

Expediente N° 336 – 15 – 13

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: Instituto Metropolitano Protransporte de Lima (en adelante, PROTRANSPORTE o el demandante)

DEMANDADO: De marco Consultores Integrales S.A.C. (en adelante, DE MARCO o el demandado)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: César Landa Arroyo (Presidente)
Luis Felipe Mondoñedo Chávez
Eduardo Solís Tafur

SECRETARIA ARBITRAL: Silvia Rodríguez Vásquez

Resolución N° 24

En Lima, a los 21 días del mes de agosto 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 Décima del Contrato de Arrendamiento para Espacios Publicitarios del COSAC I-2011/MML/IMPL celebrado entre PROTRANSPORTE y DE MARCO con fecha 20 de octubre de 2011.

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral:

Con fecha 10/01/14 se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, constituido por la doctor **César Landa Arroyo**, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, los doctores **Luis Felipe Mondoñedo Chávez y Eduardo Solís Tafur**, en su calidad de árbitros; con la asistencia de las partes; donde se fijaron las reglas aplicables al presente arbitraje.

II. Normatividad aplicable al Proceso Arbitral:

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, será de aplicación al presente arbitraje el Reglamento de Arbitraje del CENTRO y, en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

Asimismo, se estableció que en caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolvería en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

III. De la Demanda Arbitral presentada por PROTRANSPORTE con fecha 24/01/14

3.1 Mediante escrito de fecha 24/01/14 PROTRANSPORTE interpone demanda en contra de DE MARCO, señalando como pretensiones las siguientes:

- Que, DE MARCO cumpla con pagar a favor de **PROTRANSPORTE** la suma de **S/.479,800.00** (Cuatrocientos setenta y nueve mil ochocientos y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de cuotas adeudadas conforme a lo pactado en el Contrato de Arrendamiento para Espacios Publicitarios del COSAC I – 2011-MML/IMPL, y sus respectivas adendas.
- Que, DE MARCO cumpla con pagar a favor de **PROTRANSPORTE** la suma de **S/.21,900.00** (Veintiún Mil Novecientos y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de penalidad por el atraso en el pago de los arrendamientos.
- Que, DE MARCO cumpla con pagar los intereses devengados.
- Que, DE MARCO cumpla con asumir la totalidad de gastos arbitrales generados mediante el presente proceso.

- 3.2 **Como antecedentes de la controversia**, refiere que el 20/10/11, PROTRANSPORTE y la empresa DE MARCO suscribieron un Contrato de Arrendamiento para Espacios Publicitarios del COSAC I – 2011/MML/IMPL (en adelante, Contrato de Arrendamiento) por el que aquel dio en arrendamiento la infraestructura del COSAC I para la colocación de paneles publicitarios por un plazo de 05 meses, desde el 05/11/11 hasta el 04/04/12 y por una contraprestación mensual ascendente a S/. 125,000.00 (Ciento Veinticinco Mil y 00/100 Nuevos Soles), resultando un monto total de S/. 625,000.00 (Seiscientos Veinticinco Mil y 00/100 Nuevos Soles).
- 3.3 Asimismo, manifiesta que el referido contrato fue renovado en tres oportunidades:
- Mediante Adenda del 27/04/12 por dos meses, desde el 05 de abril del 2012 hasta 04 de junio del 2102, por un monto de S/.250,000.00.
 - Mediante Adenda N° 2 del 10/07/12 por 4 meses, desde 05 de junio del 2012 hasta 04 de octubre del 2102, por un monto de S/. 500,000.00.
 - Mediante Adenda N° 3 del 31/10/12, acordándose ampliar el plazo del Contrato de Arrendamiento por 4 meses, desde el 05 de octubre del 2102 hasta el 04/02/13, por un monto de S/. 543,200.00, estableciéndose de mutuo acuerdo un cronograma para el pago en cinco (05) cuotas de las obligaciones a cargo de DE MARCO, que habrían incluido la deuda proveniente de los conceptos impagos considerados en la Adenda 2.
- 3.4 A su vez, refiere que mediante Carta 57-2012-MML/IMPL/GC, de fecha 29 de noviembre del 2012 comunicó al señor Marco Saquilada Zavaleta, Gerente General de DE MARCO, que mantenían pendiente de pago la suma de S/. 83,400.00, correspondiente a la Segunda Cuota contemplada en la adenda 03 y que ello podría generarle penalidades.
- 3.5 Asimismo, refiere que mediante Carta 58-2012-MML/IMPL/GC, de fecha 05 de diciembre del 2012, comunicó al señor antes mencionado que DE MARCO adeudaba las siguientes sumas:
- S/.138,000.00 desde el 30 de noviembre del 2012, correspondiente a la Tercera Cuota contemplada en la Adenda Nro. 3, y
 - S/.83,400.00 desde el 30 de octubre del 2012, correspondiente a la Segunda Cuota contemplada en la Adenda Nro. 3.

