

LAUDO ARBITRAL NACIONAL DE DERECHO

RESOLUCIÓN N° 20

Lima, 22 de julio del dos mil trece.

LAS PARTES: **CONSORCIO JCM (en adelante, el CONTRATISTA o el Demandante)**

UNIVERSIDAD NACIONAL INTERCULTURAL DE LA AMAZONÍA (en adelante, UNIA o la Demandada)

ARBITRO ÚNICO: **DR. FERNANDO CAUVI ABADÍA**

SECRETARÍA ARBITRAL: **Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE**

CASO ARBITRAL: **N° 221-2009**

ASPECTOS PRELIMINARES

De acuerdo a la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de Obra N° 01-2008-UNIA-CO "Construcción y Equipamiento de Pabellón General II Etapa" de fecha 24 de setiembre del 2008 (en adelante, el Contrato) suscritos entre la Demandante y la Demandada, el mismo que señala:

"CLAÚSULA DÉCIMO SÉPTIMA: ARBITRAJE

Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a una acuerdo entre ambas partes, según lo señalado en el artículo 272° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa."

En razón a ello, mediante las peticiones de arbitraje, la Demandante solicitó el inicio del proceso arbitral a fin de resolver las controversias surgidas con la Demandada.

Mediante Resolución N° 331-2009-OSCE/PRE del 22 de setiembre del 2009, se designó como Árbitro Único al Dr. Fernando Antonio Cauvi Abadía.

El Árbitro Único comunicó oportunamente su aceptación al cargo.

ANTECEDENTES

Con fecha 02 de noviembre del 2009, en la sede institucional del OSCE, se procedió a la instalación del Árbitro Único diligencia en la cual se fijaron las reglas del arbitraje.

En dicha audiencia el Árbitro Único declaró haber sido debidamente designado y dejó constancia que no estaba sujeto a incompatibilidad o compromiso alguno con las partes, prometiendo que se desenvolverían con imparcialidad, independencia y probidad.

Se deja constancia que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado contra el contenido del Acta de Instalación, dando su conformidad tácita a cumplir con las disposiciones contenidas en ésta.

I. EL PROCESO ARBITRAL

LA DEMANDA

El CONTRATISTA presentó su demanda arbitral mediante escrito N° 1 del 26 de noviembre del 2009, la misma que fue admitida mediante Resolución N° 01 de fecha 09 de diciembre del 2009.

PETITORIO DE LA DEMANDA

En el mencionado escrito el CONTRATISTA señaló como sus pretensiones las siguientes:

PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, se deje sin efecto legal el Oficio N° 354-2008-UNIA-P de fecha 16 de diciembre del 2008, donde la UNIA decide resolver el Contrato celebrado entre las partes, por una supuesta presentación de

documento falso, ya que el mismo fue realizado por una persona incompetente (Comisión Organizadora) y no por el Titular de la Entidad (Rector o el funcionario delegado para emitir este acto), y como consecuencia se declare la nulidad del contrato y pague una liquidación a su favor por el monto de S/.264,988.00, por concepto de avance de obra y materiales adquiridos para la ejecución de la obra, más intereses legales, daños y perjuicios, costas y costos del proceso arbitral.

PRETENSIÓN SUBORDINADA: Que, se ordene a la UNIA pague a su favor la suma de S/.264,988.00, por concepto de avance de obra y compra de materiales para esta obra, más intereses legales, daños y perjuicios, costas y costos del proceso arbitral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UNIA mediante escrito N° 1 de fecha 06 de enero del 2010 contesta la demanda negando y contradiciendo la demanda; y, formula reconvención por daños y perjuicios.

Acción reconvencional que posteriormente se diera por desistida de conformidad con lo previsto en el numeral 32 del Acta de Instalación, lo cual quedara ratificado en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos.

Mediante Resolución N° 4 de fecha 18 de mayo del 2010, el Árbitro Único admitió la contestación a la demanda y la reconvención, procediendo a correr traslado al Demandante para que conteste la reconvención planteada.

