

*Tribunal Arbitral
Luciano Barchi Velaochaga
Hugo Solaguren Calmet
Elvira Martínez Coco*

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO
ARBITRAJE SEGUIDO POR
CODRALUX S.A. SUCURSAL DEL PERÚ
CONTRA LA AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL

TRIBUNAL ARBITRAL PRESIDIDO POR
EL DOCTOR LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA,
E INTEGRADO POR LA DOCTORA ELVIRA MARTÍNEZ COCO Y
EL DOCTOR HUGO SOLOGUREN CALMET

RESOLUCIÓN N° 15

Lima, 9 de diciembre del dos mil once.-

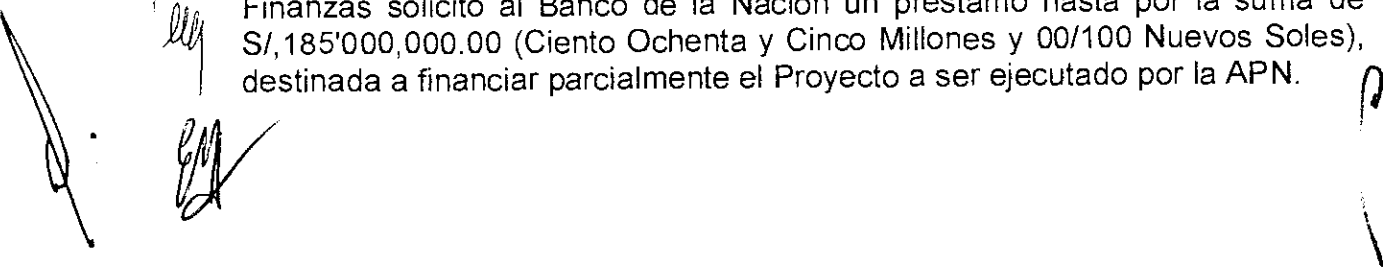
VISTOS:

I. ANTECEDENTES

En el año 2006, la Autoridad Portuaria Nacional, en adelante la APN, suscribió un Contrato de Concesión DBFOT (Design, Build, Finance, Operate and Transfer) del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao- Zona Sur con DP World Callao S.R.L. en calidad de concesionario, a efectos de modernizar el Terminal Portuario del Callao, obligándose este último a realizar, entre otras, obras de dragado de conformidad con las especificaciones técnicas reguladas en dicho contrato. Asimismo, el referido Contrato de Concesión, estableció a la APN como el organismo responsable de realizar los estudios necesarios para la implementación del Proyecto.

En el marco de la autorización contenida en el numeral 5.2 del Artículo 5° de la Ley N° 29290, Ley de Endeudamiento del Sector Público para el Año Fiscal 2009 y su modificatoria, y mediante el Decreto Supremo N° 316-2009-EF, se aprobó la operación de endeudamiento interno a ser acordada por el Ministerio de Economía y Finanzas y el Banco de la Nación hasta por la suma de S/.185'000,000.00 (Ciento Ochenta y Cinco Millones y 00/100 Nuevos Soles), destinada a financiar parcialmente el Proyecto a ser ejecutado por la APN.

Mediante el Oficio N° 1214-2009-EF/75.22, el Ministerio de Economía y Finanzas solicitó al Banco de la Nación un préstamo hasta por la suma de S/.185'000,000.00 (Ciento Ochenta y Cinco Millones y 00/100 Nuevos Soles), destinada a financiar parcialmente el Proyecto a ser ejecutado por la APN.



Mediante el Decreto Supremo N° 134-2010-EF, se autorizó una Transferencia de Partidas a favor del Pliego Autoridad Portuaria Nacional en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2010, hasta por la suma de S/. 100'774,041.00 (Cien millones setecientos setenta y cuatro mil cuarenta y uno y 00/100 Nuevos Soles), para atender la ejecución del Proyecto Mejoramiento y Ampliación de la Boca de Entrada al Terminal Portuario del Callao.

Codralux S.A. Sucursal del Perú, en adelante CODRALUX, es una sucursal de la sociedad Codralux S.A. constituida bajo las leyes de Luxemburgo, inscrita en la Partida Electrónica N° 11947281 del Libro de Sociedades Mercantiles del Registro de Personas Jurídicas de Lima, cuyo objeto social es dedicarse, entre otras actividades, al dragado y obras marítimas.

Con fecha 14 de septiembre de 2010, el Directorio de la APN adoptó el Acuerdo N° 889-197-14/09/2010/D, por el cual se aprobó la exoneración del proceso de selección para la contratación de CODRALUX, empresa especializada en trabajos de dragado y obras marítimas portuarias para la ejecución de las obras del Proyecto Mejoramiento y Ampliación de la Boca de Entrada al Terminal Portuario del Callao, facultando al Presidente del Directorio y/o Gerente General a formalizar y suscribir el contrato correspondiente, en el marco de las disposiciones de la Ley y el Reglamento

Con fecha 15 de septiembre de 2010 se emitió la Resolución de Acuerdo de Directorio N° 031-2010-APN/DIR, la cual detalla todo lo concerniente a la contratación antes mencionada, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley y el Reglamento.

Con fecha 17 de septiembre de 2010, se evaluó la propuesta y adjudicó la Buena Pro al CONTRATISTA, encargándole la ejecución de las Obras.

La APN mediante la Resolución de Acuerdo de Directorio 31-2010-APN/DIR de fecha 15 de setiembre de 2010 decidió contratar por exoneración a CODRALUX, para llevar a cabo la ejecución de los trabajos de Mejoramiento y Ampliación de la Boca de Entrada al Terminal Portuario del Callao, que implicaba la ejecución de trabajos de dragado y enrocado, en adelante la Obra.

Como consecuencia de ello, el 28 de setiembre de 2010, la APN y CODRALUX suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra 004-2010-APN para el Mejoramiento y Ampliación de la Boca de Entrada en el Terminal Portuario del Callao, en adelante el Contrato, que contempló que los trabajos debían realizarse en un plazo de 196 días por un monto de US\$ 61'615,086.13 (Sesenta y Un Millones Seiscientos Quince Mil Ochenta y Seis y 13/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

En la ejecución del Contrato surgieron controversias entre las partes que son materia del presente proceso arbitral.

II. EL ARBITRAJE

II.1 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

Inicio del Proceso Arbitral, Designación de los Árbitros e Instalación del Tribunal Arbitral

Surgidas las controversias entre las partes con relación al Contrato, CODRALUX designó como árbitro a la doctora Elvira Martínez Coco. A su turno y dentro del plazo de ley, la APN designó al doctor Hugo Soluguren Calmet como árbitro.

Ambos árbitros designados por las partes se pusieron de acuerdo respecto del nombramiento del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, designación que recayó en el doctor Luciano Barchi Velaochaga.

Con fecha 7 de setiembre de 2011 se instaló el Tribunal Arbitral con presencia y participación de las partes. En este acto se señalaron las reglas del arbitraje y se fijaron los anticipos de honorarios de los árbitros y del secretario arbitral.

Cabe resaltar que las partes han aceptado plenamente la designación de este Tribunal Arbitral, al no haber recusado a los árbitros ni manifestado razón alguna para dudar de su independencia e imparcialidad, dentro de los plazos y oportunidades que fija la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, en adelante la "LA".

El Convenio Arbitral y la Competencia del Tribunal Arbitral

En la Cláusula 27° del Contrato se pactó el mecanismo de solución de controversias y se dispuso que cualquier discrepancia que surgiera entre las partes desde la celebración del Contrato fuera resuelta por arbitraje de derecho de acuerdo a lo establecido en las normas de Contrataciones del Estado.

En virtud de ello, en el punto 5 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se dispuso que conforme al convenio arbitral, el presente arbitraje sería nacional, ad hoc y de derecho.

Procedimiento arbitral aplicable

Según lo establecido en el punto 6 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, el arbitraje debe regirse de acuerdo con las reglas establecidas en ella, complementariamente por lo dispuesto en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1017, el Capítulo VIII del Título III de su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y, en su defecto, lo dispuesto por la LA.

Adicionalmente, en el punto 23 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se dispuso que los árbitros tienen la potestad para dictar las reglas complementarias que sean necesarias, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, intermediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe, posibilitando la adecuada defensa de las partes.

II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56° de la LA. Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente arbitraje se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43° de la LA, en el que se señala que: "El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas...".

II.3 LA DEMANDA

El 19 de setiembre de 2011, dentro del plazo previsto para tal fin en el numeral 14 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, CODRALUX formuló su demanda, incluyendo las pretensiones que se describen a continuación.

Primera Pretensión Principal

Que se determine si APN debe pagar a CODRALUX la suma de US\$ 5'792,935.55 (Cinco Millones Setecientos Noventa y Dos Mil Novecientos Treinta y Cinco y 55/100 Dólares de los Estados Unidos de América), más el IGV e intereses que se devenguen desde la fecha de recepción de la obra o la que determine el Tribunal hasta la fecha efectiva de pago, como indemnización por los daños irrogados a CODRALUX por los mayores trabajos de dragado que debió realizar para culminar la Obra.

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal

Que se determine si APN debe pagar a CODRALUX la suma de US\$ 5'792,935.55 (Cinco Millones Setecientos Noventa y Dos Mil Novecientos Treinta y Cinco y 55/100 Dólares de los Estados Unidos de América), más el IGV e intereses que se devenguen desde la fecha de recepción de la obra o la que determine el Tribunal hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa, derivado del hecho de haber

recibido la APN una prestación cuyo valor es superior al pagado por ésta, debido a los mayores trabajos de dragado ejecutados por CODRALUX.

Segunda Pretensión Principal

Que se determine si la APN debe pagar a CODRALUX la suma de US\$ 4'107,193.69 (Cuatro Millones Ciento Siete Mil Ciento Noventa y Tres y 69/100 Dólares de los Estados Unidos de América), más IGV e intereses que se devenguen desde la fecha de recepción de la obra o la que determine el Tribunal hasta la fecha efectiva de pago, como indemnización por los daños irrogados a CODRALUX por los mayores trabajos de enrocado que debió realizar para culminar la obra.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal

Que se determine si la APN debe pagar a CODRALUX la suma de US\$ 4'107,193.69 (Cuatro Millones Ciento Siete Mil Ciento Noventa y Tres y 69/100 Dólares de los Estados Unidos de América), más IGV e intereses que se devenguen desde la fecha de recepción de la obra o la que determine el Tribunal hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa, derivado del hecho de haber recibido la APN una prestación cuyo valor es superior al pagado por ésta, debido a los mayores trabajos de enrocado ejecutados por CODRALUX.

Tercera Pretensión Principal

Que se determine si la APN debe pagar a favor de CODRALUX el íntegro de las costas y costos que se deriven del presente arbitraje.

Hechos de la Demanda

1. Que según la Resolución de Acuerdo de Directorio 31-2010-APN/DIR de fecha 15 de setiembre de 2011 la APN decidió contratar por exoneración a CODRALUX para lo siguiente:

“Que, en merito a lo señalado en los considerandos precedentes, se determina la necesidad que tiene la APN de ejecutar en el menor plazo posible las obras de Mejoramiento y Ampliación de la Boca de Entrada al Terminal Portuario del Callao para el cumplimiento de sus funciones, vía exoneración del Proceso de Selección”

2. Que en vista de ello, el 28 de setiembre de 2010 la APN y CODRALUX suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra 004-2010-APN para el Mejoramiento y Ampliación de la Boca de Entrada en el Terminal Portuario de Callao que contempló que los trabajos debían realizarse

en un plazo de 196 días por un monto de US\$ 61'615,086.13 (Sesenta y Un Millones Seiscientos Quince Mil Ochenta y Seis y 13/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

3. Que con fecha 10 de noviembre de 2010, se inició el plazo de ejecución de obra, contándose a partir de ese momento el plazo de 196 días calendario para culminar los trabajos. Según el Contrato, los actores principales de la obra son la Entidad Contratante (APN) y la Contratista (CODRALUX).
4. Que a efectos de representación en la obra, la APN contrató a la empresa CODRALUX INTECSA-INARSA-OIST (en adelante, el Supervisor). Debe precisarse, además, que previamente, la APN contrató al CODRALUX TYPESA-TEGEPESA (en adelante, el Proyectista) para la elaboración del proyecto (Expediente Técnico) que fue entregado por la APN a CODRALUX para que ejecutara la obra.
5. Que según se señala en la demanda, ya en la ejecución del Contrato, la contratista se encontró con la necesidad de ejecutar mayores trabajos de dragado y enrocado para culminar la obra, los que no fueron pagados señalándose que el Contrato derivaba de una exoneración.
6. Que al respecto, en el caso del dragado, el Expediente Técnico asumía en el fondo que CODRALUX sólo dragaría hasta la cota -16.00, ya que no incluyó ni presupuestó los mayores metrados; sin embargo, terminó dragando hasta la cota -17.00m; mientras que en lo referido al enrocado, el Expediente Técnico indicaba que sólo habría roca hasta el nivel -14.00m, pero CODRALUX tuvo que remover roca hasta los -18.00 m.
7. Que a continuación, se ilustran en un cuadro las solicitudes de mayores costos que se reclamaron:

SOLICITUD DE MAYORES COSTOS	MOTIVO	SOLICITADO POR CODRALUX	RECONOCIDO POR LA APN
Carta CDL 3801.0082.T.Ltd de fecha 01 de marzo de 2011.	Mayores metrados de enrocado	US\$ 5'792,935.55, más el IGV.	La APN no tramitó la solicitud
Carta CDL 3801.CII.0175.Ltd de fecha 20 de mayo de 2011.	Mayores metrados de dragado	US\$ 4'107,193.69, más el IGV.	La APN no tramitó la solicitud

8. Que cabe precisar que, según lo indicado en la demanda, la ejecución de estos mayores trabajos fue imprescindible para culminar la obra, ya

que de no hacerlo, CODRALUX no habría cumplido con las especificaciones técnicas.

9. Que por tanto, la obra no habría sido recibida por la APN. Esto quiere decir que, el Expediente Técnico que la APN entregó a CODRALUX establecía un resultado a obtener, pero los medios que consignó para ese propósito (en dragado y enrocado) eran deficientes.
10. Que con fecha 12 de mayo de 2011, cuando la Obra aún no culminaba (pues CODRALUX estaba ejecutando los trabajos de remoción de enrocado o escolleras), se inició la recepción parcial de la Obra, correspondiente únicamente a los trabajos de dragado, con presencia de la Comisión de Recepción nombrada mediante la Resolución de Gerencia General 219-2011-APN/GG.
11. Que es así, que tras haber sido verificada la ejecución, el 20 de mayo de 2011 se procedió a la suscripción del Acta de Recepción de las obras de dragado, de conformidad con lo previsto por el Contrato.
12. Que asimismo, tras la conclusión de los trabajos de remoción de enrocado en los rompeolas, el 25 de mayo de 2011, CODRALUX informó a la Supervisión sobre la culminación de las obras y solicitó la recepción total de las mismas.
13. Que como se indica en la demanda, en el asiento 191 del Cuaderno de Obra de fecha 30 de mayo de 2011 el Supervisor señaló que:

“En relación al asiento N° 189, la Supervisión en cumplimiento del Art. 210 de RLCE, comunica a la APN, mediante carta 121-2011-C110-BTPC, que la obra se encuentra conforme al Expediente Técnico y especificaciones técnicas, para proceder con la recepción de obra.”

14. Que en este sentido, el 8 de junio de 2011 se dio inicio a la recepción total de la Obra, al haberse culminado los trabajos.
15. Que sin embargo, a esa fecha, la APN no se había pronunciado aún sobre los requerimientos de CODRALUX de mayores costos irrogados. Recién el 7 de julio de 2011, mediante Carta N° 483-2011-APN/GG, la APN negó formalmente la solicitud de CODRALUX del reconocimiento de mayores costos por ejecución de mayores volúmenes de dragado y enrocado, no previstos inicialmente.

16. Que conforme se señala en el escrito de demanda, el 8 de julio de 2011 la Comisión de Recepción verificó el levantamiento de las

observaciones, según se aprecia del Acta de Recepción Final de Obra de fecha 12 de julio de 2011.

17. Que en base a ello, el Supervisor señaló en el asiento 136 del Cuaderno de Obra de fecha 13 de julio de 2011 lo siguiente:

“El 08.07.2011 se dio inicio a la recepción de obra final, en donde la comisión de recepción verificó el levantamiento de las observaciones planteadas en el acta del 08-06-2011, de acuerdo al Art. 210 del RLCE, en donde es conforme los trabajos ejecutados. En señal de conformidad se suscribió el acta de recepción final de obra el 12.07.2011.”

18. Que en vista de ello, el 13 de julio de 2011, tras habersele negado los requerimientos de mayores costos, mediante la Carta N° 483-2011-APN/GG, CODRALUX presentó su solicitud de arbitraje a la APN solicitando el pago de US\$ 9'900,129.24 (Nueve Millones Novecientos Mil Ciento Veintinueve y 24/100 Dólares de los Estados Unidos de América), sin incluir el IGV, por los trabajos de mayor dragado y enrocado efectivamente realizados por CODRALUX.

Fundamentos de Derecho de la Demanda

CODRALUX señala como fundamentos de derecho de su demanda las estipulaciones contenidas en las siguientes normas:

- Contrato de Ejecución de Obra N° 004-2010-APN.
- Resolución de Acuerdo de Directorio 31-2010-APN/DIR.
- Las Especificaciones Técnicas que forman parte del Expediente Técnico.
- El Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley), y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento).

Asimismo, indica que con relación a los aspectos no contemplados o pactados expresamente, serán de aplicación el Código Civil y las demás normas y principios generales del derecho que regulan los contratos y/o las obligaciones.

II.4 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Sobre la excepción de falta de jurisdicción arbitral por razón de la materia respecto de la Primera Pretensión Principal

- ef. cam. gma.*
1. Que según señala la APN en su escrito de excepciones y contestación de la demanda, en la Cláusula Séptima del Contrato se señala lo siguiente:

“Cláusula 7: Obras Adicionales

Las partes establecen en forma expresa que las obligaciones asumidas por el CONTRATISTA en el presente Contrato corresponden únicamente a las Obras contempladas en el Expediente Técnico. En tal sentido, en caso la APN informe al CONTRATISTA que para la ejecución del Proyecto es indispensable ejecutar obras adicionales, no contempladas en el Expediente Técnico, se deberá proceder de acuerdo a lo establecido en los artículos 133° al 136° del Reglamento, aplicables a los supuestos de exoneración por situación de desabastecimiento inminente, a efectos de realizar una nueva contratación para la ejecución de las nuevas obras, pactándose una nueva contraprestación por este concepto”.

2. Que asimismo, agrega la APN que en el último párrafo del numeral 2 de la Cláusula Décimo Sexta del Contrato, las partes pactaron que si el Contratista encontrase condiciones no contempladas en el Expediente Técnico, que impliquen un retraso en los plazos de ejecución de obras y/o una ampliación del presupuesto, se deberá proceder conforme al procedimiento previsto en la Cláusula Séptima del Contrato de Obra, antes mencionada.
3. Que esto quiere decir que, según el Contrato, en los casos de obras adicionales se tenía que seguir el procedimiento establecido en los artículos 133° al 136° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF; artículos aplicables a los supuestos de contratos derivados de una exoneración por situación de desabastecimiento inminente, como sucede en el presente caso.
4. Que al respecto, citando el artículo 136° del Reglamento, la APN señala que de ser necesario adicionales en las contrataciones exoneradas por causales de desabastecimiento inminente, como supuestamente sucede en el presente caso según la propia demandante, se requerirá para su ejecución de un nuevo y previo acuerdo o resolución exoneratoria.
5. Que así también, el artículo 133° del Reglamento señala que la resolución o acuerdo que apruebe la exoneración del proceso de selección requiere obligatoriamente de uno (1) o más informes previos, que contengan la justificación técnica y legal de la procedencia y necesidad de la exoneración.

6. Que de esta manera, la APN manifiesta que según lo pactado por las partes en la Cláusula Séptima del Contrato y de lo establecido en los artículos 133° al 136° del Reglamento, para el supuesto de gastos adicionales de obra, debía emitirse una nueva Resolución de Directorio que autorizará a la APN a celebrar un nuevo contrato de Obra Exonerada con CODRALUX a efectos de realizar una nueva contratación para la ejecución de las nuevas obras, pactándose una nueva contraprestación por este concepto.
7. Que en ese contexto, la pretensión indemnizatoria del demandante, correspondiente a la Primera Pretensión Principal, no proviene del Contrato, por lo que tampoco se encuentra dentro de los alcances del convenio arbitral contenido en el apartado 27.2 de la Cláusula Vigésimo Séptima del mismo, puesto que se acordó que *"todas las controversias que se deriven del Contrato o que tengan relación con el mismo, incluidas las relativas a su existencia, validez, nulidad, anulabilidad, así como las vinculadas al presente convenio arbitral, serán resueltas mediante arbitraje de derecho"*.