- 3.6 A su vez, señala que mediante Carta N° 07-2013-MML/IMPL/GC de fecha 05/02/13, informó a DE MARCO que el plazo de vigencia del Contrato de Arrendamiento, culminó el 04 de febrero de 2013, y que le otorgaba un plazo de siete días para que retire los paneles publicitarios que instaló. De igual modo, refiere que le requirió el pago de S/.479,800.00 que le adeudaba de acuerdo a lo que habrían acordado en la adenda N° 03 del referido contrato.
- 3.7 Asimismo, manifiesta que mediante Carta Notarial N° 31-2013-MML/IMPL/GC del 26/03/13, comunicó a DE MARCO que no habiendo cumplido con el retiro de la publicidad que instaló, procedería al retiro de los paneles, bastidores desocupados y televisores con presencia de Notario Público y que mantendría en custodia dichos objetos hasta que se coordine su entrega.
- 3.8 Por último, señala que mediante Carta Notarial S/N, que recibió el 05 de abril de 2013, DE MARCO le señaló lo siguiente:
- Que, con fecha 6 de febrero solicitó el reconocimiento de las 3 semanas que unilateralmente le habrían suspendido en la ejecución del contrato y sobre el cual no habría recibido respuesta.
 - Que, con relación al retiro de su publicidad, no ha cumplido con realizarlo, debido a que habría sido una decisión unilateral del demandante la que le impidió continuar con el aprovechamiento del espacio arrendado.
 - Que en cuanto a los reclamos de APDAYC y la Sociedad de Artistas del Audiovisual (IAP), señaló que solicitaron copia de dicha comunicación para realizar las gestiones respectivas y hacerse cargo del tema, no habiendo recibido a la fecha comunicación alguna, por lo cual, escaparía a su responsabilidad que no se hayan solucionado estos reclamos.
 - Que, la decisión unilateral del demandante de proceder al retiro de los paneles publicitarios y televisores instalados, los libera de toda responsabilidad sobre las condiciones en que quedan las instalaciones y de los costos de esta acción. Asimismo, responsabiliza de cualquier daño que pudieran sufrir estos paneles, vinales y televisores.
 - Que, como regla general en un contrato de arrendamiento, los desalojos deben de contar con la orden judicial respectiva en caso de no existir acuerdo entre las partes, ello bajo responsabilidad de incurrirse en el delito de abuso de autoridad, por lo que solicita que en el plazo de 48 horas se les haga entrega de la totalidad de los bienes que ilegalmente son materia de desalojo.

- 3.9 **Como análisis de la controversia**, señala que ésta se habría originado en la ejecución del Contrato de Arrendamiento (y sus adendas), motivo por el cual habría tenido que acudir al presente arbitraje.
- 3.10 Asimismo, precisa que las controversias habrían surgido con DE MARCO, debido a que éste habría incumplido con el pago de las cuotas establecidas en la adenda 3 del contrato, monto que llegaría a la suma de S/.479,800.00, conforme se lo habría hecho saber al demandado a través de la Carta N° 07-2013-MML/IMPL/GC del 05/02/13.
- 3.11 A su vez, señala que el referido contrato culminó el 04 de febrero del 2013, de acuerdo a la adenda 3, lo cual comunicó a DE MARCO mediante Carta N° 07-2013-MML/IMPL/GC del 05/02/13, por lo que se advertiría que el contrato concluyó y dejó de estar vigente por vencimiento del plazo, tal como lo establece el artículo 1699 del Código Civil.
- 3.12 De otro lado, señala que en atención al incumplimiento de pago por parte de DE MARCO y su negativa por regularizar su deuda, procedió a la ejecución de la Carta Fianza Nro. 0011-0857-9800000022-08, de conformidad con lo establecido en la Clausula Quinta 8.7 del Contrato de Arrendamiento.
- 3.13 Adicionalmente a ello, refiere que cabría que se le aplique al demandado la penalidad establecida en la cláusula 8.4 del referido contrato.
- 3.14 Finalmente, manifiesta que cuando comunicó a DE MARCO la culminación del contrato, así como la deuda que generó su incumplimiento, también le pidió para que en un plazo de 7 días retirara sus paneles publicitarios, hecho que no se habría concretado, motivo por el cual en presencia de Notario Público, procedió al retiro de los referidos paneles, según constaría en las respectivas actas notariales.
- 3.15 **Como conclusiones de la controversia**, señala las siguientes:
- Las controversias con DE MARCO se habrían originado en la ejecución del Contrato de Arrendamiento (y sus adendas).
 - DE MARCO habría incumplido con sus obligaciones de pago del arrendamiento, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Arrendamiento y sus respectivas adendas.
 - Que, las sumas que le han dejado de pagar ascenderían a S/.479,800.00 (Cuatrocientos setenta y nueve mil ochocientos y 00/100 Nuevos Soles)
 - Que, DE MARCO debería de pagar la suma S/.21,900.00 (Veintiún Mil Novecientos y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de penalidad por el atraso en el pago de los arrendamientos.

- Que, la ejecución de la Carta Fianza Nro. 0011-0857-9800000022-08, se habría efectuado observándose lo establecido en el Contrato de Arrendamiento y sin generarse ningún perjuicio al demandado.
- Que, el incumplimiento deliberado de las sumas que demanda le causarían un grave perjuicio, en la medida que se trataría de fondos públicos destinados al cumplimiento de fines institucionales.

3.16 Mediante Resolución N° 02 de fecha 14/02/14 se admitió a trámite la demanda interpuesta por PROTRANSPORTE.

IV. De la contestación a la demanda presentada por DE MARCO y de su reconvenición de fecha 26/03/14

4.1 Mediante escrito de fecha 26/03/14, DE MARCO contestó la demanda interpuesta por PROTRANSPORTE y, además, reconvino en contra de éste señalando las siguientes pretensiones:

- Que se declare la inexistencia de la deuda por parte de DE MARCO CONSULTORES INTEGRALES S.A.C a favor de PROTRANSPORTE.
- Que, el demandante cumpla con reembolsar a DE MARCO S/. 868,768.00 por concepto de exceso de lo cobrado, debido al error doloso por parte de PROTRANSPORTE en la determinación del precio base en el Contrato de Arrendamiento para Espacios Publicitarios del COSAC I – 2011 – MML/IMPL y sus respectivas adendas.
- Que se declare que la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0857-9800000022-08, se ha ejecutado incumpliendo la Cláusula 8.7 del Contrato, por lo que solicita se declare accesoriamente que PROTRANSPORTE ha efectuado un ejercicio abusivo del derecho, se ordene la devolución inmediata de lo indebidamente cobrado, más los intereses y gastos, se ordene pagar la suma de S/. 51,421.65 por concepto de indemnización por los daños causados.
- Que se declare el incumplimiento de PROTRANSPORTE de la Cláusula Séptima del Contrato.
- Que se declare que como consecuencia de dicho incumplimiento se han generado daños, fijándose la indemnización en S/. 279,004.64.

