

LAUDO ARBITRAL
CONTRATO No. 055/2005
DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE APERTURA BOULEVARD DIEGO DE HOLGUIN
SANTA TECLA (TRAMO I)

San Salvador, Departamento de San Salvador, a las diez horas del día diecisiete de abril de dos mil nueve. TRIBUNAL ARBITRAL QUE CONOCE DE LAS DIFERENCIAS SURGIDAS ENTRE EL ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., Y EL ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO EN RELACION AL CONTRATO No. 055/2005, DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE APERTURA BOULEVARD DIEGO DE HOLGUIN SANTA TECLA (TRAMO I)

Reunidos los miembros de este Tribunal Arbitral, asociado de la secretaria de actuaciones, y previa cita de las partes contendientes para esta audiencia con el objeto de dictar el LAUDO ARBITRAL, se hace relación de los antecedentes que lo fundamentan, así:

1. GENERALES DE PARTES Y ARBITROS:

1.1 GENERALES DE LAS PARTES.

El presente proceso arbitral ha sido promovido por el Asocio Temporal conformado por las sociedades **CONSTRUCTORA MECO, S.A.** y **CAABSA CONSTRUCTORA, S.A. DE C.V.**, (en adelante el Asocio) la primera de nacionalidad _____ y del domicilio de _____, República de _____ y, la segunda, de nacionalidad _____ y del domicilio de _____ por medio de su Apoderado

Vertical handwritten note on the left margin.

Handwritten signature or initials on the right margin.

Handwritten signature at the bottom right.

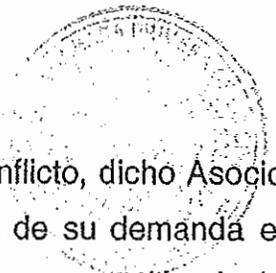
General Judicial Licenciado César Rolando García Herrera; contra el ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO (en adelante MOPTVDU) representado por la Licenciadas Eugenia Guadalupe Sosa Salazar y Flor de María Elías Guevara, como Agentes Auxiliares Delegadas del Señor Fiscal General de la República, en representación del Estado y Gobierno de El Salvador; dichos profesionales han sido los únicos que han intervenido en este proceso arbitral desde su inicio, siendo el primero de los nominados de cuarenta años de edad y la segunda y tercera ambas mayores de edad, todos salvadoreños y de domicilio y nacionalidad salvadoreña.

1.2. GENERALES DE LOS ARBITROS.

El Tribunal Arbitral ha estado integrado por el señor JOSE MAURICIO STUBIG, de años de edad, de nombrado por el Asocio conformado por las sociedades CONSTRUCTORA MECO, S.A. y CAABSA CONSTRUCTORA, S.A. DE C.V., el señor Luis Salmán Cortez, de años de edad, de nombrado por el Director del Centro de Mediación, Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador; y el señor RICARDO ANTONIO MENA GUERRA, de años de edad, de quien ha fungido como Presidente del Tribunal, en cumplimiento a lo dispuesto por el segundo inciso del Art. 37 de la "Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje"; finalmente, los Árbitros nombraron como Secretaria del Tribunal, a la Licenciada María Eugenia Zelaya Salguero, de años de edad, de siendo todos los nominados de nacionalidad salvadoreña.

2.- CUESTIONES SOMETIDAS AL ARBITRAJE.

Este proceso arbitral se originó al haber agotado las partes contratantes la etapa de trato directo, según acta de fecha 15 de octubre de dos mil siete, que ha sido agregada a los autos a petición de la parte demandante, no habiendo resuelto su



diferendo; por lo que agotado tal mecanismo para resolver el conflicto, dicho Asocio procedió a iniciar el presente proceso mediante la interposición de su demanda el nueve de febrero del año en curso, por la controversia surgida en ocasión de la ejecución del contrato No. CERO CINCO CINCO/DOS MIL CINCO (055/2005), DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE APERTURA BOULEVARD DIEGO DE HOLGUIN SANTA TECLA TRAMO I, suscrito el treinta y uno de octubre de dos mil cinco, por el señor David Gutiérrez Miranda,

de en nombre y representación del Estado y Gobierno de la República de El Salvador, en el ramo de Obras Públicas, Transporte, y de Vivienda y Desarrollo Urbano, en su calidad de Ministro y el señor Juan José López Monge, del domicilio

actuando en nombre y representación en su carácter de Representante Legal del Asocio Temporal Constructora MECO-S.A.-CAABSA CONSTRUCTORES S.A. de C.V. Como consecuencia de tal diferendo, el Asocio demandante ha sometido a la decisión de este tribunal los RECLAMOS I,II,III,IV,V,VI,VII y VIII, los que se describen así: **RECLAMO I: PAGO DEL INCREMENTO DEL PRECIO DEL CONTRATO POR INDUCCION DEL PROPIETARIO AL ERROR EN LAS CONDICIONES TECNICAS DE LA LICITACION, RELACIONADAS CON LAS EXCAVACIONES DE MATERIAL ORGANICO Y EN ROCA NO PREVISTAS, ASI COMO CON EL INCREMENTO DEL VOLUMEN DE EXCAVACION PARA EVITAR EL ACARREO DE MATERIAL DE PRESTAMO. EL MONTO DE ESTE RECLAMO ASCIENDE A LA CANTIDAD DE DOS MILLONES NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR, MAS EL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACION DE SERVICIOS (IVA). RECLAMO II: PAGO DEL SOBREPREGIO DEL CONTRATO POR ATRASOS IMPUTABLES AL PROPIETARIO EN LA LIBERACION DEL DERECHO DE VIA OCUPADO POR LAS COMUNIDADES LAS PALMERAS, EL TANQUE Y LAS MARGARITAS, RELACIONADOS CON EL INCREMENTO DE LOS ACARREOS Y DESALOJOS, ASI COMO CON LA REPARACION DE LA VIA PUBLICA POR SU UTILIZACION DERIVADAS DE LA INDISPONIBILIDAD DEL DERECHO DE VIA. EL MONTO DE ESTE RECLAMO**

Handwritten note: 12-11-05 - 12-11-05

Handwritten mark: A stylized signature or mark.

Handwritten signature: Juan José López Monge

ASCIENDE A LA CANTIDAD DE DOSCIENTOS UN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CUARENTA Y TRES CENTAVOS DE DÓLAR, MAS EL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACION DE SERVICIOS (IVA). RECLAMO III: PAGO DE LOS COSTOS ASOCIADOS A LAS PRORROGAS DEL PLAZO CONTRACTUAL OTORGADAS POR EL MOPTVDU PARA LA FINALIZACION DE LAS OBRAS, DEBIDO A QUE LAS CAUSAS DE LAS MISMAS NO SON IMPUTABLES AL CONTRATISTA. EL MONTO DE ESTE RECLAMO ASCIENDE A LA CANTIDAD DE DOS MILLONES OCHENTA MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS DE DOLAR, MAS EL VALOR DEL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS (IVA). RECLAMO IV: PAGO DE OBRA ADICIONAL NO CONSIDERADA EN LOS ALCANCES DEL CONTRATO, RELATIVA A LA REPARACION DE VIVIENDAS COLINDANTES DEBIDO A LA CONSTRUCCION DEL MURO TIPO "SOIL NAILING". EL MONTO DE ESTE RECLAMO ASCIENDE A LA CANTIDAD DE TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, MAS EL VALOR DEL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS (IVA). RECLAMO V: PAGO DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS AL CONTRATISTA, CON BASE EN LOS ARTÍCULOS 1427, 1428 Y 1430 DEL CÓDIGO CIVIL, POR EL PAGO TARDÍO DE LAS ESTIMACIONES DE OBRA CORRESPONDIENTES A LOS MESES SEIS, DOCE, TRECE, CATORCE, QUINCE Y DIECISEIS. ESTOS DAÑOS Y PERJUICIOS SE LIMITAN A LA SUMA RESULTANTE DE APLICAR AL MONTO DE CADA UNA DE LAS ESTIMACIONES, EL INTERÉS LEGAL MERCANTIL (12.0%) DESDE LA FECHA EN QUE EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO DEBIO PAGAR DICHAS SUMAS HASTA LA FECHA EN QUE HIZO EFECTIVO SU PAGO. EL MONTO DE ESTE RECLAMO ASCIENDE A LA CANTIDAD DE DOSCIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS DIECISEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON VEINTISIETE



CENTAVOS DE DÓLAR, MAS EL VALOR DEL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS (IVA). **RECLAMO VI:** PAGO DEL FINANCIAMIENTO DE LA OBRA EJECUTADA POR EL CONTRATISTA, PRODUCTO DEL DESBALANCE ENTRE EL AVANCE FISICO Y EL AVANCE FINANCIERO DEBIDO A LA PONDERACION DE PAGO DE ESTIMACIONES ESTABLECIDA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO. EL MONTO DE ESTE RECLAMO ASCIENDE A LA CANTIDAD DE UN MILLON TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON NOVENTA CENTAVOS DE DOLAR, MAS EL VALOR DEL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS (IVA). **RECLAMO VII:** PAGO DEL LUCRO CESANTE POR INMOVILIZACION DE PERSONAL Y EQUIPO PARA CUMPLIR EL OBJETO CONTRACTUAL, ASI COMO POR INDISPONIBILIDAD DE LA UTILIDAD PREVISTA, DEBIDO A LAS PRORROGAS CONTRACTUALES NO IMPUTABLES AL ASOCIO CONTRATISTA. EL MONTO DE ESTE RECLAMO ASCIENDE A LA CANTIDAD DE SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR. **RECLAMO VIII:** PAGO DE LOS HONORARIOS Y GASTOS EN QUE POR CAUSAS NO IMPUTABLES A ÉL HA INCURRIDO E INCURRA EL ASOCIO CONTRATISTA, PARA LA RECUPERACIÓN DE LAS CANTIDADES ADEUDADAS POR EL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO Y AHORA RECLAMADAS, LOS CUALES SE LIMITAN A APLICAR AL MONTO TOTAL DE CADA UNO DE LOS RECLAMOS EL DIEZ POR CIENTO, MAS EL VALOR DEL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS (IVA).”

Francisco...

