

A-88-14 KDR

Expediente N° 001-2015/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral
CONSORCIO TARAPOTO- PROVIAS NACIONAL



Lima, 11 de octubre del año 2017

Señores

PROVIAS NACIONAL

Jirón Zorritos N° 1203

Mesa de Partes de Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Edificio Circular 1° Piso

Cercado de Lima.-

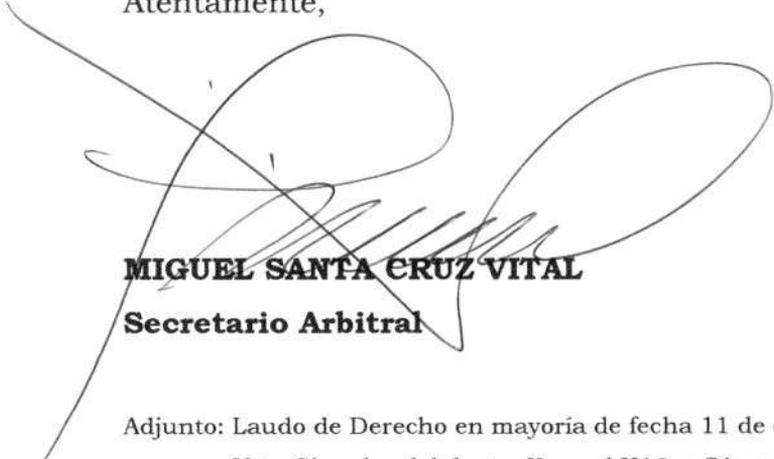
Referencia: Caso Arbitral CONSORCIO TARAPOTO - PROVIAS NACIONAL

De mi consideración:

Por especial encargo de los doctores Walter Albán Peralta, Presidente y Katty Mendoza Murgado, Árbitro, cumpla con notificar una copia del Laudo Arbitral, expedido en mayoría, mediante Resolución N° 40 de fecha 11 de octubre de 2017, el cual consta de treinta y cinco (35) folios.

Asimismo, adjunto copia del Voto Singular expedido por doctor Ysmael Núñez Sáenz, el cual consta de diez (10) folios.

Atentamente,



MIGUEL SANTA CRUZ VITAL
Secretario Arbitral

Adjunto: Laudo de Derecho en mayoría de fecha 11 de octubre de 2017 (35 folios)
Voto Singular del doctor Ysmael Núñez Sáenz (10 folios)

El soporte ideal para su arbitraje

LAUDO FINAL

Miembros que componen el Tribunal Arbitral

Presidente del Tribunal: **WALTER ALBÁN PERALTA**, Abogado
Árbitros: **KATTY MENDOZA MURGADO**, Abogado
YSMAEL NÚÑEZ SÁENZ, Abogado

Secretaría Arbitral: **MIGUEL SANTA CRUZ VITAL**, Abogado
Asociación para la Prevención y
Solución de Conflictos (MARC PERÚ)

En el arbitraje seguido entre

CONSORCIO TARAPOTO

Representado por: Luis Carrasco Palomo, Ingeniero
Jesús Mezarina Castro, Abogado
Demandante

Y

PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL -PROVIAS NACIONAL

Representado por: Procuraduría Pública del Ministerio de
Transportes y Comunicaciones.
Demandado

El soporte ideal para su arbitraje

ÍNDICE

I.	RESUMEN DEL LAUDO	3
II.	RESUMEN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES	4
	A. CONVENIO ARBITRAL	4
	B. COMPOSICIÓN E INSTALACION DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	4
	C. POSICIONES DE LAS PARTES EN EL ARBITRAJE	
	1. DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR LA CONTRATISTA.....	5
	2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA ENTIDAD	7
	D. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS	10
	E. RECUSACIÓN DEL ÁRBITRO ERIC PALACIOS E YSMAEL NÚÑEZ SÁENZ	12
	F. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN, DE INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR.....	13
III.	CUESTIONES PRELIMINARES AL ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA	14
IV.	ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA	15
	A. ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.....	15
	B. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO....	28
	C. ANÁLISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO	29
	D. ANÁLISIS DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.....	31
	E. ANÁLISIS DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO.....	31
V.	LAUDO.....	33

El soporte ideal para su arbitraje

II. RESUMEN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

A. **CONVENIO ARBITRAL.**

1. Con fecha 15 de marzo de 2006, el Consorcio Tarapoto (en adelante, **"LA CONTRATISTA"**) y el Proyecto Especial de Infraestructura del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – PROVÍAS NACIONAL (en adelante, **"LA ENTIDAD"**) suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N°105-2006-MTC/20 para la "Rehabilitación y Mejoramiento de Carretera Tarapoto – Juanjuí, Tramo: Km. 11+000 al Km. 31+000, Provincia de San Martín, Departamento de San Martín." (en adelante, el **"Contrato"**).
2. De conformidad a lo establecido en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, las partes establecieron que las controversias serían resueltas mediante arbitraje Ad-Hoc, Nacional y de Derecho.

B. **COMPOSICIÓN E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.**

3. Conforme al Convenio Arbitral, las partes designaron a los árbitros y estos, a su vez, al Presidente del Tribunal Arbitral.
4. Con fecha 9 de enero de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, con la presencia de ambas partes. En esta Audiencia, el Tribunal Arbitral ratificó haber sido designado conforme a ley y al convenio arbitral celebrado por las partes, reiterando no tener ninguna incompatibilidad para el cumplimiento del encargo, ni vínculo alguno con las partes.

El soporte ideal para su arbitraje

5. En el mismo acto, se establecieron las reglas aplicables al presente arbitraje, el monto de los honorarios del Tribunal Arbitral, de la Secretaría Arbitral y de los gastos administrativos; y, finalmente, se declaró abierto el proceso arbitral, suscribiéndose la respectiva Acta de Instalación del Tribunal Arbitral (en adelante, el “Acta de Instalación”).

C. LAS POSICIONES DE LAS PARTES EN EL ARBITRAJE.

1. DEMANDA Y PRETENSIONES PRESENTADAS POR LA CONTRATISTA.

6. LA CONTRATISTA presentó su escrito de demanda, de conformidad a lo establecido en el Acta de Instalación, solicitando al Tribunal Arbitral amparar las siguientes pretensiones:

- (i) Que LA ENTIDAD proceda con la inmediata devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Contrato, conforme a lo dispuesto en la parte final del artículo 103° de la Constitución Política del Perú.
- (ii) Que LA ENTIDAD asuma el total de los costos bancarios y/o financieros ocasionados por las sucesivas renovaciones de la referida fianza desde la fecha de recepción de la obra hasta su devolución final, más los intereses y reajustes que corresponda.
- (iii) Que LA ENTIDAD asuma los daños y perjuicios que se han derivado como consecuencia de la no devolución de la fianza antes aludida, por una suma ascendente a S/ 500,000.00 (Quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles).

El soporte ideal para su arbitraje

- (iv) Que LA ENTIDAD cumpla con reembolsar los costos y costas que se generen durante la tramitación, desarrollo y conclusión del arbitraje.

Fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

7. De acuerdo a lo manifestado por LA CONTRATISTA, mediante la Carta N. 003-2014-CT-Lima, de fecha 21 de enero de 2014, la Carta N. 001-2013-CT-Lima de fecha 10 de enero de 2013, la Carta N. 001-2012-CT-Lima de fecha 30 de enero de 2012, la Carta N. 052-2009-ct-Lima de fecha 17 de junio de 2009 y la Carta N. 049-2009-CT-Lima de fecha 27 de mayo de 2009, solicitó a LA ENTIDAD la devolución de la fianza de fiel cumplimiento del contrato.
8. Asimismo, LA CONTRATISTA señaló que la negativa de devolución resulta ilegal e indebida toda vez que:
- a. El objeto de la fianza se extinguió de forma regular luego de haber recibido la ENTIDAD de manera satisfactoria y sin observaciones la obra.
 - b. No existe ninguna penalidad que pueda ser aplicada a la contratista en la liquidación final del contrato que demuestre infracción o incumplimiento contractual en que haya incurrido LA CONTRATISTA durante la ejecución de la obra y que justifique la vigencia de la fianza.
9. LA CONTRATISTA aseveró que LA ENTIDAD actúa de manera contraria a las reglas de la fe contractual, así como a lo dispuesto en la parte final del artículo 103° de la Constitución, por lo que considera legalmente atendible su pretensión, al haberse

El soporte ideal para su arbitraje

extinguido el objeto u obligación principal que ésta garantizaba.