Mediante recurso de fecha 07 de junio del 2010, el Demandante, cumplió con absolver el traslado de la reconvención formulada por la UNIA, mediante Resolución N° 6 de fecha 30 de junio del 2010 se tuvo por contestada la reconvención, con conocimiento de la UNIA; requiriéndose, asimismo, a las partes el pago de los nuevos anticipos correspondientes, en razón de las nuevas pretensiones y montos de la reconvención.

ARCHIVO DEFINITIVO DE PRETENSIÓN CORRESPONDIENTE A LA RECONVENCIÓN.

Por Resolución N° 12 de fecha 18 de junio del 2012 el árbitro único dispuso (i) el archivo definitivo de la pretensión reconvencional de la UNIA presentado en su recurso

del 06 de enero del 2010, y (ii) citar a las partes a Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos.

AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL ÁRBITRO ÚNICO

Con fecha 30 de octubre del 2012 y con la presencia de ambas partes se llevó a cabo la Audiencia de Fijación y Determinación de Puntos Controvertidos que sería materia de pronunciamiento del Árbitro Único, estableciéndose las siguientes:

1. Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto el Oficio N° 354-2008-UNIA-PE de fecha 16 de diciembre del 2008 y como consecuencia se declare la nulidad del contrato y se pague una liquidación por la suma de S/.264,988.00;
2. En caso se declare fundado el punto anterior determinar si corresponde o no que se pague una liquidación por la suma de S/.264,988.00 por concepto de avance de obra y compra de materiales para esta obra, más intereses legales, daños y perjuicios; y
3. Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del proceso arbitral.

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Acto seguido el Árbitro Único admitió los siguientes medios probatorios:

Del CONTRATISTA las asignadas con los numerales 1 al 5 del escrito de fecha 26 de noviembre del 2009, acápite IV, Medios Probatorios.

De la UNIA las asignadas con los numerales 1 al 19 del punto V Medios Probatorios de su escrito de fecha 06 de enero de 2010.

AUDIENCIA ESPECIAL DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS

Con fecha 22 de noviembre del 2012 se llevó a cabo la audiencia especial en la cual cada una de las partes realizó una exposición que ilustró al Árbitro Único cada una de sus posturas y/o pretensiones.

Mediante Resolución N° 16 de fecha 05 febrero del 2013 se dio por culminada la etapa de probatoria del presente arbitraje y se concedió a las partes un plazo de cinco días hábiles para que cumplan con presentar sus alegaciones y conclusiones finales.

ALEGACIONES Y CONCLUSIONES FINALES Y AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

El CONTRATISTA con fecha 26 de marzo del 2013 y la UNIA con fecha 27 de marzo del 2013, presentaron sus alegaciones y conclusiones finales.

Con fecha 13 de mayo del 2013 se llevó a cabo, con la presencia de ambas partes, la Audiencia de informes orales, en la cual expusieron sus argumentos de hecho y de derecho y absolviéron algunas precisiones o interrogantes del Árbitro Único; fijándose plazo para laudar.

Mediante Resolución N° 19 de fecha 13 de junio del 2013, el Árbitro Único resolvió ampliar el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles adicionales.

CUESTIONES PRELIMINARES

Previo al análisis en la materia controvertida y sometida al Árbitro Único corresponde dejar constancia y ratificar que:

- I. El Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo establecido en el contrato al que las partes se sometieron incondicionalmente.
- II. La designación y aceptación del Árbitro Único se ajusta a las exigencias previstas en la Ley de la Materia.
- III. Las partes no han recusado al Árbitro Único.
- IV. El CONTRATISTA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- V. La UNIA fue debidamente emplazado con la demanda arbitral y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- VI. Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e inclusiones de informar oralmente.
- VII. El Árbitro Único ha procedido a laudar dentro del plazo de conformidad con lo dispuesto el Acta de Instalación.

II CONSIDERANDO

El Árbitro Único, ha establecido en el acta de determinación de las cuestiones de materia de pronunciamiento del Árbitro Único, de fecha 30 de octubre del 2012 que la

fijación de dicha materia constituye una pauta referencial del Tribunal Arbitral y no limita el análisis que este deba hacer respecto a la controversia sometida.

