

EXPEDIENTE No. 560-141-14

**LAUDO ARBITRAL
EMITIDO EN EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL
Y DE DERECHO SEGUIDO POR**

CONSORCIO VIAL TRUJILLO

C.

**PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL – PROVÍAS NACIONAL**

TRIBUNAL ARBITRAL:

LEYSSER LUGGI LEÓN HILARIO (PRESIDENTE)

HOOWER OLIVAS VALVERDE (ÁRBITRO)

ERIC MOISÉS PALACIOS MARTÍNEZ (ÁRBITRO)

RESOLUCIÓN N° 8

Lima, 05 de mayo de 2015

I. ANTECEDENTES

- § 1.** El 7 de octubre del 2010 se celebró el Contrato de Ejecución de Obra No. 157-2010-MTC/20 (en adelante, el CONTRATO), entre el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (en adelante, PROVÍAS NACIONAL) y

el Consorcio Vial Trujillo (en adelante, el CONSORCIO), conformado por las empresas Construcción y Administración S.A., Hidalgo e Hidalgo S.A. y Grupo Plaza S.A. El CONTRATO formalizó las obligaciones de las partes en relación con la obra que fuera materia de la Licitación Pública No. 0002-2010-MTC/20: “Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Trujillo-Shiran-Huamachuco, Tramo: Dv. Otuzco – Dv. Callacuyan”, ubicada en los Distritos de Otuzco, Shorey y Callacuyan, Provincias de Otuzco, Santiago de Chucho y Huamachuco, Departamento de Trujillo.

El CONTRATO, según su Cláusula Tercera, se rige, “en los aspectos y cuestiones que no estén expresamente contemplados” en él, por “las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo No. 1017, de su REGLAMENTO aprobado por Decreto Supremo No. 184-2008-EF y sus modificaciones”.

§ 2. El CONTRATO contiene, asimismo, en su Cláusula Décimo Octava, un convenio arbitral en los términos siguientes:

“18.1 Las partes acuerdan que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el Artículo 23° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley”.

§ 3. Mediante carta del 18 de septiembre del 2014, los doctores Eric Moisés Palacios Martínez (árbitro designado por el CONSORCIO) y Hoover Olivas Valverde (árbitro designado por PROVÍAS) comunicaron al doctor Leysser Luggi León Hilario el acuerdo por ellos adoptado para designarlo Presidente del Tribunal Arbitral Ad Hoc a cargo de resolver una controversia entre las partes, relativa a la devolución de una carta fianza.

El doctor León Hilario comunicó la aceptación de su designación como Presidente del Tribunal Arbitral a ambas partes, así como su declaración informativa a las partes, mediante cartas enviadas el 25 de septiembre del 2015.

Las designaciones de los árbitros quedaron consentidas y se convocó a las partes, por lo tanto, a la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, para el 20 de noviembre del 2014, asignándose la administración del arbitraje, atendiendo al

RP:-

consentimiento expresado por ambas partes¹, a la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el CENTRO).

- § 4. En la fecha programa, contándose con la presencia de los abogados defensores de ambas partes, se instaló el Tribunal Arbitral. En el Acta correspondiente se dejó constancia de la designación de los árbitros, de la conformidad del CONSORCIO y de PROVÍAS respecto de tales designaciones, y de la administración asumida por el CENTRO.

En la Instalación, asimismo, se concedió al CONSORCIO quince días hábiles para la presentación de su demanda. El mismo plazo fue concedido a PROVÍAS, para la contestación de la demanda y, de ser el caso, para su reconvención.

En la Audiencia de Instalación, se hizo entrega a las partes de una ampliación de declaración informativa del Presidente del Tribunal Arbitral. El mismo día, el doctor Palacios Martínez, árbitro designado por el CONSORCIO presentó también al CENTRO una ampliación de declaración informativa.

Mediante Escrito presentado el 11 de diciembre del 2014, el CONSORCIO informó al CENTRO la cancelación de su cuota de los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral, tal como se les fijara en la Audiencia de Instalación.

- § 5. El 12 de diciembre del 2011, el CONSORCIO presentó su escrito de demanda (en adelante, la DEMANDA).

El petitorio del CONSORCIO consiste, conforme a la DEMANDA:

- 5.1. En que PROVÍAS NACIONAL “proceda a la inmediata devolución de la Carta Fianza de fiel cumplimiento de contrato, asumiendo (i) el total de los costos financieros ocasionados por las sucesivas renovaciones de la referida fianza, desde la fecha de la recepción de la obra hasta su devolución final, más los intereses que correspondan, y (ii) los daños y

¹ Mediante Carta No. 003-2014-CVT-LIMA, del 25 de agosto del 2014, el CONSORCIO comunicó a la Procuraduría de PROVÍAS NACIONAL la aceptación del doctor Palacios Martínez a su designación como árbitro de parte, y solicitó a la entidad “en garantía de ambas partes contratantes”, que el arbitraje “sea organizado y administrado por el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, institución que conforme es de su pleno conocimiento cuenta con la solvencia y prestigio suficiente para garantizarnos la transparencia del arbitraje a iniciarse”. PROVÍAS NACIONAL manifestó su aceptación a la propuesta en el Oficio No. 5282-2014-MTC/07, del 1 de septiembre del 2014, notificado al CONSORCIO en la misma fecha. Como único condicionamiento de su aceptación, PROVÍAS NACIONAL requirió al CONSORCIO que se completara la conformación del Tribunal Arbitral.

perjuicios que se han derivado como consecuencia de la no devolución de la fianza antes aludida, por una suma ascendente a S/. 300,000.00 (trescientos mil con 00/100 nuevos soles).

- 5.2. En que se condene a PROVÍAS NACIONAL “al reembolso de las costas y costos que se generen durante la tramitación, desarrollo y conclusión del presente proceso arbitral”.

Mediante Escrito del 16 de diciembre del 2014, el CONSORCIO subsanó la omisión de los documentos enumerados como anexos en su DEMANDA.

Por Resolución No. 2 del 6 de enero del 2015 se corrió traslado de la DEMANDA a PROVÍAS NACIONAL.

Mediante Escrito presentado al CENTRO el 21 de enero del 2015, el CONSORCIO acreditó el abono en vía de subrogación de la cuota, correspondiente a PROVÍAS NACIONAL, de los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral.

- § 6. El 2 de febrero del 2015, PROVÍAS NACIONAL presentó su contestación a la DEMANDA (en adelante, la CONTESTACIÓN). En ella niega y contradice todos los extremos de la DEMANDA y pide al Tribunal Arbitral declararla infundada.

Mediante comunicación presentada al CENTRO el 23 de febrero del 2015, el Presidente del Tribunal Arbitral efectuó una segunda ampliación unilateral de su declaración informativa a las partes.