- Que se declare la inexistencia de penalidad exigible alguna a DE MARCO.

- 4.2 **Como fundamentos de hecho de sus pretensiones**, refiere que luego de la suscripción del Contrato de Arrendamiento de Espacios Publicitarios del COSAC 1 – 2011/MML/IMPL (en adelante, el Contrato de Arrendamiento), comunicaron a PROTRANSPORTE con fecha 05/04/12 de las dificultades financieras que atravesaban debido a las condiciones extremas del contrato y, por ello, solicitó una ampliación de vigencia para intentar revertir las pérdidas que tenía.
- 4.3 Asimismo, señala que con fecha 04/06/12, informó a PROTRANSPORTE los motivos del retraso en sus pagos, indicando que se debería al alto costo de los espacios publicitarios.
- 4.4 De otro lado, manifiesta que la convocatoria que realizó PROTRANSPORTE con fecha 02/10/11, y que luego hizo posible la suscripción del Contrato de Arrendamiento, se basaba en un estudio realizado por Macroconsult, una de las principales consultoras de nuestro país. Este estudio habría determinado el precio base de la oferta.
- 4.5 Asimismo, refiere que a las empresas que deseaban participar en la convocatoria de PROTRANSPORTE no les habría quedado más que confiar en los resultados de esta consultora, pues el COSAC I ha sido el primer sistema de su tipo que se ha puesto en marcha en el país.
- 4.6 A su vez, señala que durante los primeros meses de explotación publicitaria (luego de la suscripción del Contrato de Arrendamiento) empezó a sufrir problemas con dicha actividad, pero confiando que el monto establecido en el precio base respondía a expectativas de desarrollo de este negocio.
- 4.7 Asimismo, refiere que le hizo saber oportunamente al demandante de los problemas financieros por los que atravesaba debido a que para cubrir el pago de la mensualidad pactada, los gastos operativos, los gastos de comercialización, los gastos administrativos y financieros se había puesto un precio de venta por metro cuadrado no atractivo.
- 4.8 De otro lado, manifiesta que a partir de la convocatoria al Concurso Integral de Proyectos para explotar todos los espacios publicitarios del COSAC I, de setiembre del 2012, empezó a sospechar que algo no estaba bien, por cuanto pagaba un promedio de US\$ 54.00 mensuales por m²; mientras que el Concurso Integral de Proyectos exigía como pago mínimo US\$ 6.00 mensuales por m².
- 4.9 Pese a que habría insistido en reiteradas oportunidades al demandante una explicación por esta diferencia, nunca habría obtenido una

respuesta técnica convincente ya que PROTRANSPORTE solo sostenía que se trataba de cosas distintas. Y, además, refiere que el demandante se negaba también a mostrarles el estudio elaborado por Macroconsult, todo lo cual habría supuesto una desnaturalización del contrato que celebraron.

4.10 Asimismo, señala que a partir de la respuesta que dio PROTRANSPORTE al Congreso de la República a través de su Informe 015-2013-MML/IMPL/GC del 06/11/13 recién pudo establecer lo que había ocurrido. Así, refiere que dicho informe mencionaba lo siguiente:

- Para determinarse el valor referencial del alquiler mensual se habría utilizado información de la consultoría efectuada por Macroconsult.
- El valor referencial paneles era de S/ 81,949.28 producto de 731.69 m² por S/. 112.00 precio conservador estimado por Macroconsult (S/. 150.00 por m²) descontando el 25% por concepto de soportes, producción y materiales.
- Valor referencial de las agarraderas en S/. 35,784.00 producto de 8,520 agarraderas por S/. 4.20, precio estimado de alquiler de una agarradera/mes.
- Valor referencial total: S/. 117,733.28 mensuales.

4.11 A su vez, refiere que para determinarse el error cometido por PROTRANSPORTE al determinarse el precio base recurren al capítulo 5 del Estudio de Macroconsult, el cual estimaría a partir de varias variables los ingresos proyectados del negocio publicitario.

4.12 Así, señala que este informe toma en cuenta las siguientes variables: el área dedicada a publicidad, el precio de venta en mercado por metro cuadrado de área de publicidad y el porcentaje de ocupabilidad de los espacios publicitarios.

4.13 En función a estas variables, refiere que Macroconsult estima para el primer año de explotación, un ingreso total de S/. 7'130,000.00. del cual un 30% debe ser el porcentaje de retribución para PROTRANSPORTE por el uso de sus áreas publicitarias.

4.14 A su vez, manifiesta que el precio de S/. 150.00 por m² utilizado por el demandante para determinar el precio base del alquiler de espacios publicitarios correspondería al precio de venta final. Así, señala que sobre la base de este precio y de las otras variables se estimó los potenciales ingresos totales del negocio publicitario.

4.15 Por tanto, considera que el demandante no debió de utilizar el precio de venta final en el mercado publicitario, sino a partir de los ingresos

estimados por el uso de sus espacios publicitarios (S/. 2'140,000 anuales) y dividiéndolas por el área ofertada (7,497 m²) obtenerse el precio base de alquiler de los espacios publicitarios (S/ 24.00 por m² al mes).