PRIMERO: PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto el Oficio N° 354-2008-UNIA-PE de fecha 16 de diciembre del 2008 y como consecuencia se declare la nulidad del contrato y se pague una liquidación por la suma de S/.264,988.00

- El Árbitro Único antes de analizar la materia controvertida considera pertinente señalar se ha acreditado de los medios probatorios actuados por las partes que no se realizó y/o ejecutó obra alguna y que incluso los materiales para la obra (que no fueron utilizados) fueron vendidos por el CONTRATISTA al nuevo Contratista contratado por la UNIA.
- El CONTRATISTA, aduce que de acuerdo con la legislación de la materia ante un incumplimiento como lo es el de presentar documentos falsos no cabe, que en el caso concreto es un documento como el de una carta fianza de S/.701,526.61 por adelanto de materiales de significativa relevancia para el contrato suscrito por las partes, resolver el contrato en contra de lo previsto en los artículos 225° y 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - RLCAE, y que conforme al artículo 202° del RLCAE la UNIA debió declarar la nulidad del Contrato y no resolver el mismo.
- Por su parte la UNIA sostiene que hizo bien en resolver el Contrato, constatando el Árbitro Único que el problema radica básicamente en cuándo se da o verifica dicha resolución contractual. Toda vez que se tiene las cartas (i) de fecha 04 de diciembre del 2008 conteniendo el Oficio N° 340-2008-UNIA-P, (ii) de fecha 10 de diciembre del 2008 conteniendo el Oficio N° 345-2008-UNIA-P, (iii) de fecha 16 de diciembre del 2008 conteniendo el Oficio N° 354-2008-UNIA-P, y (iv) de fecha 16 de abril del 2009 conteniendo la Resolución de Comisión Organizadora N° 087-2009-UNIA-CO.
- El Árbitro Único considera que la última de estas cartas que contiene la Resolución de Comisión Organizadora N° 087-2009-UNIA-CO es la que de alguna manera recoge de manera más clara la decisión y voluntad de la UNIA de resolver el Contrato, e incluso deja sin efecto algunas de las cartas antes mencionadas; y,

que incluso, dicha carta de fecha 16 de abril del 2009 fue objeto de respuesta por el CONTRATISTA mediante carta de fecha 11 de mayo del 2009, en la cual sugería el inicio de una etapa de conciliación y que la UNIA reconsidera su decisión de resolver el Contrato.

- El Árbitro Único observa que en virtud a estas dos últimas cartas de fechas 16 de abril y 11 de mayo, ambas, del 2009, se resuelve el Contrato y la otra parte pide reconsiderar su postura, tal como fluye de la voluntad de las partes expresadas en dichas cartas.

Es decir para el Árbitro Único es a partir del 16 de abril del 2009 en que la UNIA le comunica al CONTRATISTA su voluntad de resolver el Contrato y que, en tal virtud, el CONTRATISTA tenía el plazo previsto en el artículo 267° del RLCAE para dar inicio al mecanismo de solución de controversias que recién se inicia con la carta del 01 de junio del 2009 mediante carta del CONTRATISTA a la UNIA, y/o con la presentación de la solicitud de inicio de proceso arbitral presentado al OSCE por el CONTRATISTA con fecha 26 de junio del 2009.

En tal sentido considero que entre la carta de fecha 16 de abril del 2009 conteniendo la Resolución de Comisión Organizadora N° 087-2009-UNIA-CO y el (i) 01 de junio del 2009, o (ii) 26 de junio del 2009, ha transcurrido en exceso el plazo previsto en el artículo 267° del RLCAE, con lo cual la resolución del Contrato quedó consentida.