Mediante Escrito presentado al CENTRO el 23 de febrero del 2015, y cumpliendo lo ordenado mediante Resolución No. 4, del 16 de febrero del 2015, PROVÍAS NACIONAL subsanó una omisión detectada en su CONTESTACIÓN.

- § 7. El 9 de marzo del 2015, en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución No. 5 del 25 de febrero del 2015, se desarrolló la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, y se emitió el Acta correspondiente.

En la misma fecha, sin que se mediara objeción alguna de las partes, se declaró cerrada la etapa probatoria del arbitraje y se concedió a ambas un plazo de cinco días hábiles para la presentación de sus alegatos escritos.

El 16 de marzo del 2015, el CONSORCIO y PROVÍAS NACIONAL presentaron al CENTRO sus alegatos escritos.

El 6 de abril del 2015, PROVÍAS NACIONAL presentó al CENTRO un escrito de absolución de los alegatos escritos del CONSORCIO.

Mediante Resolución No. 6 del 25 de marzo del 2015 se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales Finales, a realizarse el 9 de abril del 2015.

- § 8. El 9 de abril del 2015 se realizó, conforme a lo programado, la Audiencia de Informes Orales Finales. Ambas partes tuvieron ocasión de expresar sus posiciones sobre la controversia y de efectuar un contrapunto técnico-jurídico de las bases de sus respectivas argumentaciones, así como de responder las preguntas formuladas por el Tribunal Arbitral.

En el Acta de la Audiencia de Informes Orales Finales se decretó, asimismo, el fin de las actuaciones del arbitraje y el inicio del cómputo del plazo para la emisión del Laudo Arbitral.

El 15 de abril del 2015, PROVÍAS NACIONAL presentó al CENTRO un Escrito en el que se adjuntan Actas de Instalación de dos Tribunales Arbitrales a cargo de resolver otras controversias entre las mismas partes con relación al CONTRATO.

El 16 de abril del 2015, el CONSORCIO presentó al CENTRO un Escrito donde absolvió el Escrito de PROVÍAS NACIONAL presentado el 6 de abril del 2015 (mencionado *retro*, § 7).

No obstante el Reglamento de Arbitraje del CENTRO es explícito en prohibir a las partes la presentación de escritos cuando el plazo para laudar se encuentra en curso, el Tribunal Arbitral, invocando la flexibilidad del arbitraje, dispuso que lo manifestado por las partes en sus respectivas comunicaciones se tuviese presente.

El 23 de abril del 2015, PROVÍAS NACIONAL solicitó al CENTRO la recusación del doctor Palacios Martínez, árbitro designado por el CONSORCIO. Mediante comunicación dirigida por la Secretaría del CENTRO a los miembros del Tribunal, fechada el 28 de abril del 2015, sin embargo, se subrayó lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto Legislativo No. 1071: que “salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación”, dejándose a consideración del árbitro recusado la evaluación de su renuncia, en caso de existencia de circunstancias que afecten su imparcialidad e independencia. Asimismo, en la comunicación citada de la Secretaría del CENTRO se recuerda lo dispuesto en el Reglamento del CENTRO (artículo 30, literal “f”): “no procede interponer recusación cuando haya sido notificada la decisión que señala el plazo para emitir el laudo final”.

El doctor Palacios Martínez, efectuada la evaluación a la que le insta la normativa citada, ha considerado que su renuncia no es necesaria. En primer lugar, porque a su entender no ha ocurrido, en el desenvolvimiento de las actuaciones de este arbitraje ningún hecho que afecte su imparcialidad e independencia. En segundo lugar, por el sentido de la decisión adoptada unánimemente por los miembros del Tribunal y que explica por sí solo la razón de su decisión de no declinar de la designación que le confiriera el CONSORCIO.

II. FUNDAMENTOS

II.1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

§ 9. En la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, del 9 de marzo del 2015, las cuestiones del conflicto a dirimir quedaron establecidas como sigue:

“Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a PROVÍAS NACIONAL proceder a la [...] inmediata devolución de la Carta Fianza de fiel cumplimiento del contrato, asumiendo:

- a. El total de los costos financieros ocasionados por las sucesivas renovaciones de la referida fianza, desde la fecha de recepción de la obra hasta su devolución final, más los intereses que correspondan; y,
- b. Los daños y perjuicios que se han derivado como consecuencia de la no devolución de la fianza antes aludida, por una suma ascendente a S/. 300,000.00 (trescientos mil con 00/100 nuevos soles).

Segundo Punto Controvertido: Determinar a quién corresponde asumir el pago de los costos y costas que el presente proceso arbitral irrogue”.

En el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos se señaló también que los árbitros se reservaban “el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido”.

Ref:

II.2. POSICIÓN DEL CONSORCIO

§ 10. En su DEMANDA (p. 2), el CONSORCIO sustenta su posición en dos argumentos ligados con la ejecución del CONTRATO, que el CONSORCIO considera realizada satisfactoriamente:

- a) “Por un lado, el objeto de la fianza legalmente se ha extinguido de forma regular, luego de haberse recepcionado [sic] de manera satisfactoria y sin observaciones la obra por parte de la Entidad Contratante”.
- b) “No existe ninguna penalidad que pueda ser aplicada a la contratista en la liquidación final del contrato que demuestre alguna infracción o incumplimiento contractual en que haya incurrido el CONSORCIO durante la ejecución de la obra y que justifique la vigencia de la fianza”.

Por lo tanto –manifiesta el CONSORCIO (p. 2 de la DEMANDA)– la devolución de la fianza sería una consecuencia del “haberse extinguido el objeto u obligación principal que ésta garantizaba”.

Complementando su perspectiva, el CONSORCIO hace hincapié en la cláusula normativa general de prohibición del abuso del derecho. “Exigir a la contratista [la] constante renovación [de la carta fianza] hasta que la liquidación final del contrato quede consentida, resulta siendo un acto abusivo que –en todo caso– no es amparable dentro de nuestro actual ordenamiento normativo, siendo –incluso– contrario a los principios que rigen en materia de contratación pública” (p. 2-3 de la DEMANDA). La referencia –precisa el CONSORCIO (en la p. 3, nota 4, de la DEMANDA)– es “a lo dispuesto en el literal b) del artículo 4° del Decreto Legislativo No. 1017, el cual regula el ‘principio de moralidad’, estableciendo que: «Los actos referidos a las contrataciones y adquisiciones deben caracterizarse por la honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad». El recurrente considera que dicho ‘principio’ es –legalmente– concordante con la buena fe contractual, al cual la Entidad se encuentra también sometida, debiendo ésta ejercer sus derechos y obligaciones, en concordancia con dicha regla de conducta”.