- 4.16 En el caso del precio base mensual de la Oferta Publicitaria, señala que éste debió ser S/. 21,264.00 por los 731.69 m² en estaciones y 155.00 m² de agarraderas. En tal sentido, considera que por los 15 meses de uso de los espacios arrendados debió de pagar S/.276,432.00. Sin embargo, el total que ha abonado a PROTRANSPORTE es la suma de S/. 1'145,200.00; vale decir, habría pagado en exceso S/. 868,768.00.
- 4.17 Por otro lado, en lo que respecta a la ejecución de la Carta Fianza, indica que tal como constaría en el Contrato de Arrendamiento, cláusula 8.7, el demandante no podía ejecutar dicha carta ya que para ello el contrato debía de ser resuelto, lo cual no habría ocurrido.
- 4.18 Por último, manifiesta que PROTRANSPORTE habría incumplido la cláusula 7.3 del Contrato de Arrendamiento tal como lo habría reconocido en el Oficio N° 028-2013-MML/IMPL/GG de fecha 18/01/13, lo cual le habría ocasionado que por tres semanas, en el mes de diciembre del año 2012, no pueda cumplir con sus compromisos comerciales.
- 4.19 **Como conclusiones de la controversia**, señala que en la Convocatoria Pública realizada con fecha 02/10/11, el demandante definió el potencial del negocio publicitario, contando como base con el Estudio de la Consultora Macroconsult.
- 4.20 Asimismo, señala que actuó de buena fe y confió en lo ofrecido por PROTRANSPORTE ya que casi no tuvo tiempo de realizar una evaluación del negocio por el reducido tiempo que otorgaba la convocatoria, 3 días, por lo que habría hecho su oferta confiando en los datos de esta consultora.
- 4.21 A su vez, señala que el demandante cometió un error al momento de determinar el precio base mensual de acuerdo al estudio de Macroconsult por las áreas ofertadas, por cuanto debió de exigir S/.21,264.00 mensuales y no S/. 117,733.28 consignados en las bases.
- 4.22 Que, el demandante le habría cobrado en exceso S/. 868,768.00 por el uso de las áreas publicitarias consideradas en el Contrato de Arrendamiento.
- 4.23 Que, PROTRANSPORTE en forma arbitraria y sin respetar lo contenido en el Contrato de Arrendamiento habría ejecutado la Carta Fianza N° 0011-0857-9800000022-08, por lo que debe de devolverle lo indebidamente cobrado y reconocerle el monto indemnizatorio solicitado.

- 4.24 Finalmente, manifiesta que el demandante habría incumplido la cláusula 7.3 del Contrato de Arrendamiento, lo que le habría ocasionado un daño que requiere ser indemnizado por la suma de S/. 279, 004.64.
- 4.25 Mediante Resolución N° 04 de fecha 27/03/14, se tuvo por admitida la contestación a la demanda y la reconvencción presentadas por DE MARCO.

V. De la contestación a la reconvencción de fecha 29/04/14

- 5.1 Mediante escrito de fecha 29/04/14, PROTRANSPORTE contestó la reconvencción interpuesta DE MARCO y señaló lo siguiente:

- Que, de la lectura del escrito de contestación de demanda y reconvencción de DE MARCO no aprecia que éste haya contestado la demanda, sino que sólo se ha limitado a su reconvencción.
- Que, de la reconvencción de DE MARCO se apreciaría que éste hace referencia a una modalidad contractual distinta de la que es materia de análisis en la presente controversia: el contrato de usufructo.

- 5.2 **Respecto a la primera pretensión de la reconvencción**, señaló que en virtud del Contrato de Arrendamiento para Espacios Publicitarios del COSAC I – 2011/MML/MPL (en adelante, Contrato de Arrendamiento), DE MARCO se obligó a una contraprestación mensual de S/. 125,000.00 por un periodo de 5 meses, por lo que no podría desconocer ahora dicha obligación y menos aún incumplirla.

- 5.3 **Respecto a la segunda pretensión de la reconvencción**, refiere que el estudio de Macroconsult fue meramente referencial, por lo que no se encuentran obligados a considerar y tomar en cuenta al pie de la letra su contenido.

- 5.4 De otro lado, señala que en el Concurso de Arrendamiento el espacio entregado en arrendamiento es estático y se limita a 730 m² ubicados en 9 estaciones, mientras que en el caso del Concurso Integral, se presenta un Contrato de Usufructo, por lo que se toma en cuenta como punto de partida un lote referencial de aproximadamente 11,000 m², estableciéndose categorías de espacios (identificados, adicionales, nuevos, etc.)

- 5.5 En tal sentido, refiere que existe una diferencia sustancial en los volúmenes de espacios publicitarios (730 m² vs 11,000 m²), de modo que no resultaría posible una comparación en el precio unitario.

- 5.6 Asimismo, agrega que el Contrato de Arrendamiento que firmó con DE MARCO es distinto al Concurso Integral, ya que en éste se contempla un Contrato de Usufructo, el cual poseería diferente propósito, duración, volumen, etc.
- 5.7 Por otro lado, señala que DE MARCO no puede desconocer los términos bajo los cuales ha suscrito el Contrato de Arrendamiento ni alegar desconocimiento de cuan atrayente era la explotación de la actividad publicitaria que iba a realizar, más aún si el demandado habría garantizado tener experiencia en el mercado de la publicidad.
- 5.8 A su vez, refiere que sí hizo llegar al demandado las respuestas a sus interrogantes, lo cual se encontraría corroborado a través del Oficio N° 028-2013-MML/MPL/GG.
- 5.9 Finalmente, manifiesta que no existe fundamento válido para comparar los precios por metros cuadrados del Contrato de Arrendamiento con los del Concurso Integral - Contrato de Usufructo, por cuanto el primero tiene una duración de 5 meses y el segundo de 8 años. En tal sentido, considera que el demandado no tiene la intención de reconocer sus obligaciones contraídas ya que compara el contrato que suscribió con un contrato distinto que no es materia de esta controversia.
- 5.10 **Respecto a la tercera pretensión de la reconvención**, señala que la finalidad de la carta fianza es la de desincentivar el incumplimiento injustificado del contratista, así como de asegurar a la entidad una reparación económica en caso de incumplimiento.
- 5.11 Siendo así las cosas, y habiendo incumplido el demandado con el contrato, correspondería que se haga efectiva dicha garantía. Por tanto, rechaza el pedido del demandado de que se declare la ejecución por incumplimiento de una de las cláusulas del contrato, la devolución de intereses y gastos y de una indemnización por los posibles daños que se le habría causado.
- 5.12 **Respecto a la cuarta y quinta pretensión de la reconvención**, refiere que el monto de la indemnización que pretende DE MARCO no se encuentra debidamente sustentada, resultando ser un monto arbitrario.
- 5.13 **Respecto a la sexta pretensión de la reconvención**, señala que la penalidad que le exige al demandado se encuentra establecida en el Contrato de Arrendamiento, el mismo que exige en vista de que se habría incumplido con los pagos que se pactaron en el referido contrato.
- 5.14 **Como conclusiones**, manifiesta las siguientes:
- El precio base del Contrato de Arrendamiento habría sido correctamente establecido.