[Handwritten mark]

[Handwritten signature]

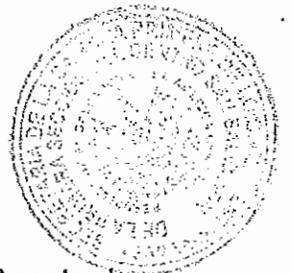
3.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

Previo a analizar los puntos sometidos al conocimiento de este Tribunal, es menester proceder a realizar las siguientes consideraciones previas:

(a) El Tribunal Arbitral conoce de este diferendo tomando como base lo dispuesto por la "Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje", por cuanto las partes no señalaron un procedimiento especial, ni le delegaron el señalamiento de normas diferentes. Dicho proceso inicio desde el veintinueve de enero del corriente año, fecha en que fueron notificadas las partes de la aceptación del último de los árbitros nombrado, Licenciado Ricardo Antonio Mena Guerra. Por lo que este tribunal se ha constituido válidamente. En consecuencia, de conformidad a lo dispuesto por el artículo cuarenta y nueve de la citada Ley, el plazo para la duración del proceso expira el veintiocho de abril próximo, por lo que aún nos encontramos dentro del término del mismo.

(b) El arbitraje se ha conocido en aplicación a lo dispuesto en La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública LACAP en sus artículos 161,162, 164,165 y 167; teniendo los árbitros la calidad de árbitros arbitradores y bajo la modalidad del arbitraje en equidad o de amigables componedores. Por lo que nuestra decisión atenderá únicamente a la equidad, verdad y buena fe, con estricta imparcialidad y plena independencia, en acatamiento del Art. 33 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

(c) En la tramitación se han respetado todos los principios procesales de los justiciables, como son: los de contradicción, bilateralidad, igualdad procesal, audiencia y defensa en juicio, que constituyen el debido proceso constitucionalmente tutelado; habiendo arreglado nuestro procedimiento, especialmente, a lo dispuesto por el Art. 47 de la referida Ley y aún cuando durante la sustanciación solo la parte actora ha intervenido y expuesto sus argumentos de fondo, la parte demandada no lo ha hecho, pese a la igualdad de oportunidades que se le han conferido, habiendo interpuesto una serie de excepciones que en este acto serán resueltas por el Tribunal.



4- DEMANDA.

Para fundamentar sus reclamaciones, la representación del Asocio ha expuesto una serie de alegatos e incorporado de forma anexa a su demanda, prueba documental y solicitó a este Tribunal que se librase oficio al banco Central de Reserva de El Salvador, a efecto de que informe la tasa básica promedio que publicó desde agosto de 2006 a diciembre de 2008. Por otro lado, la parte actora requirió nombrar perito para que practicase experticia en la que se fijase y determinase el precio de la obra adicional ejecutada por el Asocio. Además, pidió señalar día y hora para la deposición de dos testigos.

Dentro de sus alegatos ha señalado que el primer derecho que nace del contrato administrativo para el contratista es el de cobrar a la Administración Pública en el tiempo, oportunidad, lugar y forma convenidos, el precio estipulado.

Que en un sistema de determinación de precio "ajuste alzado" o "suma global", el precio es inmodificable siempre y cuando no cambie ni el objeto ni las condiciones externas bajo las cuales una parte asumió sus respectivas obligaciones con relación a la otra, por lo que si dichas condiciones cambian, el precio también debe cambiar.

Que este equilibrio o correlación entre lo que será asumido por uno y será debido por el otro, recibe la denominación de ecuación económico financiera.

Que en el caso bajo estudio, se han presentado una serie de situaciones imprevistas e imprevisibles para el contratista al momento de establecer sus contraprestaciones en la oferta técnica económica.

Que en razón del principio constitucional que reza que *"nadie puede ser obligado a realizar trabajos o prestar servicios personales sin justa retribución"*, la Administración Pública se encuentra obligada a retribuir con equidad la obra pública pactada, por lo que si surge cualquier evento durante su ejecución que vuelva mayormente onerosas las obligaciones del contratista, el Estado tiene la obligación constitucional de actuar con justicia abonando la parte del precio no incluida en la oferta.

Francisco...

Que han existido una serie de situaciones imprevistas, en específico, excavaciones adicionales de material orgánico, terracería y excavación en roca, no contemplados en la oferta, debido a que se encontraron condiciones diferentes a las aseguradas en el estudio de suelos proveído por el MOPTVDU. Lo anterior implicó que el Asocio tuviese que aportar recursos propios para llevar adelante la ejecución del proyecto y entregarlas en las condiciones técnicas comprometidas, y por ende, sufrir el desequilibrio de la ecuación económica financiera.

Que además, ha sido necesario efectuar trabajos para realizar reparaciones de viviendas colindantes dañadas, por los cálculos erróneos derivados del estudio previo del suelo. Por otra parte ha concurrido mora por parte de la Administración en el pago de las estimaciones.

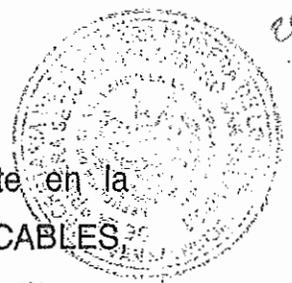
5.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Por su parte, el Señor FISCAL GENERAL DE LA REPUBLICA, por medio de sus Agentes Auxiliares Delegadas Licenciada Eugenia Guadalupe Sosa Salazar y Flor de María Elías Guevara, no contestó la anterior demanda sino que presentó escritos en fecha dieciocho y diecinueve de febrero del año dos mil nueve, en los cuales en síntesis planteo: el vicio de nulidad que recae sobre la constitución del Tribunal Arbitral y las excepciones de Incompetencia y Oposición al Proceso Arbitral e Ineptitud de la Demanda.

Mediante el primer escrito, la representación fiscal interpuso la excepción de nulidad sobre la constitución del Tribunal Arbitral, fincando sus alegatos en la existencia de una renuncia expresa al proceso arbitral fundamentada en el Art. 32 literal b) de la LMCA; y en la inexistencia de un acuerdo de voluntades que conflera competencia y facultad a este Tribunal.

En el segundo escrito, el Ministerio Público Fiscal ha manifestado en cuanto a la excepción de incompetencia y oposición al proceso arbitral, que la misma está fundamentada en la existencia de una renuncia expresa y previa a la vía arbitral como mecanismo para resolver sus conflictos.

258



Que en las Bases de Licitación del proyecto, específicamente en la Cláusula de las Condiciones Generales "CG-48- LEYES APLICABLES, JURISDICCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS", establece: "El Contratista se somete a las Leyes vigentes de la República de El Salvador, y en caso de acción judicial señala como su domicilio especial la Ciudad de San Salvador, a la competencia de cuyos Tribunales se somete (...) Para resolver cualquier conflicto que surgiera entre las partes en ocasión o durante la ejecución del contrato, éstas se obligan como primer paso a negociar un acuerdo para tratar de llegar a un arreglo extrajudicial, agotada la vía anterior sin acuerdo y emitiendo la correspondiente acta, el Ministerio y el Contratista renuncian a la vía arbitral para resolver el conflicto y se somete, resolverán (sic) el conflicto ante los tribunales comunes"

Que en base a los artículos 42 y 45 LACAP, la clausula anterior es aplicable y de estricto cumplimiento para las partes. Que la voluntad de las partes desde la promoción y aceptación de los términos de los documentos base de licitación e incluso en la firma del contrato fue renunciar al arbitraje como medio de solución de conflictos.

Que la cláusula citada no puede considerarse como abusiva o que esté viciada de inconstitucionalidad o ilegalidad, particularmente porque el Art. 32 LMCA autoriza y reconoce expresamente el derecho de las partes a renunciar al arbitraje como vía alterna para la solución de conflictos. Que la renuncia al arbitraje no es inconstitucional, sino más bien el ejercicio del derecho de libertad y voluntad del Asocio de establecer la forma de dirimir sus conflictos.

Que si se pretendiese entender que la renuncia al arbitraje es abusiva o que es una renuncia anticipada de un derecho, deberíamos percatarnos que existen otras variantes de renuncia que de igual forma son establecidas por las partes, como por ejemplo el señalamiento de una jurisdicción territorial especial, la ley sustantiva o procesal aplicable, el idioma del proceso arbitral, la sede del tribunal, la conformación del tribunal; todas esas modalidades no son cláusulas abusivas, ni renunciaciones anticipadas de un derecho futuro, sino al contrario, son precisamente la materialización completa e íntegra de la voluntad y previsión de las partes, es

Fernando...

Juan

decir, el libre ejercicio de su derecho de contratación establecido en el Art. 2 y 23 Cn., y por ello la renuncia al arbitraje no es inconstitucional.

Han manifestado que de la lectura de las disposiciones pertinentes de la LACAP se extrae que el arbitraje no es obligatorio, sino más bien potestativo, y como tal, el mismo puede ser renunciado. Concluyen este punto manifestando que la renuncia al arbitraje se estableció como una consecuencia lógica al señalamiento de la jurisdicción de los tribunales comunes, para dejar claro la vía de solución de conflictos, pero además para cumplir con lo establecido en el Art. 32 de la Ley de Mediación conciliación y Arbitraje

En cuanto a la oposición y alegación de la excepción de incompetencia, expresaron que de conformidad a la LACAP y LMCA, la competencia material del Tribunal viene dada sí y solo sí, la misma es conferida por la voluntad expresa de las partes, lo cual implica que estas hayan celebrado un convenio arbitral.

Que no existiendo un acuerdo de voluntades que confiera competencia a ese Tribunal, y no existiendo disposición legal alguna que le conflera dicha competencia, la constitución del tribunal arbitral es ilegal

Respecto a la ineptitud de la Demanda, manifiesta la representación fiscal que la misma existe cuando la vía utilizada para el ejercicio de la pretensión no es la correcta. Pretenden probar dicha excepción con la certificación de los documentos contractuales y otra serie de elementos.

6.- DE LOS ALEGATOS DE LAS PARTES.

Únicamente la parte actora evacuó el traslado de alegatos, expresando en su libelo, mediante escrito presentado a las quince horas del día tres de abril del corriente año y que en resumen se pronuncia sobre las excepciones alegadas y opuestas por la parte demandada, y dice que ratifica todos y cada uno de los conceptos del escrito presentado con fecha cuatro de marzo del corriente año y, en consecuencia solicita que tales excepciones sean declaradas sin lugar por improcedentes. También hace mención sobre la actitud del MOPTVDU, de no contestar la demanda, ni comparecer a ejercer los derechos que le asisten en el



presente proceso arbitral, por lo que únicamente se referirá a la prueba ordenada por el Tribunal Arbitral; haciendo mención sobre la prueba pericial y al informe presentado por el perito nombrado en su escrito de fecha 30 de marzo del corriente año, que como primera conclusión, destaca que el perito asegura que si existen volúmenes adicionales en lo que respecta a la terracería y que como consecuencia de ello, se incrementaron los acarreos y debió transitarse por vías alternas para llevar el material inadecuado a los respectivos botaderos. Que la segunda conclusión, está relacionada con los costos indirectos que por permanencia adicional reclaman sus representadas y el perito estima que "se considera razonable el porcentaje dedicado a utilidades para un proyecto de este monto y tipo y por consiguiente entonces, el de los costos indirectos propiamente dichos" Y que en atención a lo anterior, el perito determina el precio de la obra adicional, así como los costos indirectos en que a su juicio ha incurrido el contratista en el proyecto en cuestión, todo lo cual asciende a la cantidad de \$3,098,928.19 + IVA y que en consecuencia, por dichos conceptos, es esta la cantidad que el MOPTVDU está en deber a sus representadas.