Sobre la excepción de falta de jurisdicción arbitral por razón de la materia respecto de la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal:

1. Que la APN sostiene que CODRALUX al solicitar como Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, el pago de la suma de US\$ 5'792,935.55, más IGV e intereses que se devenguen desde la fecha de recepción de la obra o la que determine el Tribunal hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa, debido a los gastos por mayores trabajos de dragado, escapa de lo pactado en el convenio arbitral; por lo que el Tribunal Arbitral no se encuentra autorizado para avocarse al conocimiento de esta pretensión.
2. Que precisa que, al ser el enriquecimiento sin causa una situación en la que una persona se beneficia o enriquece a costa de otra sin que exista una causa, acuerdo o contrato que justifique ese desplazamiento patrimonial y que, conforme al apartado 27.2 de la Cláusula Vigésimo Séptima del Contrato de Obra, las partes acordaron que todas las controversias que se deriven del Contrato o que tengan relación con el mismo, incluidas las relativas a su existencia, validez, nulidad, anulabilidad, así como las vinculadas al citado presente convenio arbitral, no corresponde al Tribunal Arbitral avocarse al conocimiento de una pretensión que no se encuentra prevista dentro del Contrato de Obra.

Sobre la excepción de falta de jurisdicción arbitral por razón de la materia respecto de la segunda pretensión principal

1. Que la APN señala que al plantear CODRALUX como Segunda Pretensión Principal que la APN le pague la suma de US\$ 4'107,193.69 más IGV e intereses que se devenguen desde la fecha de recepción de la Obra, o la que determine el Tribunal hasta la fecha efectiva del pago, como indemnización por los daños irrogados a su empresa por los mayores trabajos de enrocado que debió realizar para culminar la obra, no toma en cuenta que dicha situación no forma parte del Contrato de Obra, puesto que las partes expresamente acordaron que de presentarse ellas, serían materia de otra relación contractual.
2. Que en ese sentido, la pretensión indemnizatoria de CODRALUX al no devenir del Contrato de Obra, no se encuentra dentro de los alcances del convenio arbitral contenido en el apartado 27.2 de la Cláusula Vigésimo Sétima del Contrato.
3. Que en consecuencia, el Tribunal Arbitral no puede avocarse al conocimiento de la Segunda Pretensión Principal de la demanda, ya que excedería los alcances del convenio arbitral.

Sobre la falta de jurisdicción arbitral por razón de la materia respecto de la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal

1. Que al sustentar CODRALUX su Pretensión Subordinada de la Segunda Pretensión Principal, en enriquecimiento sin causa, toda vez que solicita que la APN le pague de US\$ 4'107,193.69 más IGV e intereses que se devenguen desde la fecha de recepción de la obra, o la que determine el Tribunal hasta la fecha efectiva del pago, por mayores trabajos de enrocado, se olvida que dicha situación no está prevista en el convenio arbitral celebrado por las partes.
2. Que en consecuencia, al no configurar su pedido parte de un vínculo contractual previo entre las partes y no estar previsto dentro de lo que forma la materia arbitrable regulada en el convenio arbitral suscrito por las partes, el Tribunal Arbitral no puede avocarse al conocimiento de la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la demanda, por no ser parte del Contrato de obra.

Fundamentos de la Contestación de la demanda

1. Que con la finalidad de llevar a cabo las obras del Proyecto de Mejoramiento y Ampliación de la Boca de Entrada al Terminal Portuario del Callao (en adelante "el Proyecto"), la APN, de conformidad con el Decreto de Urgencia N° 039-2010 (el cual previó ejecutar obras mediante la adopción de medidas de excepción), el Acuerdo N° 889-

197-14/09/2010/D (por el cual se aprobó la exoneración de proceso de selección para la contratación de la empresa CODRALUX para la ejecución de las obras de el Proyecto) y el Acuerdo de Directorio N° 031-2010-APN/DIR (que declaró la situación de "Desabastecimiento Inminente de obras relativas al Proyecto Mejoramiento y Ampliación de la Boca de Entrada al Terminal Portuario del Callao" y aprobó la exoneración del proceso de selección de CODRALUX para la ejecución de obras de el Proyecto), suscribió con CODRALUX el Contrato, el cual tenía por objeto lo siguiente:

- La obligación por parte de CODRALUX de ejecutar las Obras a favor de la APN, según los términos, condiciones y especificaciones Técnicas contenidas en el Expediente Técnico,
 - La obligación por parte de CODRALUX conjuntamente con el supervisor de las obras de efectuar un Levantamiento Batimétrico del área comprendida en el Proyecto que posibilite establecer los volúmenes estimados de dragado, según el Expediente Técnico,
 - La obligación de la APN a pagar a favor de CODRALUX la suma pactada en la Cláusula Décimo Primera del Contrato de obra, de acuerdo con los términos y condiciones previstos en el mismo, en calidad de contraprestación por las obras, entre otras cosas.
2. Que asimismo, según la APN, en la Cláusula Séptima del Contrato de Obra denominado "Obras adicionales", se determina que las obligaciones asumidas por CODRALUX en el referido Contrato corresponden únicamente a las obras contempladas en el Expediente Técnico; tal que, en caso que para la ejecución del Proyecto sea indispensable ejecutar obras adicionales, no contempladas en este, se debía proceder de acuerdo a lo establecido en los artículos 133° y 136° del Reglamento, aplicables a los supuestos de exoneración por situación de desabastecimiento inminente, a efectos de realizar una nueva contratación para la ejecución de las nuevas obras, pactándose una nueva contraprestación por este concepto.
3. Que afirma la parte demandada que, respecto a la contraprestación del Contrato, en la Cláusula 11 del Contrato de Obra se señala expresamente lo siguiente:

"La contraprestación que por todo concepto corresponde al CONTRATISTA (entiéndase, CODRALUX) asciende a la suma de US\$ 61'615,086.13 (Sesenta y un millones seiscientos quince mil ochenta y seis con 13/100 dólares americanos), incluidos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y los costos laborales respectivos conforme a la

legislación vigente, así como todo otro concepto aplicable que pueda incidir en el valor de los servicios contratados, conforme se indica en la Propuesta Económica.

La mencionada contraprestación se abonará de acuerdo a los Precios Unitarios, Metrados y las Valorizaciones referidas en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato y en la Propuesta Económica.

Queda establecido que las cantidades previstas de los Metrados y Valorizaciones en la Propuesta Económica son cantidades estimadas y no deberán ser considerados como cantidades exactas.

El CONTRATISTA (entiéndase, CODRALUX) declara expresamente que el monto de la contraprestación descrita en el párrafo precedente incluye, además de los costos directos de la ejecución de las Obras, los Gastos Generales y la utilidad propuesta, comprendiendo todo aquello que se requiera para su correcta ejecución. (...)"

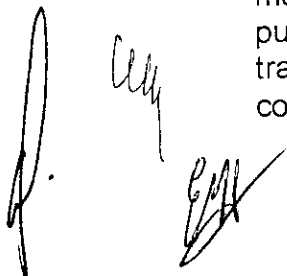
4. Que citando la Cláusula Décimo Quinta del Contrato, agrega la APN, que será CODRALUX quien deberá comunicar de inmediato a la APN acerca de la necesidad de efectuar modificaciones y/o precisiones al Expediente Técnico para que la APN evalúe la solicitud y se pronuncie al respecto.
5. Que si en caso, la APN aceptara la solicitud, deberá efectuar los cambios en el Expediente Técnico y comunicarlo a CODRALUX.
6. Que si la modificación del Expediente implicara un mayor Plazo de Ejecución del Contrato, las partes deberán convenir la ampliación del mismo.
7. Que en cambio, si la APN no admitiera la propuesta de modificación, esta última hará la correspondiente comunicación para que CODRALUX continúe la ejecución de las Obras, bajo responsabilidad de la APN, en lo que hubiera sido observado por CODRALUX.
8. Que adicionalmente, esta cláusula prevé expresamente que "si las modificaciones y/o precisiones al Expediente Técnico propuestas por el CONTRATISTA (entiéndase, CODRALUX) suponen la ejecución de nuevas obras, se deberá proceder conforme lo establecido en la Cláusula Séptima del presente Contrato."

9. Que no obstante ello, según se indica en el escrito de contestación de la demanda, CODRALUX, desconociendo que el procedimiento de contratación por exoneración constituye un supuesto excepcional de contratación, el cual implica un procedimiento de aprobación particular y una serie de restricciones determinadas, así como lo establecido en la Cláusula Séptima del Contrato de obra, realizó gastos por dragado y enrocado no aprobados por la APN, lo cual origino que se desatara la presente controversia.
10. Que además, la APN indica que CODRALUX tenía conocimiento de la existencia de una prohibición temporal para tramitar solicitudes de recursos adicionales por parte de entidades del Estado desde el día 31 de marzo de 2011 hasta el día 28 de julio de 2011 debido a la emisión del Decreto de Urgencia No. 012-2011.

II.5 SOBRE LA ABSOLUCIÓN A LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR LA APN

El 24 de octubre de 2011 CODRALUX absolvió las excepciones formuladas por la APN en el siguiente sentido:

1. Que la APN se confunde al sustentar su reclamo como si fuese uno de aprobación y pago de presupuestos adicionales (sustentado en obras adicionales).
2. Que CODRALUX no está reclamando en el arbitraje un pago de presupuesto adicional sino una indemnización por el daño que le ha ocasionado la falta de reconocimiento de los mayores volúmenes de dragado y enrocado en la obra.
3. Que tan es así que la APN nunca estuvo dispuesta a realizar el pago por presupuesto adicional; por lo que, el hecho de que los mayores volúmenes de las partidas previstas en el Expediente Técnico no estuvieran dentro del presupuesto original, no hace que estas formen parte de una nueva obra independiente del Contrato suscrito y menos que no este comprendido dentro de los alcances del convenio arbitral.
4. Que con relación a las excepciones referidas a las pretensiones sustentadas en enriquecimiento sin causa, CODRALUX señala que el propio Contrato de obra es tan flexible y abierto que permite que los mayores volúmenes ejecutados sean reclamados mediante arbitraje, puesto que lo que se esta discutiendo es puramente contractual por tratarse de mayores metrados ejecutados y necesarios para cumplir con la obra entregada y la finalidad del Contrato.



II.6 CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Con fecha jueves, 26 de octubre de 2011 se celebró la Audiencia de Determinación de las Cuestiones que serán Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral y Admisión de Medios Probatorios. Seguidamente, el Tribunal Arbitral procedió a establecer los puntos a resolver en el arbitraje.

Al respecto, el Tribunal Arbitral señaló que, antes de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, este se pronunciará sobre lo siguiente:

“Se determinará si es que, conforme a los alcances del convenio arbitral y el Contrato de Obra, el Tribunal Arbitral es competente o no para pronunciarse sobre la Primera Pretensión Principal, la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, la Segunda Pretensión Principal y la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Arbitral se reserva la facultad de resolver este extremo en un momento anterior a la emisión del laudo si así lo estima conveniente.”

Luego, el Tribunal Arbitral, teniendo en cuenta la demanda presentada por CODRALUX con fecha 19 de setiembre de 2011, así como la contestación de la demanda planteada por la APN con fecha 3 de octubre de 2011 estableció que resolverá en el laudo, de ser el caso, sobre las siguientes materias:

“(i) Se determinará si se debe ordenar a la APN que pague a CODRALUX la suma de US\$ 5'792,935.55 (Cinco Millones Setecientos Noventa y Dos Mil Novecientos Treinta y Cinco y 55/100 Dólares de los Estados Unidos de América), más el I.G.V. e intereses que se devenguen desde la fecha de recepción de la obra o la que determine el Tribunal hasta la fecha efectiva de pago, como indemnización por los daños que le habría irrogado a CODRALUX por los mayores trabajos de dragado que habría realizado para culminar la obra y que aún no habrían sido pagados.

(ii) Según la conclusión a la que se llegue en el punto anterior, se determinará si la APN debe pagar a CODRALUX la suma de US\$ 5'792,935.55 (Cinco Millones Setecientos Noventa y Dos Mil Novecientos Treinta y Cinco y 55/100 Dólares de los Estados Unidos de América), más I.G.V. e intereses que se devenguen desde la fecha de recepción de la obra o la que determine el Tribunal hasta la fecha efectiva de pago,

por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa, derivado del hecho de haber recibido la APN una prestación cuyo valor sería superior al pagado por ésta, debido a los mayores trabajos de dragado ejecutados por CODRALUX.

- (iii) Se determinará si se debe ordenar a la APN que pague a CODRALUX la suma de US\$ 4'107,193.69 (Cuatro Millones Ciento Siete Mil Ciento Noventa y Tres y 69/100 Dólares de los Estados Unidos de América), más I.G.V. e intereses que se devenguen desde la fecha de recepción de la obra o la que determine el Tribunal hasta la fecha efectiva de pago, como indemnización por los daños que le habría irrogado a CODRALUX por los mayores trabajos de enrocado que habría realizado para culminar la obra, los que habrían sido reconocidos por la APN pero no pagados.*
- (iv) Según la conclusión a la que se llegue en el punto anterior, se determinará si la APN debe pagar a CODRALUX la suma de US\$ 4'107,193.69 (Cuatro Millones Ciento Siete Mil Ciento Noventa y Tres y 69/100 Dólares de los Estados Unidos de América), más I.G.V. e intereses que se devenguen desde la fecha de recepción de la obra o la que determine el Tribunal hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa, derivado del hecho de haber recibido la APN una prestación cuyo valor sería superior al pagado por ésta, debido a los mayores trabajos de enrocado ejecutados por CODRALUX.*
- (v) Según la conclusión a la que se llegue en el punto anterior, se determinará si la APN debe pagar a CODRALUX la suma de US\$ 5'792,935.55 (Cinco Millones Seteci determinará si se debe condenar a alguna de las partes al pago de los costos del arbitraje."*

Finalmente, se estableció que el Tribunal Arbitral quedaba facultado para pronunciarse sobre todos los aspectos relacionados y conexos a estas materias o aquellas que hayan sido objeto de argumentación de las partes durante el desarrollo del arbitraje, siempre y cuando estén dentro de los alcances del convenio arbitral.

II.7 PRUEBAS

Tanto en el escrito de demanda como el de contestación de demanda, las partes adjuntaron medios de prueba para sus defensas. Dichos medios de prueba fueron admitidos debidamente por el Tribunal Arbitral en la audiencia llevada a cabo el 26 de octubre de 2011.

Asimismo, el día 10 de noviembre de 2011 se llevó a cabo una Audiencia de Pruebas a efectos de que se llevara la declaración de parte de CODRALUX. Tal declaración fue efectuada por el señor Degrieck a nombre de la parte demandante.

Finalmente, se deja constancia de que conforme al artículo 43° de la LA el Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

II.8 ALEGATOS E INFORMES ORALES

En la Audiencia de Pruebas realizada el 10 de noviembre de 2011, el Tribunal otorgó a las partes plazo hasta el 28 de noviembre de 2011 para que presenten sus alegatos por escrito.

Al respecto, el 18 de noviembre de 2011 CODRALUX y la APN presentaron sus alegatos.

Con fecha 24 de noviembre de 2011 se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación de los representantes de ambas partes. Se les otorgó a las partes el uso de la palabra para que expongan sus alegaciones y conclusiones finales.

II.9 PLAZO PARA LAUDAR

De conformidad con lo establecido en el numeral 31 del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral y conforme a lo establecido en la Cláusula 27 del Contrato de Obra, se procedió a fijar el plazo para laudar en noventa (90) días siguientes al inicio de la actuación arbitral.

Asimismo, mediante la Resolución N° 14 de fecha 5 de diciembre de 2011, se prorrogó el plazo para la emisión del laudo por siete (7) días calendarios adicionales, conforme a lo facultado en la aludida Cláusula 27 del Contrato.

II.10 HONORARIOS Y GASTOS ARBITRALES

En el numeral 36 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 7 de setiembre de 2010, se fijó como anticipo de honorarios de cada uno de los

árbitros la suma de S/. 40,000.00 (Cuarenta mil y 00/100 Nuevos Soles) netos y del secretario arbitral la suma de S/. 26,000.00 (Veintiséis mil y 00/100 Nuevos Soles) netos.

Asimismo, mediante la Resolución N° 08 de fecha 14 de noviembre de 2011 se dispuso la liquidación de un segundo anticipo de honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, fijándose como honorarios adicionales de cada uno de los árbitros la suma de S/. 30,000.00 (Treinta mil y 00/100 Nuevos Soles) netos y del secretario arbitral la suma de S/. 19,500.00 (Diecinueve mil quinientos y 00/100 Nuevos Soles) netos.

En este sentido, el honorario total percibido por cada uno de los miembros del Tribunal Arbitral asciende a S/. 70,000.00 (Setenta mil y 00/100 Nuevos Soles) netos. Asimismo, el honorario total de la Secretaría Arbitral asciende a S/. 45,500.00 (Cuarenta y cinco mil quinientos y 00/100 Nuevos Soles) netos.

Los mencionados montos fueron pagados de la siguiente manera:

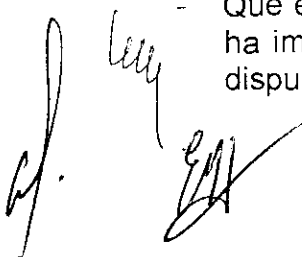
- La APN asumió el pago de S/. 10,000.00 (Diez mil y 00/100 Nuevos Soles) del total de los honorarios netos de cada uno de los árbitros, así como S/. 6,500.00 (Seis mil quinientos y 00/100 Nuevos Soles) de los honorarios netos del secretario arbitral.
- CODRALUX, efectuó el pago de S/. 60,000.00 (Sesenta mil y 00/100 Nuevos Soles) del total de los honorarios netos de cada uno de los árbitros, así como S/. 39,000.00 (Treinta y nueve mil y 00/100 Nuevos Soles) de los honorarios netos del secretario arbitral.

CONSIDERANDO:

III. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, La Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, al que las partes se sometieron de manera incondicional.
- Que en momento alguno se ha recusado a alguno de los árbitros o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.

Handwritten signatures and initials in black ink, including a large signature on the left and several smaller ones to its right.A handwritten mark or signature on the right margin of the page.

- Que CODRALUX presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- Que la APN fue debidamente emplazada con la demanda, la cual contestó oportunamente y que ha ejercido plenamente su derecho de defensa.
- Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas.
- Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
- Que el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.

IV. MECANISMOS QUE SERÁN UTILIZADOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL PARA INTERPRETAR EL CONTRATO MATERIA DEL ARBITRAJE

Para poder determinar los alcances del Contrato celebrado entre CODRALUX y la APN ha sido imprescindible realizar una labor interpretativa.

IV.1 ¿EN QUE CONSISTE LA INTERPRETACIÓN?

La interpretación es la acción y el efecto de interpretar, de explicar o de declarar el sentido de una cosa, principalmente el de un contrato dudoso, ambiguo o contradictorio.

De esta manera, el problema de la interpretación surge como una necesidad perentoria ante la oscuridad o la ambigüedad de una norma o de un acto jurídico que suscita, en quien se enfrenta a la norma o al acto, dudas en relación a su contenido.

Por ello, el Tribunal Arbitral al realizar su labor interpretativa tendrá en consideración, las pautas señaladas por Scognamiglio, en el sentido que:

“La interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses particulares. Así las cosas, es obvio que la interpretación debe guiarse directamente al contenido del acto dispositivo que debe ser destacado en su significación completa,

[Handwritten signatures]

[Handwritten mark]

dentro de una valoración amplia, pero también equilibrada de los puntos de vista e intereses opuestos.”¹

En cuanto a las normas aplicables, el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta que el contenido del Contrato es obligatorio para las partes siéndole de aplicación las normas del Título III del Decreto Legislativo N° 1017 referidas a las Contrataciones y las del Título III del D.S. 084-2004-PCM referidas a la Ejecución Contractual.

En cuanto a las lagunas contractuales, según la Cláusula 27.1 del Contrato, éstas se llenarán acudiendo a la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y el Código Civil. Si las normas mencionadas no llenan el vacío existente, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho público y, en ausencia de éstas las del derecho privado; en su defecto, el Tribunal Arbitral resolverá discrecionalmente, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 142° del Reglamento y en el punto 8 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral:

“27.1. El presente Contrato está sujeto a las leyes de la República del Perú, incluyendo la Ley [de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo No. 1017] y el Reglamento [de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 184-2008-EF], las Bases Administrativas y la propuesta técnica y económica. En todo lo no contemplado en el presente contrato, serán de aplicación las disposiciones de la Ley, el Reglamento, el Código Civil y las que resulten aplicables”. (El subrayado es nuestro).

“Artículo 142° Contenido del Contrato

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato. El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de

¹ SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Traducción de HINESTROSA, Fernando. Universidad Externado de Colombia. Medellín. 1983. Pág. 236.

este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado." (El subrayado es nuestro).

8. La ley aplicable al fondo de la controversia es la ley peruana, en especial, la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento. En caso de deficiencia o vacío de la legislación aplicable, el Tribunal Arbitral queda facultado para resolver a su entera discreción de conformidad con lo dispuesto por los artículos 34° y 40° de la LA". (El subrayado es nuestro).

IV.2 PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS A APLICARSE POR EL TRIBUNAL ARBITRAL



En su labor interpretativa, el Tribunal Arbitral tendrá presentes los siguientes principios interpretativos:

- **De conservación del contrato**, por el cual cuando una cláusula del contrato es susceptible de interpretarse en dos sentidos deberá entenderse en aquél que puede producir algún efecto y no en el que no genere ninguno.

La interpretación, como señala Díez Picazo:

*"(...) debe dirigirse a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz. Entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última"*².

