

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.
Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

LAUDO ARBITRAL NACIONAL DE DERECHO

RESOLUCIÓN Nº 12

Lima, 23 de febrero de 2017

I. INTRODUCCIÓN.-

LAS PARTES : TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. (en adelante, LA DEMANDANTE o EL CONTRATISTA)

EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A. (en adelante, LA DEMANDADA o LA ENTIDAD)

**TRIBUNAL ARBITRAL : JUAN MANUEL REVOREDO LITUMA (PRESIDENTE)
ALAN ARTURO PUENTE TORRES
GONZALO GARCÍA CALDERÓN MOREYRA**

SECRETARÍA ARBITRAL: ALBERTO MOLERO RENTERÍA



Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

VISTOS:

II. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.-

Con fecha 06 de noviembre de 2012, la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A., suscribieron el Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo), en adelante EL CONTRATO.

De acuerdo a la Cláusula Décimo Sétima del CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170, 175º y 177º del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 224º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

De acuerdo a lo anterior, queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

III. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

Los árbitros inicialmente designados por las partes, doctor Gonzalo García Calderón Moreyra y doctor Alan Arturo Puente Torres, nombraron como tercer árbitro y presidente del Tribunal Arbitral al doctor Juan Manuel Revoredo Lituma, quien aceptó el cargo encomendado, quedando constituido el Tribunal Arbitral.

En ese sentido, los profesionales del derecho, declaran que han sido debidamente designados de acuerdo a Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, manifestando no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con los mismos. Asimismo, se obligan a desempeñar con justicia, imparcialidad y probidad la labor encomendada, tal como lo dispone el Código de Ética aprobado mediante Resolución No. 258-2008-CONSUCODE/PRE y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de junio de 2008.

IV. TIPO DE ARBITRAJE.-

Con fecha 07 de julio de 2016 se llevó a cabo en la sede institucional del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral. A dicha audiencia asistió en representación de la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A., el abogado José Miguel La

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Priale y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

Rosa Gómez de la Torre. Por otro lado, se dejó constancia de la inasistencia de los representantes de la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A., a pesar de que dicha parte se encontraba debidamente notificada, según cargo de notificación obrante en el expediente.

En la referida Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral Ad Hoc, se estableció que en virtud de lo pactado en la Cláusula Décimo Séptima del CONTRATO, el arbitraje sería Ad Hoc, Nacional y de Derecho.

V. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE.-

En la referida Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral Ad Hoc, los árbitros se ratificaron en su aceptación al cargo para el que fueron nombrados y quedaron firmes las reglas procesales consignadas en dicha Acta.

Así, se estableció que para el proceso arbitral, serán de aplicación las reglas procesales establecidas por las partes, la Ley, el Reglamento, y las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto. Supletoriamente, regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

Aunado a ello, en caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral quedó facultado en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, inmediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe.

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.
Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Priale y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

VI. ALEGACIONES DE LAS PARTES.-

Mediante escrito presentado el día 22 de julio de 2016, la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. formuló las siguientes pretensiones:

6.1. Pretensiones formuladas en la Demanda presentada por la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A.:

Las pretensiones planteadas por la DEMANDANTE se transcriben a continuación:

Primera Pretensión Principal: "Que EMAPE reconozca y pague a TDM la suma ascendente a S/ 353,250.00 (Trescientos Cincuenta y Tres Mil Doscientos Cincuenta y 00/100 Soles) por concepto de prestación de servicios".

Primera Pretensión Accesorio: "Que se ordene el pago también de los intereses legales devengados y aquellos que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago".

Segunda Pretensión Accesorio: "Que se condene a EMAPE al pago de los costos que el presente arbitraje nos irroque".

6.2. Posición de la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A.:

6.2.1. Fundamentos de Hecho de la Demanda

La DEMANDANTE sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

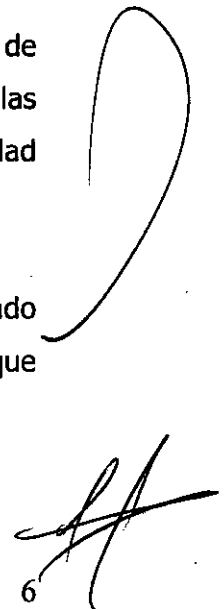

Que, con fecha 06 de noviembre de 2012, la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A. suscribieron el Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramito Prialé y Otras Vías (A Todo Costo), cuyo monto contractual ascendía a la suma de S/ 353,250.00 (Trescientos Cincuenta y Tres Mil Doscientos Cincuenta con 00/100 Soles).

Posteriormente, con fecha 11 de noviembre de 2012, el CONTRATISTA refiere que se habría emitido la Orden de Servicio N° 4400004280, documento en el cual figuraría la descripción del servicio a ejecutarse, los datos del proveedor, las condiciones generales del CONTRATO, así como el monto total del mismo. Asimismo, refiere que la recepción de dicho documento por el CONTRATISTA se habría realizado el día 21 de noviembre de 2012.

Que, una vez culminado el servicio de instalación de guardavías al que el CONTRATISTA se habría comprometido, la DEMANDANTE indica que habría solicitado la conformidad del mismo a la Sub Gerencia de Mantenimiento, mediante Carta de fecha 21 de febrero de 2013.

Al respecto, la DEMANDANTE alega que el servicio se habría culminado de manera completa y de conformidad con las especificaciones contenidas en las Bases, de tal modo que no existirían controversias en relación a la idoneidad del mismo.

Que, sin embargo, la DEMANDANTE señala que EMAPE S.A. se habría negado a recibir la factura emitida por el monto total del CONTRATO, pese a que habría sido remitida en reiteradas oportunidades.


6

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

Sobre el particular, mediante el Carta Notarial N° 036045-13 remitida con fecha 07 de agosto de 2013, la DEMANDANTE precisa que se habría adjuntado a dicho documento la Factura N° 0001-031626, mas habría sido rechazada por el personal de la DEMANDADA, tal como constaría en la certificación de la misma.

Aunado a ello, mediante el Carta Notarial N° 036069-13 remitida con fecha 12 de agosto de 2013, la DEMANDANTE indica que reiteró dicho requerimiento. Sin embargo, refiere que la persona encargada de la recepción se habría negado a recibir dicho documento, alegando que la factura adjunta (Factura N° 032402) tendría una nueva fecha.

En consecuencia, la DEMANDANTE sostiene que correspondería ordenar a EMAPE S.A. el pago del monto total del CONTRATO, así como los intereses devengados hasta la fecha efectiva de pago, pues habría cumplido íntegramente con su prestación.

6.3. Posición de la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.:

La DEMANDADA sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

6.3.1. Sobre la Excepción de Caducidad

Que, de conformidad con las fechas de las comunicaciones referidas por la DEMANDANTE en su escrito de demanda, la DEMANDADA alega que para

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

entablar un proceso arbitral, dicha parte debió haberlo hecho dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la supuesta negativa de recepción de la factura referida por parte de EMAPE S.A.

A partir de ello, la DEMANDADA refiere que la solicitud de inicio de arbitraje fue presentada fuera del plazo establecido en la norma que rige las contrataciones del estado, por lo que dicha acción se encontraría caduca.

En consecuencia, la DEMANDADA sostiene que tanto la pretensión principal como sus pretensiones accesorias carecerían de sustento, por lo que correspondería declarar fundada la excepción de caducidad deducida.