Menciona además los intereses devengados por mora en el pago de las estimaciones de conformidad al inciso tercero del artículo 84 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y que el MOPTVDU debe reconocerlos y pagarlos en dichos términos.

Hace relación a la certificación suscrita por la señora Flor de María Novoa, del Departamento de Desarrollo Financiero del Banco Central de Reserva, por medio de la cual se informa al Tribunal, las tasas de interés promedió ponderadas mensual básica activa para el período comprendido de agosto 2006 a diciembre 2008 y en base a este informe es que debe calcularse el interés generado a favor de sus representadas, por la mora en el pago de las estimaciones.

En relación a la prueba testimonial los testigos confirmaron los principales hechos en que ha fundamentado sus pretensiones. Finalmente en dicho escrito de alegatos la parte actora tiene por ratificados todos y cada uno de los conceptos expresados en la demanda.

Fuente: Fuente

7.- FUNDAMENTACIÓN.

7.1 DE LAS EXCEPCIONES.

Tal y como ha sido apuntado, la representación fiscal se ha limitado a interponer una serie de excepciones que atacan la validez de la constitución de este Tribunal Arbitral, razón por la cual, es pertinente iniciar la fundamentación del presente laudo resolviendo tales excepciones, de la manera que a continuación se presenta.

En El Salvador, el sistema de justicia administrativa, de forma accidental más que por una razón reflexiva del ordenamiento, goza de características muy propias, sobre todo en el tópico de las competencias para impugnar las actuaciones de la Administración Pública.

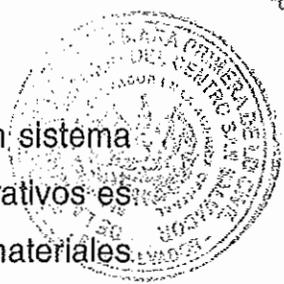
Así, nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública (Art. 2 LJCA¹).

Por otra parte, de conformidad a la Ley Sobre Reclamaciones Pecuniarias de Extranjeros y Nacionales contra la Nación que data de 1910, es competencia de los Tribunales comunes el juzgamiento de las actuaciones materiales de la Administración (Art. 2 y 5 LSRENCN).

En el ámbito de los contratos administrativos, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública señala que para resolver las diferencias o conflictos que surjan en la ejecución de los contratos, se deberá recurrir previamente al arreglo directo, y de no obtenerse una solución al diferendo, se procederá al arbitraje en árbitros arbitradores -Art. 161 LACAP-, siguiéndose el procedimiento especial estipulado en dicha ley administrativa y subsidiariamente en la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje.

¹ Art. 2 LJCA.- Corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública.

206



De lo expuesto se extrae que existe en nuestro ordenamiento, un sistema competencial dividido, dentro del cual, la legalidad de los actos administrativos es atribución de la Sala de lo Contencioso Administrativo; las actuaciones materiales se ventilan ante los tribunales comunes; y lo referente a los contratos administrativos se dirime ante tribunales arbitrales. Lo anterior conlleva la implantación de distintos causas procesales en razón de la naturaleza jurídica de la actuación administrativa de que se trate.

a) DEL JUEZ NATURAL EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Por razones metodológicas, fijaremos nuestra atención en el estudio de la competencia para dirimir conflictos en el ámbito de los contratos administrativos.

Se vuelve necesario realizar una lectura e interpretación sistemática del Art. 161 LACAP (que es el primer artículo y por ende, de carácter general y pauta de interpretación), ubicado bajo el Título VII, Solución de Conflictos, Capítulo I Arreglo Directo y Arbitraje. La citada disposición reza: *"Para resolver las diferencias o conflictos que surgieren durante la ejecución de los contratos, se observará el procedimiento establecido en este capítulo, en particular el arreglo directo y el arbitraje de árbitros arbitradores"*.

Handwritten signature or initials on the left margin.

El legislador de la LACAP ha dispuesto un cauce procesal especial para dirimir conflictos que tengan su génesis en los contratos administrativos, estableciendo como juez natural a los tribunales arbitrales en equidad, volviéndose ésta en un derecho, tanto para el contratista como para la Administración.

La anterior afirmación encuentra su asidero ius filosófico en la naturaleza misma del objeto contractual, porque con la consecución de dicho objeto se pretende satisfacer intereses generales de la población, y el arbitraje se constituye como un mecanismo de administrar justicia de forma expedita en una materia en la que la Administración Pública requiere de una extrema celeridad².

² Vid. FELDSTEIN DE CÁRDENAS S. & LEONARDI DE HERBÓN H., *El Arbitraje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. p. 11.

Handwritten signature and initials at the bottom right.

Así, la construcción de carreteras, hospitales, escuelas, puentes, y otra diversidad de obras con impacto en el bienestar de la población, se verían virtualmente paralizadas al someter las diferencias derivadas de los contratos respectivos ante jurisdicciones distintas a la de los árbitros³.

Entonces, el sometimiento de las controversias surgidas a un cauce procesal distinto a la sede judicial, se convierte en un derecho de carácter procesal que beneficia no sólo a las partes, sino también al interés público, convirtiéndose el arbitraje en equidad, en la regla general en materia de contratos administrativos en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

Sin embargo, por excepción, la misma LACAP faculta a las partes para renunciar al procedimiento arbitral y someter sus disputas a los tribunales comunes, y en virtud de ello, el Art. 165 LACAP contempla que previo intento del arreglo directo sin hallarse solución a alguna de las diferencias, podrá recurrirse al arbitraje.

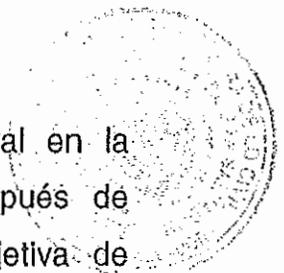
El ejercicio de dicha potestad puede materializarse mediante la renuncia a la vía arbitral de mutuo acuerdo entre las partes, cumpliendo los requisitos previstos en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Pero debemos tomar en cuenta que para renunciar a un derecho, es menester estar previamente en el disfrute del mismo (sobre este punto volveremos más adelante).

De lo anterior se extrae que aún y cuando no nos encontremos ante un arbitraje forzoso⁴, si estamos ante una jurisdicción especial en razón de la materia, y aún y cuando sea posible disponer de la misma, es necesario que para tales efectos, los renunciantes se encuentren en el ejercicio de tal prerrogativa.

³ Vid. GIL ECHEVERRY J., *Curso Práctico de Arbitraje*, Ediciones Librería del Profesional, Santa Fe de Bogotá. 1993. p.p. 13-14. El autor enumera las ventajas del arbitraje respecto del proceso judicial, de la forma siguiente: 1.- Celeridad; 2.- Economía; 3.- Universalidad; 4.- Eficacia; 5.- Reserva; 6.- Idoneidad; 7.- Equidad; 8.- Inmediación; 9.- Informalidad.

⁴ Vid. FELDSTEIN DE CÁRDENAS S. & LEONARDI DE HERBÓN H., *op. cit.*, p. 14. Nos dicen los autores que el arbitraje forzoso nace de la decisión del legislador cuando es impuesto para la solución de determinadas cuestiones. Podemos encontrar un ejemplo de esta figura en el Art 515 de nuestro Código de Trabajo, cuando dispone: "Serán sometidos a arbitraje obligatorio los conflictos colectivos de carácter económico que afectasen a un servicio esencial. A tales efectos se consideran servicios esenciales aquellos cuya interrupción ponga en peligro o amenace poner en peligro la vida, la seguridad, la salud o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población. Para la calificación de un servicio como esencial, se debe tener en cuenta las circunstancias de cada caso."

297



Ahora bien, el derecho a recurrir o renunciar a la vía arbitral en la contratación administrativa, nace al mundo jurídico únicamente después de intentado el arreglo directo, volviéndose éste en una condición objetiva de procesabilidad para el tribunal arbitral. Así lo dispone el Art. 162 LACAP cuando preceptúa que *"agotado el procedimiento de arreglo directo, si el litigio o controversia persistiere, las partes podrán recurrir al arbitraje"*.

Como consecuencia, y a manera de reiteración, el derecho a recurrir a la vía arbitral nace después de agotado el trato directo, y es hasta este momento en que se vuelve posible disponer del mismo.

Entonces, si bien es cierto que de conformidad al Art. 162 LACAP el optar o no por el arbitraje es potestativo, también lo es que el sometimiento del conflicto al trato directo es un suceso procesal indisponible para las partes, quienes no pueden renunciar al mismo, por estar en juego el interés público. Es decir, que las partes no pueden pactar someter cualquier conflicto que surja de forma directa ni al arbitraje ni a los tribunales comunes, porque la LACAP instaura forzosamente la etapa de trato directo.

Lo anterior es así porque dada la naturaleza del objeto contractual y el interés público que se satisface con el mismo⁵, es necesario buscar una salida pronta al conflicto que permita seguir con la ejecución del contrato.

b) DE LA CLÁUSULA CG-48 DE RENUNCIA AL ARBITRAJE.

La cláusula bajo análisis prescribe: *"Para resolver cualquier conflicto que surgiera entre las partes en ocasión o durante la ejecución del contrato, éstas se obligan como primer paso a negociar un acuerdo para tratar de llegar a un arreglo extrajudicial, agotada la vía anterior sin acuerdo y emitiendo la correspondiente acta, el Ministerio y el Contratista renuncian a la Vía Arbitral para resolver el conflicto y se someten, resolverán (sic) el conflicto ante los Tribunales Comunes,*

Vertical handwritten note on the left margin, partially illegible.

⁵ Vid. DROMI Roberto, *Licitación Pública*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p.26 y 27 "La caracterización del contrato de la Administración resulta: a) del objeto del contrato, es decir, las obras y servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la administración (...) Los contratos de la Administración pueden tener por objeto una obra o servicio público y cualquier otra prestación que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales"

Handwritten signature or initials in the bottom right corner.

debiendo el contratista continuar la ejecución de las obras, con toda diligencia y no ser esto causal para suspender la ejecución de las obras"

Si bien es cierto que bajo el principio *pacta sum servanda*, el contrato es ley entre las partes; también es necesario considerar que las estipulaciones deben informar su contenido en el ordenamiento jurídico vigente.