- **De la búsqueda de la voluntad real de las partes**, que es la posición asumida por el Código Civil Peruano cuando se presenta alguna discrepancia entre lo declarado por las partes y lo querido por ellas. En efecto, en el último párrafo del artículo 1361° del Código Civil se establece la presunción "*iuris tantum*" que "la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla".

  
DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Editorial Civitas. Madrid, 1993. Pág. 396.

Esto quiere decir que el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá hacerse de manera integral y completa teniendo en cuenta la "voluntad común", a la que en la Exposición de Motivos del Código Civil se la define como:

"(...) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo"³.

- **De la Buena fe**, que no es otra cosa que la aplicación de las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación. Así tenemos que:

"(...) si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso"⁴.

Es por esta razón, que los supuestos en que corresponde integrar –por vía del principio de la buena fe– el estatuto regulador de una determinada relación son, como expresa Ferreira Rubio:

"(...) dos: la falta de regulación de una hipótesis dada y la necesidad de corregir una regulación contraria a la buena fe."⁵

IV.3 MEDIOS DE INTERPRETACIÓN QUE UTILIZARÁ EL TRIBUNAL ARBITRAL PARA ENCONTRAR EL VERDADERO SENTIDO DE LO CONVENIDO POR LAS PARTES EN EL CONTRATO

Será necesario que el Tribunal Arbitral utilice de manera conjunta distintos mecanismos de interpretación.

³ **ARIAS SCHREIBER PEZET**, Max. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo de Debakey. Lima. 1985. Pág. 25.

⁴ **DIEZ-PICAZO**, Luis. Op. Cit. Volumen I. Pág. 398.

⁵ **FERREIRA RUBIO**, D. Matilde. La buena fe. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. 1984. Pág. 200.

Por ello, el Tribunal Arbitral realizará tanto una interpretación sistemática, como una interpretación integradora y una interpretación histórica del Contrato.

Interpretación Sistemática

La interpretación sistemática es una consecuencia de la unidad lógica del contrato, de tal modo que éste debe interpretarse en función del sentido del conjunto de las cláusulas pactadas.

Nuestro ordenamiento jurídico acoge este mecanismo de interpretación en el artículo 169° del Código Civil, en el que se establece que:

“Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.

En la Exposición de Motivos del Código Civil se explica que:

“Se ha optado por un criterio de interpretación interdependiente o sistemático que no permite una interpretación aislada y excluye la posibilidad de que puedan alegarse pactos contradictorios, pues cada cláusula debe quedar enmarcada dentro del conjunto del acto jurídico y, por ello, para encontrar el sentido de cada cláusula es imprescindible encontrar el sentido de las demás.”⁶

Interpretación Integradora

En la interpretación integradora no se atribuye a los contratantes una intención común mayor que la que ellos han tenido al momento de contratar, sino que se le agrega lo que por voluntad extraña (la del ordenamiento jurídico), de todas maneras debe incluirsele.

Mediante este mecanismo interpretativo se ubica todo el contenido contractual, el que es indispensable conocer porque en la fase de ejecución del contrato sólo es exigible el contenido del mismo.

Así tenemos que en el contenido del Contrato se ubican:

⁶ Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Op. Cit. Págs. 297 y 298.

1. Las normas contractuales propiamente dichas, las que están dadas:

En primer lugar, por lo que las partes convinieron en las cláusulas del Contrato, en donde se ubican todas y cada una de las prestaciones a cargo de las partes.

En segundo lugar, por los documentos del Contrato. En este caso, conforme a la Cláusula 28.6. del Contrato, tales documentos son: (i) El Expediente Técnico, (ii) La Propuesta Técnica, (iii) La Propuesta Económica, (iv) El Cronograma de Ejecución de Obras, (v) La Lista de Equipos y Materiales, (vi) La lista de pólizas de seguro contratadas por el Contratista, (vii) Los Permisos y Licencias, (viii) El Estudio de Impacto Ambiental, (ix) La Hoja de Vida del ingeniero Residente de Obra y (x) Las Tarifas por Día de Paro de Equipos.

Con este criterio, en el primer párrafo del artículo 201° del Reglamento se regula el contenido del contrato, disponiendo lo siguiente:

“Artículo 142°.- Contenido del contrato

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato. (...).”

2. Las normas imperativas que son de obligatoria observancia y que integran necesariamente el contenido contractual. En este caso, se trata de las normas del Decreto Legislativo No. 1017 y su Reglamento.
3. Las normas supletorias que llenan el vacío dejado por las partes al momento de contratar y no previsto tampoco por el Decreto Legislativo No. 1017 y su Reglamento. Para el presente proceso, como ya explicó anteriormente el Tribunal Arbitral, se aplican los principios generales del derecho y las normas del Código Civil.

Por lo tanto, el contenido del Contrato se forma con las normas contractuales propiamente dichas que de suyo le corresponden y en donde se ubican todas y cada una de las prestaciones establecidas en el Contrato, en las Bases Integradas y en la oferta ganadora, a las que deberán sumársele las normas imperativas del Decreto Legislativo No. 1071 y su Reglamento, así como las del Código Civil, que supletoriamente integran el contenido contractual.

De esta manera, la interpretación integradora del Contrato preserva la coherencia de éste con el ordenamiento jurídico.

Interpretación Histórica

En este caso serán valorados, principalmente, los antecedentes que permitirán explicar lo que el Contrato significa para las partes, las circunstancias que rodearon su celebración, así como la conducta posterior seguida por las partes.

Se trata de realizar un estudio de todo el "iter contractual", empezando por la fase de la celebración del Contrato y continuando con la ejecución de las prestaciones, a la luz del principio de la buena fe, según lo dispuesto por el artículo 1362º del Código Civil.

Como explica Díez-Picazo, es de una gran relevancia:

"(...) la conducta o comportamiento de las partes en la preparación de las prestaciones contractuales y en la espontánea ejecución de las mismas (sobre todo cuando todavía no existían temas controvertidos) por ser un signo indubitado de la forma como en ese momento entendían el contrato que las ligaba".

Es este comportamiento, el de las partes antes de que entre ellas surgieran discrepancias, el que el Tribunal evaluará para resolver los puntos controvertidos.

Asimismo, de ser necesario, se analizarán los antecedentes históricos de la etapa pre-contractual, con el objeto de encontrar el sentido de la voluntad de las partes al momento de celebrar el Contrato; voluntad que debemos encontrar en el contenido de las propias cláusulas -con total prescindencia de la denominación que las partes le dieron a dichas cláusulas en el Contrato- de las Bases Integradas y de la oferta ganadora, porque este Tribunal considera que los contratos son lo que son jurídicamente hablando, con total independencia de la denominación que las partes pudieran haberle atribuido al mismo o a sus cláusulas.

Utilizando, por tanto, todos los mecanismos de interpretación anteriormente señalados, el Tribunal Arbitral procederá a integrar cada una de las prestaciones que forman el contenido del Contrato (señaladas en las cláusulas del Contrato, el Expediente Técnico, la Oferta Técnica y la Oferta Económica de CODRALUX), con las normas imperativas pertinentes, con el objeto de dilucidar el contenido exacto de la relación obligatoria creada por las partes.

⁷ **DÍEZ-PICAZO**, Luis. Op. Cit. Volumen I. Pág. 401.

V. EL CONTRATO

CODRALUX y la APN celebraron con fecha 28 de setiembre de 2010, el Contrato N° 004-2010-APN por el monto de US\$ 61'615,086.13 (Sesenta y un millones seiscientos quince mil ochenta y seis con 13/100 Dólares Americanos), incluido los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y los costos laborales respectivos conforme a la legislación vigente, así como todo otro concepto aplicable que pueda incidir en el valor de los servicios contratados, conforme se indicaba en la Propuesta Económica.

V.1 OBJETO

En la Cláusula 3 del Contrato, CODRALUX se obligó a ejecutar las Obras a favor de la APN, según los términos, condiciones y Especificaciones Técnicas contenidas en el Expediente Técnico que forma parte integrante del Contrato como Anexo N° 1.

Al inicio de las obras, el CONTRATISTA conjuntamente con el supervisor de las obras estaba obligado a efectuar un Levantamiento Batimétrico del área comprendida en el Proyecto que posibilitase establecer los volúmenes estimados de dragado, según el Expediente Técnico.

A su turno, la APN se obligó a pagar a favor de CODRALUX la suma pactada en la Cláusula Décimo Primera del Contrato, de acuerdo con los términos y condiciones previstos en el mismo, en calidad de contraprestación por las obras descritas en la Cláusula 3 referida al Objeto del Contrato.

CODRALUX se comprometió ante la APN a realizar, según correspondiera en cada caso y sin que la siguiente enumeración sea taxativa, la revisión de la ingeniería básica y de detalle, la provisión y transporte hasta el punto establecido en el Contrato de todos los Equipos y Materiales, y la realización de obras civiles, montajes, ensayos y pruebas, de acuerdo con los términos y condiciones de las Especificaciones Técnicas contenidas en el Expediente Técnico.

V.2 RETRIBUCIÓN PACTADA

Según lo dispuesto en la Cláusula 11 del Contrato, la retribución pactada debía ser pagada por la APN mediante Valorizaciones Mensuales de avance de la Obra presentadas por CODRALUX y aprobadas por la Supervisión, las que debían cancelarse el último día útil del mes siguiente al mes que correspondía la Valorización.

La contraprestación pactada a favor de CODRALUX ascendía a la suma de US \$ 61'615,086.13 (Sesenta y un millones seiscientos quince mil ochenta y seis con 13/100 Dólares Americanos), incluidos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y los costos laborales respectivos conforme a la

legislación vigente, así como todo otro concepto aplicable que pudiera incidir en el valor de los servicios contratados, conforme se indicó en la Propuesta Económica.

La mencionada contraprestación debía abonarse de acuerdo a los Precios Unitarios, Metrados y las Valorizaciones referidas en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato y en la Propuesta Económica.

Quedó expresamente establecido que las cantidades previstas de los Metrados y Valorizaciones en la Propuesta Económica eran cantidades estimadas y no deberán ser considerados como cantidades exactas.

CODRALUX, declaró expresamente, a su turno, que el monto de la contraprestación incluía, además de los costos directos de la ejecución de las Obras, los Gastos Generales y la utilidad propuesta, comprendiendo todo aquello que se requiriera para su correcta ejecución.

La contraprestación antes indicada debía reajustarse mensualmente con la finalidad de actualizar los precios de referencia en función a la fórmula polinómica considerada en el Expediente Técnico, debido a las variaciones establecidas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática.

V.3 PRESTACIONES RECÍPROCAS

El Contrato es con prestaciones recíprocas cuando ambas partes son deudoras y acreedoras la una de la otra, con total independencia de la cantidad de prestaciones a la que cada una de ellas estuviera obligada respecto de la otra. En este orden de ideas, ha sostenido Ramela que los contratos con prestaciones recíprocas son aquéllos en los que:

"(...) las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ésta le ha hecho o que se obliga a hacerle"⁸.

En otros términos, se trata de aquellos contratos en los que los beneficios o ventajas que las partes pretenden lograr por medio del contrato celebrado son recíprocos.

Así tenemos que entre las prestaciones recíprocas se genera:

"(...) un nexo especial -que se denomina de correspondencia o reciprocidad y que consiste en la

⁸ RAMELA, Anteo E. Resolución por incumplimiento. Editorial Astrea. Buenos Aires.1975. Pág. 144.

interdependencia (o causalidad recíproca) entre ellas-

⁹

En virtud de este nexo, cada parte no está obligada por sus propias prestaciones sino porque la otra parte, a su turno, debe otras prestaciones. En suma, la o las prestaciones a cargo de una de las partes constituyen el presupuesto indeclinable de la o las prestaciones de la otra. La reciprocidad, entonces, encuentra su fundamento en una correlación de prestaciones o, en otras palabras, en la conexión de las ventajas y sacrificios que obtienen o están llamadas a obtener las partes contratantes. Como apuntan Garrido y Zago, es:

"(...) en el intercambio de ventajas y en la interrelación de ellas donde está la característica tipificante de los contratos con prestaciones recíprocas"¹⁰.

Resulta, por tanto, totalmente correcta la descripción que realiza Hedemann de lo que significa para cada una de las partes contratantes su posición jurídica, que ha plasmado en la siguiente frase:

"(...) yo estoy obligado frente a ti, al igual que tú lo estás frente a mí, no con carácter retorsivo, sino como una manifestación de un acuerdo integral"¹¹.

El Contrato celebrado es una relación obligatoria con prestaciones entre las cuales existe reciprocidad. Las prestaciones a las que se obligaron tanto CODRALUX como la APN han sido claramente descritas en el Contrato.

De todas ellas, prevalecen, sin ninguna duda, la prestación de CODRALUX de ejecutar la Obra con las características pactadas; y la prestación de la APN de pagar la retribución establecida en la Cláusula Segunda del Contrato.

V.4 SURGE UNA RELACIÓN OBLIGATORIA OBJETIVAMENTE COLECTIVA

El Contrato celebrado encuentra su fundamento natural en la relación existente entre todas las prestaciones, en el "entrecruzamiento de obligaciones recíprocas"¹².

⁹ Ibidem. Pág. 218.

¹⁰ GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto. **Contratos Civiles y Comerciales. Parte General.** Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1989. Pág. 66.

¹¹ Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. Pág. 476.

Así tenemos que la prestación de servicios a cargo de CODRALUX estaba compuesta, entre otras, por las siguientes prestaciones:

- A ejecutar las Obras a favor de la APN, según los términos, condiciones y Especificaciones Técnicas contenidas en el Expediente Técnico que forma parte integrante del Contrato como Anexo N° 1. (Cláusula 3.1 de Contrato)
- A efectuar un Levantamiento Batimétrico del área comprendida en el Proyecto que posibilite establecer los volúmenes estimados de dragado, según el Expediente Técnico, al inicio de las obras, conjuntamente con el supervisor de las mismas. (Segundo párrafo de la Cláusula 3.1 de Contrato)
- A comprometerse ante la APN a realizar, según corresponda en cada caso y sin que la siguiente enumeración sea taxativa, la revisión de la ingeniería básica y de detalle, provisión y transporte hasta el punto establecido en este Contrato de todos los Equipos y Materiales, la realización de obras aviles, montajes, ensayos y pruebas, de acuerdo con los términos y condiciones de las Especificaciones Técnicas contenidas en el Expediente Técnico. (Cláusula 3.3 de Contrato)
- Asumir además de todas y cada una de las obligaciones previstas en el presente documento y sus Anexos, cualquier previsión, planeamiento, tarea, obra, labor, servicio o actividad necesarios para entregar las Obras previstas del Contrato, de conformidad con el Expediente Técnico, (Cláusula 5 del Contrato)
- A cumplir con terminar la ejecución de las Obras conforme a los plazos previstos en el Cronograma de Ejecución de Obras. (Cláusula 6.1 del Contrato)
- A ejecutar las Obras en el plazo indicado en el Cronograma de Ejecución de Obras que forma parte integrante de del Contrato como Anexo N° 4. (Cláusula 6.2.1 del Contrato)
- A ejecutar las Obras, en calidad de contratista independiente, desarrollando con total autonomía todas las acciones necesarias para la cabal ejecución de los servicios materia del presente Contrato, utilizando su organización, experiencia, capacidad técnica (ingenieros y trabajadores), materiales y equipos necesarios para la correcta y

12

GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto. **Contratos Civiles y Comerciales. Parte General.** Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1989. Pág. 72.

oportuna realización de los trabajos, y actuando bajo su propia responsabilidad y bajo su cuenta y riesgo. (Cláusula 6.2.3 del Contrato)

- A realizar cualquier reparación de la infraestructura originada en un incumplimiento del Contrato, durante la ejecución de las Obras. Sin perjuicio de la responsabilidad que correspondería de conformidad con el presente Contrato y las Leyes Aplicables, dicha obligación de reparar estará garantizada de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 14.2 de del Contrato. (Cláusula 6.2.4 del Contrato)
- A solicitar la ampliación del Plazo de Ejecución por las causales establecidas en la Cláusula 6.3.1 del Contrato, siempre que impliquen modificación del Cronograma de Ejecución de Obra vigente. (Cláusula 6.3.1 del Contrato)
- A anotar, por intermedio del Ingeniero Residente de Obra, en el Cuaderno de Obra las circunstancias que ameriten ampliación del Plazo de Ejecución. (Cláusula 6.3.1 del Contrato, tercer párrafo)
- A solicitar al Supervisor de Obra conforme al procedimiento previsto en el Contrato, la recepción parcial o total de las Obras, teniendo que notificar al Supervisor de Obra, con la debida anticipación, la fecha de entrega parcial o total de las Obras terminadas. (Cláusula 6.5.1 del Contrato)
- A verificar, junto con el Comité de Recepción, el fiel cumplimiento de lo establecido en el Expediente Técnico y efectuar las pruebas que sean necesarias para comprobar la ejecución de las Obras conforme al Expediente Técnico y a la Propuesta Técnica, conforme a lo establecido en el cuarto párrafo de la cláusula 6.5 del contrato. (Cláusula 6.5.4 del Contrato)
- A presentar la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días contado desde el día siguiente de la suscripción del Acta de Recepción de las Obras. (Cláusula 6.6.1 del Contrato)
- A entregar, con la respectiva liquidación, a la APN los planos post construcción y la memoria descriptiva valorizada, obligación que será condición para que la APN efectúe el pago de la liquidación a su favor. (Cláusula 6.6.4 del Contrato)
- A proporcionar al Supervisor de Obra, libre acceso al Área de las Obras y a todos los documentos vinculados a las mismas, con la finalidad que realice sin obstáculos su labor de supervisión y fiscalización con la exactitud y oportunidad requerida. (Cláusula 8.3 del Contrato)

- A contar con la aprobación de la APN para todo eventual reemplazo del Ingeniero Residente. (Segundo párrafo de la Cláusula 10 del Contrato)
- A solicitar formalmente la entrega del adelanto, adjuntando a su solicitud la Garantía por Adelanto detallada en el numeral 13.2 del contrato, dentro de los ocho (8) días contados a partir del día siguiente de la Fecha de Suscripción. (Segundo párrafo de la Cláusula 13.1 del Contrato)
- A presentar, ante la APN, como garantía al pago del adelanto descrito en el numeral 13.1 del contrato, una carta fianza bancada emitida por una empresa bancaria o por una entidad financiera internacional incluida en la lista actualizada de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú, y emitida por el mismo monto y válida hasta la amortización total del adelanto otorgado. (Cláusula 13.2 del Contrato).
- A ejecutar las Obras de conformidad con lo establecido en el Expediente Técnico y la Propuesta Técnica que forma parte integrante del Contrato como Anexo No.2, utilizando los materiales conforme a lo establecido en el Expediente Técnico y mano de obra calificada, de lo contrario el trabajo ejecutado deberá ser retirado de inmediato por el contratista, quien asumirá los costos de dicho retiro. (Cláusula 15.1 del Contrato)
- A comunicar de inmediato a la otra parte acerca de la necesidad de efectuar modificaciones y/o precisiones al Expediente Técnico. (Cláusula 15.2 del Contrato)
- A construir la Infraestructura para dar cumplimiento a lo establecido en el presente Contrato. (Cláusula 16.1.1 del Contrato)
- A cumplir con el Cronograma de Ejecución de Obras. (Cláusula 16.1.2 del Contrato)
- A proveer los Equipos y Materiales detallados en el Anexo No. 5 y transportarlos hasta el Área de las Obras asumiendo el costo respectivo. (Cláusula 16.1.3 del Contrato)
- A asegurar la contratación del personal, bienes y servicios para la construcción de las Obras y la reparación de sus defectos, de ser el caso. (Cláusula 16.1.4 del Contrato)
- A emitir, siempre y cuando lo requiera el Supervisor de Obra, información detallada del proceso de construcción y de los métodos que se proponga adoptar para la ejecución de las Obras, los cuales una vez emitidos los métodos y procesos antes referidos, no serán materia de

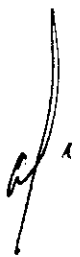
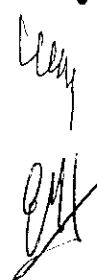
modificación, salvo que el contratista cuente con la aprobación previa de la otra parte. (Cláusula 16.1.5 del Contrato)