6.3.2. Fundamentos de Hecho de la Contestación de la Demanda:

Que, respecto a la Orden de Servicio N° 4400004280, la DEMANDADA alega que dicho documento no constituiría la conformidad del servicio, de conformidad con lo establecido en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Sobre el particular, la DEMANDADA refiere que existieron observaciones respecto al servicio que imposibilitaban la emisión de la conformidad del servicio, por lo que no correspondía a EMAPE S.A. la atención del monto reclamado por la DEMANDANTE, a través de sus comunicaciones.

Aunado a ello, la DEMANDADA precisa que existirían condiciones para que la Entidad proceda con la cancelación de la orden de servicio, siendo una de ellas que el informe del funcionario responsable del área usuaria contara con las características establecidas en las Bases, en los Términos de Referencia y

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

en el CONTRATO y, principalmente, la conformidad del mismo. Sin embargo, indica que ello no habría ocurrido en el presente caso, pues la DEMANDANTE no habría obtenido la conformidad, por lo que no correspondería realizar el pago del monto contractual.

En ese sentido, la DEMANDADA cuestiona la posibilidad de la emisión de la factura por el servicio comprometido y su posterior pago, sin antes haber recibido una conformidad.

VII. AUDIENCIAS Y DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.-

7.1. Mediante Resolución N° 3 de fecha 19 de agosto de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió: (i) tener por contestada la demanda arbitral por parte de EMAPE S.A., por ofrecidos los medios probatorios que se indican y al expediente los documentos anexos que se acompañan, (ii) correr traslado del escrito de contestación, a fin de que en el plazo de cinco (5) días hábiles, la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. cumpliera con manifestar lo que considere pertinente a su derecho respecto a la excepción de caducidad formulada por EMAPE S.A.

Ante ello, mediante escrito presentado con fecha 24 de agosto de 2016, la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES cumple con absolver el traslado conferido, solicitando declarar infundada la excepción deducida por la EMAPE S.A.

Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución N° 4 de fecha 01 de setiembre

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

de 2016, donde el Tribunal Arbitral resolvió tener por absuelto el traslado de la excepción formulada por la EMAPE S.A., dejando constancia que la misma sería resuelta mediante Resolución posterior y antes de la emisión del Laudo que ponga fin a las controversias suscitadas entre las partes. En ese sentido, encontrándose definidas las posiciones de las partes, el Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día 15 de setiembre, a las 16:00 horas.

- 7.2.** Mediante escrito presentado con fecha 13 de setiembre de 2016, EMAPE S.A. solicitó la reprogramación de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.

Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución N° 6 de fecha 14 de setiembre de 2016, donde el Tribunal Arbitral resolvió tener presente el escrito presentado por EMAPE S.A. y, en ese sentido, reprogramar la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día 21 de setiembre de 2016, a las 15:00 horas.

Determinación de Puntos Controvertidos:

- 7.3.** Con fecha 21 de setiembre de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. En dicha oportunidad, el Tribunal Arbitral consideró que emitir pronunciamiento respecto a la excepción deducida por EMAPE S.A. resultaría prematuro, por lo que estimó pertinente diferir su pronunciamiento a un momento posterior a dicha Audiencia, pudiendo incluso resolverla conjuntamente con el laudo arbitral.

Seguidamente, el Tribunal Arbitral determinó los siguientes puntos

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

controvertidos:

1. Determinar si corresponde ordenar a la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A. pague a favor de la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. la suma de S/ 353,250.00 (Trescientos Cincuenta y Tres Mil Doscientos Cincuenta con 00/100 Soles) por concepto de contraprestación del servicio de "Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y otras vías.
2. De ser el caso, determinar si corresponde ordenar que la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A. pague a favor de la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de su pago.
3. Determinar a quién y en qué proporción debe ser asumido el pago de las costas y costos generados en el presente proceso.

Admisión de Pruebas:

En ese mismo acto, el Tribunal Arbitral resolvió admitir las siguientes pruebas:

- En cuando a la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A., el Tribunal Arbitral admite todos los medios probatorios ofrecidos en el escrito de la demanda, detallados en el acápite 4 denominado "MEDIOS PROBATORIOS", signados con los numerales 4.1 al 4.6.
- Por otro lado, respecto a EMAPE S.A., el Tribunal Arbitral admite los medios

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

probatorios ofrecidos en el escrito de contestación de demanda, detallados en el sub acápite 3.4. denominado "MEDIOS PROBATORIOS QUE SUSTENTAN LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA", signados con los numerales 3.4.1. AL 3.4.3.

Finalmente, el Tribunal Arbitral resolvió declarar concluida la etapa probatoria y, en consecuencia, conceder a las partes el plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que cumplan con presentar sus respectivos alegatos escritos.

VIII. ALEGATOS ESCRITOS E INFORME ORAL.-

8.1. Mediante escritos presentados con fecha 10 de agosto de 2016, la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y EMAPE S.A. cumplieron respectivamente con presentar sus alegatos escritos.

Dichos escritos fueron tramitados mediante Resolución N° 8 de fecha 17 de octubre de 2016, donde el Tribunal Arbitral resolvió tener por presentados los alegatos escritos por la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y EMAPE S.A., con conocimiento de sus respectivas partes contrarias. En ese sentido, el Tribunal Arbitral resolvió citar a las partes a la audiencia de Informes Orales para el día 10 de noviembre de 2016 de 2016, a las 10:00 horas.

8.2. Mediante escrito presentado con fecha 03 de noviembre de 2016, EMAPE S.A. solicitó la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales.

Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución N° 9 de fecha 07 de noviembre de 2016, donde el Tribunal Arbitral resolvió reprogramar la Audiencia de Informes Orales para el día 05 de diciembre de 2016, a las 10:00

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

horas.

- 8.3.** Con fecha 05 de noviembre de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales. En dicho acto el Tribunal Arbitral, tras conceder el uso de la palabra a las partes, estimó pertinente fijar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, plazo que podía ser ampliado por treinta (30) días hábiles adicionales, de ser el caso.

IX. CUESTIONES PRELIMINARES.-

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO; ii) que, en ningún momento se interpuso recusación contra los miembros del Tribunal Arbitral, o se efectuó algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral Ad Hoc de fecha 07 de julio de 2016; iii) que, la DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iv) que, por su parte la DEMANDADA fue debidamente emplazado, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa y; v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos.

Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia de que los puntos controvertidos podrán ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

En cuanto a las pruebas, el Tribunal Arbitral expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.

Asimismo, el Tribunal Arbitral hace notar que de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 43º del Decreto Legislativo No. 1071.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que "(...) *la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes...*" (Sentencia de fecha 30/11/87) ⁽¹⁾

Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente a fin de resolver previamente las excepciones deducidas por la ENTIDAD y, en caso sean desestimadas, proceder con el análisis de los puntos controvertidos.

¹ **HINOJOSA SEGOVIA, Rafael.** "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DEDUCIDA POR LA EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

En este extremo, previo al análisis de fondo, el Tribunal Arbitral considera necesario analizar y resolver la excepción de caducidad deducida por EMAPE S.A. a través del escrito presentado el 17 de agosto de 2016. Así, mediante escrito de contestación de demanda, la ENTIDAD dedujo excepción de caducidad respecto de las pretensiones, tanto principal como sus accesorias, planteadas por el CONTRATISTA.