§ 11. En cuanto a su pretensión de ser resarcida con el reembolso de los costos financieros causados por el mantenimiento de la carta fianza, el CONSORCIO señala en su DEMANDA (p. 4) que dicha circunstancia (la de “mantener innecesariamente vigente la fianza”) limita “de forma indebida y contraria a la buena fe contractual” su “línea de crédito ante las entidades bancarias”. Tal

limitación –siempre a juicio del CONSORCIO– consistiría en la reducción de su “capacidad para asumir nuevos compromisos comerciales ante otras Entidades, perdiendo competitividad y rentabilidad empresarial, por causa que son exclusivamente imputables –en este caso– a la Entidad Contratante, que no ha previsto –pese a ello– ninguna acción para evitar perpetuar los daños que se vienen ocasionando por su irregular actuar”.

El CONSORCIO precisa que las consecuencias perjudiciales sufridas serían:

- a) El verse “periódicamente [...] en la necesidad de trasladar su utilización de la línea de crédito de una entidad a otra entidad financiera, con el fin de obtener la línea de crédito para las renovaciones de las cartas fianzas de esta obra que está concluida y entregada”.
- b) Que la “operación [...] produce inmovilización de nuestras líneas de crédito, que se debe administrar de tal forma que siempre tengamos líneas disponibles para nuestros proyectos, causando un perjuicio económico al no permitirnos generar nuevos ingresos para la empresa”.

§ 12. En sus alegatos escritos, el CONSORCIO señala (p. 2), interpretando el material probatorio del expediente correspondiente a este arbitraje, que estaría “probado que la Entidad Contratante procedió regularmente a la recepción de la obra, en forma satisfactoria y sin observaciones de ninguna naturaleza que pudieran objetivamente justificar la retención de la carta fianza sub-materia”. En relación con este punto, remite al Acta de Recepción de Obra (presentada como Anexo 1-B de la DEMANDA), que constituiría “una declaración contractual formulada en el momento legalmente idóneo, que admite expresamente que el contratista cumplió integralmente con el contrato, excluyéndose toda posibilidad de una lesión al interés contractual de la Entidad Contratante”.

Atendiendo al contenido del Acta de Recepción de Obra, el CONSORCIO deduce que habría quedado demostrado, entonces (p. 2-3 de sus Alegatos), “que no existe ninguna obligación que pueda ser garantizada por la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento que tiene como finalidad compeler u obligar al contratista a que cumpla sus obligaciones contractuales (función compulsiva) así como ser el instrumento para materializar el resarcimiento a la Entidad Contratante por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista (función resarcitoria)”.

Formula el CONSORCIO, a continuación (p. 3-4 de sus Alegatos) una propuesta de interpretación “sistemática” del artículo 158 del Reglamento de la Ley de

Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Lo que sostiene es que “resulta inviable y antisistemático” postular una “aplicación automática, a cualquier caso, del artículo 158° del RLCAE, es decir cuando ya no existen las condiciones legales necesarias para su correcta aplicación, y esto se tiene cuando la Entidad Contratante exige que se observe literalmente el cumplimiento estricto de la norma antedicha, aun cuando ello deja de lado otras normas del sistema de contrataciones e incluso la propia finalidad de la fianza”.

Sobre sus pretensiones accesorias, el CONSORCIO (p. 4-5 de sus Alegatos) indica que “la Entidad Contratante debe proceder a reconocer todos los costos financieros ocasionados por las sucesivas renovaciones de la referida fianza, desde la fecha de recepción de la obra hasta su devolución final, más los intereses que correspondan, pues se ha constatado un comportamiento antijurídico, materializado en una declaración expresa, que ha generado varias consecuencias negativas al patrimonio del contratista que sin mediar justificación alguna tuvo que asumir gastos que no le hubiesen correspondido si es que la Entidad Contratante hubiese actuado de acuerdo a Derecho”. Asimismo, que “debe calificarse que la negativa de devolver la Carta Fianza sub-materia es una conducta culposa-dolosa (pues la culpa abarca el dolo) de la Entidad Contratante, y, como tal, es viable reconocer los daños y perjuicios derivados directa e inmediatamente de la negativa [a devolver la carta fianza]”.

- § 13. Finalmente, en su Escrito presentado al CENTRO el 16 de abril del 2015 (p. 1), el CONSORCIO precisa que su pretensión principal en el arbitraje (a saber, la devolución de la carta fianza por parte de PROVÍAS NACIONAL) se funda en el hecho –probado a su entender– de que “luego de haberse recepcionado [sic] la obra sin observaciones y sin que la recurrente haya sido pasible de penalidad alguna por parte de la Entidad, la referida fianza carecería de objeto al haberse extinguido la obligación principal, es decir, aquella garantizada; por lo que, en razón a ello, es que la misma debe ser devuelta a la recurrente, no siendo por tanto necesario y/o exigible que las partes tengan que esperar hasta la fecha en que la liquidación de la obra quede consentida para que la referida fianza sea entregada a la contratista”.

En el citado Escrito, de igual manera (p. 2), el CONSORCIO pide al Tribunal Arbitral tener en cuenta que PROVÍAS NACIONAL no habría demostrado en las actuaciones del arbitraje, pese a disponer de toda la información necesaria, que el CONSORCIO se encuentre incurso en alguna situación de incumplimiento. Por lo tanto, al no haberse opuesto ningún incumplimiento cierto al CONSORCIO, ni la existencia de algún saldo a cobrar a favor de PROVÍAS

NACIONAL, quedaría confirmado lo irrazonable e ilegítimo de mantener a la entidad en poder de la carta fianza cuya restitución se exige. El Consorcio manifiesta (p. 3), trayendo a colación consideraciones de orden procesal (sobre las cargas probatorias que recaen en las partes) que “no se opone a que la fianza de fiel cumplimiento se mantenga hasta la liquidación, pero esta exigencia solo tendría visos de legalidad, si es que el Contratante acredita y prueba de forma cierta la existencia de algún incumplimiento –o por lo menos una imputación de incumplimiento notificada a nuestra parte– en que hayamos incurrido durante la ejecución de la obra hasta su recepción, el cual sustente y justifique sustancialmente que la fianza debe permanecer vigente hasta la liquidación”.

II.3 POSICIÓN DE PROVÍAS NACIONAL

- § 14. En su CONTESTACIÓN, PROVÍAS NACIONAL centra su argumentación en justificar su negativa a la devolución de la carta fianza reclamada en este arbitraje por el CONSORCIO.