- A permitir al Supervisor de Obra, en cualquier momento, el acceso Cuaderno de Obra, así como permitir que éste realice las anotaciones pertinentes respecto a ocurrencias y/o hechos relevantes a que hubiere lugar. (Cláusula 16.1.6 del Contrato)
- A ejecutar las Obras de conformidad con los términos y condiciones del presente Contrato, el Expediente Técnico, la Propuesta Técnica, las Leyes Aplicables y las prácticas de buena ingeniería, con el grado máximo de cuidado y diligencia. (Cláusula 16.1.7 del Contrato)
- A ser responsable frente a la APN por la correcta y oportuna ejecución de las Obras, estabilidad y seguridad de las Obras, métodos de construcción y trabajos, de conformidad con este Contrato y las Leyes Aplicables. (Cláusula 16.1.8 del Contrato)
- A Informar a la APN y al Supervisor de Obra sobre cualquier evento, hecho, ocurrencia o circunstancia que tenga o pueda tener un impacto en el desarrollo de las Obras o en el Contrato, tan pronto como haya tomado conocimiento del mismo. (Cláusula 16.1.9 del Contrato)
- A proceder conforme al procedimiento previsto en la Cláusula Séptima del contrato, de encontrar condiciones no contempladas en el Expediente Técnico que impliquen un retraso en los Plazos de Ejecución de Obras y/o una ampliación del presupuesto. (Segundo párrafo de la Cláusula 16.2 del Contrato)
- Asumir plena responsabilidad por la ejecución de las Obras de dragado desde la Fecha Efectiva hasta la fecha de aprobación por las Partes de la liquidación del Contrato, de conformidad con el numeral 6.6. de la Cláusula Sexta del presente Contrato. (Primer párrafo de la Cláusula 16.3 del Contrato)
- Asumir la plena responsabilidad por la ejecución de las Obras distintas a las de dragado, así como de la Infraestructura, desde la Fecha de Inicio hasta 7 (siete) años posteriores contados a partir de la fecha de aprobación por las Partes de la liquidación del contrato, de conformidad con el numeral 6.6 de la Cláusula Sexta del presente Contrato. (Segundo párrafo de la Cláusula 16.3 del Contrato, segundo párrafo)
- A subsanar, en caso de pérdida o daño y por causas que le sean atribuibles, las Obras y/o la Infraestructura que estén conformes con el Contrato en un plazo no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, a efectos

de minimizar el impacto del daño a las Obras o la Infraestructura.
(Tercer párrafo de la Cláusula 16.3 del Contrato)

- Indemnizar a la otra parte, cuando el daño sucedido sea a causa suya, hasta por los montos de la cobertura del Seguro P&I, por todas las pérdidas o daños a las Obras o la infraestructura, así como por todos los reclamos de terceros, o gastos ocasionados por un incumplimiento del Contrato, o por dolo o negligencia del contratista, en la medida que los reclamos estén cubiertos por el Seguro P&I. (Cuarto párrafo de la Cláusula 16.3 del Contrato,)
- A subsanar el defecto o vicio oculto que la APN haya detectado en la Infraestructura luego de la fecha de aprobación por las partes de la liquidación del contrato, de acuerdo al plazo estipulado en el párrafo cuarto de la Cláusula 16.3 del contrato. (Quinto párrafo de la Cláusula 16.4 del Contrato)
- A cumplir con todas las normativas municipales, provinciales y nacionales aplicables al Área de las Obras y la Infraestructura, incluyendo las disposiciones del Estudio de Impacto Ambiental, Suministrar cercas, iluminación, guardiana y supervisión adecuada a las Obras (Cláusula 16.4.1)
- A tomar todas las medidas razonables que resulten necesarias para proteger el medio ambiente y prevenir daños a los seres humanos o bienes que puedan derivarse de la contaminación, incluyendo ruidos u otras causas que surjan como directa consecuencia de las Obras que ejecute. (Cláusula 16.4.3 del Contrato)
- A ser el responsable de la seguridad de todas las personas autorizadas a permanecer en el área de las Obras contratadas. (Cláusula 16.4.4 del Contrato)
- A interponer todos los esfuerzos razonables para mantener el área de las Obras libre de cualquier obstrucción innecesaria. (Cláusula 16.4.5 del Contrato)
- A despejar y liberar, periódicamente, durante el avance de las Obras, el área de las Obras de todos los materiales excedentes y desperdicios que el contratista trajo al área de las Obras. (Cláusula 16.5 del Contrato)
- A facilitar, en todo momento, el acceso para la inspección de las Obras a la APN y al Supervisor de Obra. Asimismo, facilitar el acceso de cualquier otra persona que la APN o el Supervisor de Obra designen previa notificación al contratista. (Cláusula 16.6 del Contrato)

- A ejecutar las Obras en cualquier momento: 24 horas al día, 7 días la semana. (Cláusula 16.7 del Contrato)
- A responsabilizarse por la adecuada disposición de todos los desperdicios (inclusive los Desperdicios Peligrosos) generados durante la ejecución de las Obras en el Área de las Obras por el contratista (Primer párrafo de la Cláusula 16.8 del Contrato)
- A observar y cumplir, durante la ejecución de las Obras, con todas las leyes, reglamentos y procedimientos pertinentes en materia de salud y seguridad. Asimismo a hacerse responsable de la seguridad de todas sus operaciones. (Primer párrafo de la Cláusula 17.2 del Contrato)
- A implementar y mantener programas de aseguramiento y control de calidad que cumplan con los requerimientos establecidos por la APN en su normativa interna, así como, aquellos requerimientos establecidos por las Leyes Aplicables. (Primer párrafo de la Cláusula 17.3 del Contrato)
- A entregar a la APN antes del inicio de Obras, los certificados de calidad de los Materiales a utilizar. (Tercer párrafo de la Cláusula 17.3 del Contrato)
- A tomar todas las medidas razonables para minimizar el daño ambiental y limitar los perjuicios y molestias a seres humanos y propiedades, que puedan derivarse de la contaminación, debiendo adicionalmente ceñirse a lo estipulado en el Estudio de Impacto Ambiental. (Primer párrafo de la Cláusula 17.4 del Contrato)
- A cumplir con lo dispuesto en la Ley N° 28296 - Ley General del Patrimonio Cultural, el Decreto Legislativo N° 1003 que agiliza trámites para la ejecución de obras públicas y demás Leyes Aplicables, debiendo tomar en consideración lo señalado en los literales a) y b) de la cláusula décimo novena del contrato (Cláusula 19.2 del Contrato)
- A asumir íntegramente los gastos generales, en caso de suspensión de las obras, de acuerdo a los supuestos establecidos en los literales a), b) y c) de la cláusula vigésima del contrato (Tercer párrafo de la Cláusula 20.1 del Contrato)
- A dirigir, normar, fiscalizar y sancionar, de manera directa, las actividades realizadas por su personal, encontrándose dicho personal bajo su exclusiva subordinación, siendo que APN, no podrá impartir órdenes ni subordinar de modo alguno al referido personal (Cláusula 22.2 del Contrato).



- A cumplir, de forma estricta, fiel y oportuna, con todas las obligaciones formales, laborales, tributarias, de seguridad social y de cualquier otra índole que le corresponda como empleador de acuerdo a ley, por el desarrollo de los servicios, debiendo acreditar documentalmente ante APN el cumplimiento de tales obligaciones a la sola solicitud de ésta. (Cláusula 22.3 del Contrato)
- A responsabilizarse por los hechos, actos u omisiones del personal que contrate para el desarrollo de los servicios materia de Contrato. (Cláusula 22.6 del Contrato)
- A contratar y/ o mantener, durante la vigencia del presente Contrato, todas las pólizas de seguros establecidas en el Anexo N° 6, el cual forma parte integrante del presente Contrato. (Cláusula 24.1 del Contrato)
- A no ceder su posición contractual en forma total o parcial en este Contrato, ni parte de sus derechos y obligaciones a favor de terceras personas, de conformidad con lo establecido en el artículo 147° del Reglamento. (Primer párrafo de la Cláusula 28.5 del Contrato)

A su turno, la APN tiene las siguientes obligaciones:

- A pagar a favor del contratista la suma pactada en la Cláusula Décimo Primera del Contrato, de acuerdo con los términos y condiciones previstos en el mismo, en calidad de contraprestación por las obras realizadas. (Cláusula 3.3 del Contrato)
- A designar el Supervisor de Obra. (Cláusula 4.2.1 del Contrato).
- A entregar el Expediente Técnico de Obra completo. (Cláusula 4.2.2 del Contrato)
- A hacer entrega del Área de las Obras (Cláusula 4.2.3 del Contrato)
- A hacer entrega el pago directo por adelanto al contratista en las condiciones y oportunidad establecidas en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, siempre y cuando éste lo hubiera solicitado. (Cláusula 4.2.4. del Contrato)
- A obtener la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental por parte de la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales - DGASA del Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC. (Cláusula 4.2.5. del Contrato)
- Asumir todas sus obligaciones previstas en el presente Contrato. (Cláusula 5 del Contrato)

- A otorgar acceso libre y sin restricciones al Área de las Obras a favor del contratista, así como a cursar a este último una comunicación ("Orden de Inicio"), informando la fecha en que se configuren los requisitos para el inicio de las Obras establecidas en el numeral 4.2 de la Cláusula Cuarta del presente Contrato y facultando al contratista al Inicio de la construcción. (Cláusula 6.2.2. del Contrato)
- A ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento establecida en el numeral 14.1. de la Cláusula Décimo Cuarta del contrato hasta el monto al que ascienda la penalidad impuesta. (Cláusula 6.4.2 del contrato)
- A resolver el Contrato por incumplimiento, de conformidad con el procedimiento establecido en la Cláusula Vigésimo Quinta del Contrato, cuando el contratista cubra el monto máximo de la penalidad por retraso injustificado en la ejecución de las Obras ascendente al 10% (diez por ciento) del monto establecido en la Cláusula Décimo Primera del Contrato. (Cláusula 6.4.2. segundo párrafo)
- A proceder a designar un Comité de Recepción, una vez que el Supervisor de Obra verifique la culminación total de las mismas, dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del Supervisor de Obra. (Cláusula 6.5.3 del Contrato)
- A, dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida la liquidación por la contratista, pronunciarse ya sea observando la liquidación presentada o, elaborando otra, y notificarla al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. (Cláusula 6.6.1 del Contrato)
- A presentar la liquidación en el plazo previsto, la elaboración de la mencionada liquidación será su exclusiva responsabilidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista, debiendo notificar la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. (Cláusula 6.6.2 del Contrato)
- A nombrar al Supervisor de Obra en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la fecha de suscripción, con la finalidad que fiscalice el cumplimiento de todas las obligaciones contraídas por el contratista, en virtud al contrato celebrado, especialmente la obligación de ejecutar las Obras. (Cláusula 8.1 del Contrato)
- A comunicar al contratista la designación del Supervisor de Obra en un plazo máximo de tres (3) días contados a partir de su designación. (Cláusula 8.1 del Contrato, segundo párrafo)
- A abonar la contraprestación, de acuerdo a los Precios Unitarios, Metrados y las Valorizaciones referidas en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato y en la Propuesta Económica. (Cláusula 11 del Contrato)
- A realizar un pago por adelantado libre de intereses al contratista, el mismo que no excederá del veinte por ciento (20%) del importe estipulado en la Cláusula Décimo Primera del presente Contrato. (Cláusula 13.1. del Contrato)

- A ejecutar las garantías a su simple requerimiento, cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento, o en los demás casos señalados en el presente Contrato. Contra esta ejecución, el contratista no tendrá derecho a interponer reclamo alguno. (Cláusula 14.2 del Contrato)
- A devolver sin lugar al pago de intereses en un plazo no mayor de 20 (veinte) días de la suscripción del Acta de Recepción de Obras, una vez culminado el Contrato y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, la Garantía de Fiel Cumplimiento. (Cláusula 14.2 del Contrato, segundo párrafo)
- A evaluar las solicitudes formuladas, respecto a las necesidades de efectuar modificaciones y/o precisiones al Expediente Técnico, por el contratista y pronunciarse en el plazo de siete (7) días hábiles. (Cláusula 15.2 del Contrato, segundo párrafo)
- A efectuar los cambios en el Expediente Técnico y comunicarlo al contratista, de aceptar la solicitud descrita en el punto anterior. (Cláusula 15.2 del Contrato, tercer párrafo)
- A notificar al contratista mediante una carta de fecha cierta comunicándole respecto del defecto o vicio oculto detectado en la Infraestructura, otorgándole un plazo de un décimo (1/10) del Plazo de Ejecución de las Obras a efectos de subsanar dicho defecto o vicio oculto. Asimismo, a contratar a un tercero en caso que el contratista no cumpliera con la mencionada subsanación, para que ejecute la misma, debiendo el contratista asumir los costos correspondientes. (Cláusula 16.3 del Contrato)
- A no impartir órdenes ni subordinar de modo alguno al personal del Contratista (Cláusula 22.3 del contrato).
- A reservarse el derecho de solicitar al contratista, durante la vigencia del Contrato, la acreditación del pago de las remuneraciones y beneficios sociales que correspondan al personal asignado para la ejecución del Contrato, así como el cumplimiento de las obligaciones tributarias, pensionarias o de seguridad social que le correspondan en su calidad de empleador, sin que ello implique modificación o intromisión en la relación laboral que tiene el contratista con su personal. (Cláusula 22.4 del Contrato)
- A dar por terminado el Contrato en forma anticipada en caso que el contratista incurra en incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades que procedan, considerando como causales de incumplimiento de las obligaciones del contratista, aquellas señaladas en el artículo 168° del Reglamento, aquellas señaladas expresamente en el Contrato y en la cláusula 25.1.1 del mismo. (Cláusula 25.1)

El Contrato originó, por tanto, una relación objetivamente colectiva que se presenta "siempre que las prestaciones a cargo de una misma persona o deudor y a favor de un mismo acreedor sean varias"¹³.

¹³ DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos... Op. Cit. Pág. 516.

En relación con este tema, ha expresado Díez- Picazo que:


“Los supuestos de pluralidad de prestaciones pueden articularse u ordenarse de dos maneras distintas, según que las diferentes prestaciones que el deudor debe ejecutar se encuentren situadas todas ellas en el mismo plano y posean todas ellas, desde el punto de vista de la finalidad empírica, la misma trascendencia para la satisfacción del interés del acreedor, o bien que una de ellas deba considerarse como principal y otras como accesorias. El primer supuesto es la “conjunción de prestaciones” y el segundo la “conurrencia de una obligación principal con una o varias obligaciones accesorias.”¹⁴

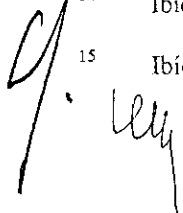
En el Contrato bajo análisis, todas las prestaciones a cargo de las partes se encuentran situadas en el mismo plano, no porque tengan similares valores económicos, sino porque desde la celebración misma del Contrato las partes persiguieron a través de todas ellas, la finalidad empírica común descrita en la Cláusula 3 del Contrato, es decir, la ejecución de las obras del Proyecto Mejoramiento y Ampliación de la Boca de Entrada al Terminal Portuario del Callao, por una retribución de US \$ 61'615,086.13 (Sesenta y un millones seiscientos quince mil ochenta y seis con 13/100 Dólares Americanos), (Cláusula 11 del Contrato).

Se trata, por tanto, de una relación obligatoria objetivamente colectiva con conjunción de prestaciones. Este supuesto se produce, en palabras de Díez-Picazo, *“cuando el deudor debe diversas prestaciones y el acreedor tiene derecho a todas ellas, encontrándose todas en un mismo plano y poseyendo todas ellas idéntica importancia desde el punto de vista económico en orden a la satisfacción de los fines empíricos a cuyo logro la obligación se dirige.”¹⁵*

El Tribunal Arbitral ha podido apreciar que el Contrato fue concebido como una “gran” prestación de servicios a cargo del CODRALUX en la que existen una multiplicidad de prestaciones; y, en la que el Contrato tiene por finalidad la ejecución de las obras del Proyecto Mejoramiento y Ampliación de la Boca de Entrada al Terminal Portuario del Callao.

V.5 A TÍTULO ONEROSO


¹⁴ Ibidem.


¹⁵ Ibidem.

Estamos frente a un contrato oneroso cuando -como explica Scognamiglio- una de las partes:

***"(...) se somete a un sacrificio para conseguir una ventaja, y por ello, se establece una relación de equivalencia, entendida en un sentido subjetivo, entre las prestaciones correspondientes"*¹⁶.**

Estas ventajas subjetivas de cada parte, en verdad, se materializan en las prestaciones correlativas asumidas. Por ello, Bianca sostiene correctamente que:

***"(...) el contrato es a título oneroso cuando a la prestación principal de una parte, le corresponde una prestación principal a cargo de la otra"*¹⁷.**

La prestación principal del CODRALUX consistía en realizar la Obra con las características pactadas. A su turno, la principal prestación de la APN consistía en pagar la retribución convenida en la Cláusula 11 del Contrato de US \$ 61'615,086.13 (Sesenta y un millones seiscientos quince mil ochenta y seis con 13/100 Dólares Americanos).

V.6 RELACIÓN OBLIGATORIA DURADERA

La relación obligatoria se presenta como una relación de la vida social que liga a dos o más personas para la realización de determinados fines económicos-sociales.

El fenómeno de la relación obligatoria se evidencia ante nuestros sentidos de manera temporal, en uno o más momentos; los mismos que pueden estar dados por el instante en que se constituyó y empezó a tener existencia, o por el tiempo en el que se desarrolló, se transformó o se extinguió.

Son relaciones obligatorias duraderas todas aquéllas cuyo desenvolvimiento supone un período de tiempo más o menos prolongado y por tanto una pervivencia temporal. En este tipo de relaciones, la duración no es simplemente tolerada sino querida por las partes, de modo tal que su utilidad es proporcional a ella.

Por tanto, la relación obligatoria duradera ha sido conceptualizada tomando como punto de partida la duración de la relación. En este orden de ideas, nos encontramos frente a una relación obligatoria duradera en contratos como los

¹⁶ SCOGNAMIGLIO, Renato. *La doctrina general...* Op. Cit. Pág. 292.

¹⁷ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile III. Il contratto.* Milano - Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. 1984. Pág. 466.

de arrendamiento, mutuo, depósito, locación de servicios, suministro, entre otros; siendo sin embargo, su ámbito natural, el del contrato de obra.

Las relaciones obligatorias duraderas exigen un límite, convencional o legal porque resulta contrario a la libertad el estar obligado indefinidamente.

Una de las características fundamentales del contrato de obra es su temporalidad porque se trata de un contrato que tiene por objeto la realización de una obra determinada de acuerdo con las características convenidas por las partes. Dicha temporalidad se encuentra vinculada directamente con el plazo. Este plazo tiene un término inicial y un término final para la relación obligatoria en su conjunto.

El "*dies solutionis*", que es el término inicial del plazo del Contrato determina la exigibilidad de la prestación del CODRALUX. Para el Contrato celebrado, el "*dies solutionis*" se fijó de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 4 del Contrato a partir del día siguiente de su suscripción.

En relación al inicio del plazo de ejecución de las Obras se estableció que comenzaba a regir desde el día siguiente en que se cumplieran todas y cada una de las siguientes condiciones:

- 1. Que se designe al Supervisor de Obra.**
- 2. Que la APN haya hecho entrega del Expediente Técnico de Obra completo.**
- 3. Que la APN haya hecho entrega del Área de las Obras.**
- 4. Que se haya entregado el pago directo por adelanto al CONTRATISTA, en las condiciones y oportunidad establecidas en la Cláusula Décimo Tercera del presente Contrato, siempre y cuando el CONTRATISTA lo hubiera solicitado.**
- 5. Que la APN haya obtenido la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental por parte de la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales - DGASA del Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC."**

En el presente caso, las condiciones señaladas en el artículo mencionado se cumplieron con la entrega del adelanto directo al CODRALUX

En cuanto al "*dies solutionis*" en la Cláusula 6.2.1 del Contrato se estableció que la Obra se realizaría en los plazos previstos en el Cronograma de Ejecución de las Obras, asumiendo este Tribunal que las Obras se ejecutaron

en dicho plazo, en virtud que en el presente proceso arbitral no existe ninguna controversia sobre este aspecto.

VI. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO CELEBRADO

En los contratos de obra suscritos al amparo de las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, el contratista es el postor adjudicatario de la Buena Pro en la Licitación Pública, en la Adjudicación Directa Pública, en el Concurso convocado para tal efecto, o en el Proceso de Exoneración de Concurso, en tanto que el comitente es la entidad estatal que se ha visto en la necesidad de convocar a dicha Licitación Pública, Adjudicación Directa Pública, Concurso o Proceso de Exoneración de Concurso para el desarrollo de una obra en particular.

Como indica Roberto Dromi, la Administración para el cumplimiento de sus fines puede requerir la realización de una construcción o instalación. Si esta ejecución se efectúa por intermedio de sujetos privados se recurrirá, en principio, al contrato de obra pública.¹⁸

El concepto de obra pública se puede definir a partir de cuatro elementos¹⁹:

“Elemento subjetivo: Se requiere que uno de los sujetos de la relación contractual sea el Estado (...), o una persona pública no estatal que ejerza función administrativa por delegación estatal expresa.

Elemento material: El elemento material o instrumental se refiere a la cuestión del origen de los fondos con que se realiza la obra.

Elemento objetivo: El objeto del contrato de obra pública puede tratar sobre inmuebles, muebles y objetos inmateriales.

Elemento finalista o teleológico: La finalidad del Estado o del ente no estatal no tiene trascendencia para definir el contrato de obra pública, porque éste sólo es un procedimiento para realizar o ejecutar una obra”.

El Contrato reúne los cuatro elementos anteriormente mencionados, por lo que debe ser considerado como un Contrato de Obra pública.

¹⁸ Cfse.: DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. Décima Edición Actualizada. Primera Parte. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid. 2004. Pág. 605.

¹⁹ Ibidem. Pág. 606.