Sobre el particular, es preciso señalar que la caducidad es entendida como "el instrumento mediante el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente, en razón de la inacción de su titular durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particular [...] Para la caducidad basta con que el acto de ejercicio sea extemporáneo sin más"² (Énfasis propio)

En virtud a ello, se aprecia que el sustento de la referida excepción de caducidad está orientado a sostener que la solicitud de inicio del proceso arbitral fue presentada de manera extemporánea, es decir, fuera del plazo previsto en la norma de contrataciones del Estado y, por tanto, habría caducado el derecho del CONTRATISTA de acudir a los mecanismos de solución de controversias previstos en dicha norma especial.

En efecto, señala la ENTIDAD que el DEMANDANTE habría solicitado por la vía notarial, en dos (2) oportunidades, el pago total del monto contractual. Sobre el extremo, precisa que dichas comunicaciones se habrían efectuado en el año 2013, por lo que el derecho del CONTRATISTA habría caducado al no haber iniciado el arbitraje dentro de

² Castillo Freyre, Mario & Sabroso Minaya, Rita. "El arbitraje en la Contratación Pública (Estudio Jurisprudencial)". Biblioteca de Arbitraje del Estudio Jurídico Mario Castillo Freyre. Lima. 2009. Pág. 83

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

los quince (15) días hábiles siguientes, contados a partir de la alegada negativa al pago, por parte de EMAPE S.A..

Teniendo como premisa que la excepción de caducidad se deduce por una supuesta extemporaneidad en el inicio del proceso arbitral, resulta pertinente analizar el marco normativo aplicable, con el fin de verificar si el DEMANDANTE cumplió con las disposiciones legales en torno al inicio del arbitraje.

A partir de ello, de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación, las reglas procesales aplicables al presente proceso arbitral son aquellas vigentes al momento de la convocatoria del proceso de selección del cual provendría el CONTRATO, tal como se verifica a continuación:

REGLAS PROCESALES APLICABLES⁵

8. Para el proceso arbitral, serán de aplicación las reglas procesales establecidas por las partes, la Ley, el Reglamento, y las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto. Supletoriamente, regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.
9. En caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el tribunal arbitral queda facultado en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad,

⁵ Las reglas procesales deberán ser adecuadas para cada caso en particular teniendo en consideración la norma vigente al momento de la convocatoria del proceso de selección del cual proviene el contrato materia de controversia.

En ese orden de cosas, tomando en consideración que la convocatoria de la Adjudicación Directa Pública N° 022-2012-EMAPE/CEP fue realizada el 13 de setiembre de 2012, corresponde aplicar el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, es decir, aquél dispositivo vigente, antes de la modificatoria que entró en vigencia a partir del 20 de setiembre de 2012.

Así, corresponde hacer referencia al artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

(en adelante la LEY), el mismo que dispone lo siguiente:

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

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

Como se advierte, el artículo 52 de la LEY establece un plazo general de caducidad, señalando como límite la culminación del contrato.

Adicionalmente, es preciso señalar que, en el presente caso, tratándose de un contrato de servicios, corresponde aplicar el artículo 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante el REGLAMENTO), el mismo que consigna lo siguiente:

"El contrato entra en vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio. Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago..."

A partir de ello, en principio, cualquier controversia surgida en relación al presente

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

CONTRATO, puede ser sometida a arbitraje hasta antes de configurarse estos requisitos; es decir, hasta antes de la conformidad y el pago derivado de ésta.

Por su parte, el artículo 176º del REGLAMENTO, establece el procedimiento referido a la recepción y/o conformidad para los bienes y/o servicios prestados por el contratista; sin embargo, dicha disposición no establece un plazo determinado para someter a arbitraje alguna controversia respecto a la recepción y/o conformidad. De ahí que, el plazo que debe ser considerado, es el plazo de la LEY.

Es importante señalar que el plazo al cual se refiere EMAPE S.A. en su escrito de contestación de demanda y respecto del cual sustenta la excepción deducida, es aquel plazo desarrollado a partir de la modificación del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Supremo Nº 138-2012-EF, el mismo que entró en vigencia a partir del 20 de setiembre de 2012, aspecto que como hemos verificado no resulta de aplicación, en la medida que la convocatoria se produjo antes de la entrada en vigencia la modificación y por ello, tal como precisa la Tercera Disposición Complementaria Final, la misma que establecía que la presente ley (haciendo alusión a la modificaciones que entraron en vigencia a partir del 20 de setiembre de 2012); era aplicable a los procesos de selección que se convoquen a partir de su entrada en vigencia.

En ese orden de cosas, siendo que la modificación cuyo plazo alega EMAPE S.A. no es aplicable a la presente controversia, resulta imposible amparar la excepción deducida, bajo los alcances y sustentos esbozados por EMAPE S.A., toda vez que están referidos a disposiciones no aplicable al presente caso.

Sin perjuicio de ello, es importante hacer referencia que el plazo de caducidad también es recogido en la norma aplicable al presente caso. En efecto, tal como hemos

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

señalado el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo No 1017 establece que *"Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad"*.

Nótese, en este sentido, que el plazo propiamente dicho en el que quedaría caduco el derecho a recurrir al arbitraje, no ha sido previsto de modo expreso, sino que corresponde a una fórmula abierta, carente de un plazo específico de vigencia.

Esto además se encuentra corroborado con lo señalado en los artículos 180 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, referido al pago por el servicio brindado, por lo que no existe discusión, en este caso, que la fórmula abierta debe aplicarse para el examen de caducidad.

A partir de ello, el Tribunal Arbitral estima necesario precisar que la culminación de los contratos de servicios se da con la conformidad de la prestación y el pago correspondiente, ello en virtud de lo establecido en el Artículo N° 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; con lo cual, siendo que en el presente caso, la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. reclama el pago de la contraprestación pactada, resulta claro que al no existir pago final, la posibilidad de controvertir esta controversia se encuentra plenamente vigente y por tanto, no se ha configurado

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

ninguno de los supuestos de caducidad.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral llega a la convicción que el DEMANDANTE cuenta con el plazo general previsto en el artículo 52 de la LEY, es decir, que el inicio del proceso arbitral puede ser efectuado hasta la conformidad y el pago correspondiente, con lo cual, la excepción de caducidad tampoco puede avalarse en este extremo.

Finalmente, habiéndose desestimado la excepción deducida por EMAPE S.A., corresponde entrar a analizar el fondo de la controversia.

X. ANÁLISIS.-

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, en primer lugar, conviene señalar que el presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas del Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo), suscrito entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A., parte demandante, y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A., parte demandada (en adelante el CONTRATO).

Asimismo y a fin de efectuar un desarrollo ordenado de los pedidos formulados por el DEMANDANTE, el Tribunal Arbitral deja constancia que procederá a resolver las controversias surgidas entre las partes en el orden establecido en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos en Controversia de fecha 21 de setiembre de 2016.

SEGUNDO: Que, para este efecto, siendo un principio general de todo proceso, el de la Carga de la Prueba, en atención a que no existe referencia expresa en el Decreto

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

Legislativo 1071, el Tribunal Arbitral, a manera de referencia, considera pertinente aludir al artículo 196º del Código Procesal Civil, norma que establece literalmente lo siguiente:

"Artículo 196.- Carga de la prueba

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

TERCERO: Que, así, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de la prueba referidos previamente; los mismos que se encuentran recogidos además en el artículo 188º del Código Procesal Civil.

Asimismo y en este extremo, debemos hacer referencia al artículo 43º del Decreto Legislativo No. 1071 en el cual se consagra, de manera exclusiva, la facultad plena de los árbitros, para determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada.

