso y disfrute de lo contratado, circunstancia que ha generado este arbitraje promovido por el demandante antes ese comportamiento, razones por las cuales este Tribunal Arbitral concluye en condenar a la Entidad demandada al pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría, los cuales asciende a la suma de S/ 84,161.00 (Ochenta y cuatro mil ciento sesenta y uno con 00/100 nuevos soles), mas los intereses legales correspondientes a partir del consentimiento del presente laudo y hasta la fecha de su pago.

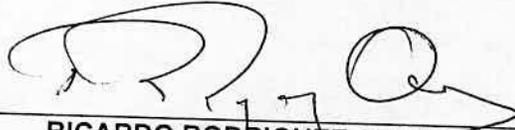
Por tanto, los árbitros que suscriben, por UNANIMIDAD, expiden el siguiente Laudo declarando:

**Primero.- FUNDADA** la primera pretensión de la demanda y, en consecuencia, EMAPE deberá abonar a Tecnología de Materiales S.A. la suma de S/ 4 812 826.73 (cuatro millones ochocientos doce mil ochocientos veintiséis con 73/100 nuevos soles) mas los intereses correspondientes calculados desde el 12 de octubre de 2013 y hasta la fecha efectiva de pago, de conformidad a los considerandos del presente laudo.

**Segundo.- INFUNDADA** la segunda pretensión por las consideraciones expuestas en la parte considerativa del presente laudo.

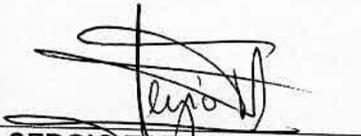
**Tercero.-** Condenar a la Entidad demandada al pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría, los cuales ascienden a la suma de S/ 84 161.00 (Ochenta y cuatro mil ciento sesenta y uno con 00/100 nuevos soles), mas

los intereses legales correspondientes a partir del consentimiento del presente laudo y hasta la fecha de su pago.



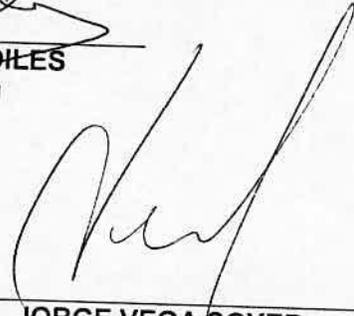
---

**RICARDO RODRIGUEZ ARDILES**  
Presidente del Tribunal



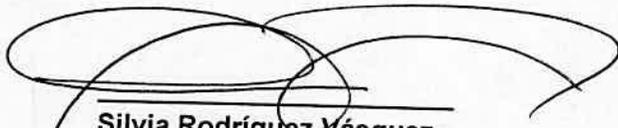
---

**SERGIO TAFUR SANCHEZ**  
Árbitro



---

**JORGE VEGA SOYER**  
Árbitro



---

**Silvia Rodríguez Vásquez**  
Secretaria Arbitral  
Centro de Arbitraje PUCP