10. Además, LA CONTRATISTA indicó que LA ENTIDAD actúa de manera abusiva contraria a los principios de moralidad, justicia, probidad y buena fe contractual referidos en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1017.
11. De la misma manera, LA CONTRATISTA señaló que resulta oponible no sólo los mayores costos financieros, sino –además– debe asumir los daños y perjuicios ocasionados por limitar la línea de crédito ante las entidades bancarias y nuevos compromisos comerciales ante otras entidades, como consecuencia directa de la no devolución de la garantía antes referida. Además,

2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA PRESENTADA POR LA ENTIDAD.

Resumen de los fundamentos de hecho y de derecho de la contestación de demanda.

12. Mediante escrito fechado 11 de marzo de 2015 y recibido por la secretaría el día 12 del mismo mes y año, LA ENTIDAD contestó la demanda arbitral interpuesta por LA CONTRATISTA negándola y contradiciendo en todas y cada una de las pretensiones.
13. LA ENTIDAD manifestó que la carta fianza de fiel cumplimiento fue entregada por LA CONTRATISTA a LA ENTIDAD, previamente a la firma del contrato por el equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual, es decir, por el monto de S/. 6 360 172.37, habiendo sido ésta renovada hasta el 07 de junio de 2015.

El soporte ideal para su arbitraje

14. Asimismo, LA ENTIDAD afirma que la obra concluyó con fecha 30 de octubre de 2007, habiendo sido recibida el 15 de noviembre de 2007, conforme al Acta de recepción de Obra de dicha fecha. Sin embargo, hasta el momento la obra no se encuentra liquidada, debido a controversias surgidas entre LA CONTRATISTA a LA ENTIDAD que se ventilan en distintos arbitrajes, distinto a este.
15. LA ENTIDAD sostiene que la contratación realizada con LA CONTRATISTA se llevó a cabo bajo las normas de contratación contenidas en el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante la Ley), y de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante el Reglamento).
16. Asimismo, LA ENTIDAD manifestó que el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece en el artículo 40° que los contratistas deben otorgar entre otras, una garantía de fiel cumplimiento, la misma que debe cumplir con las características de ser incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática al solo requerimiento de la Entidad. Esta norma, alega LA ENTIDAD, se encuentra en concordancia con el inciso 2) del art. 200° del Reglamento, que establece como requisito para suscribir el contrato la presentación de la citada garantía, que, en el presente caso, consistió en la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento presentada a la entidad por parte del demandante.
17. Asimismo, el artículo 215° del Reglamento da el carácter de indispensable para poder firmar el contrato, la presentación de dicha garantía de fiel cumplimiento, estableciendo que la misma será emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%)

El soporte ideal para su arbitraje

del monto del contrato original y deberá tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

18. En el presente caso, sostiene LA ENTIDAD, el contrato de obra tuvo nueve (9) ampliaciones de plazo, habiendo sido otorgada la última ampliación mediante R.D. N° 4385-2007-MTC/20 de fecha 05 de octubre de 2007, por treinta y ocho (38) días calendario, y en la que se estableció como fecha de culminación de la obra el 10 de noviembre de 2007, habiendo el Contratista ampliado el periodo de vigencia de la garantía de fiel cumplimiento por los periodos igualmente ampliados de ejecución de la obra.

19. Siendo ello así, LA ENTIDAD señaló que el artículo 215° del Reglamento, es obligación del contratista mantener la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento hasta que la liquidación del contrato de obra haya quedado consentida, es decir, hasta que la liquidación del contrato pueda ser ejecutada y aplicada, por cuanto una vez practicado el proceso de liquidación se podrá tener recién el valor real de la obra, con saldos a favor o en contra de la entidad, y en el caso de ser a favor de la entidad, el Contratista tiene la obligación de honrar dicho saldo, teniendo como garantía precisamente la carta de fiel cumplimiento del contrato.

20. LA ENTIDAD advirtió que, conforme a la normativa aplicable, el artículo 204° del Reglamento dispone que, en el caso de ejecución y consultoría de obras el contrato y la obligación de mantener vigentes las garantías es exigible hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente.

El soporte ideal para su arbitraje

21. Al respecto, conforme señaló LA ENTIDAD, el artículo 269° del Reglamento dispone que no se procederá a la liquidación de una obra mientras existan controversias pendientes de resolver, por tanto, al no haberse practicado la liquidación no estando ninguna liquidación consentida, no es procedente que se efectúe la devolución de la garantía de fiel cumplimiento que solicita la demandante.

D. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.

22. El 16 de abril de 2015 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos. En dicha Audiencia, el Tribunal Arbitral, contando solo con la presencia del representante de LA CONTRATISTA y de LA ENTIDAD, considerando las pretensiones formuladas por el demandante y los argumentos de defensa esgrimidos por la demandada en su contestación; y, luego de considerar debidamente las exposiciones, comentarios y sugerencias de las partes, procedió a fijar como puntos controvertidos los siguientes:

(i) **Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a PROVÍAS NACIONAL devolver a [LA CONTRATISTA] la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0101923830-012, por la suma de S/ 6'360,172.37 (Seis millones trescientos sesenta mil ciento setenta y dos con 37/100 Nuevos Soles), documento vigente hasta el 7 de junio de 2015.

(ii) **Segundo Punto Controvertido:** En caso se ampare el Primer Punto Controvertido, determinar si corresponde
El soporte ideal para su arbitraje

24. Finalmente, el Tribunal Arbitral procedió a citar a las partes para una Audiencia de Ilustración de Hechos para el día miércoles 6 de mayo de 2015.

**E. RECUSACIÓN DEL ÁRBITRO ERIC PALACIOS MARTÍNEZ
e YSMAEL FRANCISCO NÚÑEZ SÁENZ**

25. El Tribunal Arbitral deja constancia que una de las razones por las que este arbitraje ha demorado exageradamente en tiempo es debido a la recusación formulada por LA ENTIDAD en contra de los árbitros Eric Palacios Martínez e Ysmel Francisco Núñez Sáenz.

26. Luego de interpuesta la recusación contra el árbitro Eric Palacios Martínez, designado por LA CONTRATISTA, éste presentó su renuncia y el Tribunal Arbitral en mayoría suspendió las actuaciones arbitrales hasta la recomposición del mismo.

27. El abogado Ysmael Francisco Núñez Sáenz fue designado por LA CONTRATISTA para reemplazar al árbitro Palacios Martínez. Sin embargo, LA ENTIDAD formuló recusación contra el árbitro Núñez Sáenz con fecha 9 de febrero de 2016.

28. Con fecha 30 de diciembre de 2016, mediante Resolución N° 507-2016-OSCE/PRE, el Presidente Ejecutivo del OSCE resolvió improcedente e infundada la recusación formulada por LA ENTIDAD.

29. Cabe resaltar que, durante la tramitación de la recusación formulada por LA ENTIDAD, el arbitraje estuvo suspendido. Es decir, el arbitraje fue suspendido desde febrero a diciembre de 2016, haciendo un total de 11 meses.

El soporte ideal para su arbitraje

F. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN, DE INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR.