- De otro lado la UNIA invoca la figura jurídica de la caducidad del derecho del CONTRATISTA, refiriéndose a que ésta ha excedido el plazo de caducidad establecido en la normativa sobre contrataciones públicas, en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (LCAE) y el RLCAE.
- Que el numeral 53.2 del artículo 53° de la LCAE, establece que cualquier controversia derivada de la ejecución del contrato puede someterse a conciliación o arbitraje en cualquier momento anterior a la culminación del contrato, y siendo que la solicitud de arbitraje presentada por el CONTRATISTA, no se materializó sino hasta el 01 de junio del 2009 en carta N° 24-2009 a la UNIA y mediante carta de fecha 26 de junio ante el OSCE.

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- 1) El párrafo 53.2 del artículo 53º del LCAE invocado establece lo siguiente:

"...las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad".

Conforme lo dispuesto, el plazo propiamente dicho en el que quedaría caduco el derecho a recurrir al arbitraje no ha sido previsto de modo expreso en esta norma, por lo que se carece de un plazo específico de vigencia.

- 2) Por el contrario, el artículo 273º del Reglamento, al regular el arbitraje y los plazos previstos en diversos artículos de la norma reglamentaria, los califica de modo expreso como plazos de caducidad.
- 3) De esta manera, la caducidad se encuentra prevista de modo amplio e impreciso en la LCAE, mientras que en el caso del RLCAE, se establece de un modo expreso un plazo de diez (10) días hábiles (artículos 267º y 279º). Desde una interpretación sistemática de las normas aplicables es necesario determinar si un plazo de caducidad puede ser establecido por una norma reglamentario, cuyo rango es inferior a las normas de una ley.
- 4) En relación a lo anterior, debe tenerse presente que la caducidad es una institución jurídica regulada en los artículos 2003º al 2007º del Código Civil, siendo que la normativa sobre contrataciones públicas carece de regulación al respecto, lo establecido en el Código Civil es de aplicación supletoria, como se precisa seguidamente.
- 5) Según las disposiciones del Código Civil, la caducidad tiene por efecto extinguir un derecho y con ello la acción relacionada con el mismo. De allí que estamos ante una institución que busca mantener la seguridad jurídica velando por el interés colectivo y que intereses individuales no perjudiquen a los colectivos. Así el artículo 2004º del Código Civil establece :

"Artículo 2004º.- Legalidad en plazos de caducidad.

Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario"

Como se puede apreciar, el artículo 2004º del Código Civil establece el principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad, con lo cual se busca garantizar su aplicación sin que se haga uso abusivo de ella.

- 6) En este contexto jurídico, tenemos una situación de conflicto entre lo dispuesto en la LCAE, que no establece un plazo cierto y específico de caducidad, respecto del RLCAE, que sí lo establece, pero en confrontación con las normas del derecho común (Código Civil), que con carácter especializado y de manera clara y específica regula el instituto de la caducidad y establece que sus plazos deben ser fijados por norma con rango de ley.
- 7) En relación a la aplicación supletoria del Código Civil, debemos tener en cuenta lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, que establece:

"Artículo IX.- Aplicación supletoria del Código Civil

Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza".

En el mismo sentido, el segundo párrafo del artículo 201º del RLCAE reafirma la aplicación supletoria del Código Civil, en cuanto establece, que en adición a las normas privativas de contratación pública resultan igualmente aplicables de modo supletorio las disposiciones del Código Civil.

De lo antes mencionado, ha quedado claramente establecido que el Código Civil determina que los plazos de caducidad se establecen por ley, y sus disposiciones son de aplicación supletoria a las disposiciones establecidas en la normativa relacionada con las contrataciones estatales, lo cual implicaría la inaplicación de las disposiciones contempladas en el RLCAE sobre los plazos de caducidad.