Así, es el mismo Art. 1416 C.C. citado por la representación fiscal, el que dispone que todo contrato **legalmente** celebrado es obligatorio para los contratantes. De lo que se extrae que la aplicación del principio antes mencionado, requiere que el contrato del cual se trate cumpla con el requisito de legalidad en todos sus aspectos, entre ellos, la sujeción de las cláusulas al ordenamiento jurídico. Es decir, que el contrato será ley entre las partes, sí y sólo si, su clausulado es conforme a derecho⁶.

Por lo anterior, corresponde realizar un análisis de legalidad de la estipulación para determinar sus efectos entre las partes.

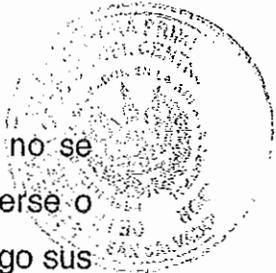
Para comenzar a estudiar la estipulación de merito, es necesario considerar que la misma se encuentra ubicada en las Bases de Licitación del Proyecto⁷, específicamente, en la cláusula de las condiciones generales "CG-48- LEYES APLICABLES, JURISDICCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS".

Es de resaltar que dada la ubicación de la cláusula CG-48, su elaboración y redacción corrió a cargo de la Administración en un momento precontractual, razón por la cual, no es posible sostener que la misma fue negociada entre las partes, y correspondió al contratista adherirse a dicha cláusula únicamente.

Por otro lado, en aplicación directa de lo expuesto en el apartado anterior, la renuncia a la que hace alusión la cláusula CG-48 implica el reconocimiento directo que hace la Administración del derecho del cual goza el contratista para dirimir sus controversias ante un tribunal arbitral, y en virtud de tal reconocimiento, lo constriñe para que renuncie a la misma.

⁶ Vid. DROMI op. cit. P. 246. *"La administración tiene amplias facultades para redactar los pliegos de bases y condiciones, determinando las cláusulas del procedimiento de selección y del contrato a celebrar en su consecuencia. Sin embargo, no puede incluir cláusulas ilegales o violatorias de disposiciones normativas, por cuanto el obrar estatal, unilateral o contractual, debe conformarse según el principio de legalidad"*

⁷ Va de suyo, que en el contrato se estipuló que las Bases de Licitación también forman parte de dicho contrato.



No se puede dejar de lado que si bien es cierto que el contratista no se pronunció ante tal cláusula, la lógica y el sentido común indica que oponerse o reprochar dicha cláusula hubiese implicado para el contratista, poner en riesgo sus posibilidades de ser elegido ganador en el licitación pública de merito (en todo caso, esta falta de oposición quedó subsanada con la inclusión de la clausula IX del contrato 055/2005, como se analizará más adelante); sin embargo, esta situación no es suficiente para otorgar validez a los efectos pretendidos por el convenio.

Así, con la sumisión a la cláusula CG-48, se estaría obligando al contratista a renunciar de forma anticipada a su derecho⁸ a acudir a tribunales arbitrales para dirimir conflictos que aún no existían. No debemos dejar de mencionar, que este derecho tiene asidero constitucional en el Art. 23 Cn. cuando preceptúa que ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento.

Entonces, del reconocimiento del derecho constitucional; de la forma, tiempo y modo en que fue elaborada la cláusula de renuncia; y de los efectos de la misma se extrae que la renuncia anticipada⁹ a la vía arbitral constituyó una coartación indebida del derecho del contratista.

Sin embargo, la representación fiscal ha hecho alusión a una serie de contraejemplos a los cuales ha pretendido equiparar la renuncia que ahora se discute. No obstante, este Tribunal considera que existen diferencias insalvables entre el señalamiento de una jurisdicción territorial especial o el determinar idioma del proceso, entre otros ejemplos, con el caso de la renuncia anticipada al Arbitraje.

⁸ Vid. ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA, Editorial Civitas, V. IV., p. 5797. En la obra de referencia se recoge la voz *Renuncia*, sobre la cual se expresa: "se entiende por renuncia en sentido estricto la declaración unilateral de voluntad, por virtud de la cual el titular de un derecho o titularidad jurídica se desprende de ellos, provocando bien su extinción, bien su atribución o destino de acuerdo con lo dispuesto por ley".

⁹ Ídem. "Se habla finalmente y aparte otras categorías más dudosas, de renuncia preventiva. Con esa expresión se suele hacer referencia a la renuncia anticipada a titularidades que todavía no se ostentan, pero que se espera poder recibir en un futuro"

F. D. J. J. J.

Así, todos los ejemplos brindados por la parte fiscal son de naturaleza netamente formal, tendientes a modular ciertos aspectos de procedimiento, como lo puede ser el señalar la sede del tribunal. Sin embargo, lo que se pretende en el caso en debate es la aplicación de una cláusula que restrinja de forma absoluta el ejercicio de un derecho, previo al nacimiento del mismo.

Recalcamos que el señalar un domicilio especial de elección, el decidir el idioma del arbitraje, etc., no implica que las partes han sido indebidamente privadas de hacer uso de tal derecho, y por el contrario, el determinar tales aspectos constituye un ejercicio del mismo, el cual se ha visto modulado mediante la vía contractual. Pero la renuncia anticipada al arbitraje coarta de forma absoluta hacer ejercicio efectivo de tal prerrogativa, y va en franca contradicción con los artículos 23 Cn. y 165 LACAP, siendo estos efectos inadmisibles en el mundo del derecho.

Entonces, aún y cuando el Arbitraje previsto en la LACAP no se constituye como forzoso y por ende, es posible renunciar al mismo, debemos tomar en cuenta que dicha renuncia podrá ocurrir únicamente cuando las partes se encuentren en el ejercicio del derecho a declinar, lo cual, para el caso de mérito, ocurre únicamente después de intentado el arreglo directo.

El autor Roberto Dromi, en su obra *Licitación Pública*, nos expone que *"la inclusión de estipulaciones ilegales o prohibidas –en los contratos administrativos– que contradigan el ordenamiento jurídico o violen sus principios, autoriza a los ofertantes a considerarlas como inexistentes y a apartarse de ellas, siendo sus ofertas igualmente válidas. Los licitadores, que tienen la obligación imperativa de respetar las reglas del mecanismo licitatorio contenidas en los pliegos de base y condiciones, pueden excepcionalmente apartarse de ellas, en la hipótesis de que una de sus cláusulas contradiga alguna ley o norma general de contrataciones. La ilegalidad de las estipulaciones contenidas en el pliego de condiciones puede devenir de la violación de una norma expresa del ordenamiento jurídico (violación de una norma expresa del ordenamiento licitatorio) o del ejercicio irregular de las facultades discrecionales que ejerce la administración al elaborar los pliegos. Recordemos en este sentido, que la actividad discrecional de la Administración no*

es una actividad sin límites. Por el contrario, debe cumplir con los límites flexibles pero jurídicos que le impone el ordenamiento jurídico para que su ejercicio sea legítimo."¹⁰ (Subrayados y entrelíneo son nuestros)

En conclusión, dados los matices antijurídicos de la cláusula CG-48¹¹, no puede otorgarse a la misma los efectos pretendidos por la representación fiscal, y en consecuencia, se debe estar a lo dispuesto en el Art. 161 LACAP, cuando dispone que para resolver las diferencias o conflictos que surgieren durante la ejecución de los contratos, se observará el procedimiento establecido en dicha cuerpo normativo, en particular, el arreglo directo y el arbitraje.

c) SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA IX DEL CONTRATO N° 055/2005.

La cláusula IX del contrato N° 055/2005, que obran en el anexo uno de la demanda, expresa:

"EL CONTRATISTA se somete a las leyes de la República de El Salvador y en especial a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, y en caso de acción judicial, señala como domicilio especial la ciudad de San Salvador a cuyos tribunales se somete, quedando entendido que el depositario de los bienes que se embarguen será nombrado por El Contratante, sin obligación de rendir fianza."

Salta a la vista que la estipulación citada realiza una remisión expresa y sin reservas a la LACAP, que como ya hemos mencionado, contempla los tribunales arbitrales como el juez natural para dirimir conflictos derivados de los contratos administrativos. Existe entonces una contradicción insalvable con la cláusula CG-48, que pretende otorgar dicha competencia a los tribunales comunes, situación que nos obliga a interpretar tales normas. De tal forma que aún y cuando las "condiciones generales" de la licitación deberán entenderse integrantes del contrato celebrado, resulta claro que las mismas no pueden contradecir a este

¹⁰ Vid. DROMI, op. cit, p. 252

¹¹ Vid. DROMI op. cit. P. 274 "Las disposiciones contenidas en los pliegos deben interpretarse sistemáticamente de manera armónica con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico".

último, por cuanto es hasta la celebración y otorgamiento del mismo en que las voluntades de los contratantes se manifiestan verdaderamente.

Resultaría ilógico pretender que una condición general, elaborada por una sola de las partes viniese a prevalecer sobre el contrato, en cuya celebración si participan ambas partes.

Cabe reiterar, que la vía arbitral es renunciable por las partes, pero dicha renuncia deberá realizarse conforme a derecho y no de forma anticipada. Es por esta razón que la cláusula IX del contrato recoge la expresión "*acción judicial*", porque es claro que puede existir tal acción, siempre y cuando se haya renunciado en legal forma a la vía arbitral.

Asimismo, siendo los efectos de la Cláusula IX consecuentes con el ordenamiento jurídico vigente, es lógico pretender darle preeminencia a ésta sobre una estipulación cuyos efectos no están revestidos de legalidad.

Por tales motivos, deberemos dar preeminencia al contrato proplamente dicho, y en especial, a la cláusula IX, remitiéndonos sin reservas a lo dispuesto en la LACAP, incluyendo los Art. 161 y 165, que regulan el arbitraje en equidad como el cauce procesal idóneo para resolver los conflictos surgidos de la ejecución de los contratos administrativos, dejando sin efectos la estipulación CG-48 de las condiciones generales.

Superado lo anterior, corresponde ahora resolver de forma sistemática las excepciones planteadas por la representación fiscal.

d) DE LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS.

Las agentes auxiliares delegadas del Fiscal General de la República han planteado las excepciones nulidad, incompetencia, oposición, ineptitud e improponibilidad, respecto de las cuales, toca ahora brindar respuesta.



d.1) EXCEPCIÓN DE NULIDAD.

La parte demandada ha fincado su excepción en dos razones fundamentales:

- La existencia de una renuncia expresa al proceso arbitral fundamentada en el Art. 32 literal b) de la LMCA; y
- Aducen la inexistencia de un acuerdo de voluntades que confiera competencia y facultad a este Tribunal.