CUARTO: Que, en ese orden de cosas y ya entrando en materia de la presente decisión, a efectos de realizar un análisis normativo integral, este Colegiado estima necesario hacer referencia a los aspectos generales que enmarcan la relación contractual entre las partes.

Así, es preciso comenzar haciendo referencia a lo dispuesto por el artículo 1351º del Código Civil Peruano de 1984 que en relación al contrato señala lo siguiente:

"Noción de contrato

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

Asimismo, el artículo 1402º del mismo cuerpo normativo señala:

"Objeto del contrato

Artículo 1402.- El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones".

Las normas jurídicas invocadas, permiten al Tribunal Arbitral concluir que el contrato consiste en un acuerdo arribado entre dos partes, con el propósito de poner en movimiento una relación jurídica sustantiva generadora de obligaciones, ya sea creándola, regulándola, modificándola o extinguiéndola.

La doctrina se ha pronunciado respecto del contrato señalando que: *"Se puede definir como un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos, o más, personas con capacidad (partes del contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral. Es el contrato, en suma, un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones relativos."*³

Valpuesta Fernández señala que: *"el contrato es el instrumento que confiere el ordenamiento jurídico a los particulares para que, en ejercicio de la autonomía de su voluntad privada y mediante la concordancia entre dos o más voluntades, regulen sus derechos creando, regulando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas patrimoniales, es lógico que produzca sus efectos entre los otorgantes. Es decir, la eficacia del contrato, en cuanto creador de normas jurídicas entre particulares*

³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y Gullón Ballesteros. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular. 1ª edición. Editorial Tecno. Madrid, 1977. Pág. 212.

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Priale y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

*(privados), queda limitada a las partes que han intervenido en su celebración y los herederos de éstas por ser quienes las suceden en todos sus derechos y obligaciones; los terceros no se pueden perjudicar ni beneficiar con un contrato en el cual no son parte.*⁴

Los Tribunales de Justicia también se han pronunciado en relación al contrato sosteniendo que: *"El artículo 1351 del Código civil define el contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial y se forma por la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación que es lo que se denomina consentimiento."*⁵

QUINTO. Que, por otro lado, es pertinente referirnos a los artículos 1352º y 1359º, los mismos que señalan textualmente:

"Perfección de contratos"

Artículo 1352.- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad".

"Conformidad de voluntad de partes"

Artículo 1359.- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria".

Las normas citadas, hacen referencia al principio de consensualidad, que es entendido como: *"el resultado del consenso entre las partes respecto a las formas y condiciones de un negocio, de un acuerdo o compromiso.*

Como es obvio, sólo existe consenso cuando todas las partes integrantes de un

⁴ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mario Rosario: "Derecho obligaciones y contratos", Tercer Edición, Tirante Lo Blanch, Valencia, 1998, Pág. 431.

⁵ Cas. 1345-98. Lima. Sala Civil de la Corte Suprema. El PERUANO, 20-01-1999.

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

*negocio aceptan, expresan su voluntad respecto a las condiciones pactadas en él.*⁶

El Estado, a través de los órganos estatales encargados de administrar justicia ha señalado que: *"la voluntad constitutiva del contrato puede manifestarse por los medios que se quiera (contratos consensuales), pero hay ciertos casos en que la ley prescribe un determinado medio de manifestación, una forma, la que persigue poner en claro la voluntad, dar mayor margen a la reflexión, dificultar la manifestación de la voluntad, o asegurar la prueba del contrato, según el caso. Que en las formas del contrato se distinguen las de solemnidad de las probatorias, en que la ausencia de las primeras determinan la existencia del contrato mientras que las segundas pueden ser llenadas con posterioridad."*⁷. Igualmente se ha señalado que: *"Nuestra legislación sustantiva en materia contractual recoge el principio del consensualismo, mediante el cual los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes. En el proceso de formación del contrato deben distinguirse dos hechos distintos, la conclusión del contrato y su perfeccionamiento. La conclusión del contrato es consecuencia de las declaraciones de voluntad común o sea el consentimiento desde el momento en que la aceptación recoge la declaración contenida en la oferta, haciéndola suya y es conocida por el oferente, el contrato queda concluido, produciendo efectos."*⁸

En ese sentido, se desprende del expediente arbitral que con fecha 06 de noviembre de 2012, la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y EMAPE S.A., celebraron el Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo) derivado de la Adjudicación Directa Pública N° 022-2012-EMAPE-CEP, por un valor de S/ 353,250.00 (Trescientos Cincuenta y Tres Mil Doscientos Cincuenta con 00/100 Soles).

Este pacto, si bien se encuentra regulado por la normativa de contrataciones, por un

⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y Gullón Ballesteros. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular. 1ª Edición. Editorial Tecno. Madrid, 1977. Pág. 312.

⁷ Exp. 451.93. Callao, Normas Legales n. 232, p. J-17.

⁸ Exp. 451-93-Callao, Normas Legales. Tomo 232, Pág. J-17.

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

principio de especialidad normativa, no podemos dejar de mencionar que, dicho instrumento refleja la libertad de pacto entre las partes contratantes. Así, resulta necesario señalar que nuestra legislación vigente permite a las partes del contrato pactar según sus intereses con la única limitación de no atentar contra el orden ni el interés público. Bajo esta premisa, tenemos que los artículos 1354º, 1355º y 1356º del Código Civil se han preocupado por dejar expresa e indubitadamente clara esta posición, señalando:

"Contenido de los contratos"

Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".

"Regla y límites de la contratación"

Artículo 1355.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos".

"Primacía de la voluntad de contratantes"

Artículo 1356.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas".

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha señalado además que: *"La libertad para contratar, es la capacidad de toda persona para decidir si contratar o no y con quien contrata; y por otro lado, la libertad contractual es la capacidad de determinar el contenido de los contratos."*⁹, agregando además que: *"Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de*

⁹ CAS. 764-97-CAJAMARCA, SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA .EL PERUANO, 21-01-1999.

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

*carácter imperativo.*⁴⁰

La doctrina señala que: *"En ambos campos del Derecho privado y público pueden tener lugar los acuerdos de voluntad. Y si bien en el Derecho Público los acuerdos de voluntad tienen sus lógicas limitaciones, también los tienen en el Derecho privado, donde el orden público, por ejemplo, actúa como límite de la libertad contractual; en ninguno de los campos del derecho existe libertad ilimitada para contratar, en cada uno de esos campos hay limitaciones a la libre expresión de la voluntad propias de cada rama del derecho."*⁴¹

Se pone pues de manifiesto que, nada obsta para que las partes puedan contratar en un determinado sentido, siempre que los alcances de sus acuerdos arribados no vayan a afectar el interés público ni ser contrarios a la legislación vigente; teniendo en cuenta ello, el Tribunal Arbitral concluye que el propio ordenamiento jurídico prevé la existencia de una libertad contractual entre las partes del contrato, hasta el punto en el que no deje de respetarse el interés y el orden público.

SEXTO. Cabe señalar que los contratos (denominado convenio para el presente caso) son obligatorios para las partes, quienes al celebrarlos en mérito al principio de libertad contractual y respetando los límites de éste, se obligan a observar obligatoriamente todo aquello a lo que se han comprometido, dando cabal cumplimiento a sus obligaciones asumidas. Así, tenemos que el artículo 1361º del Código Civil señala:

"Obligatoriedad de los contratos"

Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa

⁴⁰ CAS. 1964-T-96-LIMA, SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA, EL PERUANO ,16-03-1998, P.547.