En primer lugar, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que a la relación obligatoria creada por las partes, se le deben aplicar las normas del Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, y supletoriamente, las normas del Código Civil (en especial, las reglas de la prestación de servicios y del contrato de obra, en lo que fuera pertinente), según lo dispone el primer párrafo de la Cláusula 27 del Contrato:

El presente Contrato está sujeto a las leyes de la República del Perú, incluyendo la Ley y el Reglamento, las Bases Administrativas y la propuesta técnica y económica. En todo lo no contemplado en el presente contrato, serán de aplicación las disposiciones de la Ley, el Reglamento, el Código Civil y las que resulten aplicables. (El subrayado es nuestro).

El Código Civil de 1984 ha regulado a la prestación de servicios como el género del cual se desprenden sus distintas modalidades, en las cuales el denominador común está constituido por la fuerza del trabajo, la que se encuentra en diferentes formas en la locación de servicios, el contrato de obra, el depósito, el secuestro y el mandato.

Estas distintas modalidades de la prestación de servicios regulan en algunos casos obligaciones de medios y, en otros casos, obligaciones de resultado. Sin embargo, existen diferencias entre las unas y las otras. Cuando se comprometen medios el objeto de la prestación está dado por la actividad propiamente dicha, de modo que el trabajo es un fin, en tanto que si el prestador se obliga a un resultado, no basta la fuerza de trabajo propiamente dicha, sino que debe existir además una consecuencia prevista por las partes contratantes que tiene que ver con la obra o el trabajo comprometido.

Legislativamente, la definición de contrato de obra se encuentra en el artículo 1771° del Código Civil, el cual precisa lo siguiente:

“Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.”

Puede apreciarse que en el contrato de obra adquiere especial relevancia, el resultado del trabajo que el contratista se ha obligado a realizar. Por ello, es que Arias Schreiber y otros, han sostenido que:

“(…) El tenor del artículo 1771° es lo suficientemente amplio para extenderse a innumerables hipótesis siempre y cuando pueda descubrirse de su

contenido los siguientes elementos condicionadores: a) un resultado para llegar al cual se proporcionan energías que no son un fin, sino un medio; y b) el pago de un precio o retribución, que puede ser determinado o determinable.”²⁰

En la teoría, la locación de servicios y el contrato de obra parecen fácilmente diferenciables. Sin embargo, en la práctica muchas veces se presentan situaciones sumamente complejas y discutibles, debido a que todos los contratos que forman parte de la prestación de servicios tienen una cierta relación de parentesco, ya que son especies de un mismo género.

Para Jordano Fraga, cuya opinión compartimos:

“(…) la relevancia de la distinción se coloca en el plano del cumplimiento. La realización de la actividad diligente (que puede ser técnica) basta para que la obligación de medios se considere cumplida, aunque el interés primario del acreedor no se realice. (…). Por ello, la base de la distinción de ambas clases de obligaciones ha sido puesta en la aleatoriedad del resultado final en el caso de las obligaciones de medios, en las que su efectiva producción depende en gran medida de factores ajenos al control del deudor. De ahí la relatividad de la distinción, pues una misma obligación puede ser de medios o de resultado, según se desprenda de la voluntad de las partes, de modo que un profesional puede comprometerse a la prestación de un resultado concreto en vez de una actividad diligente (técnicamente correcta) en orden a la consecuencia de aquel mismo resultado”²¹.

Y más adelante agrega:

“Aunque siempre se debe un resultado, el contenido de dicho resultado es distinto en uno y otro caso. En un caso (obligaciones de medios) un comportamiento con arreglo a un modelo de conducta (la diligencia

²⁰ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, ARIAS-SCHREIBER M, Angela, MARTÍNEZ COCO, Elvira, Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo III. Gaceta Jurídica Editores, Lima. 1997. Pág. 107.

²¹ JORDANO FRAGA, Francisco. La responsabilidad contractual. Editorial Civitas. Madrid. 1997. Págs. 174 y 175.

técnica o no) y en otro caso (obligaciones de resultado) es una alteración de la realidad física"²².

Entonces, en primer lugar, puede concluirse que lo relevante del contrato de obra es el resultado concreto y final del trabajo (el opus) que una de las partes se ha obligado a realizar. En este caso se pactó en el Contrato que CODRALUX ejecutaría las obras del Proyecto Mejoramiento y Ampliación de la Boca de Entrada al Terminal Portuario del Callao.

Además, debe tenerse en cuenta que:

"Se entiende que el contrato de obra es de tracto único, ya que se concentra en una sola prestación, aunque su distribución haya sido convenida en prestaciones parciales. Este es un elemento diferencial con la locación de servicios, pues en ella la prestación es constante o de tracto sucesivo"²³.

De la naturaleza de la prestación de servicios; y, por tanto, del contrato de obra como una de sus modalidades, se desprende también que éstos presuponen necesariamente la realización de prestaciones tanto de dar como de hacer. En el caso del contrato de obra, la prestación de dar del comitente se traduce en el pago de una retribución, y la prestación de hacer del contratista está dirigida a la realización de una obra determinada.

En el presente caso lo relevante es el resultado del trabajo (el opus). CODRALUX se obligó a ejecutar las obras del Proyecto Mejoramiento y Ampliación de la Boca de Entrada al Terminal Portuario del Callao; mientras que la APN se obligó a un dar, consistente en pagar una retribución de US \$ 61'615,086.13 (Sesenta y un millones seiscientos quince mil ochenta y seis con 13/100 Dólares Americanos).

Por tanto, sobre la base de lo señalado en el presente punto y del análisis del Contrato, este Tribunal concluye: (i) que estamos frente a un contrato de obra²⁴, porque las características del Contrato celebrado corresponden a las de este tipo contractual; y (ii) que a LA APN le interesaba el proceso de ejecución de la Obra porque la actividad que debía realizar CODRALUX fue descrita específicamente en el Expediente Técnico del Contrato.

²² Ibidem. Pág. 175.

²³ Ibidem. Pág. 107.

²⁴ En doctrina existen diferentes clases de Contrato de Obra: Por Ajuste Alzado Absoluto, por Ajuste Alzado Relativo, por Economía, por Administración, por Precios Unitarios, por Llave en Mano, etc. El Código Civil peruano sólo legisla el Contrato de Obra por Precios Unitarios como figura genérica (artículo 1771°), el Contrato de Obra por Ajuste Alzado Relativo (artículo 1776°) y en forma colateral (artículo 1781°) la modalidad del Contrato de Obra por Pieza o Medida.

En lo que respecta al Contrato de Obra por unidad de medidas o por precios unitarios, ha manifestado Spota que por esta forma de contratación:

"(...) se estipula que los distintos trabajos de que estará constituida la obra, serán llevados a cabo mediante el pago de precios asignados a cada unidad técnica de estructura o bien cantidad técnica unitaria de obra de mano" y añade que la doctrina francesa se ocupa "del contrato según presupuesto, explicándolo de este modo: el precio se fija artículo por artículo y sólo puede determinarse a la terminación de los trabajos de acuerdo con la cantidad ejecutada, por ejemplo, construcción de un muro a tanto el metro". Se trata -en cuanto a esta ejecución de obra por unidad-, del contrato de obra "ad mensuram" por contraposición al tipo de contratación por ajuste alzado ("per aversiones"). Seguidamente explica que existen "dos tipos de estos contratos por unidad de medida o por precios unitarios, según se designe la medida total o el número de piezas, o no se contenga esta designación. En el primer supuesto, se trata de contrato por unidad de medida, pero determinando el precio no sólo por cada unidad, sino también las cantidades a ejecutar (sistema de ejecución de obra por precios unitarios con determinación de cantidad, o sistema por unidad de medidas). En el supuesto, sólo se fija el precio por unidad y se dejan indeterminadas las cantidades a ejecutar (sistema de ejecución por precios unitarios sin determinación de cantidad, o sistema por unidad simple). Existe, entonces variabilidad del precio total y de las cantidades."²⁵ (El subrayado es nuestro).

Cuando se trata del sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, el postor formula su propuesta ofertando precios, tarifas o porcentajes en función a un conjunto de partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases, y que se valorizan en relación a su ejecución real; así como por un determinado plazo de ejecución.

En el punto anterior, el Tribunal Arbitral ha podido apreciar que el Contrato celebrado por las partes reúne las siguientes características: es un contrato del que surge una relación obligatoria objetivamente colectiva, duradera, con prestaciones recíprocas y a título oneroso, con precios unitarios.

Del análisis de las mencionadas características del Contrato celebrado y de lo mencionado en este punto, el Tribunal Arbitral concluye que nos encontramos frente a un Contrato de Obra a Precios Unitarios. Estamos frente a un contrato de obra de "precio unitario, tarifa o porcentaje" porque así se pactó en el segundo párrafo de la Cláusula 11 del Contrato en la que se estableció que: *"La mencionada contraprestación se abonará de acuerdo a los Precios Unitarios, Metrados y las Valorizaciones referidas en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato y en la Propuesta Económica."*

VI. DESARROLLO DE LAS CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En la Audiencia llevada a cabo el 26 de octubre de 2011 se fijaron las cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral. En este sentido, se deben resolver las cuestiones derivadas de las excepciones de incompetencia formuladas por la APN.

Asimismo, como se señaló en la parte expositiva del presente laudo en la Audiencia aludida, el Tribunal Arbitral procedió a determinar las cuestiones que serían materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral derivadas de la demanda y la contestación.

Cabe precisar que en la Audiencia del 26 de octubre de 2011 se dejó claramente establecido que el Tribunal Arbitral se reservaba la facultad de analizar los puntos establecidos en ella en el orden que considerase apropiado, sin que éste sea necesariamente el establecido en tal Acta y que, de determinarse al pronunciarse sobre alguno de ellos que carecía de objeto pronunciarse sobre otros con los que guardase vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, podrían omitir pronunciarse sobre estos últimos, expresando las razones de dicha omisión, sin que ello generase algún tipo de nulidad.

Asimismo, se dejó expresa constancia de que el Tribunal Arbitral estaba facultado para pronunciarse sobre todas las cuestiones subsidiarias, accesorias, incidentales o conexas a estas materias o aquellas que hubieran sido objeto de argumentación de las partes durante el desarrollo del arbitraje, siempre y cuando estuvieran dentro de los alcances del convenio arbitral.

VII. RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA PLANTEADAS POR LA APN

En relación a este punto, el tribunal Arbitral considera:

1. Que el arbitraje en contratación pública es un medio para resolver las controversias derivadas de la ejecución o interpretación de los contratos establecido en el artículo 52° del Decreto Legislativo N° 1017

y reglamentado en el artículo 215° y siguientes del Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

2. Que al respecto, el artículo 52° del Decreto Legislativo N° 1017 establece:

“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 (...).”

3. Que asimismo el artículo 215° del Reglamento estipula lo siguiente:

“Artículo 215°.- Inicio del Arbitraje

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

De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la parte interesada debe recurrir a la institución arbitral en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional. De haberse pactado arbitraje ad hoc, la parte interesada procederá a remitir a la otra la solicitud de arbitraje a que se refiere este Reglamento.

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

Las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras o respecto de la conformidad de la recepción en el caso de bienes y servicios, así como las referidas al incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas, también serán resueltas mediante arbitraje.

El arbitraje se desarrollará de conformidad con la normativa de contrataciones del Estado, pudiendo el OSCE brindar servicios de organización y administración en los arbitrajes administrativos que se encuentren bajo el régimen de contratación pública y de acuerdo a las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto”.

4. Que, cumpliendo con la obligación impuesta por la norma de contrataciones, las partes del Contrato incorporaron en su Cláusula 27. el siguiente convenio arbitral:

“27.2. todas las controversias que se deriven del Contrato o que tengan relación con el mismo, incluidas las relativas a su existencia, validez, nulidad, anulabilidad, así como las vinculadas al presente convenio arbitral, y que no pueda ser solucionada mediante el trato amigable entre las Partes, serán resueltas mediante arbitraje de derecho por tres (3) árbitros, mediante la aplicación de las disposiciones de la OSCE contenidas en la Ley y el reglamento, referidas a solución de controversias. (...)”. (El subrayado es nuestro).

5. Que asimismo, el numeral 1 del artículo 13° del Decreto Legislativo N° 1071 establece lo siguiente:

“El convenio arbitral es un acuerdo para el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”.

6. Que de acuerdo con el texto transcrito las partes pueden someter a arbitraje “todas las controversias” o “ciertas controversias” que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual.
7. Que en tal sentido, al celebrar el Convenio Arbitral son las propias partes las que deciden si someten a arbitraje “todas las controversias” o sólo “ciertas controversias” que puedan surgir entre ellas (controversias futuras) respecto a una determinada relación jurídica contractual (aún si ésta ya se hubiera extinguido). En tal sentido, las propias partes pueden limitar el ámbito de operatividad del convenio arbitral recortando su aplicación sólo a ciertas controversias o excluyendo

expresamente aquellas controversias que, siendo susceptibles de arbitraje, las partes no desean someterla a la competencia arbitral.

8. Que de la lectura de los artículos del Decreto Legislativo N° 1071 puede advertirse que el legislador ha adoptado el principio *favor arbitrati*. Así, en caso de duda, porque las partes utilizan en la redacción del convenio expresiones genéricas o más bien vagas para indicar el ámbito de operatividad del mismo convenio sin especificar su alcance, el convenio arbitral debe interpretarse en el sentido que la competencia arbitral se extiende a todas las controversias que derivan de la relación jurídica a la cual el convenio arbitral se refiere.
9. Que por lo expuesto, en el presente caso, para determinar el ámbito de aplicación del convenio arbitral en las controversias contractuales, debemos remitirnos al convenio arbitral, que ha sido transcrito líneas arriba.
10. Que del texto del convenio arbitral puede advertirse que las partes decidieron someter a arbitraje todas las controversias que pudieran surgir entre ellas respecto de la relación jurídica generada del Contrato o que tengan relación con el mismo. Sólo quedan excluidas aquellas controversias que no son susceptibles de arbitraje.
11. Que en este sentido, las pretensiones principales formuladas en la demanda están relacionadas al pago de una indemnización por los daños que se le habría irrogado a CODRALUX por la falta de pago de los mayores trabajos de dragado y los mayores trabajos de enrocado que debió realizar para culminar la obra.
12. Que asimismo, la demanda contiene dos pretensiones subordinadas destinadas a que se efectúe el pago de dinero como resarcimiento por enriquecimiento sin causa.
13. Que la APN fundamenta sus excepciones en que las partes habrían pactado que, de encontrarse condiciones no contempladas en el Expediente Técnico que impliquen un retraso en los plazos de ejecución de la Obra o que impliquen una ampliación del presupuesto, se debía llevar a cabo, conforme a la Cláusula 7 del Contrato, los procedimientos establecidos en los artículos 133° al 136° del Reglamento.
14. Que, en ese sentido, según la APN para que procedieran los supuestos de pago de mayores trabajos demandados por CODRALUX, se debía suscribir un nuevo acuerdo o resolución exoneratoria del proceso de selección a efectos de realizar una nueva contratación. En este sentido, al no provenir tales pagos del Contrato tampoco estarían dentro de los alcances del convenio arbitral.

15. Que sin embargo, de seguirse el razonamiento de la APN, sería imposible que se genere una nueva contratación sin la existencia del Contrato que es materia de este arbitraje. En este sentido, los nuevos contratos que se pudiesen suscribir de acuerdo a la Cláusula 7, siempre dependerían de este Contrato principal, al formar parte de una sola relación jurídica. Por tanto, salvo que en estos nuevos contratos se establezca un mecanismo de resolución de controversias distinto (que no es el caso, pues, ni siquiera han llegado a existir), debe aplicarse el convenio arbitral contenido en la Cláusula 27 del Contrato, al ser materias vinculadas a éste.

16. Que al respecto, cabe precisar que el procedimiento al que hace alusión la APN es una obligación contenida en la Cláusula 7 del Contrato; y, por tanto, cualquier asunto vinculado a su ejecución, estaría comprendido directamente dentro de los alcances del convenio arbitral.

17. Que por otro lado, con relación al resarcimiento por enriquecimiento sin causa, cabe preguntarse ¿están comprendidas las cuestiones extracontractuales derivadas de la relación contractual existente entre ellas? Como señala Chiara Caramaschi las cuestiones extracontractuales derivadas de la relación contractual son:

"(...) las controversias que tienen como objeto las consecuencias resarcitorias por hecho ilícito o por responsabilidad precontractual, o derivadas de actos de competencia desleal, o enriquecimiento sin causa de una parte respecto de la otra".

18. Que de una relación jurídica contractual pueden derivarse controversias respecto de cuestiones extracontractuales, así, por ejemplo, si una de las partes ha efectuado un pago en exceso, la otra podrá requerir la restitución de lo pagado de más. Esta pretensión restitutoria se sustenta en las normas del pago indebido, que constituye una fuente heterónoma de relaciones obligatorias.

19. Que del mismo modo, en caso se sometan a arbitraje controversias que tengan por objeto la resolución del contrato por incumplimiento, las partes podrán pretender la restitución de las prestaciones que hubiesen sido ejecutadas. Esta pretensión restitutoria se sustenta en las normas de pago indebido.

20. Que en efecto, en el desplazamiento patrimonial por error absoluto el *solvens* realiza el desplazamiento con la errónea creencia de la existencia del título, sea porque nunca existió o porque ya se extinguió.

21. Que la ausencia del título puede darse desde el origen o puede ser sobreviniente. Siguiendo a Bianca podemos distinguir los siguientes casos:

- *Por inexistencia de la relación obligatoria;*
- *Por extinción previa de la relación obligatoria;*
- *Por falta de legitimación del accipiens; y,*
- *Por nulidad, anulabilidad, resolución y rescisión del título negocial (condictio ob causam finitam).*

22. Que en todos estos casos, de acuerdo con el Código Civil, el *solvens* incurre en error sobre la existencia del título.

23. Que del mismo modo, si las partes someten a arbitraje una controversia respecto a la nulidad del contrato, también serán de competencia arbitral las pretensiones restitutorias (en base a las normas del pago indebido) y las controversias que tienen por objeto las consecuencias resarcitorias por responsabilidad precontractual.

24. Que como puede apreciarse del texto de la Cláusula 27.2 referida al Convenio Arbitral, las partes no han excluido de la competencia arbitral las controversias que pudieran surgir entre ellas respecto de cuestiones extracontractuales que se deriven de la relación jurídica generada del Contrato.

25. Que por tanto, el Tribunal Arbitral considera que las excepciones de "falta de jurisdicción arbitral" deducidas por la APN contra la Primera Pretensión Principal, la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, la Segunda Pretensión Principal y la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la demanda interpuesta por CODRALUX deben ser declaradas Infundadas.

VIII. RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE SI SE DEBE ORDENAR A LA APN QUE PAGUE A CODRALUX LA SUMA DE US\$ 5'792,935.55 COMO INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS QUE LE HABRÍA IRROGADO A CODRALUX POR LOS MAYORES TRABAJOS DE DRAGADO QUE HABRÍA REALIZADO PARA CULMINAR LA OBRA Y QUE AÚN NO HABRÍAN SIDO PAGADOS.

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a este punto, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto de esta cuestión materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral, la cual contiene, además, el análisis de la Primera Pretensión de la demanda.

1. Que a efectos de poder determinar si corresponde o no el pago pretendido por CODRALUX es necesario efectuar un análisis de la prestación que debía realizar esa empresa a la luz de otras estipulaciones del Contrato.
2. Que al respecto, la Cláusula 3 del Contrato establece lo siguiente:

CLÁUSULA 3 OBJETO

3.1. Por el presente Contrato, el CONTRATISTA se obliga a ejecutar las Obras a favor de la APN, según los términos, condiciones y Especificaciones Técnicas contenidas en el Expediente Técnico que forma parte integrante de este Contrato como Anexo No. 1.

Al inicio de las obras, el CONTRATISTA conjuntamente con el supervisor de las obras efectuará un Levantamiento Balimétrico del área comprendida en el Proyecto que posibilite establecer los volúmenes estimados de dragado, según el Expediente Técnico.

3.2. La APN se obliga a pagar a favor del CONTRATISTA la suma pactada en la Cláusula Décimo Primera de este Contrato, de acuerdo con los términos y condiciones previstos en el mismo, en calidad de contraprestación por las obras previstas en la presente Cláusula.

3.3. El CONTRATISTA se compromete ante la APN a realizar, según corresponda en cada caso y sin que la siguiente enumeración sea taxativa, la revisión de la ingeniería básica y de detalle, provisión y transporte hasta el punto establecido en este Contrato de todos los Equipos y Materiales, la realización de obras civiles, montajes, ensayos y pruebas, de acuerdo con los términos y condiciones de las Especificaciones Técnicas contenidas en el Expediente Técnico". (El subrayado es nuestro).

3. Que como se aprecia del texto citado, CODRALUX se obligaba a realizar la obra, es decir, el mejoramiento y ampliación de la Boca de Entrada en el Terminal Portuario del Callao, conforme a las especificaciones del Expediente Técnico, para lo cual la APN se obligaba a efectuar el pago de una suma de dinero.

4. Que en efecto, en la Cláusula 11 del Contrato se establece lo siguiente:

“La contraprestación que por todo concepto corresponde al CONTRATISTA asciende a la suma de US \$ 61'615,086.13 (Sesenta y un millones seiscientos quince mil ochenta y seis con 13/100 Dólares Americanos), incluidos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y los costos laborales respectivos conforme a la legislación vigente, así como todo otro concepto aplicable que pueda incidir en el valor de los servicios contratados, conforme se indica en la Propuesta Económica.