30. Con fecha 10 de febrero de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos, en presencia de las partes. En dicha Audiencia, el Tribunal Arbitral otorga a las partes la oportunidad de explicar los hechos de las pretensiones. Y, por último, el Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales.
31. Con fecha 7 de abril de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la presencia de los representantes de ambas partes. En dicha Audiencia, el Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra a los representantes LA CONTRATISTA y LA ENTIDAD, respectivamente, quienes procedieron a efectuar sus informes orales, luego de lo cual el Tribunal Arbitral procedió a efectuar las preguntas que consideró convenientes, las cuales fueron contestadas por ambas partes.
32. Mediante Resolución N° 38 de fecha 12 de julio de 2017, el Tribunal Arbitral, de conformidad a lo establecido en el numeral 67 del Acta de Instalación, fijó el plazo para laudar en 30 (treinta) días hábiles, pudiendo ser prorrogado a su discreción por el mismo término y por una sola vez.
33. Con fecha 6 de agosto de 2017, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 39, mediante la cual prorrogó el plazo para laudar en 30 (treinta) días hábiles adicionales.

El soporte ideal para su arbitraje

III. CUESTIONES PRELIMINARES AL ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

34. En forma previa al análisis de la materia controvertida y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por el Tribunal Arbitral en el presente arbitraje, corresponde señalar que:

- (i) LA CONTRATISTA ha presentado su demanda arbitral, planteado sus pretensiones y ejercido plenamente su derecho de defensa;
- (ii) LA ENTIDAD ha sido debidamente emplazada con la demanda y ha ejercido plenamente su derecho de defensa y acción;
- (iii) Las partes ha tenido la oportunidad para ofrecer y actuar sus medios probatorios, así como para ejercer la facultad de presentar alegatos; y,
- (iv) El Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.

35. Asimismo, es del caso resaltar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza en el Tribunal Arbitral respecto a las pretensiones planteadas, de acuerdo a lo consagrado por los principios generales en materia probatoria.

36. Finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y consideración del presente arbitraje ha tenido en

El soporte ideal para su arbitraje

cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

IV. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

37. De los argumentos expuestos por cada una de las partes en los escritos de demanda, contestación a la demanda, alegatos escritos e informes orales, así como a las pruebas aportadas en el presente arbitraje y puestas a consideración de esta jurisdicción, corresponde en este estado al Tribunal Arbitral analizar cada uno de los puntos controvertidos.

A. Análisis al primer punto controvertido.

“Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a PROVÍAS NACIONAL devolver a [LA CONTRATISTA] la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0101923830-012, por la suma de S/ 6'360,172.37 (Seis millones trescientos sesenta mil, ciento setenta y dos con 37/100 Nuevos Soles), documento vigente hasta el 7 de junio de 2015.”

38. Antes de analizar el presente punto controvertido, resulta necesario precisar que, conforme ha sido acreditado a lo largo de este arbitraje, al Tribunal Arbitral no le cabe ninguna duda que LA CONTRATISTA ha entregado a favor de LA ENTIDAD la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0101923830-012, por la suma de S/ 6'360,172.37 (Seis millones trescientos sesenta mil, ciento setenta y dos con 37/100 Nuevos Soles).

El soporte ideal para su arbitraje

39. No obstante, lo anterior, no ha sido sometido a la competencia del Tribunal Arbitral, ni ha sido planteado como pretensión en la demanda arbitral:

- (i) pronunciarse respecto de la reducción o modificación del monto de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento;
- (ii) pronunciarse o fijar un monto mínimo al cual la Carta Fianza debió ser reducida;
- (iii) declarar la validez de la liquidación, como presupuesto necesario para ordenar la devolución de la Carta Fianza a cargo de LA ENTIDAD conforme lo prevé el Contrato y la normativa de contratación pública;

40. Es competencia del Tribunal Arbitral, conforme a lo pretendido por LA CONTRATISTA en su demanda arbitral y a lo fijado como punto controvertido del presente arbitraje, determinar si se debe ordenar a LA ENTIDAD la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0101923830-012, por la suma de S/ 6'360,172.37 (Seis millones trescientos sesenta mil, ciento setenta y dos con 37/100 Nuevos Soles), conforme a los términos del Contrato, Cláusula Décimo Novena, y la normativa de contratación pública.

41. Así con el propósito de determinar si debe ordenar a LA ENTIDAD la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, el Tribunal Arbitral considera que es necesario:

- (i) desarrollar la noción de obligatoriedad, intangibilidad, vinculación y buena fe en la ejecución de los contratos, a fin de dejar claramente establecido que lo pactado

El soporte ideal para su arbitraje

por las partes en el Contrato es de obligatorio cumplimiento, las vincula jurídicamente y, además, no puede ser modificado sin mediar acuerdo previo entre estas, ni mucho menos puede ser modificado por terceras personas (como es el caso, por ejemplo, de un árbitro); y, luego de ello,

- (ii) verificar si las obligaciones vinculadas a la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento a cargo de LA ENTIDAD se encuentran conformes a los términos contractuales a los que se sometieron las partes.

a. Obligatoriedad, intangibilidad, vinculación y buena fe en la ejecución de los contratos.

▪ **La protección constitucional de los contratos**

42. La protección constitucional a los contratos y a su intangibilidad se encuentra consagrada y plenamente asegurada en la Constitución. Tanto en el Título I, sobre los derechos de las personas, como un derecho fundamental¹ (la libertad para contratar) titularizado por las personas naturales y por las personas jurídicas, así como en el Título III sobre el régimen económico del Estado en el que se garantiza la libertad de contratación².

¹ **Constitución de 1993**

Artículo 2°. - "Toda persona tiene derecho a:

(...)

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

(...)."

² **Constitución de 1993**

Artículo 62°. - "La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos

El soporte ideal para su arbitraje

43. La Constitución se refiere claramente a la prevalencia de la voluntad de las partes y a la intangibilidad de los contratos. La Constitución inclusive pone el pacto o la voluntad de las partes por encima de la ley, en tanto los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones posteriores. Efectivamente, de la lectura conjunta del inciso 14) del artículo 2° y del primer párrafo del artículo 62° de la Constitución, se llega a la conclusión de que el valor y el respeto a los contratos celebrados entre particulares o entre particulares con el Estado, como en el presente caso, forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de contratación³.

44. Para el Tribunal Constitucional⁴, la libertad para contratar o libertad de contrato:

“(...) constituye un derecho fundamental y su ejercicio legítimo, en el marco de los principios y derechos fundamentales, requiere su compatibilidad con estos, lo cual no supone una restricción del legítimo

*contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.
(...)”*

 ³ Efectivamente, en palabras del Tribunal Constitucional: *“(...) el derecho a la libertad de contratación aparece consagrado en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, protegiendo ambas disposiciones la intangibilidad de los contratos, siempre que se hayan celebrado con arreglo a la legislación vigente al momento de su formación”* (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00271-2007-PA/TC de fecha 09 de noviembre de 2007, sobre recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Iliana Rivera Aguilar contra sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura de fecha 5 de diciembre de 2006. *Fundamento N° 4*).

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06534-2006-PA/TC de fecha 15 de noviembre de 2007, sobre Recurso de Agravio constitucional interpuesto por doña Santos Eresminda Távara Ceferino contra sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. *Fundamento N° 3*.

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

ámbito de este derecho, sino su exacto encuadramiento en ese marco”.

45. En relación a la libertad de contratación, el Supremo Intérprete⁵ ha señalado que:

“(…) el derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.”

▪ **Desarrollo normativo y dogmático de la protección contractual**

46. Los contratos contienen -como lo prevé el Código Civil⁶ y lo consagra la doctrina- un vínculo obligacional entre las partes dirigido a crear una obligación patrimonial. Efectivamente, para De la Puente y Lavallo⁷:

“(…) la celebración de un contrato definitivo da lugar a la creación de una relación jurídica obligacional (...).”

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1535-2006-PA/TC de fecha 31 de enero de 2008 sobre Recurso de Agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A. contra la sentencia emitida por la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de Junín de fecha 29 de diciembre de 2005, que declara improcedente la demanda de amparo interpuesta. *Fundamento N° 53.*

⁶ **Código Civil**
Artículo 1351°.- “Noción de contrato. - El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”

⁷ **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.** “La Convención y el Contrato (Continuación)” En: *Advocatus*, N° 8, Lima, 2003, p. 212.

El soporte ideal para su arbitraje

47. El referido autor⁸ agrega que:

“(...) el contrato por definición es un acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, aunque en la definición no se establece, este acuerdo es el acuerdo de voluntades y debe exteriorizarse mediante la declaración respectiva.”