En tal sentido (p. 2 de la CONTESTACIÓN), PROVÍAS NACIONAL informa que el CONSORCIO “ha interpuesto tres (3) procesos arbitrales [...]. Todos estos procesos se encuentran actualmente en giro y son por otras controversias, tales como pago de gastos generales fijos y variables y una ampliación de plazo”. Por lo tanto (en la misma p. 2): “debido a que aún existen controversias pendientes de resolver [...], no es posible realizar liquidación alguna del contrato”.

Desde una perspectiva normativa, PROVÍAS NACIONAL afirma (p. 4 de la CONTESTACIÓN): “el artículo 158 del Reglamento [de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado] da el carácter de indispensable para poder firmar el contrato la presentación de [la] garantía de fiel cumplimiento, estableciendo que la misma será emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y deberá tener vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución de obras”. Y prosigue (p. 5): “Conforme al artículo 158° del Reglamento, es obligación del contratista mantener la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento hasta que la liquidación del contrato de obra haya quedado consentida, es decir, hasta que la liquidación del contrato pueda ser ejecutada y aplicada, por cuanto una vez practicado el proceso de liquidación se podrá tener recién el valor real de la obra, con saldos a favor o en contra de la entidad, y en el caso de ser a favor de la entidad, el Contratista tiene la obligación de honrar dicho saldo, teniendo como garantía precisamente la carta de fiel cumplimiento del contrato”. La conclusión

es (p. 6) que las controversias que se vienen tramitando entre el CONSORCIO y PROVÍAS NACIONAL “inciden directamente en la liquidación que se deba elaborar en el momento que corresponda de acuerdo al artículo 211° del Reglamento, pues lo que se laude deberá ser recogido en la liquidación respectiva. [...]. [D]ebido a que aún existen controversias pendientes de resolver no es posible realizar liquidación alguna del Contrato, por mandato expreso del artículo 211° del Reglamento”.

Finalmente, PROVÍAS NACIONAL indica (p. 6-7 de la CONTESTACIÓN) que las relaciones jurídicas nacidas del CONTRATO se extinguen “recién” con la liquidación, la cual constituye “la etapa en la que se expresan las prestaciones que han sido cumplidas y ejecutadas y también las que no lo han sido por el Contratista y se define en ésta en definitiva el monto final de las prestaciones, con la cual se concluye la etapa de ejecución contractual y consecuentemente se extinguen las obligaciones para ambas partes”.

- § 15. Otro punto en el que se apoya PROVÍAS NACIONAL para rechazar la pretensión principal del CONSORCIO es el texto del CONTRATO. La entidad sostiene, a este respecto (p. 7 de la CONTESTACIÓN), que conforme a la Cláusula Décima del CONTRATO, el CONSORCIO “no sólo tiene la obligación contenida en la Ley de mantener la garantía de fiel cumplimiento hasta que la liquidación del contrato quede consentida, sino que el propio demandante suscribió el contrato con pleno consentimiento expreso de ello, manifestando su voluntad y pactando en forma indubitable que la garantía de fiel cumplimiento solamente le será devuelta por la entidad una vez que haya quedado consentida la liquidación del contrato, la misma que [...] aún no se practica porque el propio demandante ha interpuesto tres (3) procesos arbitrales”.

Remite en este punto PROVÍAS NACIONAL (p. 8-9 de la CONTESTACIÓN), al Tribunal Arbitral, a una Opinión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), la No. 82-2013/DTN, donde se señala que la garantía “debe permanecer a favor de la entidad mientras haya controversias pendientes que impidan que exista una liquidación consentida, sin ni siquiera poder reducir su monto en función al monto controvertido, pues como se ha indicado la razón de ser de la garantía de fiel cumplimiento es que la entidad encuentre respaldo en caso el contratista no cumpla con pagar los saldos que resulten en su contra una vez liquidada la obra y consentida ésta”.

- § 16. PROVÍAS NACIONAL concluye (p. 9 de la CONTESTACIÓN), en cuanto a las pretensiones accesorias del CONSORCIO, que habiendo actuado “conforme a las disposiciones legales” al decidir mantener la carta fianza, “no es procedente” que

se le obligue a pagar “ningún consto financiero, pues la no devolución de la garantía obedece al propio accionar del contratista que interpuso procesos arbitrales impidiendo que se efectúe la liquidación del contrato de obra, lo que deviene en [sic] su obligación de mantener la fianza hasta que se liquide”.

Con respecto a los daños que afirma haber sufrido el CONSORCIO, PROVÍAS NACIONAL (p. 9-10 de la CONTESTACIÓN) desmiente su existencia: “la entidad ha actuado de acuerdo a las normas de contratación vigentes y al contrato suscrito por el propio demandante, que ahora pretende desconocer. [...]. Por tanto, no existe dolo o culpa alguna en el pago por la carta fianza cuya devolución se pretende, pues este pago es más bien el cumplimiento de las prestaciones contractuales que pactó el Consorcio. En cuanto al aludido «abuso de derecho» mencionado en calidad de pie de página de la demanda arbitral, debemos manifestar que no puede constituir un abuso del derecho el cumplimiento de la normativa aplicable, máxime cuando este cumplimiento se hace acorde con la finalidad de la norma, que es proteger a la Entidad ante un eventual incumplimiento [...]”.

- § 17. En sus Alegatos (p. 2), PROVÍAS NACIONAL reitera que la pretensión principal del CONSORCIO “desconoce en principio que la obligación de mantener vigente la carta fianza tiene su origen a través de un mandato legal contenido en el artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo tenor no releva a la interpretación dispositiva que faculte a las partes a establecer pacto en contrario”. Y prosigue: “sólo cuando la liquidación del contrato de obra haya quedado consentida, únicamente en ese momento se podrá establecer las reales obligaciones a cargo de las partes contratantes y de ser el caso, los saldos a favor que pudiera existir para alguna de ellas, razón por la cual no sólo resulta poco conveniente sino además desprovisto de toda lógica jurídica que el contratista pretenda la devolución de la carta fianza cuando en forma paralela se siguen tres procesos que impiden que la liquidación pueda ser declarada consentida”.

Subraya de nuevo en sus Alegatos PROVÍAS NACIONAL (p. 3), asimismo, la inclusión, en el CONTRATO, de un pacto de restitución de la carta fianza luego de que la liquidación final quede consentida. Así las cosas: “lo que el Contratista denomina como acto abusivo está sustentado en el irrestricto cumplimiento de la norma y del acuerdo arribado por parte de la entidad con el propio contratista a partir del contrato materia de controversia”. Y (p. 5) si “el Consorcio consideró que el contrato limitaba sus derechos o avalaba algún tipo de abuso del derecho debió observarlo en la etapa de selección y no lo hizo, porque suscribió el

contrato con conciencia y voluntad de las facultades que el mismo le atribuía así como de las obligaciones que tenía a su cargo y que hoy pretende desconocer porque no le resulta favorable”.