La mencionada contraprestación se abonará de acuerdo a los Precios Unitarios Metrados y las Valorizaciones referidas en la Cláusula Décima Segunda del Contrato y en la Propuesta Económica (...). (El subrayado es nuestro).

5. Que como se aprecia, las partes convinieron expresamente que el Contrato sería a precios unitarios; sistema de contratación que, conforme al artículo 40º de la Ley de Contrataciones, es aplicable cuando la naturaleza de la prestación no permite conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas para la finalidad del Contrato. En este sentido, las partidas o cantidades establecidas en el Contrato, se valorizan en función a su ejecución real.
6. Que por tanto, debe evaluarse si es que el trabajo de dragado efectuado por CODRALUX se encuentra dentro de las magnitudes o cantidades requeridas para la finalidad del Contrato o, si por el contrario, deben ser considerados como obras adicionales distintas a la prevista en el Expediente Técnico.
7. Que si bien es cierto que conforme a la Cláusula 8.2 de las Especificaciones Técnicas, el trabajo que debía realizar CODRALUX consistía en el dragado del canal de acceso y zona de maniobras hasta la cota -14m, este Tribunal Arbitral entiende que la cota real pactada fue de -16 m., con respecto al nivel de referencia MLWS, tal como se desprende de la demanda²⁶ y de la propia carta de la APN, N° 039-2011-APN/DT/BE remitida al Supervisor con fecha 15 de abril de 2011.²⁷ El Tribunal hace presente además que en las Audiencias celebradas ambas partes han actuado en el arbitraje teniendo como cota real la de -16m con respecto al nivel de referencia MLWS.

²⁶ Nota de pie de página 21, en la pág. 35.

²⁷ Anexo 1-C de la demanda.

8. Que al respecto, la Especificación Técnica N° 8.2.2. señala que el volumen total de dragado ascendería a 3'749,009 m³; siendo que los volúmenes definitivos de dragado se establecerían de acuerdo a los levantamientos batimétricos a ser efectuados al inicio y al final de las faenas de dragado considerando los límites establecidos y tolerancias especificadas. El Tribunal Arbitral deja constancia que la APN no ha cuestionado en ningún momento ante este Tribunal Arbitral, el volumen señalado por CODRALUX en su demanda.
9. Que asimismo, en el numeral 8.3.5. de las Especificaciones Técnicas al referirse a la tolerancia vertical, establece que se considerará de abono todo el volumen que será dragado hasta un máximo de un metro, bajo la profundidad objetivo.
10. Que conforme se aprecia de la Carta N° 039-2011-APN/DT/BE (Anexo 1-C de la demanda), toda vez que en algunos sectores faltaría dragar entre 15 a 40 cm. para llegar a la cota establecida en el Expediente Técnico de -16 m, la APN instruyó al Supervisor indicándole que los trabajos de dragado debían efectuarse hasta alcanzar la profundidad de diseño comprendida en el mismo que corresponden a -16.00 m.
11. Que para este Tribunal Arbitral es evidente que, a efectos de que en todos los sectores del dragado se llegue a la cota establecida, CODRALUX debía dragar con mayor profundidad a dicha cota de -16.00 m, lo cual explica que se contemple la tolerancia de 1 m que corresponde a la reclamación efectuada por CODRALUX.
12. Que siendo ello así, el Tribunal Arbitral, efectuando una interpretación integral del contrato concluye que la intención común de las partes fue establecer un volumen determinado de dragado los cuales, al ser un contrato a precios unitarios, se incluyen dentro del precio total del contrato establecido en la Cláusula 11; y un volumen indeterminado hasta a un máximo de 1 m por debajo de la cota, el cual debe ser contemplado con un pago adicional, en función de los metrados realmente ejecutados.
13. Que en este sentido, los trabajos de dragado "adicionales" realizados por CODRALUX, constituyen parte de la prestación contemplada en el Contrato y no una obra o prestación adicional.
14. Que cabe precisar que no existe controversia entre las partes sobre el volumen determinado que ha sido dragado en 1'645,395 m³ que, siendo que, al aplicarse el precio unitario correspondiente, genera un pago de US\$ 5'792,935.55 (Cinco millones setecientos noventa y dos mil novecientos treinta y cinco y 55/100 Nuevos Soles).

15. Que por tanto, corresponde que la APN pague el valor del dragado adicional efectuado por CODRALUX puesto que, al no haberlo realizado, le ha generado un daño por incumplimiento contractual, el que debe ser resarcido; incluyendo los intereses legales devengados desde la fecha de recepción de la obra.

VIII. RESPECTO A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Toda vez que la primera pretensión principal de la demanda ha sido amparada, carece de objeto que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre si la APN debe pagar a CODRALUX la suma de US\$ 5'792,935.55 (Cinco Millones Setecientos Noventa y Dos Mil Novecientos Treinta y Cinco y 55/100 Dólares de los Estados Unidos de América), más el IGV e intereses por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa.

IX. RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE SI SE DEBE ORDENAR A LA APN QUE PAGUE A CODRALUX LA SUMA DE US\$ 4'107,193.69 COMO INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS IRROGADOS A CODRALUX POR LOS MAYORES TRABAJOS DE ENROCADO QUE DEBIÓ REALIZAR PARA CULMINAR LA OBRA.

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a este punto, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto de esta cuestión materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral.

1. Que como parte de la Obra, CODRALUX debía efectuar trabajos de demolición en el muelle a efectos de reducir los rompeolas para luego instalar nuevos pilotes en dicho muelle. Al respecto, el rompeolas sur debía ser recortado en una longitud igual a 115 m medido a coronación a partir del cabezo actual y el rompeolas norte a una longitud igual a 220 m.
2. Que a efectos de llevar a cabo esta labor, CODRALUX debía retirar roca de las escolleras hasta un nivel de -14 m.
3. Que no obstante ello, como se aprecia en el Asiento N°. 033-10-12-2010, CODRALUX expresa dudas sobre la profundidad de las rocas de los rompeolas las cuales estarían a una profundidad mayor de -14 m.

4. Que al respecto, en el Informe N° 014.11.LB/JDA, el Supervisor señala que "...dicho trabajo se realiza en una zona donde se encontraría roca a -14 m. de acuerdo al Expediente Técnico; sin embargo, durante la ejecución de los trabajos de hincado de pilotes en el rompeolas norte, se comprobó que la roca está ubicada a una profundidad de de 18 m. (...) el Proyectista en su diseño manifiesta que la roca se encuentra a -14 m., en toda la zona de trabajo, pero realmente la roca en el rompeolas norte se encuentra -18 m., y en el rompeolas sur a -16 m., por consiguiente se presenta un mayor volumen de enrocado previsto en el expediente técnico."
5. Que respecto a estos trabajos, el Expediente Técnico no cuenta con una solución como ocurre con el metro de tolerancia para el caso del dragado. Por tal motivo, debe aplicarse el segundo párrafo de la Cláusula 16.2 del Contrato que señala:

"Si el CONTRATISTA encontrase condiciones no contempladas en el Expediente Técnico que impliquen un retraso en los Plazos de Ejecución de Obras y/o una ampliación del presupuesto, se deberá proceder conforme al procedimiento previsto en la Cláusula Séptima"

6. Que este procedimiento recogido en la Cláusula Séptima del Contrato, está contemplado para los supuestos de Obras adicionales y señala textualmente lo siguiente:

"Las Partes establecen de forma expresa que las obligaciones asumidas por el CONTRATISTA en el presente Contrato corresponden únicamente a las Obras contempladas en el Expediente Técnico. En tal sentido, en caso la APN informe al CONTRATISTA que para la ejecución del proyecto es indispensable ejecutar obras adicionales, no contempladas en el Expediente Técnico, se deberá proceder de acuerdo a lo establecido en los artículos 233° al 136° del Reglamento, aplicables a los supuestos de exoneración por situación ed desabastecimiento inminente, a efectos de realizar una nueva contratación para la ejecución de las nuevas obras, pactándose una nueva contraprestación por este concepto".

7. Que pese a que el Contrato establece un procedimiento para la aprobación y pago de obras adicionales, el 31 de marzo de 2011 fue publicado el Decreto de Urgencia N° 012-2011 en virtud del cual se dejó en suspenso, hasta el 28 de julio de 2011, el trámite de demandas

adicionales de recursos vía créditos suplementarios con cargo a la fuente de financiamiento de Recursos Ordinarios.

8. Que por tanto, la APN estaba imposibilitada de cumplir con la Cláusula Séptima del Contrato, pues ocurrió un supuesto de fuerza mayor que le exime de responsabilidad por un eventual incumplimiento contractual.
9. Que por tanto, esta pretensión debe ser declarada infundada.
10. Que sin embargo, el hecho que la APN se encontrara impedida de llevar a cabo un procedimiento para reconocimiento de Obras Adicionales, no implica que no haya obtenido un beneficio patrimonial en detrimento de CODRALUX; cuestión que se pasará a analizar como parte de la Pretensión Subsidiaria a la Segunda Pretensión Principal de la demanda.

X. RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE SI SE DEBE ORDENAR A LA APN QUE PAGUE A CODRALUX LA SUMA DE US\$ 4'107,193.69 POR CONCEPTO DE RESARCIMIENTO POR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, DERIVADO DEL HECHO DE HABER RECIBIDO LA APN UNA PRESTACIÓN CUYO VALOR ES SUPERIOR AL PAGADO POR ÉSTA, DEBIDO A LOS MAYORES TRABAJOS DE ENROCADO EJECUTADOS POR CODRALUX.

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a este punto, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del presente laudo.

A efectos de determinar si es que la APN debe resarcir a CODRALUX por concepto de enriquecimiento sin causa, se procederá a efectuar un análisis de esta figura jurídica para luego determinar si es que los hechos en el presente caso encajan en ella.

Los desplazamientos patrimoniales sin causa

1. Que la "entrega a otro algún bien o cantidad" constituye una atribución o desplazamiento patrimonial.
2. Que una atribución o desplazamiento patrimonial consiste en una ventaja o beneficio de carácter patrimonial proporcionado a otra persona. Implica, por consiguiente, la alteración en la esfera patrimonial de un sujeto. Así, la entrega de un bien a (o la realización de un servicio a favor de) un sujeto de derecho constituye una atribución o desplazamiento patrimonial.
3. Que si bien "atribución" y "desplazamiento" pueden ser entendidos como sinónimos, en estricto, el término "desplazamiento" es más

concreto que el término "atribución", ya que requiere que la citada ventaja o beneficio se materialice en un bien (o dinero), dejando así al margen toda atribución patrimonial que implique un hacer o un no hacer.

4. Que como dice Díez-Picazo:

"Todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben fundarse en aquellas causas o razones de ser que el ordenamiento jurídico considera como justas. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o una pretensión, en favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución"²⁸.

5. Que para que un desplazamiento patrimonial pueda ser calificado de "pago" es menester que: 1) encuentre su fundamento y su razón de ser en una previa relación obligatoria (causa o título) que a través de dicha atribución se cumple y 2) que concurren una serie de requisitos que se refieren a los sujetos, al objeto y a las circunstancias de tiempo y de lugar (requisitos de regularidad del pago)²⁹.
6. Que por lo señalado, para que un desplazamiento patrimonial sea considerado "pago" el desplazamiento debe ser debido; es decir, debe tener una causa la cual es comúnmente, una relación obligatoria. Así, por ejemplo, si Primus entrega a Secundus S/ 1,000 realiza un desplazamiento patrimonial a favor de este último, sin embargo, para que dicho desplazamiento sea calificado como "pago" debe preexistir una relación obligatoria entre Primus y Secundus la cual constituiría la causa o título del desplazamiento patrimonial.

²⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**. Volumen Primero. Ob. Cit. Págs. 89-90.

²⁹ El despliegue de la plena eficacia, solutoria y satisfactiva, del acto de pago exige la concurrencia de una serie de requisitos que se refieren a los sujetos, al objeto y a las circunstancias de tiempo y de lugar.

1) Desde el punto de vista de los sujetos, la regularidad del pago presupone la legitimación de la persona que lleva a cabo el pago (*solvens*) y en la persona que lo recibe (*accipiens*).

2) Desde el punto de vista del objeto, son requisitos del pago: la identidad, la integridad y la indivisibilidad.

3) Desde el punto de vista de las circunstancias de tiempo y de lugar, el pago exige que el tiempo y el lugar en que se realice sean exactos o por lo menos adecuados.

7. Que el "pago" se califica precisamente como «hecho debido» en cuanto constituye la actuación de la relación obligatoria y, por tanto, actuación de la posición deudora. La relación obligatoria es entonces el título jurídico del "pago". Si para que un desplazamiento patrimonial sea "pago" debe existir una causa o título, entonces un "pago" siempre es debido, hablar de "pago indebido" resulta siendo contradictorio, así quizá resulte más adecuado referirse a atribuciones o desplazamientos patrimoniales sin causa³⁰.
8. Que los desplazamientos patrimoniales requieren, como hemos visto, de una causa que las justifique jurídicamente. De acuerdo con Trimarchi³¹ los desplazamientos patrimoniales injustificados pueden verificarse como consecuencia de:

1) Apropiaciones ilícitas, o bien por el empleo de violencia, amenazas o engaños. En este caso las consecuencias se eliminan, en lo posible, mediante el mecanismo de la responsabilidad civil.

2) Hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños. Así, por ejemplo, puede tratarse:

2.1) De hechos del mismo empobrecido, quien por error entregue a otro sujeto un bien no debido;

2.2) De un hecho de la naturaleza, como la avulsión (artículo 940° del Código Civil); o,

2.3) De un hecho del enriquecido sin ser fuente de responsabilidad civil por los daños, así, por ejemplo, el consumo de buena fe de un bien ajeno."

9. Que cuando los desplazamientos patrimoniales se producen por hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños³², el derecho no impone al enriquecido de buena fe, como señala

³⁰ El Código Civil español habla de "Cobro de lo indebido". Cárdenas Quirós habla de "desplazamiento patrimonial indebido" (CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil". En: *Thémis, Revista de Derecho*. N° 30. Pág. 147).

³¹ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Quindicesima Edizione. Editorial Giuffrè. Milano. 2003. Pág. 332.

³² Como bien lo resalta Trimarchi no todo acto dañoso es prohibido. En la vida en sociedad, es común causar daño a otros sujetos lícitamente. El desarrollo de actividades provechosas implica algún riesgo de daños a terceros (externalidades para los economistas, daños para los abogados). No todas las externalidades deben ser internalizadas a través de la responsabilidad civil, de lo

el autor italiano³³, el resarcimiento del daño, pero le impone la obligación de pagar al empobrecido una indemnización dentro de los límites de su enriquecimiento. En este sentido Gallo señala:

“La responsabilidad civil busca de remediar los daños derivados de la comisión del ilícito; la acción de enriquecimiento tiene, en cambio, como punto de referencia el provecho obtenido mediante un hecho injusto”³⁴.

10. Que si por ejemplo, usando el ejemplo de Trimarchi, Primus ha utilizado el carbón de Secundus, éste sufre un daño igual al valor del carbón. El enriquecimiento de Primus, en cambio, es igual al precio no pagado por igual cantidad de carbón. Si Primus no ha actuado de mala fe, no es responsable por el daño, pero está obligado según el principio del enriquecimiento sin causa, por tanto debe pagarle a Secundus una suma de dinero igual al precio del carbón ahorrado.

11. Que el principio general está recogido en el artículo 1954° del Código Civil que establece:

“Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”.

12. Que de esta manera –como puede apreciarse– la falta de una causa justa en una atribución patrimonial se transforma en el sustento de la doctrina del enriquecimiento sin causa. Así sostiene Ameal que:

“(…) cuando se traslada un bien o un valor del patrimonio de una persona a otra enriqueciéndola sin un título o razón jurídica que lo justifique, nos encontramos frente a una situación que la doctrina de los autores ha caracterizado

contrario, la sociedad se paralizaría por el impacto que tendría sobre cada persona la existencia de sanciones resarcitorias por todas las consecuencias dañosas, nimias o relevantes, inmediatas o remotas que involucra toda actividad humana. El éxito empresarial, por ejemplo, se manifiesta restándole clientes a sus competidores, pero ello no constituye un hecho injusto: la competencia no está prohibida, al contrario es reconocida constitucionalmente (artículo 61°) pues es útil para la sociedad. Otras veces el hecho dañoso es prohibido (hecho ilícito) y una vez cometido da lugar a responsabilidad por daños (Ver al respecto TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Ob. Cit. Pág. 107).

³³ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Ob. Cit. Pág. 332.

³⁴ GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa. Art. 2041-2042. Il Codice Civile. Commentario*. Fondata da Piero Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli. Editorial Giuffrè. Milano. 2003. Pág. 50.

como enriquecimiento sin causa en la acepción más apropiada.”³⁵ (El subrayado es nuestro).

13. Que por tanto, la fundamentación del enriquecimiento sin causa se encuentra en la imposibilidad que se produzca una atribución patrimonial sin una causa que lo justifique, o, si lo queremos ver desde otra perspectiva, en el hecho de no admitir un enriquecimiento sin causa.

El enriquecimiento sin causa

1. Que el Derecho Civil patrimonial tiene su punto de partida en la idea que los bienes y servicios deben intercambiarse teniendo en cuenta el principio de la conmutatividad, de tal manera que las prestaciones de ambas partes guarden equilibrio. Por ello, se ha sostenido correctamente que:

“(...) Ha de tratarse de atribuciones que sean consecuencia de negocios jurídicos lícitos y válidamente celebrados o de actos realizados de conformidad con los preceptos legales.”³⁶

2. Que el “enriquecimiento sin causa”, “enriquecimiento indebido”, “enriquecimiento injusto” o “enriquecimiento torticero”, resumido en “el daño de un acervo y el correlativo aumento de otro”³⁷ se presenta cuando una persona recibe una ventaja, provecho o utilidad, sin fundamento jurídico, de tal modo que el ordenamiento otorga al empobrecido este remedio jurídico para lograr el restablecimiento de su equilibrio económico.

3. Que sobre el particular, Díez-Picazo señala que:

“(...) uno de los principios que inspiran el Derecho civil patrimonial consiste en la idea de que el intercambio de bienes y de servicios debe realizarse de acuerdo con los postulados establecidos por el ordenamiento jurídico para realizar los dictados de la justicia conmutativa. Ha de

³⁵ AMEAL, Oscar. Enriquecimiento sin causa. Subsidiariedad o autonomía de la acción. En: Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Directores: Alberto José Bueres y Aida Kemelmajer de Carlucci. Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires. 1997. Pág. 1064.

³⁶ DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos ... Ob. Cit. Volumen Primero. Pág. 89.

³⁷ Cfse.: CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Volumen 2. Librería Editora Platense SRL. La Plata. 1984. Pág. 498.

*tratarse de atribuciones que sean consecuencia de negocios jurídicos lícitos y válidamente celebrados o de actos realizados de conformidad con los preceptos legales. (...). Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o pretensión, a favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución.*³⁸
(El subrayado es nuestro).

4. Que el enriquecimiento sin causa se encuentra regulado como una de las fuentes de las obligaciones en los artículos 1954° y 1955° del Código Civil peruano, señalándose en el artículo 1954° que:

“Artículo 1954°.- Aquél que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.”

5. Que cuando el supuesto de hecho previsto en la norma se presenta, el ordenamiento jurídico le otorga al empobrecido la facultad de accionar contra el enriquecido. Es en este razonamiento en el que descansa la autonomía del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones. Por ello, ha sostenido Díez-Picazo que:

“Puede, por tanto, afirmarse que el total Derecho de obligaciones (incluso el Derecho Civil en su conjunto) aparece estructurado de tal modo que no tenga lugar un enriquecimiento injusto. Pero si, pese a esa general finalidad de la norma y de los medios instrumentales puestos a su servicio es lo cierto que llega a producirse, entonces la prohibición del enriquecimiento injusto se convierte en norma concretamente sancionadora de que la situación de enriquecimiento, que no ha podido evitarse, tiene que corregirse. Este es el significado autónomo del enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones: se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece, y no siendo justo tal empobrecimiento y careciendo de justificación o de causa que lo legitime, surge una obligación dirigida a realizar la prestación que elimine el enriquecimiento. Deudor es el enriquecido; acreedor, el empobrecido.”³⁹ (El subrayado es nuestro).

³⁸ DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos ... Ob. Cit. Volumen Primero. Págs. 89 y 90.

³⁹ DIEZ PICAZO, Luis. La doctrina del enriquecimiento injustificado. En: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel y DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1991. Págs. 30 y 31.

6. Que adicionalmente, también debe tenerse en cuenta que lo que se reclama mediante la acción de enriquecimiento sin causa no es una cosa -no estamos frente a una acción reivindicatoria-, sino que lo que se reclama mediante ella es el valor de la cosa -por ello, su naturaleza personal-. Atendiendo a ello, es indispensable además que dicho "valor" sea probado por el empobrecido.