- El demandado incumplió el pago de las sumas a las cuales se obligó con la firma del Contrato de Arrendamiento.
- Corresponde la aplicación de la penalidad establecida en el Contrato de Arrendamiento, pues el demandado incumplió con el referido contrato.
- La carta fianza se ejecutó debidamente.
- No correspondería que se le reintegre al demandado la suma de S/. 868,768.00 Nuevos Soles ni el pago de S/. 279,004.64 Nuevos Soles por indemnización.

5.15 Mediante Resolución N° 05 de fecha 02/05/14, se tuvo por admitida la contestación a la reconvencción.

VI. De las Audiencias de Fijación de Puntos Controvertidos

Con fecha 10/07/14, se realizó la primera Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos con la asistencia del Tribunal Arbitral y PROTRANSPORTE (dejándose constancia de la inasistencia de DE MARCO); donde se fijaron como puntos controvertidos los siguientes:

a) Respecto a la demanda y la reconvencción:

1. Determinar si corresponde o no que DE MARCO cumpla con pagar a favor de **PROTRANSPORTE** la suma de **S/.479,800.00** (Cuatrocientos setenta y nueve mil ochocientos y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de cuotas adeudadas conforme a lo pactado en el Contrato de Arrendamiento para Espacios Publicitarios del COSAC I – 2011-MML/IMPL, y sus respectivas adendas.
2. Determinar si corresponde o no que DE MARCO cumpla con pagar a favor de **PROTRANSPORTE** la suma de **S/.21,900.00** (Veintiún Mil Novecientos y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de penalidad por el atraso en el pago de los arrendamientos.
3. Determinar si corresponde o no que DE MARCO cumpla con pagar los intereses devengados.
4. Determinar si corresponde o no que se declare la inexistencia de la deuda por parte de DE MARCO a favor de PROTRANSPORTE.
5. Determinar si corresponde o no que PROTRANSPORTE cumpla con reembolsar a DE MARCO S/. 868,768.00 por concepto de exceso de lo cobrado, debido al error doloso por parte de PROTRANSPORTE en la determinación del precio base en el Contrato de Arrendamiento para Espacios Publicitarios del COSAC I-2011-MML/IMPL y sus respectivas adendas.

6. Determinar si corresponde o no que se declare que la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0857-9800000022-08, se ha ejecutado incumpliendo la cláusula 8.7 del Contrato.
7. De determinarse afirmativamente el punto anterior, determinar si corresponde o no que se declare que PROTRANSPORTE ha efectuado un ejercicio abusivo del derecho, que se ordene la devolución inmediata de lo indebidamente cobrado, más los intereses y gastos y se ordene pagar la suma de S/. 51,421.65 por concepto de indemnización por los daños causados.
8. Determinar si corresponde o no que se declare el incumplimiento de PROTRANSPORTE de la cláusula séptima del Contrato.
9. De determinarse de manera afirmativa el punto anterior se declare que como consecuencia de dicho incumplimiento se han generado daños por los que corresponde una indemnización ascendente a S/. 279,004.64
10. Determinar si corresponde que se declare la inexistencia de penalidad exigible a DE MARCO.

b) Respetto de las costas y costos

- Determinar la asunción entre las partes de las costas y costos arbitrales.

Asimismo, el Tribunal Arbitral dejó establecido que se reservaba la facultad de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado, sin que éste sea necesariamente el establecido en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos y que, de determinarse al pronunciarse sobre alguno de ellos, que carece de objeto pronunciarse sobre otros, podrá omitir pronunciarse sobre estos últimos, motivando su decisión.

Acto seguido se admitieron como medios probatorios los siguientes:

a) Demanda y contestación de la reconvencción

De parte de PROTRANSPORTE: Los documentos ofrecidos en el acápite VI MEDIOS PROBATORIOS de su escrito de demanda de fecha 24/01/14, subsanado mediante escrito de fecha 06/02/14, identificados del ANEXO 7.1 al 7.13 los cuales se adjuntan al escrito; así como los ofrecidos en el acápite MEDIOS PROBATORIOS de su escrito de contestación de la reconvencción de fecha 29/04/14, identificados del anexo 3.1 al 3.2, los cuales se adjuntan a dicho escrito.

b) Contestación y reconvencción

De parte de DE MARCO: Los documentos ofrecidos en acápite medios probatorios de su escrito de contestación a la demanda y reconvencción de fecha 26/03/14, identificados del numeral 5.1 al 5.6, los cuales se acompañan a dicho escrito.

c) Pruebas de Oficio

El Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer la actuación de medios probatorios de oficio en cualquier momento, de considerarlo necesario para el esclarecimiento de los hechos que sustentan la controversia que deberá ser materia de su decisión, de conformidad con las facultades conferidas por el artículo 49° del Reglamento de Arbitraje.