- Tenemos así que la caducidad se encuentra prevista de modo amplio e impreciso en la LCAE, limitada únicamente con la vigencia del contrato, mientras que en el caso de la norma reglamentaria, se establece de modo expreso un plazo cierto y específico, en este caso de diez (10) días hábiles. La pregunta que salta a la vista de la simple comparación de ambos dispositivos es sencilla ¿Puede establecerse un plazo de caducidad por una norma de carácter reglamentario, de rango menor a la ley?
- Teniendo en cuenta que la demanda arbitral planteada por el CONTRATISTA, tiene como fecha de interposición el 26 de noviembre del 2009, es necesario dilucidar si resulta aplicable la caducidad prevista en el artículo 267 y 273º del RLCAE.
- Sobre el particular, debemos recordar que la caducidad es una institución jurídica que se encuentran regulada en los artículos 2003º al 2007º del Código Civil, no existiendo regulación al respecto ni en la LCAE ni en el RLCAE. Según lo establece el Código Civil, la caducidad tiene por efecto extinguir un derecho y con ello la acción relacionada con el mismo.
- De este modo, conforme a lo establecido por la Resolución Casación N° 2566-99-Callao, *"En el instituto de caducidad, (...), se aprecia el imperativo de la ley por asegurar una situación jurídica, lo que se explica por su íntima vinculación con el interés colectivo y la seguridad jurídica (...)"*.
- Así, de lo expuesto hasta el momento, se puede apreciar la existencia de una situación de desavenencia entre la LCAE que no establece un plazo cierto y específico de caducidad, respecto del RLCAE (que sí lo establece), como de este último con las disposiciones del Derecho Común, que de modo específico y especializado regula el instituto de la caducidad o extinción de un derecho y la acción correspondiente, en el que establece que tal medida (la caducidad) sólo puede estar contemplada en una norma con rango de ley.
- La parte final del segundo párrafo del artículo 201º del RLCAE reafirma la aplicación supletoria del Código Civil, en cuanto establece, que en adición a las normas privativas de contratación pública resultan igualmente aplicables de modo supletorio las disposiciones del Derecho Privado.

- De lo antes mencionado, ha quedado claramente establecido que el Código Civil determina que los plazos de caducidad se establecen por ley y, que sus disposiciones son de aplicación supletoria a las disposiciones establecidas en la normativa relacionada con las contrataciones estatales.
- Ahora bien, las disposiciones contempladas en el RLCAE sobre la caducidad para recurrir en vía de arbitraje parecen inclinarnos a la inaplicabilidad de las mismas. Ello nos lleva necesariamente a una segunda pregunta: ¿Puede un Tribunal Arbitral inaplicar una disposición reglamentaria o preferir una norma legal frente a otra de menor rango? ¿Cuáles son los límites de sus competencias respecto a los eventuales vicios que pudiesen suscitarse en el trámite de un proceso arbitral?
- Lo mencionado en el punto anterior tiene relación con una de las capacidades inherentes a los árbitros. Nos referimos a la capacidad de ejercer jurisdicción y todas las acciones inherentes a esta; al respecto, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra Jurisdicción de la siguiente manera:

Jurisdicción.

(Del lat. iurisdictiō, -ōnis).

1. f. Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar.

2. f. Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

3. f. Término de un lugar o provincia.

4. f. Territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal.

5. f. Autoridad, poder o dominio sobre otro.

6. f. Territorio al que se extiende.

(Subrayado nuestro)

- Sobre este tema, el Tribunal Constitucional refiere en la resolución que resuelve el caso signado como EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC, específicamente en el numeral 5 de los fundamentos, lo siguiente:

"5. El principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional reconocido en el artículo 139º, inciso 1 de la Constitución, prescribe que: "No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación".

En atención a ello, la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad)."

- Según la cita antes mencionada, los árbitros están habilitados constitucionalmente para poder aplicar jurisdicción, es decir aplicar derecho y juzgar como lo haría un juez del aparato judicial e, igualmente, para preferir una norma de rango legal sobre otra de nivel inferior.
- Cabe mencionar que en razón a lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional ha establecido que, en *"la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso."* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N.º 0023-2003-AI/TC. Caso Jurisdicción Militar. (Fundamento 13).
- Así, siguiendo con el fundamento establecido en la resolución analizada, la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no sólo se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a) de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución, siendo que el mencionado artículo establece lo siguiente:

Artículo 139º. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

" (...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

(...)" (Subrayado nuestro)

- Así pues, en relación a los principios y funciones de la tutela jurisdiccional, los árbitros se encuentran obligados a dar cumplimiento a las normas

constitucionales, así como a las normas con rango de ley respecto de las de menor rango, pudiendo por tanto aplicar el control difuso de las normas, tal como se desprende de la resolución del Tribunal Constitucional materia de análisis, en cuanto se señala que:

"Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previsto en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo."