⁴¹ MARIENHOFF, Miguel S: Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT; 1995.PAG121.

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

coincidencia debe probarla".

Resulta pertinente resaltar que dicha norma debe ser entendida en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1363º del Código Civil que señala:

"Efectos del contrato

Artículo 1363.- Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles".

Sobre este punto, la Corte Suprema ha señalado que: *"Los contratos son expresión del acuerdo de voluntad común de las partes, mediante los cuales se crean obligatoriamente de cumplimiento obligatorio en cuanto se haya expresado en ellos, aplicación del principio "pacta sunt servanda".*¹²

Asimismo, ha señalado que: *"Los contratos vinculan a las partes que lo celebran, palabra que vine del latín vinculum que quiere decir atadura y que es grafico para explicar la fuerza del contrato, que evidentemente obliga a las partes que lo celebren."*¹³

Sobre la fuerza vinculante del contrato que debe ser observada y acatada por ambas partes del presente proceso arbitral, Barbero ha señalado que: *"El contrato produce sus efectos entre las partes contratantes No tiene efectos frente a terceros, sino en los casos previstos por la ley. Si las partes celebran el contrato regulando sus propios intereses es lógico que los efectos contractuales sean para ellas."*¹⁴

Este análisis doctrinal y normativo, nos permite ahondar en los hechos alegados por las

¹² Cas. 19564-T-96-Lima, Sala Civil transitoria de la Corte Suprema, El Peruano, 16-03-98. Pág. 547.

¹³ CAS. 416-t-97-Cono Norte- Lima, El Peruano, 11-04-98, Pág. 652.

¹⁴ BARBERO, Doménico, Sistema del Derecho privado, t. I, Trad. de Santiago Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967, Pág. 612.

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

partes y reconocer en dichas afirmaciones y luego de valorar los medios de prueba, el derecho que debe ser reconocido; por el contrario, en caso no se haya probado lo dicho, estas afirmaciones deberán ser desestimadas y con ello, cualquier pedido o pretensión que vaya en el sentido rechazado.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR A LA EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A. PAGUE A FAVOR DE LA EMPRESA TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. LA SUMA DE S/ 353,250.00 (TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA CON 00/100 SOLES) POR CONCEPTO DE CONTRAPRESTACIÓN DEL SERVICIO DE "INSTALACIÓN DE GUARDAVÍAS PARA LA AUTOPISTA RAMIRO PRIALÉ Y OTRAS VÍAS.

SÉTIMO. Que, como primer punto y de conformidad con lo manifestado en su escrito de demanda, es preciso señalar que el CONTRATISTA alega haber cumplido con ejecutar el servicio de "Instalación de Guardavías para la Autopista Ramito Prialé y Otras Vías"; y que, a pesar de ello, la ENTIDAD no habría cumplido con otorgar la conformidad de servicio correspondiente, pese a que se habría requerido de manera oportuna, ello a través de la Carta de fecha 21 de febrero de 2013.

Así, pese a estar obligado a ello, precisa que la ENTIDAD no habría procedido con la emisión de la conformidad del servicio prestado y el correspondiente pago por el mismo, rechazando la recepción de las Facturas N° 0001-031626 y 0001-032402, remitidas mediante las Cartas Notariales N° 036045-13 y 036069-13, respectivamente.

Por su parte, EMAPE S.A. alega que no corresponde efectuar pago alguno por el servicio prestado, toda vez que, precisamente, no se habría otorgado la conformidad del mismo, acto necesariamente previo para el pago correspondiente.

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

Asimismo, EMAPE S.A. alega que la falta de conformidad del servicio se debe a la existencia de observaciones al servicio brindado, lo que impedía la recepción de las facturas presentadas por el CONTRATISTA.

Así las cosas, el tribunal arbitral advierte que parte central del conflicto se circunscribe en la falta de conformidad, pues como hemos verificado, es esta falta de conformidad el hito para que EWMape S.A. justifique la falta de pago de la contraprestación por el servicio, que el CONTRATISTA alega haber efectuado.

En ese sentido, este Colegiado deberá analizar las causas que conllevaron a EMAPE S.A. a no emitir conformidad del servicio.

OCTAVO. Que, en primer lugar, resulta pertinente hacer referencia a las Cláusula Quinta y Décima del CONTRATO, mediante el cual se acordó lo siguiente:

"CLÁUSULA QUINTA: FORMA DE PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en Nuevos Soles, según lo establecido en el artículo 181º del Reglamento. El pago se realizará después de efectuada la prestación correspondiente. El responsable de dar la conformidad de la prestación, la Gerencia de Infraestructura, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser éste recibido, a fin de permitir que el pago se realice dentro de los diez (10) días siguientes.

(...)."(Énfasis agregado)

"CLÁUSULA DÉCIMA: CONFORMIDAD DE LA PRESTACIÓN

La conformidad por la prestación se regula por lo dispuesto en el artículo 176º de del Reglamento.

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

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 de la prestación. 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.

(...)."(Énfasis agregado)

Asimismo, el artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo 184-2008-EF, dispone lo siguiente:

"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.

(...)

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 menos 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.

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

(...)." (Énfasis agregado)

A partir de estos criterios contractuales y normativos, el Tribunal Arbitral concluye de manera preliminar lo siguiente: (i) que la conformidad se otorga luego de verificado el cumplimiento de la prestación a cargo del Contratista; (ii) que la conformidad es otorgada por el funcionario responsable, es decir, por la Gerencia de Infraestructura; ergo es esta unidad la responsable de formular observaciones; (iii) Dicha conformidad debe ser otorgada en un plazo no mayor a 10 días hábiles, a fin de posibilitar que el pago se efectúe en el mismo plazo; (iv) Que, de existir observaciones, deben estar consignadas en un acta y debe otorgarse un plazo de subsanación.

Teniendo este esquema como punto de partida para el análisis de la presente disputa; de la revisión de los medios probatorios aportados al proceso se advierte que mediante Orden de Servicio N° 4400004280 de fecha 9 de noviembre de 2012, EMAPE S.A. solicitó el servicio de instalación de guardavías para la autopista Ramiro Prialé y otras vías (a todo costo), por una contraprestación ascendente a S/. 353,250.00 soles.

Asimismo, se advierte que mediante Carta de fecha 21 de febrero de 2013, la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. solicitó a EMAPE S.A. la conformidad del servicio contratado. En este extremo es preciso señalar que el plazo para la ejecución de la prestación, según consigna la Cláusula Sexta del CONTRATO, era de 59 días calendario, aspecto que no ha sido cuestionado por ninguna de las partes en este proceso, por lo que se desprende como conclusión adicional que la empresa cumplió con la prestación dentro del plazo previsto, es decir, que no existe cuestionamiento en cuanto a algún supuesto retraso en la ejecución de la prestación.

NOVENO. Que, tomando en cuenta ello, tal como se ha verificado, de las

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

disposiciones del CONTRATO, así como de la normativa aplicable, una vez culminada la prestación, la ENTIDAD se encontraba obligada a otorgar la conformidad o en su defecto, a formular observaciones al servicio prestado, tal como lo dispone el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (REGLAMENTO).