En cuanto al primero de los argumentos expuestos, en los párrafos precedentes se ha explicado con detalle el criterio de este Tribunal respecto de la renuncia anticipada a la vía arbitral, razón por la cual, procedemos a realizar una recapitulación de tales razones.

Se debe dejar establecido que el Art. 161 LACAP no ha instaurado un arbitraje forzoso, permitiendo a las partes disponer de ese derecho, tal y como se consigna en el Art. 165 LACAP. Sin embargo, el derecho al que nos referimos, nace al mundo jurídico una vez concluida la etapa de arreglo directo entre las partes, y es entonces cuando estas podrán disponer del mismo.

De tal manera, que si se dotase de validez a la cláusula de renuncia que ahora se discute, este Tribunal estaría validando efectos ilegales, por cuanto con la misma se constriñe el derecho del contratista a terminar sus diferencias por arbitramento (Art. 23 Cn. y 161 LACAP). Esto es así, porque en atención a las condiciones, forma, tiempo y modo en que fue elaborada la cláusula de renuncia, se determina que la misma fue incorporada al contrato por un acto unilateral de la Administración, forzando indebidamente al contratista a aceptarla. Razón por la cual, dicha cláusula es contraria al ordenamiento jurídico, y por ende, debemos respetar lo dispuesto en la cláusula IX del contrato, y remitirnos al Art. 161 LACAP, no siendo entonces dicho motivo una causal que afecte la validez de la constitución de este Tribunal Arbitral.

Por otra parte, en cuanto al motivo de inexistencia de voluntades que confiera competencia y facultad a este Tribunal, se debe hacer notar nuevamente que en nuestro ordenamiento jurídico existe una división competencial en razón de

Je... / ...

la materia para impugnar las actuaciones de la Administración. Así, de conformidad al ya citado Art, 161 LACAP, las controversias surgidas en relación a los Contratos Administrativos deberán ser ventiladas ante tribunales arbitrales de árbitros arbitradores, como el que ahora se apresta a conocer esta causa, constituyéndose ésta en la regla general, pudiendo las partes, por excepción, renunciar en el momento oportuno a la misma, de forma expresa o tácita (Art. 32 LMCA).

En resumen, para el caso que nos ocupa, la competencia del Tribunal Arbitral viene dada por ministerio de ley, resultando competente este Tribunal para conocer de las diferencias a él sometidas, por cuanto los hechos planteados en la demanda, constituyen situaciones del régimen de la contratación administrativa, sujetas por mandato de ley a arbitramento, debiendo declararse en consecuencia, no ha lugar a lo solicitado en cuanto a la excepción de nulidad.

d.2) EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA Y OPOSICIÓN AL ARBITRAJE.

La Fiscalía ha basado su defensa en la cláusula CG-48, inserta en las bases de licitación, y que según ella, es aplicable y de obligatorio cumplimiento para las partes.

Así, han manifestado que es clara la voluntad de las partes de renunciar al arbitraje como medio de solución de conflictos, y que las mismas adoptaron libremente y con antelación la autoridad que decidiría en caso de discrepancia. Aducen que está renuncia no es inconstitucional, sino más bien el ejercicio del derecho de libertad y voluntad del Asocio de establecer la forma de dirimir sus conflictos, lo cual es evidente porque el asocio nunca ha consultado o esgrimido nota alguna al respecto durante el proceso de contratación y al haber firmado el contrato en los términos expuestos, y que por ende, no es posible obligar al Estado de El Salvador en el Ramo de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo urbano, a dirimir el conflicto por la vía arbitral.



Por último, manifestaron que la renuncia al arbitraje se estableció como una consecuencia lógica al señalamiento de la jurisdicción de los tribunales comunes, para dejar claro la vía de solución de conflictos, pero además para cumplir con lo establecido en el Art. 32 LMCA.

Sobre tales argumentos, este Tribunal trae a cuenta, que dados los alcances pretendidos por la cláusula CG-48 y las razones expuestas en párrafos precedentes, este Tribunal no puede conferirle efectos jurídicos válidos a la misma, por cuanto ello significaría darle prevalencia a una mera cláusula contractual sobre la Constitución y la ley, debiendo estar entonces a lo dispuesto en la cláusula IX del contrato N° 055/2005.

En este sentido, si bien es cierto que la cláusula CG-48 sustraía del conocimiento del Tribunal Arbitral los conflictos a dirimir, se debe tomar en cuenta que al no surtir efectos válidos, se debe estar a lo dispuesto en la LACAP, quien en su Art. 161 confiere competencia a este Tribunal para los efectos pertinentes. De forma sencilla podemos afirmar que la competencia de este Tribunal viene dada por ministerio de Ley. **En todo caso, la tantas veces mencionada cláusula IX del contrato N° 055/2005, realizó una remisión sin ambages a la LACAP, recogiendo su régimen de justicia arbitral. Por tanto la misma es una especie de cláusula arbitral que debe respetarse y que dota de competencia a este Tribunal.**

Por otra parte, es necesario señalar que se vuelve difícil recoger el argumento de la libre voluntad de las partes en la estipulación de la cláusula CG-48, por cuanto la misma ha sido elaborada en una etapa precontractual, en la que no tuvo participación el contratista, a quien únicamente correspondió adherirse a la misma.

Tal y como se ha mencionado, el hecho de que el contratista no hubiese manifestado su inconformidad con la estipulación aludida no es suficiente argumento para dotarla de validez, por cuanto dicho efecto jurídico está condicionada también al apego a las normas y principios jurídicos vigentes.

En cuanto al señalamiento de los tribunales comunes de forma anticipada, se debe resaltar que la LACAP instituye el arbitraje como regla general y por

Handwritten signature on the left margin

Handwritten signature on the right margin

Handwritten signature at the bottom right

excepción, las partes pueden renunciar al mismo y acudir a la vía judicial. Esta idea se encuentra implícita en el actuar de la Administración cuando pretende introducir la cláusula de renuncia que ahora se discute. Es decir, que del actuar de la Administración se desprende el reconocimiento tácito de la atribución competencial que la LACAP realiza a favor de los tribunales arbitrales. Por tanto, no siendo válida la cláusula de renuncia, deberá estarse a lo dispuesto por la cláusula IX del contrato, y por ende a la LACAP, quien confiere competencia a los tribunales arbitrales para conocer de los conflictos surgidos de los contratos administrativos.

En consecuencia, este Tribunal deberá declarar no ha lugar a las excepciones de incompetencia y oposición al arbitraje

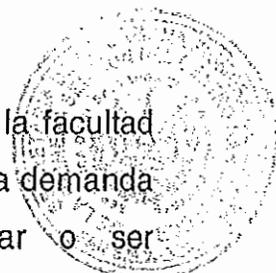
d.3) EXCEPCIÓN DE INEPTITUD E IMPROPONIBILIDAD DE LA DEMANDA.

Se hace notar que en cuanto a la improponibilidad de la demanda, la representación fiscal únicamente se han limitado a mencionarla en su acápite más no a fundamentarla, no obstante, cabe señalar que dicha figura se perfila cuando concurre un defecto absoluto en la facultad de juzgar en el tribunal interviniente, es decir, que el objeto jurídico perseguido esté excluido de plano por la ley.

Así, la improponibilidad de la demanda es una figura positiva que ayuda a estructurar un sistema que imparta justicia, en el que las disputas de trascendencia jurídica sean ventiladas con estricto apego a las leyes, evitando sacrificar innecesariamente intereses patrimoniales, temporales o personales; y esta institución faculta al Juez, y en este caso al Tribunal Arbitral, para evitar litigios erróneos, que, más tarde, retardarán y entorpecerán la pronta expedición de justicia¹².

Jurídicamente, existen tres supuestos de Improponibilidad jurídica de la demanda:

¹² Vid. Sentencia de Casación, pronunciada por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia a las once horas del veintisiete de marzo de dos mil ocho, en el proceso bajo referencia 218-C-2007.



- a) **Improponibilidad subjetiva o falta de legitimación:** es la facultad oficiosa del juez para decidir antes de dar traslado de la demanda si las partes tienen legitimación para demandar o ser demandadas, y si esta carencia es manifiesta, el juez rechaza in limine la demanda.
- b) **Improponibilidad objetiva:** cuando de forma grave y evidente la pretensión carece de sustento legal o la demanda tiene por objeto algo que es inmoral o prohibido
- c) **falta de interés:** el interés de las partes para litigar debe ser real, con el objeto que la resolución judicial recaiga en algo concreto, evitándose declaraciones abstractas¹³.

Pero en la demanda de mérito no concurren ninguno de los supuestos antes mencionados, y por el contrario, se evidencia en la misma la existencia de una relación jurídica contractual que ha dado origen al conflicto y legitima activa y pasivamente a las partes intervinientes. Asimismo, la pretensión incoada tiene un sustento jurídico suficiente que provee los parámetros necesarios para dar trámite a la misma. Y por último, en razón de lo pretendido por la parte actora y del elemento contractual inherente a la disputa, se desprende el interés real de la demandante para litigar; por todo lo cual, deberá declararse sin lugar la excepción de improponibilidad de la demanda interpuesta por la demandada.

Por otra parte, la representación fiscal ha expuesto que la ineptitud de la demanda se presenta básicamente cuando existe error en la acción, es decir, cuando la vía utilizada para el ejercicio de la pretensión no es la correcta. Para fundamentar su tesis alegan que en razón del cláusula CG-48, el cauce procesal idóneo para interponer el reclamo es la vía judicial.

Al respecto, es evidente que la representación fiscal basa su argumento en los efectos de la cláusula CG-48, la cual tiene una configuración que vulnera la Constitución y la LACAP.

En tal sentido, no existe entonces una base concreta que permita fundamentar la excepción de ineptitud de la demanda, por cuanto siendo este

¹³ ídem.

Handwritten signature or mark.

Handwritten signature or mark on the left margin.

Handwritten mark or signature on the right margin.

Tribunal competente para conocer de los conflictos surgidos en razón del Art. 161 LACAP, es este el cauce procesal idóneo para el ejercicio de la acción, no siendo procedente entonces acoger la excepción de ineptitud de la demanda, debiendo declararse sin lugar lo pedido en cuanto a la misma.

7.2 DEL CONTRATO LLAVE EN MANO.

El contrato "llave en mano" o "turnkey contract" es aquel en que el contratista se obliga frente al cliente o contratante, a cambio de un precio, generalmente alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado. En este tipo de contrato el énfasis ha de ponerse en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente.