Clases de Enriquecimiento sin Causa

Enriquecimiento positivo

1. Que se presenta ante el aumento del patrimonio del enriquecido. Como señala Díez-Picazo:

"Se denomina enriquecimiento positivo aquel que se produce por un aumento efectivo del patrimonio del interesado. El aumento del patrimonio del interesado puede producirse, bien por un incremento del activo patrimonial o bien por una disminución del pasivo" y luego añade: "Hay enriquecimiento positivo siempre que se incrementa el activo patrimonial. (...). Existe, también un enriquecimiento positivo cuando disminuye el pasivo del interesado. Por ejemplo: se paga o se extingue una deuda; se libera o cancela un gravamen, etc."⁴⁰ (El subrayado es nuestro).

Enriquecimiento negativo

1. Que supone la existencia de determinados actos que evitan que el patrimonio del enriquecido disminuya, a expensas del patrimonio del empobrecido. Así, el enriquecimiento negativo se presenta:

"(...) en todos aquellos casos en que se evita en todo o en parte una disminución del patrimonio, que de otro modo tendría que haber sido producida necesariamente."⁴¹

Fundamento del Enriquecimiento sin Causa

1. Que en cualquiera de los supuestos anteriormente mencionados, el enriquecimiento puede encontrar su fundamento tanto en la iniciativa

⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos ... Ob. Cit. Volumen Primero. Pág. 102.

⁴¹ Ibidem. Pág. 102.

del empobrecido como en la iniciativa del enriquecido. Como señalan Caringella y De Marzo:

“En la casuística de los enriquecimientos derivados de la iniciativa del empobrecido ingresan las actividades de ventaja ajena cumplidas sin espíritu de liberalidad o en la falta de justificaciones afectivas y de cortesía.”⁴² (El subrayado es nuestro).

Requisitos del enriquecimiento sin causa en el ordenamiento jurídico peruano

1. Que para que surja la obligación de que el enriquecido indemnice al empobrecido por un enriquecimiento sin causa, según lo dispuesto en los artículos 1954° y 1955° del Código Civil peruano se requiere que concurren los siguientes requisitos: Enriquecimiento del demandado, empobrecimiento del demandante, nexo de causalidad entre la ventaja del enriquecido y el perjuicio del empobrecido, falta de causa justificada del enriquecimiento y carencia de otra acción para remediar el perjuicio sufrido.
2. Que por lo hasta aquí señalado, se concluye afirmando la autonomía del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones, la concurrencia de los requisitos mencionados para que la acción pueda ser amparada y la necesidad de la probanza de los mismos por parte del empobrecido.

Enriquecimiento del demandado

1. Que se presenta cuando el enriquecido ha obtenido cualquier tipo de ventaja o utilidad, sin que medie causa alguna para ello.
2. Que respecto de este primer requisito, se afirma en la Exposición de Motivos del Código Civil que:

“Debe entenderse en sentido amplio, es decir, como ventaja patrimonial obtenida ya sea activamente -como la adquisición de un derecho o la obtención de la posesión, ya sea pasivamente- como el ahorro de un gasto inminente y de ‘otro modo inevitable’. No siempre es, pues, necesariamente, un aumento o incremento patrimonial sino que puede aparecer como ahorro de gastos o preservación de un patrimonio.”⁴³ (El subrayado es nuestro).

⁴² Ibidem.

⁴³ REVOREDO, Delia. Op. Cit. Pág. 775.

3. Que este razonamiento se encuentra en la base de la distinción que la doctrina ha efectuado al diferenciar el enriquecimiento positivo del enriquecimiento negativo. Debe tenerse en cuenta que el carácter patrimonial del enriquecimiento sin causa está directamente vinculado con el hecho que el patrimonio del enriquecido se ve beneficiado ya sea positivamente o negativamente.
4. Que ahora bien –como ya hemos señalado anteriormente- este beneficio no debe entenderse como un beneficio “en dinero”, sino como un beneficio patrimonial de cualquier índole susceptible de valoración pecuniaria, de tal modo que cualquier ahorro en el patrimonio del enriquecido configura también un supuesto de enriquecimiento.

El empobrecimiento actual o futuro del demandante

1. Que el Código Civil señala expresamente que el enriquecimiento debe haberse producido a “expensas” de otro. Por lo tanto, el enriquecimiento se traduce en una ventaja patrimonial del enriquecido a costa del empobrecido.
2. Que bajo esta perspectiva, el empobrecimiento fruto de un enriquecimiento positivo o negativo, es susceptible de ser apreciado en valor y puede consistir tanto en la salida actual como futura de un valor del patrimonio del empobrecido como en la falta del ingreso a su patrimonio de un valor que correspondía que le ingresara.
3. Que debe tenerse en consideración que el Código Civil no exige que el empobrecimiento del demandante sea actual, de tal manera que sobre la base del principio que nadie puede distinguir donde la ley no distingue la asunción de deuda debe quedar comprendida dentro de este supuesto.
4. Que en este orden de ideas expresa Díez Picazo que:

“(…) la hipótesis debe ser tratada con el mismo rasero que los Códigos civiles emplean en los casos en que un tercero paga una deuda ajena, es decir, en que el patrimonio de un tercero soporta la extinción por pago de la deuda generada, porque en definitiva no existe notable diferencia entre extinguir por pago o extinguir por otra vía como puede ser una asunción liberadora de la deuda que se produce también con cargo a un patrimonio extraño. En estos casos, la ley admite que quien con su patrimonio extingue una deuda ajena tiene, frente al deudor que ha

resultado liberado y, que por consiguiente, con la liberación se ha enriquecido, una acción de restitución de aquello en que a este último le hubiera sido útil el pago. Utilidad de pago que ha de referirse a la liberación de la deuda y, por consiguiente, al mismo importe de esta última.”⁴⁴ (El subrayado es nuestro).

Nexo de causalidad entre la ventaja del enriquecido y el perjuicio del empobrecido.

1. Que es necesaria la existencia de una relación, que puede ser directa o indirecta, entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante. El enriquecimiento y el empobrecimiento correlativos son cada uno de ellos causa y razón de ser de la existencia del otro. Por tanto, la ventaja del enriquecido deriva de la desventaja del empobrecido.
2. Que como se sostiene en la Exposición de Motivos del Código Civil, esto quiere decir que:

“Debe existir una unidad de origen en el sentido que una sola y misma circunstancia debe haber producido por un lado el enriquecimiento y por el otro el detrimento patrimonial.”⁴⁵ (El subrayado es nuestro).

3. Que en este orden de ideas, ha expresado Díez-Picazo que puede existir, en primer lugar, una relación directa entre ambos fenómenos cuando el demandado se ha aprovechado directamente del patrimonio del demandante; o una relación indirecta, cuando el empobrecimiento del demandante ha dado lugar al enriquecimiento del demandado, pero a través del patrimonio de un tercero⁴⁶.

Falta de causa justificada del enriquecimiento

1. Que para que un desplazamiento patrimonial pueda considerarse lícito requiere de una causa que lo justifique. Por ello, han expresado Pizarro y Vallespinos que:

“Cuando una atribución de carácter patrimonial se opera sin estar fundada en una justa causa, quien se

⁴⁴ DÍEZ PICAZO, Luis. Dictamen ... Op. Cit. Pág. 30.

⁴⁵ REVOREDO, Delia. Ob. Cit. Pág. 777.

⁴⁶ DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos ... Ob. Cit. Pág. 103.

enriquece debe restituir al empobrecido el valor de dicho enriquecimiento⁴⁷.

2. Que se requiere que el enriquecimiento sea "indebido", es decir, injustificado, por lo que no debe existir razón alguna para que se haya producido. La pretensión de enriquecimiento no nace por el sólo hecho que uno se enriquezca a costa de otro, sino que es menester que falte una justa causa en la que se funde dicho enriquecimiento⁴⁸.
3. Que esto sucede cuando no existe una relación jurídica que sea causa del enriquecimiento, cuando habiendo existido la relación, el enriquecimiento que se ha producido no es una consecuencia natural de dicha relación, o cuando la causa inicial de la atribución patrimonial desapareció con posterioridad quedando el acto incausado.
4. Que en la Exposición de Motivos del Código Civil se afirma que la ausencia de causa se presenta:

"(...) en sentido de falta de título o razón de ser del enriquecimiento del enriquecido y del correlativo empobrecimiento del empobrecido."⁴⁹ (El subrayado es nuestro).

5. Que sobre el particular ha sostenido De la Cámara que:

"En el enriquecimiento sin causa, por consiguiente, la función de la causa, en cuanto elemento que justifica la acción restitutoria, hay que enfocarla desde una perspectiva negativa. Hay enriquecimiento sin causa justamente cuando la causa falta, y causa es, como he dicho, la causa eficiente."⁵⁰ (El subrayado es nuestro).

⁴⁷ PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Tomo 1. Concepto de obligación. Elementos. Clasificaciones. Hammurabi José Luis Depalma Editor. Buenos Aires. 1999. Pág. 167.

⁴⁸ ENNECCERUS, Ludwing. *Tratado de Derecho Civil*. Obra de ENNECCERUS, Ludwing, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Segundo Tomo. *Derecho de Obligaciones*. Volumen Segundo. Doctrina Especial. Bosch / Casa Editorial. Barcelona. Sin fecha. Págs. 566 a 615.

⁴⁹ REVOREDO, Delia. Ob. Cit. Pág. 776.

⁵⁰ DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel. *Enriquecimiento injusto y sin causa*. En: *Dos Estudios (...)*. Ob. Cit. Pág. 170. Téngase presente que el autor considera como causa eficiente "al supuesto de hecho al que el Derecho objetivo vincula el efecto jurídico en que el enriquecimiento consiste" (Pág. 168).

6. Que para que pueda ampararse una acción de esta naturaleza debemos estar, por tanto, frente a una falta de causa justa respecto de la atribución en el patrimonio del enriquecido.

Carencia de otra acción para remediar el perjuicio sufrido

1. Que doctrinariamente existe discusión respecto de si la acción de enriquecimiento sin causa es autónoma o subsidiaria.
2. Que para quienes sostienen la autonomía de la acción de enriquecimiento sin causa, ésta es totalmente independiente y autónoma, de tal manera que puede concurrir con otras acciones para corregir los desequilibrios patrimoniales originados en atribuciones sin causa justificada. Por tanto, cuando se opta por esta posición, no es posible limitar su ejercicio a la no existencia de otra acción para el empobrecido.
3. Que quienes sostienen la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa, afirman que si el empobrecido puede o ha podido ejercitar una acción de cualquier naturaleza, el principio de subsidiariedad impide el ejercicio de la acción *in rem verso*. Así, Cámara Álvarez afirma que:

“(…) siempre que exista una acción prevista por el Derecho positivo que permita evitar el empobrecimiento, debe recurrirse primero a dicha acción y sólo si la misma no puede ejercitarse o si tal acción no existe, podrá invocarse el enriquecimiento sin causa.”⁵¹ (El subrayado es nuestro).

4. Que en este orden de ideas, cuando en un ordenamiento jurídico se establece que la acción de enriquecimiento sin causa sólo procede cuando la persona que ha sufrido un perjuicio no puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización, se está estableciendo un requisito para la procedencia de la acción y se está optando por la opción doctrinariamente denominada de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa.
5. Que este es el caso del Código Civil peruano, en el que el artículo 1955° se establece que:

“La acción a que se refiere el artículo 1954° no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.” (El subrayado es nuestro).

⁵¹ DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel. Ob. Cit. Pág. 191.

6. Que más allá del hecho que no es adecuada la utilización del término “subsidiario” porque subsidiario es todo aquello que refuerza o suplente algo principal⁵², por lo que una acción subsidiaria es la acción que robustece o suplente a otra que es principal⁵³; y, por lo tanto, no cabe hablar de subsidiariedad cuando no se puede ejercitar otra acción porque entonces no existe nada que robustecer o suplente, lo cierto es que la ausencia de cualquier otra acción establecida en el Código Civil peruano sólo puede entenderse como un requisito para la procedencia de la acción de enriquecimiento sin causa.
7. Que por tanto, si existe una acción que le permite al empobrecido ejercitar su reclamo, y así efectivamente lo hace, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico sería totalmente contradictorio pretender ejercitar “subordinadamente” una acción de enriquecimiento sin causa que sólo puede plantearse cuando se carece de una acción que permita poner remedio al desequilibrio patrimonial del empobrecido. Así, se ha sostenido en la Exposición de Motivos del Código Civil que:

“Debe aclararse el carácter independiente de la acción por enriquecimiento sin causa y para ello es imprescindible relevar que la acción in rem verso no procede en los casos de enriquecimiento con causa, es decir, del enriquecimiento que proviene de una fuente legítima y regular. (...). Con la explicación que precede se esclarece el dilema de si la acción in rem verso es o no subsidiaria de toda otra acción, es decir, si sólo procede cuando no es posible accionar por otro motivo. En principio, la acción es independiente. Lo que ocurre es que sólo procede cuando se dan todos los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa. No procede pues, en los casos de responsabilidad civil derivada de actos jurídicos válidos, ni en los casos de responsabilidad legal ni, en

⁵² Dicho de una acción o de una responsabilidad: Que suplente a otra principal. (Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. Tomo 9. Editorial Espasa. Madrid. 2001. Pág.1426). Por esta razón, ha explicado Ameal que esta postura entiende que: “(...) si existe otra acción que pueda utilizar el empobrecido para subsanar el desequilibrio padecido en su patrimonio, no podrá intentar la acción in rem verso que sólo tiene vigencia cuando se produce un vacío en el ordenamiento jurídico por la inexistencia de otra acción que remedie el perjuicio padecido” (AMEAL, Oscar. Ob. Cit. Pág. 1071).

⁵³ Ameal, al tomar posición por la autonomía de la acción de enriquecimiento sin causa, critica justamente el hecho que se pueda sostener que la acción sea “subsidiaria”, entendida como complemento de otra. Así, ha manifestado el autor que: “(...) se advierte una contradicción flagrante (...), no se puede suplente a una acción que no existe. En fin, es erróneo denominar ‘subsidiario’ a lo que se le exige que carezca de antecedente al cual reemplazar”.

*general, en los casos que el enriquecimiento presenta una causa jurídica, y en los que otros tipos de acciones son las procedentes, y otros requisitos los exigidos.*⁵⁴ (El subrayado es nuestro).

8. Que más allá de la discusión respecto de la subsidiariedad o la autonomía de esta acción, y más allá del contenido que pueda dársele a la "subsidiariedad", lo cierto es que en cualquier posición, la no existencia de otra acción para ejercitar la acción de enriquecimiento sin causa es un requisito para su procedencia.
9. Que este hecho, por tanto, impide que la acción de enriquecimiento sin causa pueda ejercitarse subordinadamente a otra pretensión, porque estaríamos frente a una situación contradictoria dada por el propio reconocimiento del empobrecido de que tiene otra acción que le permite reclamar su derecho planteada como pretensión principal. Por lo tanto, si el empobrecido puede o ha podido ejercitar cualquier clase de acción, o ejercita otra acción como pretensión principal, no es posible que plantee subordinadamente la acción de enriquecimiento sin causa.
10. Que ello además se deriva de un análisis funcional de las instituciones involucradas a la luz de la existencia de plazos de caducidad. Cuando la Ley establece un plazo de caducidad pretende que la situación de incertidumbre que genera la posibilidad de reclamar un derecho no se prolongue en el tiempo más allá del plazo señalado. El Derecho quiere que el transcurso del tiempo cause certidumbre y para ello priva al titular de un derecho de la posibilidad de ejercerlo más allá de cierto plazo. Si se aceptara que la caducidad extingue una vía de reclamo y con ello hace nacer la posibilidad de reclamar enriquecimiento sin causa, el efecto sería equivalente a la inexistencia del plazo de caducidad, prolongándose la situación de incertidumbre más allá de la voluntad expresa de la Ley.
11. Que por ello la interpretación correcta es que la posibilidad de ejercer una acción está referida a la existencia de una acción recogida en el ordenamiento, y no al perjuicio de la acción por la omisión de quien luego pretende ejercer la acción de enriquecimiento. No podría sostenerse entonces que la acción de enriquecimiento sin causa asiste al acreedor cuya falta de diligencia dejó transcurrir el plazo de caducidad sin entablar la acción que le hubiera permitido obtener el monto que pretende.

La tendencia jurisprudencial en el enriquecimiento sin causa

⁵⁴ REVOREDO, Delia. Ob. Cit. Pág. 778.

Respecto del enriquecimiento sin causa nuestra jurisprudencia muestra las siguientes tendencias:

La falta de causa justa

1. Que si bien es cierto, a nivel doctrinario se discute si la "injusticia" debe ser considerada o no como un requisito o característica del enriquecimiento sin causa en la medida que estaríamos frente a una característica subjetiva, imprecisa y vaga, lo cierto es que nuestra jurisprudencia ha definido al enriquecimiento sin causa como un beneficio patrimonial que se obtiene sin justa causa. Así tenemos que por ejemplo, en la Cas. N° 366-2002-Santa⁵⁵, se señaló que:

"El artículo 1954° del Código Civil establece la obligación que tiene una persona de indemnizar cuando se enriquece indebidamente a expensas de otro. Por enriquecimiento indebido se entiende a aquel beneficio patrimonial que se obtiene sin causa justa, ya sea porque no existe el derecho de la acreencia que se pretende o, porque existiendo el mismo, no es de cargo del deudor que sufre el detrimento patrimonial". (El subrayado es nuestro).

La obligación de indemnizar

1. Que por otro lado, no admite discusión el hecho que el enriquecimiento sin causa –a tenor de lo previsto en el artículo 1954° del Código Civil– genera una obligación de indemnizar. Sin embargo, la jurisprudencia ha resaltado el hecho que esta "obligación de indemnizar" está entroncada con la finalidad del enriquecimiento sin causa, de tal modo que lo que se persigue es la restitución del patrimonio de quien se ha visto empobrecido dentro de los límites del enriquecimiento, sin que se busque reparar "daños causados" lo que es propio de la responsabilidad civil. En este sentido, se han pronunciado las siguientes jurisprudencias:

"El supuesto de hecho contenido en el artículo 1954° del Código Civil, tiene un efecto restitutorio, en donde su límite está constituido en la magnitud del empobrecimiento, por ello, el término 'indemnizatorio' contenido en la norma materia de análisis, no consiste en la búsqueda de la

⁵⁵ De fecha 6 de agosto de 2002. En: *Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa.* N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Pág. 128.

reparación del daño sufrido y, como tal, abarque a los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y extrapatrimoniales, sino a buscar la reducción del patrimonio del demandado, dentro de los límites del enriquecimiento injustificado que ha obtenido”⁵⁶. (El subrayado es nuestro).

“En el derecho por daños (responsabilidad civil) se atiende al resarcimiento de los daños acaecidos por dolo, culpa o situaciones de riesgo. En el genuino derecho por daños hay daño y no necesariamente hay enriquecimiento, así también podemos encontrar fenómenos de enriquecimiento injustificado en los que no puede hablarse de daño en sentido técnico”⁵⁷. (El subrayado es nuestro).

“Se debe advertir una distinción entre el enriquecimiento indebido y la indemnización de daños y perjuicios (responsabilidad civil), pues aquella busca reclamar aquel valor con el que se ha enriquecido el demandado (aspecto restitutorio), mas no busca indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el demandante (aspecto resarcitorio)”⁵⁸. (El subrayado es nuestro).

Requisitos del enriquecimiento sin causa

1. Que la jurisprudencia peruana ha establecido que es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos para que surja la obligación de que el enriquecido indemnice al empobrecido por un enriquecimiento sin causa: Enriquecimiento del demandado denominado como “adquisición de una ventaja patrimonial”⁵⁹, empobrecimiento del

⁵⁶ Cas. N° 513-2008-Piura del 3 de julio de 2007. En: **Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa.** N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Pág. 128.

⁵⁷ Cas. N° 3955-2001 del 29 de noviembre de 2002. En: **Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa.** N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Pág. 129.

⁵⁸ Cas. N° 513-2008-Piura del 3 de julio de 2007. En: **Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa.** N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Pág. 129.

⁵⁹ Cfse.: Exp. N° 3839-97 del 10 de marzo de 1998, Exp. N° 502-98 del 22 de junio de 1998, Exp. N° 54934-97 del 5 de diciembre de 1999, Cas. N° 1024-97-La Libertad del 1 de marzo de 1999, Cas. N° 3955-2001 del 12 de noviembre de 2001, Cas. N° 947-2001-Lima del 12 de noviembre de 2001, Cas. N° 513-2008-Piura del 3 de julio de 2007. En: **Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa.** N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Págs. 129 y 130. Expediente N° 1516-95. Sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de

demandante⁶⁰, nexo de causalidad entre la ventaja del enriquecido y el perjuicio del empobrecido⁶¹, falta de causa justificada del enriquecimiento⁶² y carencia de otra acción para remediar el perjuicio sufrido⁶³.

Cumplimiento de los requisitos de enriquecimiento sin causa en el presente caso

1. Que antes de pasar a analizar los requisitos de enriquecimiento sin causa en el presente caso, es preciso señalar que la APN no niega que se hayan realizado los trabajos de mayores volúmenes de demolición de escolleras (enrocado) en los rompeolas norte y sur ni cuestiona los metros excedentes que señala CODRALUX. Al respecto, la APN señala que existe un procedimiento para la autorización y pago de obras adicionales, el cual estaría impedido de seguir.

Lima. 15 de setiembre de 1995. En: **Ejecutorias Civil, Comercial, Constitucional, Indecopi, Penal. Jurisprudencia Extranjera**. Normas Legales Editores. Trujillo. Perú. 1998. Pág. 16.