48. Este vínculo obligacional está destinado a cumplirse indefectiblemente pues –conforme al artículo 62º de la Constitución antes referido y al Código Civil- ni siquiera una ley podría modificarlo⁹. Este mismo cuerpo de leyes se encarga de reiterar, en artículo expreso¹⁰, la fuerza obligatoria de lo pactado en los contratos, según lo expresado en ellos, a tal punto que quien pretenda negar la coincidencia entre lo expresado en un contrato y la voluntad común de las partes debe probarlo expresamente.

49. En esta dirección, el Tribunal Constitucional¹¹ se ha pronunciado al respecto, manifestando que:

⁸ **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.** *El contrato general.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 43.

⁹ **Código Civil**
Artículo 1356º.- “Primacía de la voluntad de contratantes. - *Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.”*

¹⁰ **Código Civil**
Artículo 1361º.- “Obligatoriedad de los contratos. - *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 coincidencia debe probarla.”

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 07339- 2006-PA/TC de fecha 25 de junio de 2007, sobre recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Megabus SAC contra la sentencia de la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín. *Fundamento N° 46 y 47.*

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

“La libertad de contratar garantiza: a) Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante y b) Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.”

50. El propio sentido de estabilidad jurídica que el sistema legal requiere para el adecuado funcionamiento de la convivencia en sociedad, así como el principio de la buena fe¹² que se aplica para valorar jurídicamente la celebración y ejecución de los contratos, obliga a mantener la palabra empeñada en la contratación y a sostener la validez plena del principio de intangibilidad de los contratos que se conoce también como el de su validez.
51. Lo que se ha pactado en los contratos o convenios es “santa palabra”, es “ley” entre las partes y debe mantenerse intangible para su ejecución conforme a lo acordado. Solamente puede ser modificado por el acuerdo común de quienes lo celebraron, inclusive para los contratos regulados por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante, la “**LCAE**”) y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante, el “**RLCAE**”).
52. En cuando a los contratos, el Código Civil consagra en su artículo 1361° el principio *pacta sunt servanda* mediante el cual el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los contratos han de exigirse en correspondencia con los términos estipulados en ellos. No deja lugar a dudas –valga la reiteración– la expresión

¹² **Código Civil**

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

utilizada en el Código "(...) son obligatorios en cuando se haya expresado en ellos" (en el presente caso los contratos regulados por la LCAE y el RLCAE).

53. Al respecto, la posición de la Corte Suprema de la República ha sido contundente¹³:

"En virtud del principio de pacta sunt servanda la fuerza obligatoria del contrato se impone tanto a las partes intervinientes como al juez. En tal sentido el juzgador no debe apartarse de lo pactado entre las partes".

54. Esta previsión del Código Civil va a tener exacta correspondencia con la norma general de interpretación del acto jurídico que se encuentra consagrada en el artículo 168° del referido código sustantivo¹⁴ que obliga a tomar en consideración "lo que se haya expresado en él". La lectura conjunta –obligada a nuestro juicio– de los artículos 1361° y 168° del Código Civil enmarca la interpretación de los contratos a lo en ellos escrito (nuevamente, "a lo que se haya expresado en ellos") y en interpretación que directa y naturalmente se derive de dicho texto. Así lo ha establecido en la jurisprudencia peruana la Corte Suprema de la República¹⁵ para quien:

¹³ Casación N° 1533-2001. *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 51. diciembre 2002, p. 277.

¹⁴ **Código Civil**
Artículo 168° del Código Civil. - *"Interpretación objetiva.* - *El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en el y según el principio de la buena fe."*

¹⁵ Casación N° 1964-T-96-Lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, El Peruano, 16/06/03/98; y Expediente N° 384-95-Lima. **LEDESMA NARVÁEZ, Marianella.** *Ejecutorias Supremas Civiles (1993-1996)*, p. 372.

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

“Los contratos son expresión del acuerdo de voluntad común de las partes, mediante los cuales se crean obligaciones de cumplimiento obligatorio en cuanto se haya expresado en ellos, en aplicación del principio pacta sunt servanda”.

55. Asimismo, la Corte Suprema de la República ha señalado:

“La interpretación y ejecución de los contratos debe sujetarse, en primer término, a lo expresado en ellos y si eso no fuese posible por la discrepancia en la forma del pago del saldo del precio, es necesario someterlo a las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

56. De la misma manera, Arias Schreiber¹⁶ puntualiza respecto al artículo 1352° del Código Civil, aplicable de manera supletoria a la presente controversia, que este dispositivo pone énfasis en el carácter consensual de los contratos. Entonces, si ambas partes negociaron y suscribieron el Contrato, éste ha sido perfeccionado y es considerado válido; así como ocurre en los contratos derivados de los procesos de selección, regulados por la LCAE (como es el caso del Contrato).

57. La Corte Suprema de la República, en el primer Pleno Casatorio celebrado en el Perú¹⁷ ha manifestado, en materia de obligatoriedad, vinculación y cumplimiento de los contratos, que:

“No se pueden alegar supuestas ineficacias o nulidades de actos jurídicos sin haberse obtenido su declaración expresa. En ese sentido, se debe entender

¹⁶ **Código Civil**

Artículo 1352°.- “Principio de consensualidad.- Los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además deben observar la forma señalada bajo sanción de nulidad”.

¹⁷ Pleno Casatorio: Casación N° 1465-2007-Cajamarca. En materia de Indemnización de daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual. Publicado el 21 de abril de 2008 en el Diario “El Peruano”.

que quienes han suscrito contratos con determinadas obligaciones no pueden alegar su desconocimiento posterior.”

58. Se reconoce la obligatoriedad de los contratos, toda vez que éstos nacen de la voluntad de las partes que los celebran y porque la propia ley (en este caso el Código Civil aplicable supletoriamente al Contrato) le reconoce tal obligatoriedad. Lo anterior supone, según se ha consagrado en el Pleno Casatorio materia de comentario, que cuando se celebra un contrato las partes necesariamente se vinculan a lo en él expresado. No resulta aceptable para el ordenamiento jurídico que una de las partes, de manera unilateral, desconozca los efectos del contrato¹⁸.
59. No debe olvidarse, además, que junto con el principio *pacta sunt servanda*, opera el principio de la buena fe. Conforme lo señala Jiménez Vargas-Machuca, dicho principio es generalmente asociado con la rectitud, honradez, buen proceder, buena intención, confianza en la verdad de un acto jurídico, inocencia, etc. teniendo siempre una connotación loable y sana, socialmente aceptable y deseable¹⁹.
60. Así, la citada jueza y jurista agrega que si bien nuestro Código Civil es asistemático en su conceptualización (*al considerarla un principio general interpretativo de los contratos y los actos*

¹⁸ Al respecto, el Pleno Casatorio *in comento* ha establecido que un contrato “(...) resulta por sí mismo obligatorio entre las partes que lo celebraron, porque responde a la voluntad de ellas. Esa obligatoriedad, sin duda, nace de la ley, porque les otorga a los particulares la posibilidad de regular sus propios intereses, dentro de los límites que les señala el ordenamiento jurídico”. Pleno Casatorio: Casación N° 1465-2007-Cajamarca. p. 22000.

¹⁹ **JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana.** “La Unidad del principio general de la buena fe y su trascendencia en el Derecho moderno”. En: *Contratación Privada*, Lima: Jurista Editores, Perú, 2002, pp. 78-79.

jurídicos, mientras que, por otro lado, menciona que los contratos se rigen por “las reglas de la buena fe y común intención de las partes”), sí la califica como principio precisamente en la norma que establece la forma como debe interpretarse el acto jurídico²⁰.