Otras prestaciones que siempre están presentes en los contratos "llave en mano", formando parte de la obligación global del contratista son: el suministro de materiales y maquinaria; el transporte de los mismos; la realización de las obras civiles; la instalación y montaje, y la puesta a punto y en funcionamiento de la obra proyectada. En determinados casos, también es posible incluir en este tipo de contrato otras obligaciones posteriores a la ejecución de la obra, como la formación de personal y la asistencia técnica.¹⁴

De conformidad con el Art. 105 LACAP¹⁵, sus características esenciales en el ordenamiento jurídico salvadoreño son:

¹⁴ Vid. BARRIERE AYALA, R., "Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y su Reglamento, comentados", FESPAD, San Salvador, 2006. p 151-152.

¹⁵ Art. 105 LACAP.- Podrá acordarse mediante resolución razonada la celebración del Contrato Llave en Mano, siempre que se comprueben las ventajas de esta modalidad de contratación, con respecto a las otras estipuladas en esta ley o que se tratare de la ejecución de proyectos extraordinariamente complejos; en los que fuere evidente la ventaja de consolidar en un solo contratista todos los servicios de ingeniería, provisión de equipo y construcción, teniendo en cuenta las ventajas de esta modalidad respecto a los costos que puede tener el proyecto de celebrarse la contratación en la forma ordinaria.

-La determinación del contratista para la celebración del contrato llave en mano, se hará en la misma forma o procedimientos regulados para los demás casos y la respectiva institución contratante deberá incorporar a este contrato, las cláusulas que permitan vigilar y supervisar el desarrollo y cumplimiento de las obligaciones contractuales. Sé prohíbe en esta clase de contratos la introducción de órdenes de cambio. Y ajuste de precios; así como, el plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo en los casos de fuerza mayor.

- 303
- 
- a) Que un solo contratista preste todos los servicios de ingeniería, provisión de equipo y construcción;
 - b) La prohibición de ordenes de cambio;
 - c) La no modificación del plazo de ejecución, salvo en los casos de fuerza mayor.

Por otra parte, es necesario traer a cuenta que en el caso que ahora nos ocupa, no obstante encontrarnos ante la modalidad de un contrato llave en mano, existió un abuso en la prórroga contractual que conllevó a un aproximado del 60% del plazo originalmente pactado, extendiendo el mismo a setecientos diecisiete días, tal y como consta en las resoluciones que corren agregadas al anexo dos de la demanda.

Asimismo, ha ocurrido una modificación en el diseño del proyecto APERTURA DEL BOULEVARD DIEGO DE HOLGUÍN TRAMO I, en el sentido de incorporar una obra de paso para conectar la SEXTA AVENIDA NORTE de Santa Tecla. Dicha modificación se encuentra plasmada en el acuerdo Interpartes adoptado a las ocho horas del día ocho de octubre de dos mil siete, y que corre agregado en el anexo dos de la demanda.

En razón de lo anterior, se ha desnaturalizado el contrato llave en mano, al existir una ampliación desmedida del plazo y una modificación en el objeto contractual, no obstante las razones que hayan motivado tales circunstancias, dejando sin efecto las particularidades propias de la referida modalidad de contratación, como por ejemplo, la prohibición absoluta de un ajuste de precios.

Pese a lo expuesto, esto no significa que el contratista no deba cumplir con sus obligaciones contractuales y con todas las normas técnicas encaminadas a cumplir con el servicio de ingeniería, provisión de equipo y construcción del nuevo objeto contractual.

7.3 DE LAS PRUEBAS

a) PRUEBA PERICIAL

Corre agregado al proceso el informe de fecha treinta de marzo de dos mil nueve, emitido por el perito nombrado Ing. Víctor Arnoldo Figueroa Iraheta, al igual que la constancia de haber entregado a cada parte un ejemplar de dichos informes.

Dada la naturaleza misma de los reclamos planteados, el dictamen pericial aludido se reviste de capital importancia, por lo que conviene proceder a realizar algunas consideraciones al respecto como parte de la fundamentación del presente laudo.

La prueba pericial es aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de experiencia que el juzgador no posee o puede no poseer y para facilitar la percepción de hechos concretos u objeto de debate, es decir, que el perito se vuelve en un auxilio para que el juez, y en este caso el Tribunal Arbitral, se forme una idea respecto a elementos que escapan de su propia ciencia, técnica o arte.

En este sentido, de conformidad a lo expuesto por la Sala de lo Contencioso Administrativo, los peritos dictaminan sobre cuestiones de hecho y su aportación específica consiste en reglas generales o máximas relativas a la esfera de su ciencia, arte o práctica, ya que se suministren al juzgador directamente esas máximas, ya que se plasmen en el dictamen subsumiendo en ellas hechos o circunstancias concretas. La aportación de los elementos y datos técnicos que la persona versada hace al proceso para dilucidar la controversia, constituye un medio de prueba que tiene por objeto permitir que el órgano decisor conozca los datos técnicos a valorar para alcanzar la resolución que de mejor modo satisfaga los intereses en conflicto. (*Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, del 31VI/2001, Ref. 114-S-2000*).

En cuanto a la valoración que habrá de realizarse del dictamen pericial, se debe aclarar que si bien es cierto que corresponde al Tribunal ejercer la función

jurisdiccional dentro del proceso¹⁶, es necesario tomar en cuenta que este habrá de realizar una ponderación adecuada del mismo, exponiendo sus razones de forma fundamentada, explicando en su caso el juicio de valor que le merezca dicha pericia.

Bajo este ideario, a petición de la parte actora, se realizó dentro de este proceso el dictamen pericial emitido por el Ingeniero civil Víctor Arnoldo Figueroa Iraheta, el cual tenía por objeto practicar experticia a fin de que se determinase los hechos señalados en el literal g del petitorio de la demanda, y que fije el precio de la obra adicional ejecutada por el ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., en el proyecto DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE APERTURA BOULEVARD DIEGO DE HÓLQUIN SANTA TECLA (TRAMO I), en caso de que ésta exista y correspondiente a la excavación de material orgánico, excavación para evitar material de préstamo, excavación en roca, incremento de acarreo y reparación de la vía pública por falta de liberación de derechos de vía, reparación de viviendas, así como para establecer el valor de los costos indirectos, correspondientes a los doscientos noventa y siete días, de permanencia adicional, del asocio en el proyecto, comprendiendo tales puntos los contenidos en los reclamos I, II, III y IV de la demanda.

En resumen, la pericia determino que existieron incrementos en los costos de los rubros de TERRACERÍA, REPARACIONES, Y COSTOS INDIRECTOS; no así en los rubros de ACARREO y REPARACIONES EN VIVIENDA; encontrándose además algunas divergencias entre los precios exigidos en la demanda y lo determinado por la experticia.

Este Tribunal considera que el dictamen pericial vertido demuestra en su elaboración una correcta metodología y cimienta la base de su análisis en documentos fidedignos, razón por la cual es prueba fehaciente sobre los puntos contenidos en el mismo, y en consecuencia, será valorado por este Tribunal.

¹⁶ Vid. ESCRIBANO MORA, F, "La prueba en el proceso civil", Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2001. p. 144-145.

b) DE LA PRUEBA DOCUMENTAL.

Corren agregados al proceso los ANEXOS 1,2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14; y ANEXOS RECLAMOS de la Demanda.

Se encuentra también la Certificación de las tasas de interés promedio ponderado mensual básica pasiva y activa para el periodo comprendido entre agosto 2006 y diciembre 2008, suscrita por la Lic. Flor de María Novoa, del Departamento de Desarrollo Financiero del BCR, la cual fue solicitada por este Tribunal a petición de la parte actora.

c) PRUEBA TESTIMONIAL

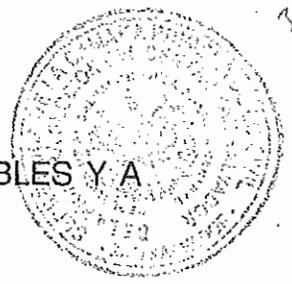
Corren agregados al proceso las dos actas de fecha veinte de marzo del dos mil nueve de las nueve horas con cincuenta minutos, de la declaración de los Testigos solicitados por la parte Actora, señores: Pedro Alfonso Miranda Reyes y Edwin José Viales Canevet, así como el disco compacto en el cual se reprodujo el testimonio de cada testigo y constancia de la copia entregada a cada parte.

8.- RESOLUCION DE CADA UNO DE LOS PUNTOS EN DISCORDIA SOMETIDOS A NUESTRA DECISIÓN.

En cumplimiento a nuestro mandato, procedemos a resolver cada uno de los puntos sometidos a nuestra decisión, a saber:

RECLAMO I:

PAGO DEL INCREMENTO DEL PRECIO DEL CONTRATO POR INDUCCION DEL PROPIETARIO AL ERROR EN LAS CONDICIONES TECNICAS DE LA LICITACION, RELACIONADAS CON LAS EXCAVACIONES DE MATERIAL ORGANICO Y EN ROCA NO PREVISTAS, ASI COMO CON EL INCREMENTO DEL VOLUMEN DE EXCAVACION PARA EVITAR EL ACARREO DE MATERIAL DE PRESTAMO. EL MONTO DE ESTE RECLAMO ASCIENDE A LA CANTIDAD DE DOS MILLONES NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS DE



DÓLAR, MAS EL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACION DE SERVICIOS (IVA).

ANALISIS Y RESOLUCIÓN

En lo referente a este primer punto sometido a su decisión, el Tribunal observa que el mismo se encuentra compuesto por tres diferentes rubros, que pueden dividirse en: a) excavación en material orgánico; b) excavación para evitar material de préstamo; y c) excavación en roca.