- § 18. En cuanto la pretensión del CONSORCIO para el reconocimiento de los costos financieros del mantenimiento de la carta fianza, PROVÍAS NACIONAL señala en sus Alegatos (p. 4-5): “requerir en vía de pretensión que la entidad asuma el pago de una indemnización por la suma ascendente a S/. 300,000.00 (trescientos mil con 00/100 nuevos soles) como consecuencia de la no devolución de la carta fianza, cuando no sólo legalmente, sino contractualmente el contratista se obligó a mantener la carta fianza hasta la fecha en que la liquidación quede consentida, se configura como un acto de mala fe [...]. De otro lado, pretender el pago de una indemnización requiere fundamento, el mismo que no se ha expresado en el escrito de demanda presentado por el contratista, en consecuencia, no ha probado fehacientemente el supuesto daño que le hubiera causado la entidad, toda vez que el cumplir con la norma no puede atribuir responsabilidad alguna ni acreditar ningún nexo causal [...]. De modo que, no habiendo el contratista acreditado ni fundamentado la indemnización solicitada, y además no cumplido con demostrar la conducta antijurídica imputable a la entidad que haya causado el presunto resultado dañoso (más aún cuando, como se ha expuesto en el presente caso no existe ningún daño atribuible a la entidad pues sólo actuó con sujeción a la normativa de contrataciones del Estado y al contrato suscrito con la parte demandante), no corresponde emitir mayor argumento de defensa habida cuenta que sólo se estaría discutiendo un supuesto derecho sin prueba alguna”.

Finalmente, con respecto de la distribución de los gastos arbitrales, PROVÍAS NACIONAL indica en sus Alegatos (p. 5-6) que no le corresponde asumirlos, “toda vez que existen suficientes argumentos que demuestran la falta de sustento jurídico de la demanda [...]; por ende debería ser el Consorcio el único obligado a asumir dichos costos por su actuar de mala fe y por considerar que en vía de interpretaciones antojadizas pueden variar el contenido de los supuestos de hecho de las normas aplicables al caso concreto”.

- § 19. Posteriormente, en su Escrito de absolución de Alegatos presentado al CENTRO el 6 de abril del 2015, PROVÍAS NACIONAL reafirma que según la normativa aplicable al CONTRATO (p. 2), “el contratista debe mantener vigente la carta fianza hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras”. De esta premisa se deduce (p. 2): “siendo que el contrato que nos ocupa es uno de Ejecución de

Obra, no cabe duda que la garantía debe obligatoriamente estar vigente hasta el consentimiento de la liquidación final, hecho que todavía no sucede en el presente caso porque el contratista y la entidad todavía mantienen controversias en relación al contrato en mención”.

En la misma línea interpretativa (p. 2-3), PROVÍAS NACIONAL indica que “al supuesto análisis del artículo 158° del RLCE por parte del Contratista, y poniendo énfasis a la frase injustificada negativa en la devolución de la Carta Fianza por parte de la Entidad, no considera que el actuar de Provías Nacional es en fiel cumplimiento de la norma de contrataciones y del contrato, imperativo además del cual las partes no pueden sustraerse y menos *so* pretexto de una interpretación peculiar de la norma que efectúa el contratista por ajustarse a sus intereses particulares [...]”.

Finalmente, PROVÍAS NACIONAL concluye (p. 4): “no se ha generado aún la liquidación de obra en tanto todavía no se puede generar la devolución de la Carta Fianza, pues en el caso que fuese entregada sin la existencia de la liquidación final, ocasionaría una situación de incertidumbre ante las posibles existencias de saldos en contra de la Entidad, más aún cuando la carta fianza representa un mecanismo de aseguramiento frente a una situación querida y que afecte los intereses económicos de la misma, riesgo que no asumiremos por ser nuestra principal función cautelar el uso de los fondos públicos”.

II.4. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- § 20. El Tribunal Arbitral considera que el núcleo de la controversia entre las partes debe ser identificado en la cuestión de si resulta “lícito” (no, preliminarmente, en la de “si está o no justificado”) para PROVÍAS NACIONAL el negarse a restituir una carta fianza ante el pedido de quien, como el CONSORCIO considera haber ejecutado a cabalidad la prestación a su cargo y que no tiene más, por lo tanto, el compromiso de mantener “garantizado” el “fiel cumplimiento” de la obligación principal derivada del CONTRATO. En abstracto, y dejando al margen por el momento el enfoque preceptuado por la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la LCE) y su Reglamento (en adelante, el RLCE), la problemática debe ser reconocida como una que, bajo una lectura guiada por los principios generales del derecho de las relaciones obligatorias, arroja una respuesta no del todo prístina a favor de la posición esgrimida por PROVÍAS NACIONAL, pero que, al mismo tiempo, no puede considerarse suficiente –a la luz de los hechos

h.p.

concretos del caso bajo análisis— para desvirtuar el interés de la entidad demandada en que la carta fianza se siga manteniendo bajo su custodia.

En efecto, tal como ha manifestado el CONSORCIO en las distintas actuaciones de este arbitraje, la recepción de la obra, considerada como acto jurídico (luego se especificará a qué especie pertenece), tiene todos los visos de evidenciar que el fin del compromiso asumido frente a PROVÍAS NACIONAL se ha realizado, y que, por lo tanto, su obligación principal ha quedado extinta. La teoría de la relación de obligación admite pacíficamente que la obtención o realización del fin (la cual puede tener lugar por medios distintos del cumplimiento, inclusive) es uno de los modos de extinción del vínculo obligatorio².

§ 21. El Acta de Recepción de Obra (Anexo 1-B de la DEMANDA) rinde cuenta así del acto constatado (p. 5):

“En cumplimiento a lo dispuesto en la Cláusula Décimo Cuarta, Recepción de la Obra, del Contrato de Ejecución de Obra y Artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (RLCAE), el Comité de Recepción de Obra, da por recepcionada la Obra.

El comité no se responsabiliza por los vicios ocultos de construcción, ni tampoco de las deficiencias que con posterioridad al presente acto se detectaran, debiendo el Contratista repararlas a su costo y de acuerdo a la garantía de obra de siete (7) años.

El día 30 de Abril del 2014, luego de firmar la presente Acta en Siete (07) originales, se dio por finalizado el acto de recepción, quedando un original de esta acta en poder de cada participante”.

Las expresiones transcritas bastan para advertir la naturaleza jurídica del acto celebrado. Se trata de una declaración plurilateral de conocimiento (o “de ciencia”, como imprecisamente se suele anotar)³. Quienes la suscriben dan cuenta de la entrega, de una manera similar a lo que ocurre con la emisión de un recibo de pago, con la sola diferencia de que los intervinientes en el Acta de Recepción

² Por todos, en la doctrina más antigua: ORLANDO CASCIO, Salvatore, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, Giuffrè, Milán, 1938, *passim*, especialmente, p. 59 y s.