61. Asimismo, para De la Puente y Lavalle²¹ la buena fe es considerada en forma consensual por la doctrina como un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico. En otras palabras, la buena fe es la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones (incluso la administrativa dentro de la cual se desenvuelven las entidades de la Administración Pública), pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil.
62. Del mismo modo, la doctrina contractual²² ha establecido que la buena fe es un deber y que:

“(...) tiene como contenido esencial el que se actúe lealmente (...). Se trata de la buena fe en su dimensión objetiva la cual genera obligaciones secundarias pues las vincula con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él, acorde con su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior, a las prácticas establecidas entre las partes, a los usos si no

²⁰ **JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA.** *Op. Cit.* pp. 83-84.

²¹ Citado por: **PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.** “Buena Fe y Común Intención de las Partes, Artículo 1362°. En: *Código Civil Comentado por los 100 Mejores especialistas. Tomo VII.* . Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 132.

²² **PÉREZ GALLARDO,** *Op. Cit.* pp. 140-141.

han sido excluidos expresamente, y a la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte.”

63. A modo de conclusión, reiterar que los contratos no pueden ser desconocidos, modificados unilateralmente por las partes, por el Estado (al emitir sus disposiciones y reglamentaciones), ni por un órgano jurisdiccional (judicial o arbitral), toda vez que –como se señaló– dichos contratos reflejan la voluntad expresa de las partes al momento de su suscripción que debe ser respetada, y tienen además un alto contenido de interés público (como es el caso de los contratos celebrados bajo la LCAE). Se aplica además a ellos la interpretación de buena fe que conduce a privilegiar la lealtad de las partes al cumplimiento del contrato y el reconocimiento de la honradez en su celebración y ejecución.

b. Cumplimiento de las obligaciones contractuales.

64. Fijadas las premisas referidas la obligatoriedad, intangibilidad, vinculación y buena fe en la ejecución de los contratos, el Tribunal Arbitral considera imprescindible valorar lo pactado por las partes en el Contrato respecto a la entrega y devolución de la Carta de Fiel Cumplimiento. Para esto, se procede a analizar lo establecido en la Cláusula Décimo Novena del referido contrato, en la que se acuerda lo siguiente:

“Décimo Novena: Devolución de Garantía de Fiel Cumplimiento

19.1 Para que PROVÍAS NACIONAL proceda a la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento debe haber quedado consentida la Liquidación Final del Contrato y cumplirse previamente por EL CONTRATISTA, lo siguiente:

*19.1.1 Que presente el Acta de Recepción de la Obra sin
El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE*

Observaciones.

19.2.2 Que haya entregado la Memoria Descriptiva valorizada y los Planos Post-Ejecución.

19.1.3 Que presente una Declaración Jurada de no tener adeudos pendientes por reclamos laborales.

19.1.4 Que haya entregado el Manual de Mantenimiento Post-Ejecución y el Plan de Acción a seguir para su implementación.”

65. Según lo establecido en la citada cláusula décimo novena del Contrato, la devolución de la garantía de fiel cumplimiento requiere de la observancia de determinadas condiciones, que durante la tramitación del presente arbitraje no han sido acreditadas satisfactoriamente por LA CONTRATISTA. Para el Tribunal Arbitral, sólo ha queda acreditado que las razones que LA ENTIDAD alega para negarse a devolver la garantía son exclusivamente las condiciones contractuales y el mandato de la LCAE.
66. Si bien el Tribunal Arbitral es de la opinión que exigir a LA CONTRATISTA mantener en vigencia una garantía por el 10% del monto total del Contrato resulta no idóneo y oneroso, más aún cuando la obra ha sido entregada, LA CONTRATISTA no ha solicitado la modificación del contrato a su contraparte y tampoco se ha acreditado que LA ENTIDAD se haya negado a ello. Por lo que, no se ha acreditado ante este Tribunal Arbitral, o al menos en este arbitraje, intención de las partes de modificar el Contrato con relación al monto de la Garantía en cuantía menor a la originalmente pactada.
67. Por las consideraciones y razones expuestas, la primera pretensión de LA CONTRATISTA debe ser declarada infundada, en la situación y estado en que la pretensión ha sido demandada en

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

este arbitraje. Por lo tanto, la pretensión de devolución de la garantía formulada por LA CONTRATISTA en una situación distinta, puede ser legítimamente tutelada toda vez que se cumplen las condiciones contractuales establecidas en el Contrato o el común acuerdo de las partes.

B. Análisis al segundo punto controvertido.

“En caso se ampare el Primer Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a PROVÍAS NACIONAL pagar a [LA CONTRATISTA], los costos bancarios y/o financieros ocasionados por las sucesivas renovaciones de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0101923830-012, desde la fecha de recepción de la obra hasta su devolución final, más los intereses y reajustes que correspondan.”

68. La segunda pretensión, conforme fue planteada en el escrito de demanda y formulada en la Audiencia de Conciliación y Puntos Controvertidos, tiene calidad de pretensión subordinada al primer punto controvertido.
69. Conforme a los principios de derecho, el Tribunal Arbitral es de la opinión que una demanda puede contener pretensiones y que éstas pueden estar, a su vez, relacionadas entre sí. Siendo esto así, una pretensión es principal cuando de manera independiente puede ser resuelta sin tener efecto sobre otras pretensiones. Y, por otro lado, a diferencia de una pretensión principal, la pretensión subordinada es aquella que sólo será materia de análisis y resolución luego de que la principal sea amparable, existiendo entre la pretensión principal y subordinada una conexión lógica jurídica de causa y efecto. Pues, la pretensión subordinada seguirá la suerte de la principal.

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

70. Por lo tanto, al haber desestimado el Tribunal Arbitral la primera pretensión o primer punto controvertido, la segunda pretensión subordinada seguirá la suerte de la primera pretensión o punto controvertido debiendo declararse *per se*, a su vez, infundada; sin mayor análisis que el proceso lógico jurídico de conexión entre las pretensiones.

C. Análisis al tercer punto controvertido.

“Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a PROVÍAS NACIONAL el pago de una indemnización a favor de [LA CONTRATISTA], por los daños y perjuicios ocasionados a éste como consecuencia de la no devolución de la carta fianza.”

71. Tratándose de un arbitraje de derecho, el Tribunal Arbitral es de la opinión que nuestro sistema jurídico ha dividido en cierta manera la reparación de los daños diferenciando a las reparaciones contractuales de las extracontractuales. Las primeras responden ante la preexistencia de una relación jurídico-patrimonial, mientras las segundas son fuente de obligaciones, debiéndose cumplir en ambos casos con una serie de presupuestos:

- i. La imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
- ii. La ilicitud o antijuridicidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- iii. El factor de atribución, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

- iv. El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- v. El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

72. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera oportuno realizar análisis especial al nexo de causalidad y antijuridicidad, cuyos elementos son indispensables para atender esta pretensión indemnizatoria.
73. LA CONTRATISTA alega como hecho causal de su pretensión indemnizatoria la no devolución de las garantías, el mismo que ha sido resuelto válido por el Tribunal Arbitral en el primer punto controvertido. Por lo tanto, no existiendo ilegalidad del acto, no existiría nexo causal entre el evento lesivo y daño producido.
74. Además de ello, el Tribunal Arbitral es de la opinión que quien alega los hechos tiene la carga de probarlos. Por lo que, durante la tramitación del presente arbitraje, LA CONTRATISTA no ha cumplido con probar el daño ocasionado. Para el Tribunal Arbitral las meras afirmaciones o dichos no son suficientes para que una pretensión indemnizatoria sea tutelada.
75. Por lo tanto, conforme a lo expuesto en el análisis de esta pretensión, el Tribunal Arbitral considera declarar infundada la tercera pretensión o punto controvertido.

D. Análisis al cuarto punto controvertido.

“En caso se ampare el Tercer Punto Controvertidos, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral establezca en S/ 500,000.00

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

(Quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles), el monto de la indemnización que debiera pagar PROVÍAS NACIONAL a favor de [LA CONTRATISTA].”

76. Al igual que lo resuelto en el segundo punto controvertido, el Tribunal Arbitral es de la opinión que la cuarta pretensión o punto controvertido es pretensión subordinada de la tercera pretensión.
77. Por lo tanto, habiendo el Tribunal Arbitral desestimado la tercera pretensión o punto controvertido, corresponde desestimar de igual forma este cuarto punto controvertidos y declararlo infundado.