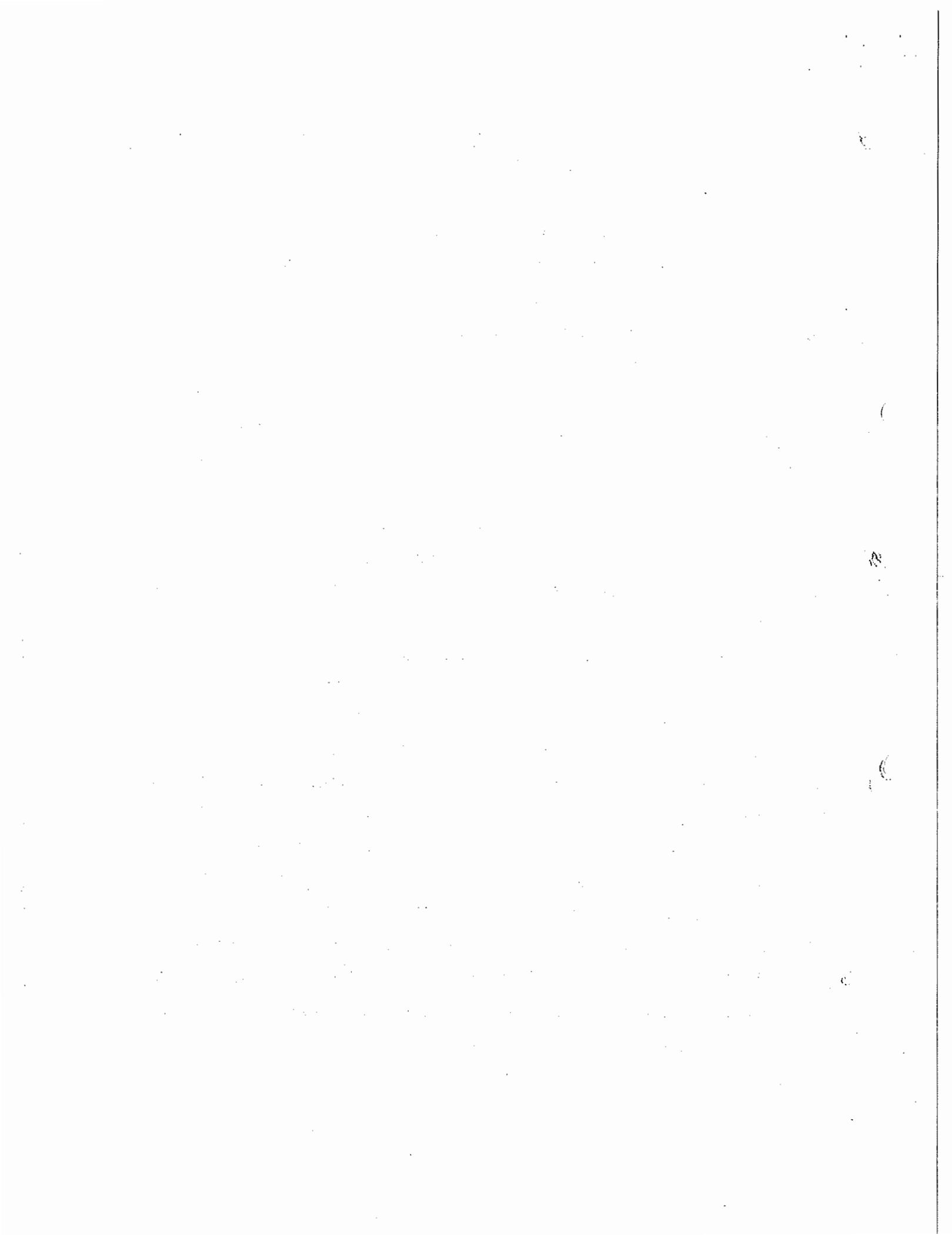
En este sentido y teniendo como base el dictamen pericial vertido, se determina que el Asocio previó que la partida de 200 terracerías tendría un costo directo de \$1, 587,268.86 y un precio total de \$1,984,261.04, divididos en los rubros de Descapote, Excavación, y Terraplén. Sin embargo, los costos de ejecución de dicha partida, con los volúmenes reales detallados en el peritaje, ascienden a \$2,578,242.15, dividido en los rubros de Descapote, Excavación, y Terraplén y Roca; siendo entonces la diferencia por este concepto de \$990,898.00.

Handwritten signature or initials on the left margin.

Por lo anterior, y en base a lo prescrito por los artículos cincuenta y nueve, sesenta y sesenta y uno de la "Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje", este Tribunal por unanimidad, con fundamento en la evidencia presentada, vista y estudiada según nuestro saber y entender, sin tomar en cuenta más que nuestra conciencia, la verdad y la buena fe, resuelve que deberá **condenarse al ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO** a pagar al **ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V.**, la cantidad de **NOVECIENTOS NOVENTA MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$990,898.00.)** más el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la prestación de Servicios en concepto de precio de la obra adicional por excavación de material orgánico, excavación para evitar material de préstamos y excavación en roca.

Handwritten signature or initials on the right margin.

Handwritten signature or initials at the bottom right.



RECLAMO II:

PAGO DEL SOBREPREGIO DEL CONTRATO POR ATRASOS IMPUTABLES AL PROPIETARIO EN LA LIBERACION DEL DERECHO DE VIA OCUPADO POR LAS COMUNIDADES LAS PALMERAS, EL TANQUE Y LAS MARGARITAS, RELACIONADOS CON EL INCREMENTO DE LOS ACARREOS Y DESALOJOS, ASI COMO CON LA REPARACION DE LA VIA PUBLICA POR SU UTILIZACION DERIVADAS DE LA INDISPONIBILIDAD DEL DERECHO DE VIA. EL MONTO DE ESTE RECLAMO ASCIENDE A LA CANTIDAD DE DOSCIENTOS UN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CUARENTA Y TRES CENTAVOS DE DÓLAR, MAS EL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACION DE SERVICIOS (IVA).

ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN

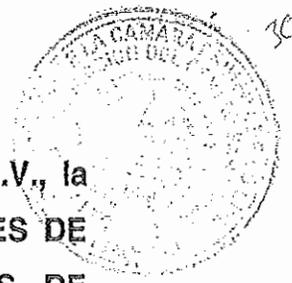
De conformidad con el peritaje, no ha sido posible establecer de forma fidedigna el costo del metro cubico por kilometro cuadrado en concepto de acarreo, no existiendo documentación que acredite el precio ni la distancia, que justifiquen la base de comparación para determinar el sobreacarreo.

Sin embargo, en cuanto a la valoración de la afectación de las vías públicas, considerando que los movimientos vehiculares debieron realizarse sobre la taza del proyecto, lo que fue impedido por la indisponibilidad de los derechos de vía, de conformidad con el peritaje se consideran las estimaciones de áreas y costo unitario directo aceptables, siendo estos \$2,435.28 m² y \$11.15 respectivamente, lo cual de acuerdo al peritaje arroja una cantidad de \$27,153.15.

En consecuencia y en base a lo dispuesto en los artículos cincuenta y nueve, sesenta y sesenta y uno de la LMCA, este Tribunal, por unanimidad, con fundamento en la evidencia presentada, vista y estudiada según nuestro leal saber y entender, sin tomar en cuenta más que nuestra conciencia, la verdad y la buena fe, resuelve que deberá condenarse al ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO a pagar al ASOCIO TEMPORAL



307



CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., la cantidad de VEINTISIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y TRÉS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON QUINCE CENTAVOS DE DÓLAR(\$27,153.15) más el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios en concepto de reparación de la vía pública por falta de liberación de derechos de vía.

RECLAMO III:

PAGO DE LOS COSTOS ASOCIADOS A LAS PRORROGAS DEL PLAZO CONTRACTUAL OTORGADAS POR EL MOPTVDU PARA LA FINALIZACION DE LAS OBRAS, DEBIDO A QUE LAS CAUSAS DE LAS MISMAS NO SON IMPUTABLES AL CONTRATISTA. EL MONTO DE ESTE RECLAMO ASCIENDE A LA CANTIDAD DE DOS MILLONES OCHENTA MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS DE DOLAR, MAS EL VALOR DEL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS (IVA).

Handwritten signature/initials on the left margin.

ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN

En el análisis del presente reclamo, el Tribunal observa que de acuerdo al dictamen pericial y a la documentación contractual, (anexo dos de la demanda) el plazo de la ejecución de las obras fue extendida en 297 días calendario, en razón de lo cual, el Asocio reclama el reconocimiento de los costos indirectos en que incurrió por la mayor permanencia.

En tal sentido y de conformidad al Plan de Oferta y al peritaje, el Asocio ofertó un costo indirecto de \$3, 678,103.31, equivalente al 25.01 del costo directo, dividido en 5 por ciento correspondiente a la utilidad y 20.1 como costo indirecto propiamente dicho, lo que es igual a \$2, 942,656.43. Si tomamos en cuenta que el plazo contractual original era de 420 días calendario, obtenemos que el costo indirecto por cada día calendario asciende a \$7,006.32. Entonces, si el plazo

Handwritten signature/initials on the right margin.

Handwritten signature/initials at the bottom right.

contractual se extendió en 297 días calendario, obtenemos que el costo indirecto de la extensión es igual a \$2, 080,877.04

Tal y como se consigna en el dictamen pericial, se considera razonable el porcentaje destinado a utilidades para un proyecto de este monto y tipo, por consiguiente entonces, el de los costos indirectos propiamente dichos.

En base a lo antes expuesto este Tribunal Arbitral, por unanimidad, resuelve que deberá condenarse al ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO a pagar al ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., la cantidad de DOS MILLONES OCHENTA MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR (\$2,080,877.04) más el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios en concepto costos indirectos correspondientes a doscientos noventa y siete días de permanencia adicional del Asocio en el proyecto.

RECLAMO IV:

PAGO DE OBRA ADICIONAL NO CONSIDERADA EN LOS ALCANCES DEL CONTRATO, RELATIVA A LA REPARACION DE VIVIENDAS COLINDANTES DEBIDO A LA CONSTRUCCION DEL MURO TIPO "SOIL NAILING". EL MONTO DE ESTE RECLAMO ASCIENDE A LA CANTIDAD DE TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, MAS EL VALOR DEL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS (IVA)

ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN

El Tribunal, después de estudiar el informe pericial vertido determina que no es posible cuantificar adecuadamente el costo de los trabajos de reparación de viviendas por no existir una información clara de los trabajos ejecutados en cada



vivienda en particular, siendo incierto considerar un costo promedio de los trabajos realizados.

En consecuencia, este Tribunal Arbitral por unanimidad resuelve que deberá absolverse al ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO de pagar al ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., la cantidad relacionada e identificada en la demanda como reclamo IV, en concepto de PAGO DE OBRA ADICIONAL NO CONSIDERADA EN LOS ALCANCES DEL CONTRATO, RELATIVA A LA REPARACION DE VIVIENDAS COLINDANTES DEBIDO A LA CONSTRUCCION DEL MURO TIPO "SOIL NAILING";

RECLAMO V:

PAGO DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS AL CONTRATISTA, CON BASE EN LOS ARTÍCULOS 1427, 1428 Y 1430 DEL CÓDIGO CIVIL, POR EL PAGO TARDÍO DE LAS ESTIMACIONES DE OBRA CORRESPONDIENTES A LOS MESES SEIS, DOCE, TRECE, CATORCE, QUINCE Y DIECISEIS. ESTOS DAÑOS Y PERJUICIOS SE LIMITAN A LA SUMA RESULTANTE DE APLICAR AL MONTO DE CADA UNA DE LAS ESTIMACIONES, EL INTERÉS LEGAL MERCANTIL (12.0%) DESDE LA FECHA EN QUE EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO DEBIO PAGAR DICHAS SUMAS HASTA LA FECHA EN QUE HIZO EFECTIVO SU PAGO. EL MONTO DE ESTE RECLAMO ASCIENDE A LA CANTIDAD DE DOSCIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS DIECISEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON VEINTISIETE CENTAVOS DE DÓLAR, MAS EL VALOR DEL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS (IVA).