Ahora bien, ni siquiera admitiendo la teoría de la extinción de la obligación (del CONSORCIO) por la realización del fin perseguido por las partes con el CONTRATO, se podría concluir, necesariamente, que la carta fianza se ha extinguido. La carta fianza no opera como un contrato de fianza (garantía personal, accesoria a la obligación del afianzado). Es una garantía “autónoma” o “independiente”, cuya vigencia y posibilidad de ejecución no dependen de la suerte (ni siquiera de la validez del título) de la obligación que respalda. Véase, por todos: MACARIO, Francesco, *Garanzie personali*, en *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Utet, Turín, 2009, p. 437 y s.

³ Ver, por todos: SACCO, Rodolfo y Paola CISIANO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, en *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Utet, Turín, 2005, p. 319 y s.

de Obra son los miembros de un Comité de Recepción, el Jefe de Supervisión de Obra y el Residente de Obra, mientras que el recibo contiene la declaración unilateral del acreedor de la prestación, que la da por ejecutada (ya sea total o parcialmente, puntual o tardíamente, etcétera).

Esta precisión conceptual basta evidenciar por qué no sería exacto –contra la posición esgrimida por el CONSORCIO, en sus escritos y en el informe oral del 9 de abril de 2015– de equiparar el Acta de Recepción de Obra a un acto o negocio jurídico con eficacia extintiva de sus obligaciones frente a PROVÍAS NACIONAL. En realidad, las declaraciones (de conocimiento) contenidas en dicha Acta no tienen otra función que la de certificar la realización de un hecho (la “entrega”). No son, ni podrían ser técnicamente, declaraciones (voluntarias) que determinen una mutación de situaciones jurídicas.

§ 22. Tampoco es *a priori* refutable, sin duda, la posición del CONSORCIO sobre la necesidad de que la interpretación del Tribunal Arbitral no se limite a la aplicación puramente literal y directa de la normativa que gobierna el CONTRATO. La solución de controversias, ante la administración de justicia ordinaria o ante un colegiado de árbitros, está lejos de gobernarse por el rígido adagio *in claris non fit interpretatio*. Pero no es menos cierto que, en el caso analizado, la norma jurídica con respecto a la cual disienten el CONSORCIO y PROVÍAS NACIONAL tiene que ser aplicada, luego del análisis realizado por el Tribunal Arbitral, en el sentido afirmado por la parte demandada.

Deben tenerse presentes, como premisas, las diferencias entre la interpretación de la ley realizada por los particulares y la que efectúa el administrador de justicia. En el primer caso, hay una “propuesta de atribución de un determinado significado a cierto documento jurídico o normativo”, mientras que en el segundo, el juzgador “decide una controversia o resuelve un conflicto, pronunciándose explícitamente o implícitamente, entre otros puntos, sobre el significado que se tiene que atribuir a enunciados jurídicos y normativos”⁴.

En las sucesivas actuaciones del arbitraje el CONSORCIO ha invocado, entre otros preceptos, dos principios comunes del campo de la contratación privada y pública: la regla de equidad o proporcionalidad de las contraprestaciones en los contratos bilaterales (que la LCE consagra en su artículo 4, literal “I”) y la prohibición del abuso del derecho (de reconocimiento constitucional, inclusive, en el artículo 103, segundo párrafo de nuestra Carta Política). Por ninguna de estas vías, en opinión del Tribunal Arbitral, alcanza a tener amparo su pretensión.

⁴ MODUGNO, Franco, *Interpretazione giuridica*, CEDAM, Padua, 2009, p. 290-291.

§ 23. La equidad, tal como ha sido recogida en la LCE, prescribe que “las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad”⁵, pero a la vez que tal observancia no perjudica “las facultades del Estado en la gestión del interés general”. No se aprecia, con apego a esta regla, cómo es que resultaría desproporcional o contrastante con la razón el reconocer a PROVÍAS NACIONAL como legitimada a conservar en poder la carta fianza de fiel cumplimiento hasta el momento de la liquidación final del CONTRATO, tal como manda el artículo 211 del RLCE, central en esta controversia:

“Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra

El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los (15) días siguientes.

La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la obra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los

⁵ El enunciado, literalmente considerado, parece haber sido concebido como una pauta a observar en la fase de elaboración del contrato, al momento de la distribución de los compromisos y prerrogativas respectivas entre las partes. Pero si de “equivalencia” y “proporcionalidad” se trata, es legítimo preguntarse si ambos atributos deben primar también durante la fase de ejecución del contrato. Así, por ejemplo, cabría reflexionar sobre el advenimiento de una situación de “excesiva onerosidad” de la prestación por pérdida del valor de la moneda o por desabastecimiento global y comprobado de cierto material para una obra, que la retarda o la hace más costosa. Sin embargo, lo que se discute en el caso materia de controversia en este arbitraje no es una situación de desequilibrio de las prestaciones, sino la “injusticia” –bajo la perspectiva del CONSORCIO– de la normativa y del pacto contractual (“injusticia” *ab origine*, por lo tanto, y no sobrevenida) que legitiman a PROVÍAS NACIONAL para la retención de la carta fianza y para exigir el mantenimiento de su vigencia a costa del CONSORCIO hasta la liquidación de la obra.

quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

En el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación.

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver”.

Por un lado, el examen de los hechos del caso no permite postular una desatención, por parte del Tribunal Arbitral, de lo que se prescribe en la LCE, en lo que atañe al principio de equidad, y que habría sido vulnerado en ocasión del desarrollo reglamentario de dicha norma. No es éste un caso que se preste a sostener –como firmemente se ha hecho en la doctrina del derecho administrativo⁶– la posibilidad de considerar derogadas o inaplicables normas de un reglamento, por su oposición a prescripciones o disposiciones contenidas en la propia legislación reglamentada o en legislación jerárquicamente superior.

La LCE estatuye (artículo 42, segundo párrafo) que “tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento [...]”. En línea con tal directiva, el RLCE señala: (i) (en el citado artículo 211, *in fine*) que la liquidación del contrato no es dable mientras existan controversias por resolver; (ii) (en el primer párrafo del artículo 212) que (recién) “luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo”; y en fin (iii) (artículo 158) que el contratista debe mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento “hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras”. Entonces: ¿en qué medida se apartaría de la “equidad” la aplicación, por parte de los funcionarios de PROVÍAS NACIONAL, de todas las directrices legales citadas?

⁶ Véase, por todos: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, 12ª. ed., Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2011, t. I, p. 236 y s.