En este punto, el Tribunal Arbitral estima pertinente señalar que de la revisión de todos los escritos y de cada uno de los medios probatorios presentados al proceso, no se advierte documento alguno, o instrumento de naturaleza análoga que verifique o pruebe la existencia de observaciones al servicio prestado en la oportunidad establecida en el CONTRATO. A pesar de que en el escrito de contestación, EMAPE S.A. alegó un supuesto incumplimiento, aunque la redacción fue realizada en condicional¹⁵. De ahí que, el Tribunal Arbitral a fin de corroborar el dicho de EMAPE S.A. ha analizado los documentos aportados por ésta y por la otra parte, no encontrando prueba alguna que acredite o corrobore lo mencionado por la ENTIDAD demandada.

DÉCIMO. Que, en ese orden de cosas, al no existir documento alguno que pruebe o verifique que EMAPE S.A. no emitió conformidad en tanto existían observaciones al servicio brindado por la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A., no es posible avalar(validar) esta argumentación y por tanto, el Colegiado llega a la convicción de que no existió observación alguna por parte de EMAPE S.A.

A partir de esta conclusión, se debe tener en cuenta que las partes, a través de la Cláusula Quinta del CONTRATO establecieron que la conformidad debía otorgarse en

¹⁵ 3.3.11. Es importante recalcar que, si EMAPE no ha emitido ninguna conformidad del servicio, es porque existían observaciones que imposibilitaban que se extendiera dicho documento satisfactorio, en consecuencia, no fue ni es responsabilidad de mi representada atender dicho monto, en virtud de que no existe la conformidad del mismo, y además porque ya se ha comprobado que la empresa TDM ha accionado fuera de los plazos establecidos en la Ley y el reglamento que rige las Contrataciones del Estado

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

un plazo no mayor a diez (10) días hábiles. Así, si EMAPE S.A. no emitió observación alguna, estuvo en la obligación contractual de emitir la conformidad en el plazo previsto, plazo que debía computarse al término de los 59 días de ejecución de la prestación.

A pesar de ello y ante la falta de conformidad, no negada por EMAPE S.A., el CONTRATISTA cursó la carta de fecha 21 de febrero de 2013 solicitando dicha conformidad, lo que a entender de este Colegiado dicho documento constituye un requerimiento ante la falta de otorgamiento de la conformidad debida, a pesar de que dicha conformidad era una obligación establecida de manera contractual.

DÉCIMO PRIMERO. Que, de otro lado, del análisis de los escritos y de los medios probatorios, advierte que EMAPE S.A. establece como segundo fundamento para la falta de pago de la contraprestación, la no existencia de la conformidad, paso previo al pago, tal como señala el artículo 177 del REGLAMENTO, el cual sostiene que: "Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista...". Sin embargo, este argumento, no puede ser oponible cuando la falta de conformidad se debe a una conducta injustificada por parte de quien debe otorgarla.

En efecto, tal como hemos advertido de los medios probatorios, no existe razón algún que justifique la negativa de EMAPE S.A. para haber emitido conformidad a la prestación, no sólo efectivamente brindada (tal como se visualiza de los registros fotográficos que obran en el expediente) sino además, sin que exista una observación a dichos trabajos; lo que hace notar a este Colegiado que no existe razón alguna para que EMAPE S.A. no haya dado conformidad a dicha prestación.

Sobre este extremo, resulta pertinente hacer referencia a la doctrina de los actos

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

propios. Como bien destaca Díez Picazo¹⁶, la doctrina de los actos propios tiene como fundamento el principio general de la buena fe, que impregna la totalidad del ordenamiento jurídico, y condena la adopción por el sujeto de actitudes reñidas con la que ha observado anteriormente con la misma relación jurídica, es decir, que una persona no puede, bajo el principio de la buena fe, adoptar una conducta cuya condena haya sido manifiesta por la misma persona con anterioridad.

Por su parte, Castillo Freyre y Sabroso Minaya indican que "la doctrina de los actos propios es un principio general de Derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto"¹⁷.

Es el caso, que EMAPE S.A. a pesar de considerar (porque no existe prueba que acredite lo contrario) que la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. cumplió a cabalidad con la prestación asumida por CONTRATO y a pesar de haberse obligado a emitir conformidad en el plazo de diez (10) días hábiles, según Cláusula Quinta del CONTRATO, simplemente cambió su conducta inicialmente aceptada al suscribir dicho CONTRATO, negándose a emitir la conformidad correspondiente, evidenciando con ello, un cambio en las reglas de juego, establecidas contractualmente. De ahí que, no es correcto fundamentar la falta de pago a la no existencia de un documento, cuya emisión es de entera responsabilidad de EMAPE S.A.

Así, a consideración de este Colegiado, EMAPE S.A. no puede evadir su responsabilidad de pagar la contraprestación pactada en el CONTRATO, argumentando no haber emitido conformidad, cuando no existe justificación alguna para ello, pues, como se ha

¹⁶ DIEZ PICAZO, Luis: "La Doctrina de los Actos Propios". Edición Bosch, Barcelona. 1963. Pag. 148

¹⁷ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita: "La Teoría de los Actos Propios". Editora Palestra. Lima. 2006. Página 62. El texto al que hacemos referencia versa sobre la definición brindada por Fueyo, quien es citado a su vez por RIVAS GUZMÁN, Ramón en "La Doctrina de los Actos Propios y el Reglamento Interno de la Empresa".

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

manifestado, el principio de la buena fe engloba el accionar de las partes en una relación contractual, lo que significa que *a priori* las partes cumplen o cumplirán con las exigencias propias del contrato.

Esta conclusión es adoptada además, tomando en cuenta lo señalado en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, el cual expresamente señala que *la Ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho*; aspecto que del análisis efectuado por los árbitros, se configuraría si el pago pretendido no se realiza por una conformidad no emitida, a pesar de que la ENTIDAD, encargada de emitir dicha conformidad no ha expresado, sustentado, justificado, ni probado, la razón de su anticonducta.

Dentro de este orden de cosas, el Tribunal Arbitral llega a la convicción que no existe justificación válida alguna para que EMAPE S.A. no haya cumplido con su obligación de pago de la contraprestación pactada y por tanto, la demanda en este extremo debe ser amparada.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DE SER EL CASO, DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR QUE LA EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A. PAGUE A FAVOR DE LA EMPRESA TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. LOS INTERESES LEGALES DEVENGADOS HASTA LA FECHA EFECTIVA DE SU PAGO.

DÉCIMO SEGUNDO. Que, en lo que respecta a este punto controvertido, es preciso señalar que el artículo 181 del REGLAMENTO es claro al señalar lo siguiente: "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."

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

Por su parte, el artículo 48 de la Ley dispone: *"En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes..."*.

A partir de ello, habiéndose concluido que no existe justificación alguna para que EMAPE S.A. no haya cumplido con emitir la conformidad y realizar el pago por la contraprestación pactada, este Tribunal Arbitral estima pertinente reconocer el pago de los intereses legales, los mismos que deberán computarse a partir del día hábil de vencido el plazo para el pago, según lo dispuesto en la Cláusula Quinta del CONTRATO.

En consecuencia, la demanda en este extremo debe ser amparada.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN DEBE SER ASUMIDO EL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS GENERADOS EN EL PRESENTE PROCESO.

DÉCIMO TERCERO. Que, en lo que respecta a este punto en controversia, este Colegiado estima pertinente señalar que en cuanto a las costas y costos del proceso arbitral, el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo No 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 del referido cuerpo legal.