No obstante, la realización de esta Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, con fecha 14/11/14, se realizó una segunda Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos (debido a una modificación de las pretensiones de la reconvencción), con la presencia del Tribunal Arbitral y PROTRANSPORTE (dejándose constancia de la inasistencia de DE MARCO), donde se fijaron como puntos controvertidos los siguientes:

a) Respecto a la ampliación y modificación de la reconvencción:

1. Determinar si corresponde o no que PROTRANSPORTE cumpla con indemnizar a DE MARCO S/. 868,768.00 por los daños y perjuicios ocasionados por la existencia de un desequilibrio económico financiero del Contrato de Arrendamiento para Espacios Publicitarios del COSAC I-2011-MML/IMPL (en adelante el Contrato) y sus respectivas adendas.
2. De determinarse de manera negativa el punto anterior, determinar si corresponde o no que se declare la existencia de un enriquecimiento sin causa de parte de PROTRANSPORTE y en consecuencia se ordene que dicha parte indemnice a DE MARCO con el monto de S/. 868,768.00, más los intereses legales hasta la fecha efectiva de cancelación.
3. Determinar si corresponde o no que se declare que PROTRANSPORTE no ha resuelto el contrato y por tanto, mediante el ejercicio de un abuso de derecho, se ha ejecutado indebidamente la Carta Fianza N° 0011-0857-9800000022-08, inobservando la cláusula 8.7 del Contrato.
4. De determinarse afirmativamente el punto anterior, determinar si corresponde o no que se ordene a PROTRANSPORTE a que devuelva a DE MARCO el importe de la citada Carta Fianza, así como pague el monto de S/. 51,421.65 por los daños ocasionados, más los costos financieros por ejecutar la Carta Fianza y los

- intereses bancarios compensatorios y moratorios correspondientes hasta la fecha efectiva de su cancelación.
5. Determinar si corresponde o no que se declare el incumplimiento de PROTRANSPORTE de la cláusula séptima del Contrato.
 6. De determinarse de manera afirmativa el punto anterior se declare que como consecuencia de dicho incumplimiento se han generado daños y perjuicios por los que corresponde una indemnización ascendente a S/. 279,004.64, más intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.
 7. Determinar si corresponde que se declare la inexistencia de penalidad exigible a DE MARCO y que si corresponde o no que se declare que DE MARCO no adeuda concepto alguno a PROTRANSPORTE.

b) Respetto de las costas y costos:

- Determinar la asunción entre las partes de las costas y costos arbitrales.

Asimismo, el Tribunal Arbitral precisó que los puntos controvertidos señalados anteriormente sustituirían a los puntos controvertidos comprendidos del punto 4 al 10 del Acta de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 10/07/14.

A su vez, se admitieron como medios probatorios los siguientes:

a) Modificación y Ampliación de la Reconvención.

De parte de DE MARCO: Los documentos ofrecidos en el acápite MEDIOS PROBATORIOS de su escrito de fecha 25/07/14 los cuales se adjuntan al escrito.

b) Absolución de la modificación y ampliación de la reconvención

De parte de PROTRANSPORTE: Los documentos ofrecidos en acápite medios probatorios de su escrito de fecha 21/08/14.

VII. De la Audiencia de Ilustración

- 7.1 Con fecha 13/05/15 se realizó la Audiencia de Ilustración, con la presencia del Tribunal Arbitral y PROTRANSPORTE (dejándose constancia de la inasistencia de DE MARCO), la misma que tuvo por finalidad que las partes ilustren al colegiado respecto de los hechos que sustentan las posiciones de las partes.

VIII. De la Resolución N° 18 y 20

- 8.1 Mediante Resolución N° 18 de fecha 17/04/15 se dispuso el archivo de las pretensiones reconventionales presentadas por DE MARCO, de acuerdo con lo establecido en el artículo 100 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP.
- 8.2 Asimismo, mediante Resolución N° 20 de fecha 18/05/15, el Tribunal Arbitral precisó que ante el archivamiento de las pretensiones reconventionales, los puntos controvertidos sobre los que se pronunciará serán los siguientes:
1. Determinar si corresponde o no que DE MARCO cumpla con pagar a favor de **PROTRANSPORTE** la suma de **S/.479,800.00** (Cuatrocientos setenta y nueve mil ochocientos y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de cuotas adeudadas conforme a lo pactado en el Contrato de Arrendamiento para Espacios Publicitarios del COSAC I – 2011-MML/IMPL, y sus respectivas adendas.
 2. Determinar si corresponde o no que DE MARCO cumpla con pagar a favor de **PROTRANSPORTE** la suma de **S/.21,900.00** (Veintiún Mil Novecientos y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de penalidad por el atraso en el pago de los arrendamientos.
 3. Determinar si corresponde o no que DE MARCO cumpla con pagar los intereses devengados.
 4. Determinar la asunción entre las partes de las costas y costos arbitrales.

IX. Del cierre de la etapa probatoria

- 9.1 Mediante Resolución N° 21 de fecha 10/06/15 se declaró cerrada la Etapa Probatoria y se concedió a las partes el plazo de 5 días para que formulen sus alegatos escritos.

X. Alegatos

- 10.1 Mediante escritos de fecha 19/06/15, PROTRANSPORTE y DE MARCO presentaron sus alegatos finales.

XI. Del Plazo para laudar

11.1 Mediante Resolución N° 22, el Tribunal Arbitral ordenó traer los autos para laudar por un periodo de treinta (30) días hábiles; el cual podría ser prorrogado por un máximo de treinta (30) días adicionales.