E. Análisis al quinto punto controvertido.

“Determinar en qué porcentaje le corresponde asumir a cada parte las costas y costos que originen el presente arbitraje.”

78. De los actuados, el Tribunal Arbitral considera que, en aplicación del numeral 57 del Acta de Instalación y al artículo 56.2 de la Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071, si bien ambas partes tuvieron la oportunidad suficiente de exponer sus argumentos de hecho y de derecho, deja constancia que actuaron con buena fe en el presente arbitraje, teniendo ambas partes la oportunidad de defenderse en la vía arbitral para que en esta instancia se haga justicia.

79. El Tribunal Arbitral considera –en este estado- atendiendo al resultado de las pretensiones establecer que no hay condena de

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

costos, debiendo cada una de las partes asumir en partes iguales el pago de honorarios del Tribunal Arbitral, de la Secretaría Arbitral y gastos administrativos.

80. Por lo tanto, conforme se desprende del numeral 57 del Acta de Instalación, se establecieron en total como anticipos de honorarios del Tribunal Arbitral la suma de S/. 29,347.80 (Veintinueve Mil trescientos cuarenta y siete con 80/100 Soles) brutos; como honorarios de la Secretaría Arbitral la suma de S/. 5,400.00 (Cinco mil cuatrocientos con 00/100 Soles) más IGV, que fueron asumidos en su totalidad por el Consorcio Tarapoto, como consta en las Resoluciones N° 2 y 3 emitidas en su oportunidad.
81. Asimismo, con Resolución N° 28 se fijó un segundo anticipo de honorarios del Tribunal Arbitral por la suma de S/. 93,129.00 (Noventa y tres mil ciento veintinueve con 00/100 Soles) brutos, y; como honorarios de la Secretaría Arbitral la suma de S/. 24,780.00 (Veinticuatro mil setecientos ochenta con 00/100 Soles) que incluye IGV, montos que fueron pagados por cada una de las partes, conforme consta en las Resoluciones N° 33 y 36.
82. Siendo así, el costo total del arbitraje, que incluye los conceptos de honorarios del Tribunal Arbitral, de la Secretaría Arbitral y gastos administrativos asciende a S/. 153,628.80 (Ciento cincuenta y tres mil seiscientos veintiocho con 80/100 Soles) monto que incluye las retenciones y pagos de tributos. Y considerando el Tribunal Arbitral que cada una de las partes deberá asumir con los costos del presente arbitraje, que incluyen los honorarios de Árbitro, Secretaría Arbitral y otros que las partes hayan asumido para el ejercicio de su defensa, LA

El SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

ENTIDAD deberá reembolsar a favor de LA CONTRATISTA el 50% (cincuenta por ciento) asumido en su oportunidad por esta última, que asciende a la cantidad de S/. 17,859.90 (Diecisiete mil ochocientos cincuenta y nueve con 90/100 Soles), monto que incluye los impuestos de Ley.

V. LAUDO.

En Lima, a los 11 días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes; escuchado los argumentos esgrimidos; actuada y evaluada la prueba aportada al arbitraje; y, deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y en la contestación de demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada. Por las razones expuestas en el análisis a los puntos controvertidos y conforme a derecho, el Tribunal Arbitral emite la siguiente decisión:

PRIMERO: INFUNDADA la primera pretensión de la demanda arbitral presentada por el Consorcio Tarapoto, mediante la cual solicitó al Tribunal Arbitral ordene al Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0101923830-012, por la suma de S/ 6'360,172.37 (Seis millones trescientos sesenta mil ciento setenta y dos con 37/100 Nuevos Soles), documento vigente hasta el 7 de junio de 2015; por las razones expuestas en el análisis al primer punto controvertido en el presente Laudo.

El soporte ideal para su arbitraje

SEGUNDO: INFUNDADA la segunda pretensión de la demanda arbitral, subordinada a la primera pretensión, presentada por el Consorcio Tarapoto, mediante la cual solicitó al Tribunal Arbitral ordene al Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones pagar a el Consorcio los costos bancarios y/o financieros ocasionados por las sucesivas renovaciones de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 0101923830-012, desde la fecha de recepción de la obra hasta su devolución final, más los intereses y reajustes que correspondan; por las razones expuestas en el análisis al segundo punto controvertido en el presente Laudo.

TERCERO: INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda arbitral presentada por el Consorcio Tarapoto, mediante la cual solicitó al Tribunal Arbitral ordene al Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones el pago de una indemnización a favor del Consorcio por los daños y perjuicios ocasionados a éste como consecuencia de la no devolución de la carta fianza; por las razones expuestas en el análisis al tercer punto controvertido en el presente Laudo.

CUARTO: INFUNDADA la cuarta pretensión de la demanda arbitral, subordinada a la tercera pretensión, presentada por el Consorcio Tarapoto, mediante la cual solicitó al Tribunal Arbitral establecer en S/ 500,000.00 (Quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles) el monto de la indemnización a favor del Consorcio; por las razones expuestas en el análisis al cuarto punto controvertido en el presente Laudo.

El soporte ideal para su arbitraje

CUARTO: FÍJASE como honorarios definitivos y costos del arbitraje los montos establecidos en el numeral 82 del presente Laudo.

QUINTO: DECLÁRASE que no hay condena de costos en el presente arbitraje, debiendo cada una de las partes asumir en proporciones los gastos arbitrales (honorarios de Tribunal Arbitral, de Secretaría Arbitral y gastos administrativos); en consecuencia, **DISPÓNGASE** al Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones reembolsar al Consorcio Tarapoto la suma de S/. 17,859.90 (Diecisiete mil ochocientos cincuenta y nueve con 90/100 Soles), monto que incluye los impuestos de ley y que fueron asumidos en su oportunidad por dicha empresa.

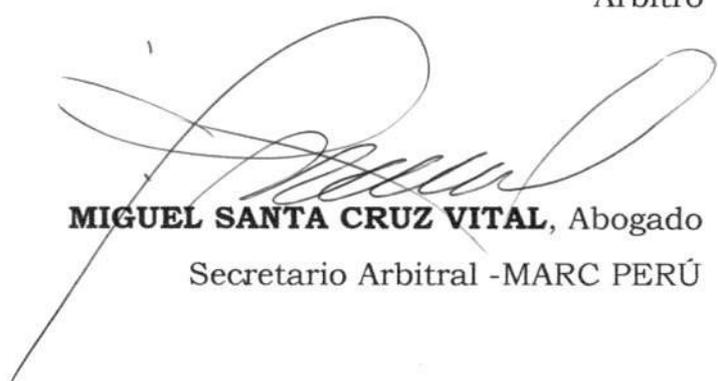
Notifíquese a las partes conforme a derecho.



WALTER ALBÁN PERALTA, Abogado
Presidente del Tribunal Arbitral



KATTY MENDOZA MURGADO, Abogado
Árbitro



MIGUEL SANTA CRUZ VITAL, Abogado
Secretario Arbitral -MARC PERÚ

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

VOTO SINGULAR

Mi voto y decisión singular en el extremo relacionado con la controversia que fue resuelta en mayoría por mis respetados co árbitros, es el siguiente:

1 El Tribunal Arbitral debe, ante todo, tener presente, que la razón principal por la que el CONSORCIO pretende la devolución de la carta fianza sub-materia es que, oponiendo la realidad contractual que se estatuye como el punto de referencia de todo análisis jurídico, su vigencia habría decaído al haberse extinguido la obligación principal que esta garantizaba: el fiel cumplimiento del contenido del contrato; por lo que, señala, sería abusivo mantener su vigencia.

2 A partir de lo anotado, el Colegiado estima pertinente considerar que el punto central del debate arbitral, en sustancia, se centra en torno a la eventual transgresión del equilibrio económico del contrato más allá de la "realidad" documental, es decir, el CONSORCIO, mediante la interposición de la pretensión ahora analizada, no hace otra cosa sino exigir *tutela jurídica concreta* frente a la pérdida de equivalencia entre las prestaciones correlativas que han asumido ambas partes a través del compromiso contractual - específicamente en lo que concierne a la sobreviniente onerosidad de la prestación consistente en el mantenimiento de la carta fianza cuya devolución se petitiona - lo que, en el análisis de los mecanismos correctivos y su imputabilidad, puede ser revelado a través del examen del comportamiento integral de las partes durante la ejecución del contrato en aplicación estricta de la común intención de las partes y la buena fe contractual.