⁶⁰ Cfse.: Exp. N° 3839-97 del 10 de marzo de 1998, Exp. N° 502-98 del 22 de junio de 1998, Exp. N° 54934-97 del 5 de diciembre de 1999, Cas. N° 1024-97-La Libertad del 1 de marzo de 1999, Cas. N° 3955-2001 del 12 de noviembre de 2001, Cas. N° 947-2001-Lima del 12 de noviembre de 2001, Cas. N° 513-2008-Piura del 3 de julio de 2007. En: **Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa**. N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Págs. 129 y 130. Expediente N° 1516-95. Sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. 15 de setiembre de 1995. En: **Ejecutorias Civil, Comercial, Constitucional, Indecopi, Penal. Jurisprudencia Extranjera**. Normas Legales Editores. Trujillo. Perú. 1998. Pág. 16.

⁶¹ Cfse.: Exp. N° 502-98 del 22 de junio de 1998, Exp. N° 54934-97 del 5 de diciembre de 1999, Cas. N° 3955-2001 del 12 de noviembre de 2001, Cas. N° 947-2001-Lima del 12 de noviembre de 2001, Cas. N° 513-2008-Piura del 3 de julio de 2007. En: **Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa**. N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Págs. 129 y 130.

⁶² Cfse.: Cas. N° 3955-2001 del 12 de noviembre de 2001, Cas. N° 513-2008-Piura del 3 de julio de 2007. En: **Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa**. N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Pág. 130.

⁶³ Cfse.: Cas. N° 3710-2001-Lima del 6 de mayo de 2002, Cas. N° 1024-97-La Libertad del 1 de marzo de 1999, Cas. N° 366-2002-Santa del 6 de agosto de 2002. En: **Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Tendencias Jurisprudenciales. Enriquecimiento sin causa**. N° 125. Febrero. Año 14. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Págs. 129 y 130. Expediente N° 513-95-AMAZONAS. Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de la República. 20 de noviembre de 1995. En: **Ejecutorias Civil, Comercial, Constitucional, Indecopi, Penal. Jurisprudencia Extranjera**. Normas Legales Editores. Trujillo. Perú. 1998. Pág. 15.

2. Que en el presente caso, se advierte que la Autoridad Portuaria Nacional ha adquirido una ventaja patrimonial al haber obtenido el servicio de mayores volúmenes de demolición de escolleras (enrocado), respecto a las rocas que se encontraban a una profundidad mayor a la de la cota -14 m. Es decir, la APN se benefició con un mayor metraje en la demolición de escolleras de los rompeolas: 28,281.00 m³. en el caso del rompeolas norte y 54,417 m³ en el caso del rompeolas sur, lo cual tiene un valor de US\$ 4'107,139.69 (Cuatro millones ciento siete mil ciento treinta y nueve y 69/100 Nuevos Soles).
3. Que asimismo, CODRALUX sufrió un empobrecimiento al haber invertido, recursos tales como maquinaria y mano de obra, gastos generales, etc., a efectos de poder efectuar los mayores metrados de demolición de escolleras; cuyo costo, al tratarse de una partida del Contrato y ser este a precios unitarios, se encuentran valorizados. Cabe precisar que a APN tampoco ha cuestionado el quantum de estos metrados.
4. Que es claro que existe una relación directa entre el enriquecimiento de la APN y el empobrecimiento de CODRALUX, toda vez que la ejecución de los mayores metrados los realizó esta última a efectos de que se pudiera concluir la obra que la APN le había encargado; con lo cual, se constituye el nexo causal.
5. Que del mismo modo, al no estar contemplados estos metrados dentro del Expediente Técnico y, por tanto, del Contrato ni tampoco una aprobación de obra adicional conforme a la Cláusula Séptima del Contrato, no existe una causa justificada para este desplazamiento patrimonial; es decir para la ejecución de mayores metrados de demolición de escolleras.
6. Que finalmente, se carece de otra acción para remediar el perjuicio sufrido pues, como se ha visto al analizar la Segunda Pretensión Principal no nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento contractual que pueda ser materia de indemnización, pues la APN se vio impedida, por la dación del Decreto de Urgencia N° 012-2011 de llevar a cabo el procedimiento establecido en la Cláusula Séptima del Contrato.
7. Que toda vez que el perjuicio de CODRALUX se generó desde el momento de la fecha de recepción de la obra (momento en el cual se vio impedido, de manera definitiva, de ser compensado mediante una causa justificada), la APN debe pagarle el interés legal devengado desde esa fecha, hasta la fecha efectiva de pago.
8. Que por lo expuesto, el Tribunal Arbitral es de la opinión que la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal es fundada.

XII. RESPECTO AL PAGO DE LOS GASTOS DEL ARBITRAJE Y LAS COSTAS Y COSTOS

1. Que después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto de cuál de las partes debe asumir los gastos que demande el arbitraje, incluyendo los honorarios arbitrales, honorarios del secretario arbitral y los costos de la asesoría técnica y legal.
2. Que conforme a lo establecido en el artículo 73° de la LA corresponde en este punto que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre la asunción o distribución de costos, a fin de determinar si alguna de las partes debe asumirlos en su totalidad, o si por el contrario, cada parte deberá asumir sus propios gastos y los que sean comunes en partes iguales.
3. Que así tenemos que el artículo 73° de la LA dispone que:

“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 (...).”

4. Que conforme al artículo 70° de la LA los costos incluyen, pero no se limitan, a los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y el secretario, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral; los gastos incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
5. Que el convenio arbitral no ha previsto nada relacionado a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que el Tribunal se pronuncie si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establezca cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.
6. Que en este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la desarrollo del proceso que ambas partes, han actuado basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles, y que por ello han litigado convencidas de sus posiciones ante la controversia.
7. Que teniendo en cuenta este hecho, el Tribunal Arbitral es de la opinión que ambas partes tuvieron fundadas razones para litigar por lo que

cada una de ellas debe asumir los costos del arbitraje en los que ha incurrido.

8. Que por consiguiente, no corresponde ordenar a ninguna de las partes el pago de los costos totales del proceso arbitral. En consecuencia, se resuelve que cada parte cubra sus propios gastos por un lado, y por otro, los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y honorarios del Secretario) que deben ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales.
9. Que sin embargo, cabe precisar, que la APN debe reembolsar a CODRALUX la suma de S/. 83,333.31 (Ochenta y tres mil trescientos treinta y tres y 31/100 Nuevos Soles) por concepto de honorarios de todos los miembros del Tribunal Arbitral y S/. 18,055.56 (Dieciocho mil cincuenta y cinco y 56/100 Nuevos Soles) por concepto de honorarios del secretario arbitral (montos que incluyen los impuestos que por CODRALUX ha estado obligada a retener)

LAUDA:

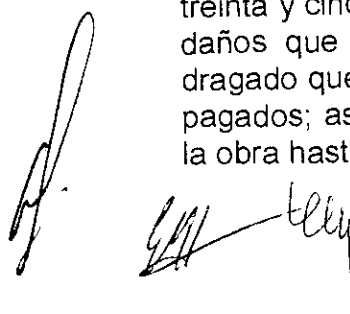
PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de falta de jurisdicción arbitral deducida por la Autoridad Portuaria Nacional contra la Primera Pretensión Principal de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de falta de jurisdicción arbitral deducida por la Autoridad Portuaria Nacional contra la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la demanda.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de falta de jurisdicción arbitral deducida por la Autoridad Portuaria Nacional contra la Segunda Pretensión Principal de la demanda.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de falta de jurisdicción arbitral deducida por la Autoridad Portuaria Nacional contra la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la demanda.

QUINTO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, ordénese a la Autoridad Portuaria Nacional que pague a favor de CODRALUX S.A. Sucursal del Perú la suma de US\$ 5'792,935.55 (Cinco millones setecientos noventa y dos mil novecientos treinta y cinco y 55/100 Nuevos Soles) más I.G.V. como indemnización por los daños que le habría irrogado a CODRALUX por los mayores trabajos de dragado que habría realizado para culminar la obra y que aún no habrían sido pagados; así como los intereses devengados desde la fecha de recepción de la obra hasta la fecha efectiva de pago, a la tasa de interés legal.



SEXTO: DECLARAR que carece de objeto pronunciarse sobre la Pretensión Subordinada Primera Pretensión Principal de la demanda.

SÉTIMO: DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda formulada por CODRALUX S.A. Sucursal del Perú.

OCTAVO: DECLARAR FUNDADA la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la demanda formulada por CODRALUX S.A. Sucursal del Perú; y, en consecuencia ordenar que la Autoridad Portuaria Nacional le pague la suma de de US\$ 4'107,193.69 (Cuatro millones ciento siete mil ciento noventa y tres y 69/100 Nuevos Soles), más IGV por concepto de Resarcimiento por Enriquecimiento sin causa, derivado del hecho de haber recibido la APN una prestación cuyo valor es superior al pagado por ésta, debido a los mayores trabajos de enrocado ejecutados; así como los intereses devengados desde la fecha de recepción de la obra hasta la fecha efectiva de pago.

NOVENO: FIJAR los honorarios totales de cada uno de los árbitros en la suma de S/. 70,000.00 (Setenta mil y 00/100 Nuevos Soles) netos y del secretario arbitral en la suma de S/. 45,500.00 (Cuarenta y cinco mil quinientos y 00/100 Nuevos Soles) netos.

DÉCIMO: DECLARAR que cada una de las partes asumirá el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los honorarios del Secretario Arbitral; debiendo cada una de las partes cubrir sus propios gastos del arbitraje. En consecuencia, dispóngase que la Autoridad Portuaria Nacional reembolse a CODRALUX S.A. Sucursal del Perú la suma de S/. 83,333.31 (Ochenta y tres mil trescientos treinta y tres y 31/100 Nuevos Soles) por conceptos de honorarios del Tribunal Arbitral y la suma de S/. 18,055.56 (Dieciocho mil cincuenta y cinco y 56/100 Nuevos Soles) por concepto de honorarios del Secretario Arbitral, al haber asumido esta última el pago de una fracción de los honorarios que debía asumir la parte demandada.

DÉCIMO primero: DISPÓNGASE que el Secretario Arbitral cumpla con remitir el presente Laudo Arbitral de Derecho al Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, dentro del plazo de cinco (5) días de notificado.



LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA
Presidente del Tribunal Arbitral



Elvira Martínez Coco
ELVIRA MARTÍNEZ COCO
Árbitro

Hugo Sologuren Calmet
HUGO SOLOGUREN CALMET
Árbitro

Ally

Álvaro Aguilar Ojeda
ÁLVARO AGUILAR OJEDA
Secretario Ad Hoc

**Caso Arbitral Codralux S.A. Sucursal del Perú vs.
Autoridad Portuaria Nacional (APN)**

RECTIFICACIÓN DE LAUDO

RESOLUCIÓN Nº 17

Lima, 13 de diciembre del dos mil once.-

Puesto a Despacho en la fecha y **ATENDIENDO: PRIMERO:** Que, mediante la Resolución No. 15 de fecha 9 de diciembre de 2011 se emitió el laudo de derecho del presente caso arbitral. **SEGUNDO:** Que, en el quinto extremo resolutivo del laudo se dispuso: "**DECLARAR FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, ordénese a la Autoridad Portuaria Nacional que pague a favor de CODRALUX S.A. Sucursal del Perú la suma de US\$ 5'792,935.55 (Cinco millones setecientos noventa y dos mil novecientos treinta y cinco y 55/100 Nuevos Soles) más I.G.V. como indemnización por los daños que le habría irrogado a CODRALUX por los mayores trabajos de dragado que habría realizado para culminar la obra y que aún no habrían sido pagados; así como los intereses devengados desde la fecha de recepción de la obra hasta la fecha efectiva de pago, a la tasa de interés legal. **TERCERO:** Que, asimismo, en el octavo extremo resolutivo del laudo se dispuso: "**DECLARAR FUNDADA** la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la demanda formulada por CODRALUX S.A. Sucursal del Perú; y, en consecuencia ordenar que la Autoridad Portuaria Nacional le pague la suma de de US\$ 4'107,193.69 (Cuatro millones ciento siete mil ciento noventa y tres y 69/100 Nuevos Soles), más IGV por concepto de Resarcimiento por Enriquecimiento sin causa, derivado del hecho de haber recibido la APN una prestación cuyo valor es superior al pagado por ésta, debido a los mayores trabajos de enrocado ejecutados; así como los intereses devengados desde la fecha de recepción de la obra hasta la fecha efectiva de pago". **CUARTO:** Que, como se advierte de los textos citados, se ha incurrido en un error material al consignar la moneda de los montos al ser pagados por la Autoridad Portuaria Nacional, en tanto que la cantidad expresada en números hace referencia a dólares de los Estados Unidos mientras que la cantidad expresada en letras hace referencia a Nuevos Soles. **QUINTO:** Que, los montos demandados por Codralux S.A. Sucursal del Perú están expresados en dólares de los Estados Unidos y la parte resolutive del laudo, al haber declarado fundada dos pretensiones de la demanda, también debe hacer referencia a esa moneda, tal como se hace con los montos expresados en cifras numéricas. **SEXTO:** Que, por tanto, se debe corregir el error material en que se ha incurrido al expresar la moneda de pago respecto a los montos adeudados por la Autoridad Portuaria Nacional expresados en letras. **SE RESUELVE: PRIMERO: RECTIFICAR** el quinto extremo resolutivo del laudo señalándose que donde dice: "...la suma de US\$ 5'792,935.55 (Cinco millones setecientos noventa y dos mil novecientos treinta y cinco y 55/100 Nuevos Soles) más I.G.V." debe decir: "la suma de US\$ 5'792,935.55 (Cinco millones setecientos noventa y dos mil novecientos treinta y cinco y 55/100 Dólares de los Estados Unidos) más I.G.V.

Luciano Barchi Velaochaga
Elvira Martínez Coco
Hugo Sologuren Calmet

SEGUNDO: RECTIFICAR el octavo extremo resolutivo del laudo señalándose que donde dice: "la suma de de US\$ 4'107,193.69 (Cuatro millones ciento siete mil ciento noventa y tres y 69/100 Nuevos Soles), más IGV" debe decir: "la suma de de US\$ 4'107,193.69 (Cuatro millones ciento siete mil ciento noventa y tres y 69/100 Dólares de los Estados Unidos), más I.G.V.



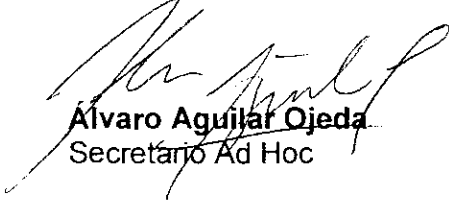
Luciano Barchi Velaochaga
Presidente del Tribunal Arbitral



Elvira Martínez Coco
Árbitro



Hugo Sologuren Calmet
Árbitro



Alvaro Aguilar Ojeda
Secretario Ad Hoc

**Caso Arbitral Codralux S.A. Sucursal del Perú vs.
Autoridad Portuaria Nacional (APN)**

RESOLUCIÓN N° 20

Lima, 2 de enero del dos mil doce.-

VISTOS: El escrito presentado por la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, la APN) el 19 de diciembre de 2011, mediante el cual solicita que se integre y rectifique el laudo; así como el escrito No. 8 presentado por Codralux S.A. Sucursal del Perú (en adelante, Codralux) el 27 de diciembre de 2011, mediante el cual absuelve dichas solicitudes y **ATENDIENDO:** **1)** Que, dentro del plazo establecido en el numeral 33 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral la APN solicitó que se integre el laudo con relación a la determinación del volumen de dragado o, en su defecto, toda vez que el monto reclamado por Codralux está referido a un sobredragado de 1'02,359.00 m³, se rectifique el laudo adecuando el monto que se ordena pagar a tales volúmenes de sobredragado y no a 1'645,395.00 que es el volumen máximo permitido de sobredragado; **2)** Que, el literal c) del numeral 1 del artículo 58° del Decreto Legislativo No. 1071 señala que: "...cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral" (el subrayado y resaltado son agregados); **3)** Que, al respecto, la demanda no contiene pretensión alguna referida a la determinación de los volúmenes de dragado ni la parte demandada a formulado reconvencción en ese sentido; **4)** Que, en ese sentido, no existe cuestión sometida a decisión del Tribunal Arbitral respecto a la determinación de volúmenes de dragado y por tanto, no es factible integrar el laudo en ese sentido; **5)** Que, por otro lado, el literal a) del numeral 1 del artículo 58° del Decreto Legislativo No. 1071 señala que: "...cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar"; **6)** Asimismo, el literal b del artículo citado en el atendiendo precedente indica que "...cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución"; **7)** Que, en el numeral 14 del acápite VIII del laudo se señala: "Que cabe precisar que no existe controversia entre las partes sobre el volumen determinado que ha sido dragado en 1'645,395 m³ que, siendo que, al aplicarse el precio unitario correspondiente, genera un pago de US\$ 5'792,935.55 (Cinco millones setecientos noventa y dos mil novecientos treinta y cinco y 55/100 Nuevos Soles)"; **8)** Que, al respecto, existe un error material al señalar el volumen de sobredragado al que se refiere este extremo del laudo, el cual es de 1'022,359 m³ y no de 1'645,359 m³ (cantidad este última que corresponde al volumen total que es tolerable como sobredragado); **9)** Que, el volumen de sobredragado efectuado por Codralux fue calculado utilizando como referencia la batimetría del 12 de mayo de 2011, la cual muestra que del volumen total tolerable de sobredragado (1'645,359 m³) no habría sido dragado un volumen de 623,000 m³; **10)** En ese sentido, se concluye que Codralux habría efectuado un

Luciano Barchi Velaochaga
Elvira Martínez Coco
Hugo Sologuren Calmet

sobredragado de 1'022,359 m³ (1'645,359 – 623,000), el cual se encuentra dentro de los volúmenes tolerables de sobredragado; **11)** Que, al respecto, la APN no niega que Codralux haya efectuado ese volumen de sobredragado, sino que indica que, conforme a lo señalado por la Supervisión en el informe No. 21.11.LB/JDA de fecha 17 de junio de 2011, solamente se debía reconocer un sobredragado de 643,085.09 m³, pues al no estar bien colocado el brazo succionador, se originó que se ejecute el dragado llegando a profundidades que sobrepasaron el metro por debajo de la cota de diseño; **12)** Que, el referido informe No. 21.11.LB/JDA de fecha 17 de junio de 2011 sobre el cual la APN basa su posición señala que: "Es importante precisar, que por la modalidad del proceso de dragado, no es posible conseguir un corte del fondo marino de manera regular, que posibilite disponer de un volumen constante, lo que ha originado un volumen de sobredragado, tal como se puede observar en las secciones transversales (...). Si bien es cierto existe un sobredragado ejecutado, de acuerdo a las prácticas en este tipo de trabajo, el dragador y/o Contratista debe asumir un determinado espesor, habiendo establecido por la Supervisión, que solo se reconozca un espesor de 30 a 50 cm. de sobredragado; y el resto del sobredragado ejecutado debe ser asumido por el Contratista; por tal motivo la Supervisión realizó el cálculo de sobredragado llegando a una volumen de **643,085.09 m³**. (...) La Supervisión ha realizado un recálculo de volumen de sobredragado, teniendo en cuenta que por experiencia en obras similares se ha tomado espesores de 30 cm a 50 cm de sobredragado... [sic]" (el subrayado y resaltado son agregados); **13)** Que, como se aprecia, el informe la Supervisión no niega que Codralux haya sobredragado un volumen de 1'022,359.00 m³ sino que limita su reconocimiento a un volumen de 643,085.09 m³ justificando tal reducción en "experiencias de obras similares" tomando como referencia 30 a 50 cm de sobredragado; **14)** Que, al respecto, no existe una justificación contractual para reducir el reconocimiento de volúmenes de sobredragado, a 30 a 50 cm. máxime cuando el expediente Técnico habla de una tolerancia vertical de 1 m.; **15)** Que, en este sentido, al aplicarse el precio unitario de US. 4.98 por m³ al volumen de sobredragado (1'022,359) y añadiéndose los Gastos Generales variables (5.78%) y la utilidad (8%) se llegan a los montos que la APN debe pagar a Codralux por concepto de sobredragado; por lo que **SE RESUELVE: 1) DECLARAR IMPROCEDENTE** la solicitud de la Autoridad Portuaria Nacional a efectos que se integre el laudo. **2) CORREGIR** el error material incurrido en el numeral 14 del acápite VIII del laudo entendiéndose que el volumen sobredragado es de 1'022.395 m³ y no 1'645,395 m³; debiendo complementarse el contenido de tal numeral conforme a lo establecido en la presente resolución.



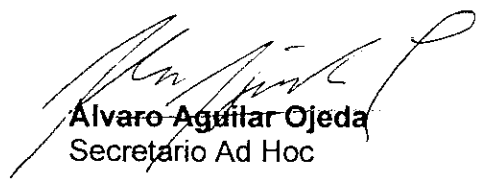
Luciano Barchi Velaochaga
Presidente del Tribunal Arbitral



Luciano Barchi Velaochaga
Elvira Martínez Coco
Hugo Sologuren Calmet


Elvira Martínez Coco
Árbitro


Hugo Sologuren Calmet
Árbitro


Alvaro Aguilar Ojeda
Secretario Ad Hoc