§ 24. Ahonda las dudas sobre la necesidad de un análisis de legalidad de lo que se dispone en el artículo 211 del RCLE la circunstancia, demostrada en este arbitraje, de que el precepto legal ha recibido específica acogida como cláusula en el CONTRATO, es decir, que de fuente (heterónoma, externa) de “integración del contrato” ha pasado, por voluntad de las partes, al papel de obligación de fuente contractual.

Como ha enfatizado PROVÍAS NACIONAL en sus intervenciones durante el arbitraje, la Cláusula Décima de las “Cláusulas Adicionales” del CONTRATO, subtitulada “Devolución de Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato” dispone:

“10.1 Para que PROVÍAS NACIONAL proceda a la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato debe haber quedado consentida la Liquidación Final del Contrato”.

Este compromiso contractual (que ambas partes han reconocido como “adicional”, además)⁷, aun cuando fuere cuestionable el dictado del RCLE, sea en observancia de la equidad contractual prescrita en la LCE, o de alguna norma jerárquicamente superior, no admite dudas sobre su exigibilidad y valor vinculante; atributos que el Tribunal Arbitral no puede desconocer.

Contribuye esta constatación, por otro lado, a descartar la existencia de “abuso” en la actuación de PROVÍAS NACIONAL. Muchos son los años transcurridos desde que el “abuso contractual” fue sistematizado (como patología común de los contratos con presencia de vicios de la voluntad, de aprovechamiento económico o de la situación de sujetos débiles, como los “incapaces” e “interdictos”)⁸. Se ha postulado también que puede presentarse un “abuso de estipulación” al elaborarse los contratos sometidos a cláusulas generales de contratación. Pero es claro que ninguna de tales hipótesis corresponde a la verificada entre las partes.

⁷ Es de resaltar que la LCE (artículo 40) no incluye entre las cláusulas que “obligatoriamente” deben formar parte de los contratos por ella regulados el compromiso del contratista de reclamar la restitución de la carta fianza sólo cuando haya quedado consentida la liquidación final. La LCE considera imprescindible únicamente incluir, en general, cláusulas “referidas a” las garantías, y precisa: “la Entidad establecerá en el contrato las garantías que deberán otorgarse para asegurar la buena ejecución y el cumplimiento del mismo”. En el caso materia de la controversia ninguna de las partes ha presentado antecedentes de cómo fue elaborado el texto del CONTRATO, pero la consideración como “adicional” de la cláusula que posterga la devolución de la carta fianza hasta la liquidación, es un indicio, acaso no de una redacción negociada y concordada entre las partes, sí de una consideración especial de dicho vínculo para ellas en sus respectivos desenvolvimientos.

⁸ Por CORSARO, Luigi, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto (Studio preliminare)*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia, 1979, *passim*, especialmente, p. 3-10.

Una perspectiva técnico-jurídica de la situación del CONSORCIO en relación con su pretensión de recobrar en este arbitraje la carta fianza entregada a PROVÍAS NACIONAL como garantía de fiel cumplimiento, hace emerger la naturaleza que tiene, con vistas a dicho fin, la liquidación final del CONTRATO. La presentación de dicha liquidación configura una “carga” para el CONSORCIO, o sea, un deber jurídico de cuyo cumplimiento depende la obtención de un beneficio que, nadie discute, le correspondería reclamar, bajo supuestos diferentes de los verificados en el caso bajo análisis, en su calidad de acreedor de la restitución de tal garantía.

§ 25. Se presenta la carga –explica un autor– “cuando el titular de un poder, para realizar el interés cuya tutela ha determinado que le sea concedido tal poder, no sólo debe ejercer éste, sino también observar otro (distinto) comportamiento”⁹. Otro autor la define como “la situación de quien debe realizar un determinado comportamiento si quiere tener la posibilidad de utilizar una situación activa suya, porque las normas subordinan dicha posibilidad a la condición de que él efectúe dicho comportamiento”¹⁰.

Si bien el Tribunal Arbitral considera que no es de recibo –no plenamente, por lo menos– el argumento expuesto por PROVÍAS NACIONAL, en el sentido de que por haber iniciado uno o más arbitrajes (o sea, meramente por ejercer la defensa de sus derechos considerados conculcados)¹¹, el CONSORCIO se encuentre impedido de reclamar la carta fianza de fiel cumplimiento, en el caso concreto a resolver el CONSORCIO no ha cumplido con la carga que le impone la ley (y le reitera, de modo indirecto, el pacto contractual por él asumido) de presentar, al momento de solicitar la devolución de la carta fianza (que, en otras circunstancias, le habría correspondido, pues se trata de una restitución de la que solamente él es acreedor), la liquidación de la obra.

No habiéndose cumplido la carga impuesta legalmente, ni siquiera hay espacio ni base fáctica para que el Tribunal Arbitral efectúe un control de conformidad (en lo legal y en lo contractual) del rechazo de PROVÍAS NACIONAL al pedido de restitución efectuado por el CONSORCIO; pedido respecto del cual debe dejarse

⁹ GIORGIANNI, Michele, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Giuffrè, Milán, 1945 (reimpresión, 1968), p. 21.

¹⁰ ROPPO, Vincenzo, *Istituzioni di diritto privato*, 4ª. ed., Monduzzi, Bologna, 1998, p. 64.

¹¹ Estos arbitrajes fueron mencionados en la Audiencia de Informes Orales Finales del 9 de abril del 2015 y fueron acreditados por PROVÍAS NACIONAL en su escrito presentado al CENTRO el 15 de abril del 2015.

a salvo el derecho del CONSORCIO, cuando los presupuestos normativos y aquellos pactados en el CONTRATO sean cumplidos cabalmente.

- § 26. Si bien la infundabilidad de la pretensión principal del CONSORCIO determina que no haya lugar a pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre la pretensión (catalogable como “accesoria”) de resarcimiento de los daños conformados por el costo financiero del mantenimiento de la vigencia de la carta fianza que garantiza el fiel cumplimiento del CONTRATO, también respecto de dicho punto se puede observar que una circunstancia de abuso (entendido como ejercicio irregular del derecho de PROVÍAS NACIONAL a conservar la carta fianza y, con ello, a las permanentes renovaciones de ésta) sería concebible bajo circunstancias distintas de las que han rodeado el caso resuelto en este Laudo Arbitral.

No admite cuestionamiento el hecho de que la prolongación en el tiempo de una garantía bancaria produce pérdidas económicas para quien respalda su emisión con su patrimonio depositado en la institución financiera. Pero la sola verificación de un daño, entendido como detrimento o menoscabo (económico) no implica que éste sea de por sí “resarcible”, o sea tutelado por la responsabilidad civil. Como ha reiterado de manera pareja PROVÍAS NACIONAL en las sucesivas actuaciones del arbitraje, la actuación de sus funcionarios (de la Unidad Gerencial de Obras) al negarse (mediante la Carta No. 1078-2014-MTC/20.5, del 22 de julio del 2014, que constituye el Anexo 1-D de la DEMANDA) al pedido de restitución de la carta fianza, presentado por el CONSORCIO, reviste un halo de licitud que no es dado poner en cuestión en cuanto a su carácter eximente de responsabilidad.