3 Así, por un lado, no se puede negar que uno de los principios más importantes que rigen el ordenamiento normativo regulatorio de la contratación pública es el principio de equidad que se erige como la base jurídico-dogmática para la protección del equilibrio económico del contrato que ha sido expresamente impuesto como un criterio de interpretación de observancia obligatoria.

4 El principio de equidad, según se desprende del literal I del artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1017, supone que “*las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad (...)*”, en tutela de la onerosidad y del carácter sinalagmático del contrato de obra pública, a lo que se debe añadir que la parte final del propio artículo señala que “*estos principios servirán también de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la siguiente norma y su Reglamento y como parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones. Por demás, no resulta inoportuno aclarar que la vigencia de un principio contractual, aplicable para todos los contratos, incluidos los contratos administrativos, no necesariamente se encuentra supeditada a su reconocimiento legal-positivo.*

5 Además, la doctrina administrativa a la par de reconocer el principio del contrato *lex inter partes* (cuyos reales alcances no se condicen con la santificación de un texto contractual), considera necesaria la aplicación subsidiaria del derecho privado, tal y como se tiene del artículo 5° de la LCE que señala: “*El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables*” (resaltado agregado) y ello y puesto que el contrato administrativo tiene su origen en el contrato civil, participa también -a salvo las correcciones que le dan su perfil característico- de este mismo dogma¹.

6 En ese sentido, la doctrina administrativista está conforme en la aplicación a los contratos administrativos del principio según el cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión: el principio de buena fe informa y fundamenta todo el ordenamiento jurídico, tanto público y privado².

¹ GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, *Tratado de derecho administrativo*, Volumen II, Décimo tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, p. 119.

² CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 3ra Ed, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 35.

7 En tal orden de ideas el posicionamiento asumido en esta sede se encuentra en perfecta sintonía con la propia operatividad de las cláusulas normativas generales insertas en nuestro sistema jurídico, entre las que destacan aquellas contenidas en los artículos 168° y 1362° del C.C. referidas a la común intención de las partes (*lex inter partes*) y a la buena fe contractual, vinculadas con el comportamiento integral de las partes y al momento de ejecución contractual, en cuyos contornos precisamente se ha desenvuelto la actual controversia.

8 Ahora, con relación a la interpretación, es conocido que ella consiste en atribuir un sentido a un texto³. En general, puede sostenerse que todo texto normativo puede ser materia de interpretación, a pesar de su aparente claridad. Incluso, el sólo hecho de afirmar la claridad de un texto importa la realización de una actividad interpretativa⁴. Nótese, como los hechos desafían a la realidad en la riqueza de su complejidad, razón por la cual el operador jurídico se encuentra en la necesidad de reconducir los hechos en los supuestos fácticos normativos a través de una permanente labor de interpretación. Los hechos desafían el sentido de los textos normativos, dado que estos son incapaces de prever la compleja realidad que las normas pretenden regular. En esa línea, tal y como se ha mencionado, la única forma de aplicar una norma es interpretándola, otorgarle un sentido a la misma, y esto debe siempre partir del contexto fáctico en el que la misma será aplicada.

9 En definitiva, tomando la orientación ahora asumida proveniente del ineludible examen comportamental de las partes y su utilidad para el desarrollo interpretativo del contrato, veamos los hechos relevantes en el caso particular. Partamos primero de los hechos - que se subsumen casi siempre en comportamientos - más trascendentes con la finalidad de establecer una interpretación razonable de la norma en cuestión.

³ GUASTINI, Ricardo. Interpretación y Construcción Jurídica. Pág. 12. Fuente electrónica: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n43/n43a2.pdf>

⁴ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge *Metodología de la interpretación de la ley y del contrato* en "Tratado de la interpretación del contrato en América Latina" Tomo III. Editorial Grijley. Lima, 2007. p. 1592.

10 La obra fue entregada el 15NOV07 y recibida sin observaciones, lo que tiene la obra por concluida. Ha transcurrido el plazo legal de vicios ocultos sin reclamo alguno por parte de la Entidad; y según los documentos que obran en el expediente no existe supuesto alguno bajo el cual exista un saldo a favor de la propia PROVIAS NACIONAL, según se desprende del laudo del 02OCT13 - en el extremo que se encuentra consentido - en el que se reconoce a favor del CONSORCIO una suma total ascendente a S/. 1'598,027.23 mas IGV.

11 Con los hechos descritos, cabe preguntarse si en atención al plazo de vigencia establecido en el artículo 215° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, resulta proporcional mantener una garantía de fiel cumplimiento vigente durante aproximadamente nueve (9) años. La respuesta a la pregunta formulada supone preguntarse por el propósito del artículo 215° del RLCE y ello pasa por preguntarse sobre el objeto que pretende cubrir la garantía, lo que *in abstracto* recaería sobre una eventual deuda dineraria, debidamente cuantificada, que pudiera tener el CONSORCIO al momento de la liquidación de la obra. Si la obra fue recibida a conformidad por PROVIAS NACIONAL ¿Existe la posibilidad de alguna deuda que pueda surgir a su favor? Veamos, el precepto contenido en el artículo 268 del RLCE:

"Artículo 268.- Recepción de la obra y plazos. (1).- (...) En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos. Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista. El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del Comité, el contratista y su residente. (2) De existir observaciones, éstas se consignarán en el Acta respectiva y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrita el Acta. (...)"

12 Ahora bien, si la obra se recibió sin observaciones el 15NOV07 al haber concluido en esa fecha y no existe ningún saldo a favor de la PROVIAS NACIONAL ¿para qué se mantiene la garantía vigente? La respuesta que da PROVIAS NACIONAL está referida a la exigencia literal del artículo 215 de la RLCE, siendo aquí necesario que opere el principio de razonabilidad. La aplicación del artículo 215° del RLCE de modo no razonable genera un daño al Consorcio ya que lo está obligando a disponer de un monto que ya no corresponde mantener en garantía, ante la falta de “liquidación formal” de una obra que ha sido recibida sin observaciones, por lo que se encontraría concluida. Además, se le está obligando a mantener un costo financiero, sin razón para ello.

13 Según los documentos que hemos tenido a la vista, y como ya ha sido mencionado, el 02OCT13 se emitió un laudo derivado del expediente arbitral N° 197-38-11 en el que se decidió (i) por unanimidad reconocer a favor del Consorcio una suma ascendente a S/. 1'598,027.23 más IGV y, (ii) por mayoría no amparar una suma adicional ascendente a S/. 2'032,380.99 mas IGV reclamada por el CONSORCIO.

Cabe reiterar que aun cuando el CONSORCIO ha declarado haber interpuesto un recurso contra la parte del laudo que no le favorece y que PROVIAS ha declarado conocer de la existencia de dichos esfuerzos, no consta en el expediente evidencia documental y/o procesal que de fe de la vigencia de alguna controversia en sede judicial sobre el laudo de fecha 02OCT03 y por ende sobre la liquidación del contrato que allí se discutió, por lo que para todos sus efectos dicho laudo mantiene la calidad de cosa juzgada.

14 Podemos concluir entonces, que PROVIAS NACIONAL no tiene motivo alguno para exigir que se mantenga la vigencia de la misma y que el eventual ejercicio del derecho de defensa por parte del CONSORCIO en modo alguno altera esa circunstancia.

15 En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que la norma debe ser interpretada acudiendo a la esencia y funcionalidad que acompañan a la fianza, a los fines de dar prioridad a la razonabilidad en su aplicación, superponiéndola a una aplicación literal pues como enseña SCHAUER *está en la esencia del derecho que éste sea razonable, y por esa razón insistir en una aplicación literal de una ley que da lugar a un resultado absurdo o claramente irrazonable es, en sí mismo, absurdo. Tomar el texto como lo único que hay en esos casos debería evitarse, justamente, porque es del todo inconsistente con la naturaleza fundamental del derecho como regulación razonable de la conducta humana*⁵.