(...)

El principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139º de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31º in fine de la Carta Fundamental." [1]

[1] "TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ." Sentencia recaída en el Exp. N.º 0023-2003-AI/TC. Caso Jurisdicción Militar

- Por lo tanto se reconoce que las funciones de los árbitros deben guiarse por los principios constitucionalmente establecidos del debido proceso y por el respeto de los derechos fundamentales. En esta medida, si en un proceso arbitral se aplicase una norma que resulta contraria a lo establecido en el ordenamiento jurídico, generaría que el fuero arbitral perdiera sentido, ya que se convertiría en una vía donde se podría resolver conflictos al margen del ordenamiento legal.
- Conforme lo expuesto en este punto, el Árbitro Único es de la opinión que el establecimiento de la institución de la caducidad dentro de cualquier norma de carácter especial debe respetar los elementos establecidos por el ordenamiento jurídico general, no siendo por tanto aplicable el denominado "Plazo de Caducidad" contemplado en los artículos 267° y 273° del RLCAE, por cuanto el mismo no tiene un sustento ni base preestablecida en norma con rango de ley conforme a lo dispuesto por el Código Civil, no pudiendo establecerse por vía reglamentaria disposiciones que extingan derechos, por lo que la figura jurídica de la caducidad solicitada por la UNIA deberá ser declarada infundada.
- Que, el Árbitro Único ha tomado en consideración que, de acuerdo a nuestro sistema legal, los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe, tal como lo prescribe el artículo 1362° del Código Civil que señala:

"Artículo 1362.- Buena fe

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes"

En tal sentido considero que la intención del CONTRATISTA de tratar de eludir su infracción contractual de presentar una carta fianza falsa bajo el argumento que fue uno de sus dependientes quien cometió tal infracción y no ella, es contrario a derecho. De otro lado, a criterio del Árbitro Único tal infracción no puede ser objeto de regularización o satisfacción toda vez que se ha vulnerado uno de los elementos más importante del vínculo contractual cual es la buena fe contractual.

- De otro lado alega el CONTRATISTA, que al dejarse sin efecto la resolución del Contrato, se debe declarar nulidad del Contrato y ordenar a la UNIA pagar una liquidación a su favor por el monto de S/.264,988.00, por concepto de avance de obra y materiales adquiridos para la ejecución de la obra, más intereses legales, daños y perjuicios, costas y costos del proceso arbitral.

Como se ha desarrollado, el Árbitro Único considera que la resolución del Contrato efectuado por la UNIA ha quedado consentida al no haber el CONTRATISTA sometido la controversia respecto de la resolución del contrato en forma oportuna; por lo que considera no cabe ordenar pago alguno a favor del CONTRATISTA; máxime, cuando ha quedado acreditado de los medios probatorios actuados que no hubo desarrollo de obra alguna por parte del CONTRATISTA, más allá de la compra de diversos materiales de construcción que finalmente el propio CONTRATISTA acabó por transferir a un tercero que finalmente realizó la obra objeto del Contrato.

SEGUNDO: PRETENSIÓN SUBORDINADA: Que, se ordene a la UNIA pague una liquidación a favor del CONTRATISTA ascendente a la suma de S/.264,988.00, por concepto de avance de obra y compra de materiales para esta obra, más intereses legales, daños y perjuicios, costas y costos del proceso arbitral.

Al haberse declarado infundado la pretensión principal y habiendo sido propuesto esta pretensión como subordinada, cabe pronunciarse sobre ella conforme al artículo 87° del Código Procesal Civil que dispone:

"Artículo 87°.- Acumulación Objetiva Originaria

... Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada, ..."