CONSIDERANDOS:

1. La Constitución, a partir de lo establecido en sus artículos 2.14 y 62, reconoce y garantiza el derecho de libertad de contratación como un derecho fundamental y como un principio rector del modelo de economía social de mercado adoptado por nuestro país¹.
2. Dicha libertad, como derecho fundamental, garantiza lo que en doctrina se denomina libertad de conclusión, libertad que comprende el derecho a decidir con quién, cómo y cuándo contratar; así como **el derecho de libertad contractual o libre configuración, que comprende la libre autodeterminación de las partes para disponer del contenido del contrato, dentro del marco de la ley**², pues como menciona Luis Díez Picazo y Ponce de León³, implica el reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, pues sólo se reconoce la dignidad de esta en cuanto se le permite la autorregulación del marco de sus propios intereses.

Y es que dicha libertad contractual se vislumbra como concepto medular a comprenderse si se pretende analizar válidamente la controversia presentada en este proceso. Esta referida libertad contractual no hace

¹ Constitución de 1993

Artículo 2.14.- Toda persona tiene derecho: (...) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

² Con matices, el Tribunal Constitucional ha señalado que "Tal derecho garantiza, prima facie: autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante; autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. A lo expuesto debe agregarse que la libertad contractual constituye un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejecutan también otros derechos tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, etc." (sentencia del EXP 0008-2003-AI, fundamento 26, literal b), caso Constitución económica).

³ DÍEZ PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, 2004. *Contrato y Libertad Contractual*. Artículos. Revista Themis. Lima, año 39, N° 49, p. 12.

más que conferir a los sujetos de derecho la capacidad de autorregular sus intereses, permitiendo ver estos intereses plasmados en un documento contractual, cuyo contenido deriva como consecuencia de la interacción de los intereses propios con los intereses de la contraparte. Y como principio que forma parte del modelo de economía social de mercado, esta libertad contractual supone la imposición de una serie de obligaciones de respeto, promoción y garantía, mediante una legislación que optimice y canalice su ejercicio en armonía con el bien común.

3. Por ello, nuestra legislación de desarrollo, contenida en el Código Civil de 1984, establece que el contrato es un acuerdo entre dos o más partes para crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídico patrimonial (artículo 1351); que dichas partes pueden determinar libremente el contenido del contrato salvo que contravenga normas legales de carácter imperativo (artículo 1354); que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos (artículo 1361); que la negociación, celebración y ejecución de los contratos se rigen por la buena fe y la común intención de las partes (artículo 1362), por lo que sólo producen efectos entre las partes y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles (artículo 1363).
4. *Así mismo, cabe precisar que si dos personas celebran un contrato, en ejercicio de su autonomía privada y conforme a los mandatos de la buena fe, dicho contrato será obligatorio. Así, si uno de los contratantes no cumple con sus obligaciones asumidas en el contrato, el Estado faculta al contratante perjudicado con el incumplimiento para que solicite el cumplimiento (ejecución forzada), la resolución del contrato y/o la indemnización por los daños que eventualmente ha sufrido⁴, esto es lo que implica el principio pacta sunt servanda.* No obstante, y en ese mismo sentido la legislación civil de desarrollo también prevé la morigeración de dicho principio, y para ello se cuenta con las figuras como la excesiva onerosidad de la prestación (artículos 1440 a 1446) o la lesión (1447 a 1456), que son figuras reconocidas por el legislador que se sustentan en la justicia contractual, entendida ésta como la intervención del Estado en los contratos efectuada con la finalidad de restablecer el equilibrio contractual mediante la relativización de la fuerza vinculante de los contratos.
5. No obstante, no debe perderse de vista que la fuerza obligatoria y el cumplimiento ineludible de lo pactado en el contrato es la regla y su relativización, mediante el uso de las figuras de la justicia contractual

⁴ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, 2012. *El Pacta Sunt Servanda y la Revisión del Contrato*. Doctrina, Revista Derecho Privado. México D.F., año 1 N° 1, p. 205.

son la excepción. Asimismo, la justicia contractual puede y debe ser aplicada siempre y cuando la causal que motiva la intervención del Estado en los contratos esté debidamente probada.

6. La prueba de los hechos que podrían constituir una causal de excepción a la fuerza obligatoria de los contratos, se desprende del principio según el cual quien afirma un hecho debe probarlo, que se deriva de lo establecido en el artículo 31 numerales 1 y 2 del Decreto Legislativo 1071 que norma el Arbitraje (en adelante el DLA), así como del artículo 42 literales e) y g) del Reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP (en adelante el Reglamento)⁵.
7. En el caso de autos nos encontramos frente a un presunto incumplimiento del Contrato de Arrendamiento de espacios publicitario por parte de DE MARCO en perjuicio de PROTRANSPORTE.
8. Por ello, conforme se ha establecido en los antecedentes (numeral 8.2) debemos determinar: a) si corresponde no que DE MARCO cumpla con pagar a favor de PROTRANSPORTE la suma de S/.479,800.00 (cuatrocientos setenta y nueve mil ochocientos y 00/100 nuevos soles) por concepto de cuotas adeudadas conforme a lo pactado en el contrato de arrendamiento y sus respectivas adendas; b) determinar si corresponde o que DE MARCO cumpla con pagar a favor de PROTRANSPORTE la suma de S/.21,900.00 (veintiún mil) novecientos y 00/100 nuevos soles) por concepto de penalidad por el atraso en el pago de los arrendamientos; c) determinar si corresponde o no que DE MARCO cumpla con pagar los intereses devengados; y, d) determinar la asunción entre las partes de las costas y costos arbitrales.
9. Fijado en los términos antes señalados la controversia se tiene que el punto controvertido contenido en el literal a) es la cuestión principal, siendo que las cuestiones controvertidas contenidas en los literales b) y c), son accesorias a dicha cuestión principal.