16 Por su parte LARENZ dirá que *entre varias interpretaciones posibles conforme al sentido literal y al sentido coherente se ha de llegar la preferencia a aquella con la que más pronto se llegue al objetivo de la norma y mejor corresponda a la relación de categoría de los fines y a la valoración en que ésta se basa. Frecuentemente una regulación se apoya también en un principio jurídico general que, una vez conocido, permite una detallada puntualización de su contenido y de su alcance. El regreso a los principios jurídicos en que se basa una regulación sirve, ante todo, para evitar en todo lo posible las contradicciones en la valoración. Estas surgen cuando se tratan jurídicamente de forma diferente circunstancias que se han de valorar igual con respecto a la idea fundamental o al principio en que se basa una norma, o se desatienden diferencias que tienen relevancia consideradas a partir del principio*⁶

17 En tal orden de ideas el Tribunal Arbitral debe dar concreción a uno de los principios más importantes que rigen el ordenamiento normativo regulatorio de la contratación pública: el principio de equidad que se erige como la base dogmática para la protección del equilibrio económico del contrato y que ha sido normativamente impuesto como un criterio de interpretación.

⁵ SCHAUER, Frederick *Pensar como abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 173.

⁶ LARENZ, Karl *Derecho Civil. Parte General*, traducción de Miguel Izquierdo y Macias-Picavea, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, pp. 92-93.

En efecto, el principio de equidad según el literal I del artículo 4° del DL N° 1017, señala que “ (...) *las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad (...)*”, en tutela de la onerosidad y del carácter sinalagmático del contrato de obra pública, a lo que se debe añadir que la parte final del propio artículo señala que “estos principios servirán también de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la siguiente norma y su Reglamento y como parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones. Ello implica asumir que la norma impone un *plazo máximo* y que su vigencia presuponga, por lo menos, la existencia de alguna obligación pendiente, debidamente acreditada en el proceso, cuyo cumplimiento sea objeto de garantía. Sólo ello permitirá, en lo concreto, verificar que mantener la carta fianza a favor de PROVIAS es razonable.

18 En ese orden de ideas, el Tribunal estima que luego de haberse recepcionado la obra sin observaciones, ni penalidades, ni multas por parte de PROVIAS NACIONAL, la obligación principal que garantizaba la fianza de fiel cumplimiento se extinguió, pues la misma fue plenamente satisfecha por la contratista, razón por la cual PROVIAS NACIONAL suscribió el acta de recepción y entrega con su expresa conformidad, sin haber indicado algún incumplimiento que justifique la necesidad para que la fianza mantenga su vigencia a pesar de la recepción de la obra; es más, durante el desarrollo del presente proceso arbitral PROVIAS NACIONAL no ha acreditado la existencia material de alguna imputación o de algún proceso, arbitral o judicial, en contra del CONSORCIO que evidencie algún incumplimiento en que éste haya incurrido respecto de la obligación principal que le es oponible.

19 En ese sentido, el Tribunal Arbitral es de la opinión que siendo el sistema jurídico un sistema que se encuentra conformado por un conjunto de normas que deben ser aplicadas de forma coherente y armónica, a efectos de no generar ni ocasionar aplicaciones incongruentes y, eventualmente, arbitrarias, es que en apreciación del Tribunal Arbitral la norma jurídica siempre necesita de una interpretación cuando debe ser aplicada a un caso concreto, en función de un

interés práctico y no simplemente de un interés cognoscitivo, estando aquí la razón de la falsedad del brocardo *in claris non fit interpretatio*, formulado como regla hermenéutica. Un texto, que sobre el papel o a la luz de la experiencia aplicativa precedente, puede oscurecerse frente a la provocación de un nuevo caso⁷.

20 Precisamente, atendiendo a lo antes expuesto, el Tribunal estima necesario efectuar un análisis e interpretación sistemática de las normas que permitan obtener una solución razonable al caso materia de controversia; por lo que, en merito a ello, es de la opinión que el propósito legal asignado al artículo 215° del RLCE, está relacionado con el hecho que en la etapa correspondiente a la liquidación final de la obra se encuentre aún en discusión o en controversia algún incumplimiento imputable al contratista o se le esté imponiendo alguna penalidad o multa derivada de alguna infracción contractual en que ésta haya incurrido durante la ejecución del contrato; por lo que, en razón a ello, en dicho caso le será exigible al contratista mantener vigente la fianza de fiel cumplimiento, hasta que la referida liquidación quede legalmente consentida, es decir, luego que se resuelvan las controversias antes citadas que inciden sobre ésta; de este modo, bajo la interpretación arriba planteada en apreciación del Tribunal no se genera ninguna vulneración o transgresión a la naturaleza “accesoria” que posee la fianza, cuya existencia jurídicamente depende de la vigencia de una “obligación principal” .

21 El Tribunal considera que una aplicación literal del artículo 215° antes citado, el cual fue invocado por PROVIAS NACIONAL, conllevaría a que ésta ejerza un derecho que en el caso concreto carece de finalidad o propósito, un ejercicio que solo pretendería mantener vigente un formalismo, al margen del interés jurídicamente tutelado y protegido a través de la fianza.

⁷ MENGONI, Luigi *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 83.

22 En consecuencia, atendiendo a las precedentes consideraciones, el Tribunal estima amparable el reclamo formulado por la CONTRATISTA, respecto a la devolución o entrega por parte de PROVIAS NACIONAL de la fianza de fiel cumplimiento, así como que ésta última asuma los costos financieros que se hayan ocasionado por las sucesivas renovaciones de la misma, desde la fecha en que requerida la devolución de la Carta Fianza hasta la fecha en que acontezca su devolución efectiva.

23 Finalmente y como consecuencia de lo anterior el Tribunal considera igualmente amparable la tercera pretensión del CONSORCIO al haberse acreditado que desde el momento en que PROVIAS NACIONAL fue notificado del laudo derivado del expediente arbitral N° 197-38-11, incumplió con su deber de *formalización* de la liquidación del contrato, habida cuenta que para entonces había desaparecido todo riesgo sobre la liquidación preliminar contenida en el informe N° 011-2008-MTC/20.5/LCHV de fecha 08FEB08.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones expuestas, el Tribunal LAUDA

1° FUNDADA la primera pretensión demandada, en virtud de lo cual se ordena a PROVIAS NACIONAL devolver al CONSORCIO la carta fianza de fiel cumplimiento N° 0101923830-012;

2° FUNDADA la segunda pretensión demandada, en virtud de lo cual se ordena a PROVIAS NACIONAL pagar al CONSORCIO los costos bancarios y/o financieros ocasionados por las sucesivas renovaciones de la carta fianza de fiel cumplimiento N° 0101923830-012, desde la fecha de recepción de la obra hasta su devolución final para cuyos efectos el CONSORCIO deberá previamente acreditar ante la PROVIAS NACIONAL los pagos asumidos por la recurrente ante la ENTIDAD bancaria que emitió la fianza de fiel cumplimiento;

3° FUNDADA la tercera pretensión demandada en virtud de lo cual se ordena a PROVIAS NACIONAL INDEMNIZAR al CONSORCIO por los daños y perjuicios ocasionados a éste como consecuencia de la no devolución de la carta fianza de fiel cumplimiento N° 0101923830-012 hasta por la suma de S/ 500,000.00 (Quinientos mil y 00/100 soles); e

4° INFUNDADA la cuarta pretensión demandada, debiendo asumir en consecuencia cada una de las partes los gastos arbitrales en iguales proporciones en virtud de lo cual PROVIAS NACIONAL deberá reembolsar al CONSORCIO los honorarios arbitrales, de la secretaría arbitral y gastos administrativos que hubiese asumido por cuenta de aquella entidad.



YSMAEL FRANCISCO NÚÑEZ SÁENZ

ARBITRO