- Que, al resolver este punto es necesario tener en cuenta que, para que sea susceptible de reparación, el daño debe ser un daño cierto. Como explica DE TRAZEGNIES:

"Existen diferentes tipos de daños reparables. Pero, ante todo, es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño."¹

Que, de lo anterior se deriva que, para poder otorgar la indemnización correspondiente, deben estar debidamente probadas no sólo la cuantía sino, con mayor razón, la certeza del daño alegado.

¹ DE TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Lima, 2005. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tomo II. p. 17.

Que, asimismo debe tenerse presente que el artículo 1331° del Código Civil establece claramente que la carga de la prueba del daño corresponde en el caso de responsabilidad por incumplimiento contractual corresponde al actor. Así, dicho artículo dispone que *"La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"*.

Que como explica de Trazegnies *"la probanza del daño por el actor es una regla general, que se aplica aunque funcione la presunción de culpa"*². Dicha regla no es sino la aplicación del principio contenido en el artículo 200 del Código Procesal Civil según el cual la carga de la probar los hechos corresponde a quien los alega³.

En ese orden de ideas, el Árbitro Único considera que la liquidación por una suma determinada por concepto de avance de obra y compra de materiales, no puede ser determinada por el Árbitro Único toda vez que ella (liquidación) tiene una mecánica definida de manera clara y rigurosa en la LCAE y el RLCAE, al margen que de los medios probatorios actuados, no han cumplido los Demandantes con probar y acreditar los daños sufridos y reclamados. Por lo que esta pretensión subordinada debe ser declarada infundada.

TERCERO: PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS COSTOS DEL ARBITRAJE

Corresponde al Árbitro Único determinar a quién o quiénes y en qué proporción deben asumir los costos que genera la tramitación del presente arbitraje.

De esta manera, según lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo No 1071, dispone que el tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 del referido cuerpo legal. De igual manera, el artículo 70 del Decreto Legislativo No 1071, precisa lo siguiente:

"Artículo 70.- Costos

²Loc. Cit.

³CODIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 200.- Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.

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

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

Por su parte, el inciso 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo No 1071, señala: *El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.*

En ese sentido, el Árbitro Único ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, 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.

En atención a ello, el Árbitro Único considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir el monto de las costas y costos del presente proceso que ya hayan sufragado o que se hubiere comprometido a sufragar en el futuro.

SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El Árbitro Único deja constancia que los medios probatorios han sido valorados en forma conjunta utilizando su apreciación razonada, sin embargo en la resolución solo se han consignado las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión, tal como lo prescribe el artículo 197 del Código Procesal Civil, norma cuya aplicación supletoria al caso ha tenido por conveniente realizar el Tribunal y que señala:

"Artículo 197.- Todos los medios probatorios son valorados por los jueces en forma conjunta utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión"

CUESTIONES FINALES

Finalmente, estando a los considerandos precedentes y siendo que el Árbitro Único no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y dejando que a través del presente laudo, el Árbitro Único se pronuncia sobre todas las pretensiones formuladas por las partes.

Por las consideraciones expuestas y habiendo valorado todos los medios probatorios sin excepción y de acuerdo con lo establecido en el Acta de Instalación, el artículo 289º del RLCAE y el Título V del Decreto Legislativo 1071 y con las atribuciones concedidas por las partes, el Árbitro Único de Derecho, **LAUDA:**

PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADA la Pretensión Principal de CONSORCIO JCM;

SEGUNDO.- DECLARAR INFUNDADA la Pretensión Subordinada a la Principal postulada por el CONSORCIO JCM; y

TERCERO.- ORDENAR que cada una de las partes asuma las costas y costos del presente proceso, en iguales proporciones, es decir, que cada una asuma los gastos que le ha generado el desarrollo del presente proceso.

Notifíquese a las partes.

FERNANDO CAUVI ABADÍA
Árbitro Único

ANTONIO CORRALES GONZALES
Director de Arbitraje Administrativo