La respuesta de PROVÍAS NACIONAL al pedido del CONSORCIO, en efecto, fue en los siguientes términos: “no es posible su [sic] devolución de la citada carta fianza por cuanto a la fecha no ha presentado la liquidación de obra tal como refiere el Artículo 158° del Reglamento”. El artículo citado en dicha respuesta es el que recuerda al contratista, implícitamente, que la garantía de fiel cumplimiento debe mantenerse vigente hasta el “consentimiento de la liquidación final”, hecho que, como ha podido constatar el Tribunal Arbitral escuchando a los abogados de las partes en la Audiencia de Informes Orales, así como revisando los documentos aportados por ellos, todavía no ha tenido lugar.

- § 27. Como punto final del análisis resta determinar, con arreglo a las prescripciones que imperan en el arbitraje, la distribución de los costos administrativos y honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral.

En el campo del arbitraje de contratación pública este tema está regido por las disposiciones del Decreto Legislativo No. 1071 (artículo 73), que, al mismo tiempo que remarca el carácter obligatorio de este pronunciamiento, brinda una serie de criterios a los árbitros sobre cómo efectuar la distribución, y los faculta a disponer el prorrateo de los costos cuando éste sea considerado razonable.

El Tribunal Arbitral, teniendo en cuenta la asunción voluntaria y unilateral del íntegro de los gastos administrativos y los honorarios de los árbitros por parte del CONSORCIO, así como los motivos que han llevado a las partes a discutir en este arbitraje sus respectivas posiciones, considera que tales costos deben distribuirse en partes proporcionales. Por lo tanto, debe ordenarse a PROVÍAS NACIONAL el reembolso al CONSORCIO de aquella parte de los costos (honorarios de los árbitros y, de ser el caso, gastos administrativos) que, por subrogación, éste pagó en reemplazo de la entidad; hecho probado (en lo que respecta a los honorarios de los árbitros) mediante el Escrito remitido por el CONSORCIO al CENTRO el 21 de enero del 2015.

III. DE LA PRUEBA ACTUADA

§ 28. El Tribunal Arbitral deja constancia de haber valorado con objetividad, detalle e integridad, para fines de su pronunciamiento, la totalidad del material probatorio aportado por las partes, aun cuando no haya tenido la ocasión de hacer mención puntual de cada una de las pruebas al exponer los fundamentos de la decisión adoptada, en definitiva, acerca de los puntos controvertidos.

IV. DECISIÓN

Atendiendo a los fundamentos expuestos en los acápites precedentes, el Tribunal Arbitral lauda, en la ciudad de Lima, el 4 de mayo del 2015, como sigue:

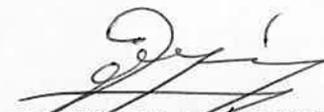
PRIMERO: Declárese **INFUNDADA** la pretensión del CONSORCIO dirigida a que PROVÍAS NACIONAL le restituya la carta fianza otorgada como garantía de fiel cumplimiento en el marco del CONTRATO, sin perjuicio del derecho del CONSORCIO a requerir dicha restitución una vez que se cumplan los requisitos establecidos por la ley.

Ref.:

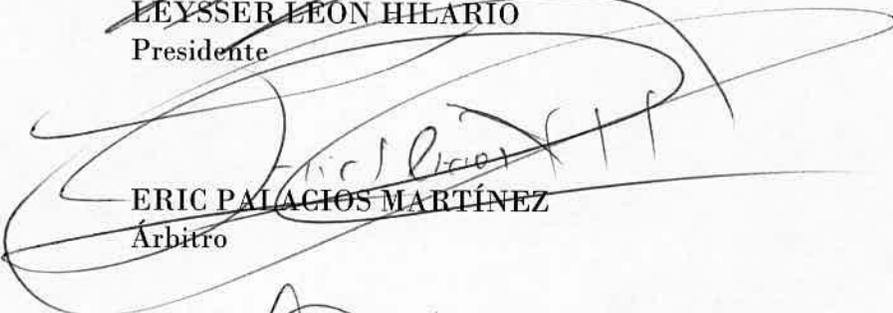
SEGUNDO: Declárese **NO HABER LUGAR** a pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre la pretensión accesoria del **CONSORCIO**, dirigida a que **PROVIÁS NACIONAL** le resarza los daños económicos (costos financieros) ocasionados por el mantenimiento de la vigencia de la carta fianza otorgada como garantía de fiel cumplimiento en el marco del **CONTRATO**, sin perjuicio de que tal derecho sea reconocido si concurren los elementos de la responsabilidad civil, cuando la parte Demandante esté legitimada a reclamar la restitución.

TERCERO: DISPÓNGASE la distribución proporcional entre las partes de los costos del arbitraje. En consecuencia: **ORDÉNESE** a **PROVIÁS NACIONAL** el reembolso al **CONSORCIO** del monto asumido voluntariamente por éste, en vía de subrogación, de la parte correspondiente a **PROVIÁS NACIONAL** en el abono de los gastos administrativos del **CENTRO** y de los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral.

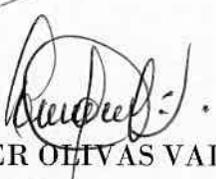
CUARTO: DISPÓNGASE que se mantengan en cada una de las partes, como ellas los hayan asumido, los gastos correspondientes a sus defensas y todos los otros que no se hayan considerado en el Punto Decisorio Tercero.



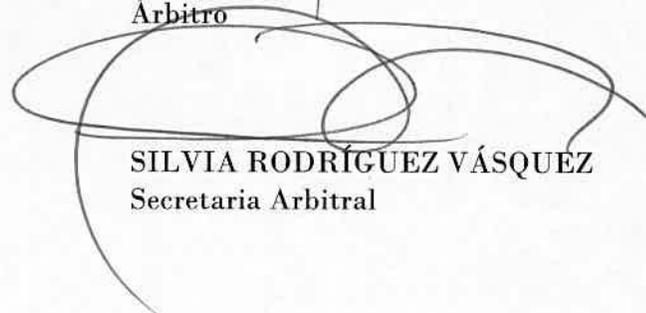
LEYSSER LEÓN HILARIO
Presidente



ERIC PALACIOS MARTÍNEZ
Árbitro



HOOVER OLIVÁS VALVERDE
Árbitro



SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ
Secretaria Arbitral