De igual manera, el artículo 70 del Decreto Legislativo No 1071, precisa lo siguiente:

"Artículo 70.- «Costos

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Priale y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

-
- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
 - b. Los honorarios y gastos del secretario.*
 - c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
 - d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
 - e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
 - f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.*

Por su parte, el inciso 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo No 1071, señala lo siguiente:

Artículo 73.- «Asunción o distribución de costos

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

En ese sentido, el Tribunal Arbitral aprecia que durante la prosecución del proceso, ha quedado demostrado que EMAPE S.A. no ha aportado prueba alguna para validar su negativa a emitir conformidad y a cumplir con su obligación de pago por un servicio efectivamente brindado y respecto del cual no ha existido observación alguna; por lo que, en opinión de este Colegiado, la existencia de este proceso sólo ha tenido ocasión por la conducta indebida de EMAPE S.A. y por tanto, en estricta aplicación del artículo 73 del Decreto Legislativo 1071; es decir, que la totalidad de los costos será de cargo de la parte vencida, es decir, de EMAPE S.A.

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

En atención a ello, el Tribunal Arbitral considera que el pedido formulado por el CONTRATISTA debe ser amparado.

XI. DECISIÓN.-

Que, finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral .

En atención a ello y siendo que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión de la demanda formulada por la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y en consecuencia, **ORDENAR** a EMAPE S.A. cumpla con cancelar al Contratista la suma de S/. 353,250.00 soles por

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.

Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

concepto de contraprestación por el servicio pactado en el CONTRATO.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión accesoria de la demanda formulada por la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y en consecuencia, **ORDENAR** a EMAPE S.A. cumpla con cancelar al Contratista los intereses legales computados desde el día hábil siguiente de vencido el plazo previsto en la Cláusula Quinta del CONTRATO.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión accesoria de la demanda formulada por la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A., condenado a EMAPE S.A. al pago exclusivo de los costos que el proceso arbitral haya generado.

CUARTO: DISPONER la remisión de un ejemplar del presente Laudo al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.



JUAN MANUEL REVOREDO LITUMA

Presidente del Tribunal



GONZALO GARCÍA CALDERÓN MOREYRA

Miembro del Tribunal

ALAN ARTURO TORRES

Miembro del Tribunal



ALBERTO MOLERO RENTERÍA

Secretaria Arbitral

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.
Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

VOTO SINGULAR

Este Árbitro está de acuerdo con todo lo expuesto por el Presidente del Tribunal Arbitral Juan Manuel Revoredo Lituma y por el árbitro Gonzalo García Calderón Moreyra hasta el Considerando Sexto del Numeral X. denominado Análisis, incluso está de acuerdo con haberse desestimado la excepción de caducidad formulada por EMAPE S.A. bajo los mismos argumentos; sin embargo, no coincide con los argumentos y lo resuelto respecto al fondo de la controversia, conforme se pasa a exponer:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR A LA EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A. PAGUE A FAVOR DE LA EMPRESA TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. LA SUMA DE S/ 353,250.00 (TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA CON 00/100 SOLES) POR CONCEPTO DE CONTRAPRESTACIÓN DEL SERVICIO DE "INSTALACIÓN DE GUARDAVÍAS PARA LA AUTOPISTA RAMIRO PRIALÉ Y OTRAS VÍAS.

PRIMERO. Que, como primer punto y de conformidad con lo manifestado en su escrito de demanda, es preciso señalar que el CONTRATISTA alega haber cumplido con ejecutar el servicio de "Instalación de Guardavías para la Autopista Ramito Prialé y Otras Vías"; y que, a pesar de ello, la ENTIDAD no habría cumplido con otorgar la conformidad de servicio correspondiente, pese a que se habría requerido de manera oportuna, ello a través de la Carta de fecha 21 de febrero de 2013.

Así, pese a estar obligado a ello, precisa que la ENTIDAD no habría procedido con la emisión de la conformidad del servicio prestado y el correspondiente pago por el mismo, rechazando la recepción de las Facturas N° 0001-031626 y 0001-032402, remitidas mediante las Cartas Notariales N° 036045-13 y 036069-13, respectivamente.

Por su parte, EMAPE S.A. alega que no corresponde efectuar pago alguno por el servicio



Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.
Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

prestado, toda vez que, precisamente, no se habría otorgado la conformidad del mismo, acto necesariamente previo para el pago correspondiente.

Asimismo, EMAPE S.A. alega que la falta de conformidad del servicio se debe a la existencia de observaciones al servicio brindado, lo que impedía la recepción de las facturas presentadas por el CONTRATISTA. Esta alegación no ha sido probada porque no se ha demostrado que se hayan dado observaciones a la prestación; sin embargo, como no forma parte de los puntos controvertidos el cuestionamiento de observaciones, no resulta necesario probar la existencia de observaciones para resolver la presente controversia.

Así las cosas, este árbitro advierte que parte central del conflicto se circunscribe en la falta de conformidad, pues como hemos verificado, es esta falta de conformidad el hito para que EMAPE S.A. justifique la falta de pago de la contraprestación por el servicio, que el CONTRATISTA alega haber efectuado.

En ese sentido, este árbitro deberá verificar si EMAPE emitió la conformidad del servicio o se ha acordado que de no darse la conformidad se entenderá otorgada tácitamente.

SEGUNDO. Así, corresponde hacer referencia al artículo 176 del REGLAMENTO, el mismo que dispone lo siguiente:

"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.

(...)

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 menos 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.



Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

(...)." (Énfasis agregado)

Del análisis de esta norma, es evidente que no estipula cuales son los efectos de no dar la conformidad del servicio luego de efectuada la prestación, sino nos informa quien o que órgano recae la responsabilidad de dar la conformidad del servicio y del procedimiento para hacerlo.

Asimismo, el artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo 184-2008-EF, dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 177.- EFECTOS DE LA CONFORMIDAD

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo. Toda reclamación o controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, en los plazos previstos para cada caso."

A partir de esta norma es evidente que el derecho del contratista para que se le pague, recién se genera luego de haberse dado la conformidad de la prestación, por lo tanto, cualquier acuerdo en contrario, no podría tener efectos porque sería contrario al orden público.

TERCERO. También resulta importante analizar las Cláusula Quinta y Décima del CONTRATO, que señalan lo siguiente:

"CLÁUSULA QUINTA: FORMA DE PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en Nuevos Soles, según lo establecido en el artículo 181º del Reglamento. El pago se realizará después de efectuada la prestación correspondiente. El responsable de dar la conformidad de la prestación, la Gerencia de Infraestructura, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser éste recibido, a fin de permitir que el pago se realice dentro de los diez (10) días siguientes.

(...)." (Subrayado agregado)

La primera parte subrayada que indica que el pago se realizará después de efectuada la

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

prestación correspondiente, es contrario a lo estipulado en el REGLAMENTO, por lo tanto, contraviene el orden público.

Asimismo, la segunda parte subrayada, que se refiere al responsable de dar la conformidad del servicio y al plazo para hacerlo, no indica cuales son las consecuencias de no otorgar la conformidad luego de cumplido el plazo, por lo tanto, no se puede considerar que se ha dado la conformidad tácita luego de vencido el referido plazo.

"CLÁUSULA DÉCIMA: CONFORMIDAD DE LA PRESTACIÓN



La conformidad por la prestación se regula por lo dispuesto en el artículo 176º de 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 a la complejidad de la prestación. 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.