⁵ El artículo 39 del DLA en los numerales citados disponen que: "1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda. 2. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer".

En tanto que los literales citados del artículo 42º del Reglamento establecen que: "La demanda y su contestación contendrán: (...) e) La relación de los hechos en que se basa la demanda o la contestación. (...) g) El ofrecimiento de los medios probatorios que respalden las pretensiones, debiendo adjuntarse los documentos que se consideren pertinente".

Por lo que, si estimamos que corresponde ordenar a DE MARCO pagar la suma pretendida por PROTRANSPORTE, deberíamos estimar, como lógica consecuencia de ello, que también corresponde ordenar el pago de la penalidad y los intereses devengados pretendidos. Si, por el contrario, estimamos que no correspondería ordenar a DE MARCO pagar lo pretendido por PROTRANSPORTE, igual destino deberían tener las decisiones sobre la penalidad y los intereses devengados.

En cambio, la cuestión controvertida referida a la asunción de los costos y costas arbitrales, es una cuestión autónoma, que opera de pleno derecho y de manera independiente a las cuestiones antes señaladas, y a la que debemos proceder con independencia del resultado del presente caso arbitral⁶.

10. En primer lugar, en el expediente está probado que PROTRANSPORTE y DE MARCO el 20.10.2011 suscribieron el Contrato de Arrendamiento para Espacios Publicitarios del COSAC I-2011-MML/IMPL el que fue renovado hasta en tres oportunidades mediante adendas de fecha 27.04.2012, 10.07.2012 y del 31.10.2012.
11. Asimismo, con las cartas notariales 57-2012-MML/IMPL/GC de fecha 29.11.2012; 58-2012-MML/IMPL/GC de fecha 05.12.2012 y 07-2013-MML/IMPL/GC de fecha 05.12.2013 (cuyo contenido se ha resumido en los numerales 3.4 a 3.6 de los antecedentes) está probado que DE MARCO incurrió en incumplimiento de las obligaciones asumidas en el Contrato de Arrendamiento para Espacios Publicitarios del COSAC I-2011-MML/IMPL, al no haber pagado en las oportunidades pactadas las cuotas previstas en dicho contrato.
12. Los hechos antes probados no han sido negados ni contradichos por DE MARCO a lo largo del trámite del presente arbitraje, habida cuenta que al momento de formular su contestación de la demanda DE MARCO no lo hizo, sino que formuló reconvención. No obstante, tal reconvención, conforme se aprecia de la Resolución 18 de autos ha sido archivada.
13. Por lo que, al estar probado el incumplimiento del Contrato de Arrendamiento para Espacios Publicitarios del COSAC I-2011-MML/IMPL por parte de DE MARCO, y en aplicación de los principios del Derecho ya referidos, se concluye el reconocimiento del derecho de PROTRANSPORTE para exigir el cumplimiento del contrato, y en ese mismo sentido, corresponde estimar favorablemente la primera pretensión de PROTRANSPORTE; es decir, ordenar a DE MARCO que

⁶ La condición de pleno derecho de la fijación de los costos arbitrales se deriva de lo dispuesto en el artículo 70 del Decreto Legislativo 1071, que establece que: "El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje".

pague a favor de PROTRANSPORTE la suma de S/.479,800.00 (cuatrocientos setenta y nueve mil ochocientos y 00/100 nuevos soles) por concepto de cuotas adeudadas conforme a lo pactado en el contrato de arrendamiento aludido y sus respectivas adendas.

14. Asimismo, habiéndose probado en el expediente el incumplimiento de DE MARCO, corresponde estimar las otras pretensiones de PROTRANSPORTE, es decir, ordenar a DE MARCO que pague una penalidad ascendente a S/.21,900.00 (veintiún mil novecientos y 00/100 nuevos soles) por concepto de penalidad por el atraso en el pago de los arrendamientos, así como los intereses devengados que se liquidarán en ejecución del presente laudo arbitral.
15. Las costas y costos del presente arbitraje, en aplicación del artículo 97 del Reglamento, deberán ser pagados en igual proporción por PROTRANSPORTE y DE MARCO, en razón del cincuenta por ciento (50%) del total de los costos y costas, a cargo de cada parte, que se liquidaran en ejecución del presente laudo.

LAUDO:

1. DECLARO **FUNDADA** la demanda arbitral interpuesta por PROTRANSPORTE contra DE MARCO por incumplimiento de las cuotas pactadas en el Contrato de Arrendamiento para Espacios Publicitarios del COSAC I-2011-MML/IMPL y sus respectivas adendas, en consecuencia se ordena a DE MARCO que:
 - a) Pague a PROTRANSPORTE la suma de S/.479,800.00 (cuatrocientos setenta y nueve mil ochocientos y 00/100 nuevos soles) por concepto de cuotas adeudadas;
 - b) Pague a PROTRANSPORTE la suma de S/.21,900.00 (veintiún mil novecientos y 00/100 nuevos soles) por concepto de penalidad por el atraso en el pago de los arrendamientos; y,
 - c) Pague a PROTRANSPORTE los intereses devengados, los que se liquidaran en ejecución del presente laudo arbitral.
2. DECLARO el **ARCHIVO** de la reconvencción formulada por DE MARCO contra PROTRANSPORTE.
3. **LAS COSTAS Y COSTOS** deberán ser pagados en igual proporción por PROTRANSPORTE y DE MARCO, en razón del cincuenta por ciento (50%) del total de los costos y costas, a cargo de cada parte, que se liquidaran en ejecución del presente laudo.





César Landa Arroyo
Presidente



Luis Felipe Mondonedo Chávez
Árbitro



Eduardo Solís Tafur
Árbitro