(...)."(Subrayado agregado)

De igual manera de la transcripción de la cláusula décima, no se advierte que se ha indicado cuales son los efectos de no haber dado la conformidad, dado que se remite a lo estipulado en el Artículo 176 del REGLAMENTO y regula el procedimiento en caso de haber observaciones luego de efectuada la prestación.

CUARTO. A partir de estos criterios contractuales y normativos, el Árbitro que suscribe concluye de manera preliminar lo siguiente: (i) que la conformidad se otorga luego de verificado el cumplimiento de la prestación a cargo del Contratista; (ii) que la conformidad es otorgada por el funcionario responsable, es decir, por la Gerencia de Infraestructura; ergo es esta unidad la responsable de formular observaciones; (iii) Dicha conformidad debe ser otorgada en un plazo no mayor a 10 días hábiles, a fin de posibilitar que el pago se efectúe; (iv) que, de existir observaciones, deben estar consignadas en un acta y debe otorgarse un plazo de subsanación; (v) que, no hay norma que determine la conformidad



Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.
Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)
Alan Arturo Puente Torres
Gonzalo García Calderón Moreyra

tácita de la prestación por no haberse otorgado la conformidad o dado las observaciones dentro del plazo de 10 días hábiles.

Teniendo este esquema como punto de partida para el análisis de la presente disputa; de la revisión de los medios probatorios aportados al proceso se advierte que mediante Orden de Servicio N° 4400004280 de fecha 9 de noviembre de 2012, EMAPE S.A. solicitó el servicio de instalación de guardavías para la autopista Ramiro Prialé y otras vías (a todo costo), por una contraprestación ascendente a S/. 353,250.00 soles.

Asimismo, se advierte que mediante Carta de fecha 21 de febrero de 2013, la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. solicitó a EMAPE S.A. la conformidad del servicio contratado. En este extremo es preciso señalar que el plazo para la ejecución de la prestación, según consigna la Cláusula Sexta del CONTRATO, era de 59 días calendario, aspecto que no ha sido cuestionado por ninguna de las partes en este proceso, por lo que se desprende como conclusión adicional que la empresa cumplió con la prestación dentro del plazo previsto, es decir, que no existe cuestionamiento en cuanto a algún supuesto retraso en la ejecución de la prestación.

QUINTO. Que, tomando en cuenta ello, tal como se ha verificado, de las disposiciones del CONTRATO, así como de la normativa aplicable, una vez culminada la prestación, la ENTIDAD se encontraba obligada a otorgar la conformidad o en su defecto, a formular observaciones al servicio prestado, tal como lo dispone el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (REGLAMENTO).

En este punto, este árbitro estima pertinente señalar que de la revisión de todos los escritos y de cada uno de los medios probatorios presentados al proceso, no se advierte documento alguno, o instrumento de naturaleza análoga que verifique o pruebe la existencia de la conformidad del servicio prestado, ni se ha verificado en el contrato o en otro documento que se haya acordado o pactado que no otorgar la conformidad de la prestación o dar las observaciones dentro del plazo de ley, sea considerado como un

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.
Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Priale y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

otorgamiento tácito de la conformidad del servicio.

Asimismo, el que suscribe deja manifestado que al momento de efectuarse la Instalación del Tribunal Arbitral, se dejó señalado que el presente proceso iba a tramitarse sobre la base de la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado, ello sin perjuicio de las normas aplicables al contrato; y siendo que la base normativa resulta ser de carácter de Derecho Público, no puede estimarse soslayar un procedimiento establecido en el referido reglamento.

Así, a consideración de este árbitro, EMAPE S.A. no se encuentra obligada a pagar la contraprestación pactada en el CONTRATO, mientras que no se haya otorgado la conformidad de la prestación; sin embargo, si está obligado a otorgar la conformidad del servicio porque así lo señala el REGLAMENTO, lo cual no ha sido demandado, quedando a salvo el derecho de la demandante para hacerlo en vía arbitral.

Dentro de este orden de cosas, este árbitro llega a la convicción que existe justificación válida para que EMAPE S.A. no se encuentre obligado al pago de la contraprestación pactada en este monto, y por tanto, la demanda en este extremo debe ser desestimada; sin embargo, una vez que se otorgue la conformidad de la prestación, la demandante puede solicitar el pago de la contraprestación del servicio de "Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Priale y otras vías", por tanto, se debe declarar improcedente la pretensión, para que pueda ejercer su derecho de acción, de considerarlo conveniente, en su oportunidad.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DE SER EL CASO, DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR QUE LA EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A. PAGUE A FAVOR DE LA EMPRESA TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. LOS INTERESES LEGALES DEVENGADOS HASTA LA FECHA EFECTIVA DE SU PAGO.



Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)
Alan Arturo Puente Torres
Gonzalo García Calderón Moreyra

SEXTO. Como este punto controvertido constituye una pretensión accesorio de la primera pretensión principal desestimada, ésta pretensión también debe ser rechazada, dado que al no ordenarse el pago de la contraprestación por el servicio no se han devengados intereses legales.

En consecuencia, la demanda en este extremo debe ser desestimada.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN DEBE SER ASUMIDO EL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS GENERADOS EN EL PRESENTE PROCESO.

SÉTIMO. Que, en lo que respecta a este punto en controversia, este Árbitro estima pertinente señalar que en cuanto a las costas y costos del proceso arbitral, el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo No 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 del referido cuerpo legal.

De igual manera, el artículo 70 del Decreto Legislativo No 1071, precisa lo siguiente:

"Artículo 70.- «Costos

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales".*

Por su parte, el inciso 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo No 1071, señala lo siguiente:

Artículo 73.- «Asunción o distribución de costos

- 1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo,*

Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.
Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

En ese sentido, habiéndose denegado las pretensiones demandadas y la excepción de caducidad; así como no existiendo pacto de las partes sobre los costas y costos, y considerando el buen comportamiento procesal de las partes y el criterio de razonabilidad que debe guiar toda decisión, corresponde disponer que cada parte asuma el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y del Secretario Arbitral.

Fuera de estos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.



En atención a ello, el Tribunal Arbitral considera que el pedido formulado por el CONTRATISTA debe ser amparado en parte.

I. DECISIÓN.-

Por estas consideraciones, este Árbitro expide voto singular de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la primera pretensión de la demanda formulada por la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y en consecuencia, **NO SE ORDENA** a EMAPE S.A. cumpla con cancelar al Contratista la suma de S/.353,250.00 soles por concepto de contraprestación por el servicio pactado en el CONTRATO.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la primera pretensión accesoria de la demanda formulada por la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y en consecuencia, **NO SE ORDENA** a EMAPE S.A. cumpla con cancelar al Contratista los intereses legales.



Proceso arbitral seguido entre la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A. y la EMPRESA MUNICIPAL ADMINISTRADORA DE PEAJE DE LIMA S.A. – EMAPE S.A.
Contrato de Servicio de Instalación de Guardavías para la Autopista Ramiro Prialé y Otras Vías (A Todo Costo)

Tribunal Arbitral

Juan Manuel Revoredo Lituma (Presidente)

Alan Arturo Puente Torres

Gonzalo García Calderón Moreyra

TERCERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la segunda pretensión accesoria de la demanda formulada por la empresa TECNOLOGÍA DE MATERIALES S.A., DISPONIENDO que cada parte asuma el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de los árbitros y del secretario arbitral. Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.



ALAN ARTURO PUENTE TORRES

Miembro del Tribunal



ALBERTO MOLERO RENTERÍA

Secretaria Arbitral