Handwritten signature/initials on the left margin.

ANALISIS Y RESOLUCIÓN

Se ha determinado que existió mora injustificada en las estimaciones, por lo que de conformidad al inciso 3° del artículo 84 LACAP, es procedente el reclamo.

Handwritten signature/initials on the right margin.

Handwritten signature/initials at the bottom right.

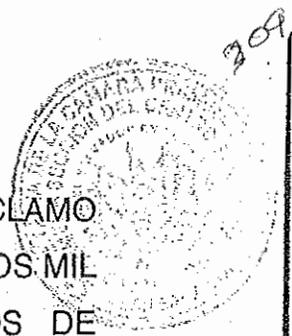
Tomando en cuenta que el promedio de la tasa básica activa proporcionada por el Banco Central de Reserva para el periodo desde agosto 2006 hasta diciembre 2008 y siguiendo el Sistema Matemático Estadístico arroja un promedio de 7.9%, por lo que es procedente el pago, calculado de la siguiente manera: lo reclamado que es la cantidad de DOSCIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS DIECISEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON VEINTISIETE CENTAVOS DE DÓLAR, la dividimos entre 12% solicitado en la demanda y lo multiplicamos por 7.9% obteniéndose el resultado siguiente: CIENTO CINCUENTA Y UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR por lo que es procedente el pago de dicha cantidad en concepto de costos financieros por retraso en el pago de estimaciones.

En consecuencia, este Tribunal Arbitral por unanimidad resuelve que deberá condenarse al ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO a pagar al ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., la cantidad de CIENTO CINCUENTA Y UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR (\$151,756.54) más el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios en concepto de PAGO DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS AL CONTRATISTA, POR EL PAGO TARDÍO DE LAS ESTIMACIONES DE OBRA CORRESPONDIENTES A LOS MESES SEIS, DOCE, TRECE, CATORCE, QUINCE Y DIECISEIS

RECLAMO VI:

PAGO DEL FINANCIAMIENTO DE LA OBRA EJECUTADA POR EL CONTRATISTA, PRODUCTO DEL DESBALANCE ENTRE EL AVANCE FISICO Y EL AVANCE FINANCIERO DEBIDO A LA PONDERACION DE PAGO DE ESTIMACIONES ESTABLECIDA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTE Y DE

VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO. EL MONTO DE ESTE RECLAMO ASCIENDE A LA CANTIDAD DE UN MILLON TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON NOVENTA CENTAVOS DE DOLAR, MAS EL VALOR DEL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS (IVA).



ANALISIS Y RESOLUCIÓN

Tomando en consideración lo dictaminado por el peritaje, se extrae que el Asocio efectivamente realizó obras adicionales en relación con la excavación de material orgánico, excavación en roca y reparación de vialidades. Asimismo, incurrió en costos indirectos producto de las ampliaciones del plazo original de la obra, todo lo cual no estaba considerado en el presupuesto presentado por el contratista.

Asimismo, es evidente que hasta este momento, ha sido el Asocio quien ha asumido todos y cada uno de los costos antes relacionados, ocasionándole una desmejora en su situación patrimonial por contingencias que no pudieron ser previstas por el mismo, razón por la cual, en base a la equidad, es procedente declarar ha lugar el reclamo planteado. Sin embargo, este Tribunal considera necesario realizar algunas consideraciones elementales para efectuar el cálculo.

Ahora bien, aún y cuando el Asocio haya calculado el costo financiero en razón del 12% anual, este Tribunal considera que es más adecuado tomar como referencia las cifras brindadas por el Banco Central de Reserva de El Salvador para el periodo de agosto 2006 hasta diciembre 2008 y siguiendo el Sistema Matemático Estadístico arroja un promedio de 7.9%, por lo que es procedente el pago, calculado de la siguiente manera: **Por incremento en el volumen de material orgánico y sobre excavación**, la cantidad de CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS DE DOLAR, calculado por el peritaje, cantidad a la cual le aplicamos el 7.9% de interés anual a

Handwritten signature/initials on the left margin.

Handwritten signature/initials on the right margin.

Handwritten signature at the bottom right.

una mora de 34 meses, obteniendo la cantidad de TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y UN DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON QUINCE CENTAVOS DE DOLAR . **Excavación en roca no prevista**, la cantidad de OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON SESENTA Y CINCO CENTAVOS DE DOLAR, calculado por el peritaje, cantidad a la que aplicamos el 7.9% de interés anual, con una mora de 28 meses, obteniendo la cantidad de CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL NOVENTA Y NUEVE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON VEINTINUEVE CENTAVOS DE DOLAR . **Reparación de vialidades urbanas**, la cantidad de VEINTISIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y TRES DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON QUINCE CENTAVOS DE DOLAR, cantidad determinada en el peritaje, aplicándole a esta cantidad el 7.9% de interés anual con una mora de 25 meses, obteniéndose la cantidad de CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS DE DOLAR. **Costos de Indirectos por ampliación de plazo**, la cantidad de DOS MILLONES OCHENTA MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS DE DOLAR, cantidad determinada en el peritaje, a esta cantidad le aplicamos el 7.9% de interés anual con una mora de 21 meses, resultando la cantidad de DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y UN DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS DE DOLAR. **Lucro cesante**, la cantidad de SETENCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS DE DOLAR, cantidad a la que le aplicamos el 7.9% de interés anual, con una mora de 21 meses, obteniendo la cantidad de CIENTO UN MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON SETENTA Y TRES CENTAVOS DE DOLAR. Con la suma de la aplicación de los intereses y las moras correspondientes a cada uno de los reclamos se obtiene la cantidad de



QUINIENTOS OCHENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON SESENTA CENTAVOS DE DOLAR.

Los meses de mora aplicados a cada una de las cantidades han sido obtenidos de los documentos y pruebas que corren agregados a la demanda, con fecha límite de marzo del 2009.

Este Tribunal por mayoría considera que los rubros: REPARACIÓN DE VIVIENDAS POR CONSTRUCCIÓN Y MURO TIPO SOILNAILING e INCREMENTO EN ACARREOS POR FALTA DE LIBERACIÓN DE DERECHOS DE VIA, de acuerdo al dictamen pericial SON IMPROCEDENTES.

Handwritten signature/initials on the left margin.

En consecuencia, este Tribunal Arbitral por mayoría resuelve que deberá condenarse al ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO a pagar al ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., la cantidad de QUINIENTOS OCHENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON SESENTA CENTAVOS DE DÓLAR(\$582,365.60) más el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios en concepto de PAGO DEL FINANCIAMIENTO DE LA OBRA EJECUTADA POR EL CONTRATISTA, PRODUCTO DEL DESBALANCE ENTRE EL AVANCE FISICO Y EL AVANCE FINANCIERO DEBIDO A LA PONDERACION DE PAGO DE ESTIMACIONES ESTABLECIDA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO.

VOTO RAZONADO DEL LICENCIADO RICARDO ANTONIO MENA GUERRA.

En términos generales, el suscrito comparte la definición del reclamo, sin embargo considera que no existen los parámetros necesarios para realizar el cálculo del costo financiero. En tal sentido, no es claro el período dentro del cual los mismos han sido generados y la forma en que habrán de contabilizarse, ya que

Handwritten signature/initials on the right margin.

Handwritten signature/initials at the bottom right.

no se han aportado los elementos necesarios para realizar un juicio de valor adecuado.

RECLAMO VII:

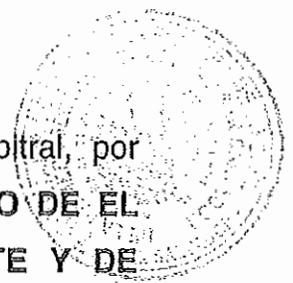
PAGO DEL LUCRO CESANTE POR INMOVILIZACION DE PERSONAL Y EQUIPO PARA CUMPLIR EL OBJETO CONTRACTUAL, ASI COMO POR INDISPONIBILIDAD DE LA UTILIDAD PREVISTA, DEBIDO A LAS PRORROGAS CONTRACTUALES NO IMPUTABLES AL ASOCIO CONTRATISTA. EL MONTO DE ESTE RECLAMO ASCIENDE A LA CANTIDAD DE SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR.

ANALISIS Y RESOLUCIÓN

Entre los presupuestos de la ecuación económica financiera, se encuentra el derecho del contratista a mantener un margen de utilidad por los servicios o trabajos realizados. En tal sentido, la expectativa de lucro por parte del asocio es lícita y determinada, habiendo sido esta comunicada al MOPTVDU a través de su oferta en una etapa precontractual.

Por otra parte se debe tomar en cuenta que las causales por las cuales ha existido modificación en el objeto y precio del proyecto, no son imputables en ningún modo al contratista, por cuanto han obedecido a un error contenido en los análisis científicos de los suelos, y a situaciones de fuerza mayor, como lo consignó el propio MOPTVDU en las resoluciones mediante las cuales amplió el plazo de ejecución, razón por la cual, es procedente conceder al contratista el margen de utilidad previsto.

El dictamen pericial consigna que un margen de utilidad como el reclamado por el Asocio (5%), es considerado razonable en vista de las características del proyecto tomando en consideración su monto y tipo. De esta forma, dado que el monto original del proyecto ascendía a \$ 14, 705,929.2, el porcentaje de utilidad prevista es de \$735,296.46



En base a todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal Arbitral, por mayoría, resuelve que deberá condenarse al ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO a pagar al ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., la cantidad de SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR(\$735,296.46) más el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios en concepto de PAGO DEL LUCRO CESANTE POR INMOVILIZACION DE PERSONAL Y EQUIPO PARA CUMPLIR EL OBJETO CONTRACTUAL, ASI COMO POR INDISPONIBILIDAD DE LA UTILIDAD PREVISTA, DEBIDO A LAS PRORROGAS CONTRACTUALES NO IMPUTABLES AL ASOCIO CONTRATISTA..

VOTO RAZONADO DEL LICENCIADO RICARDO ANTONIO MENA GUERRA.

El suscrito considera que para el presente reclamo no se ha acreditado la existencia de parámetros que conduzcan a otorgar al asocio el porcentaje de utilidad solicitado, no encontrando elementos jurídicos o fácticos que conlleven a la sustentación del mismo.

[Handwritten signature]

RECLAMO VIII:

PAGO DE LOS HONORARIOS Y GASTOS EN QUE POR CAUSAS NO IMPUTABLES A ÉL HA INCURRIDO E INCURRA EL ASOCIO CONTRATISTA, PARA LA RECUPERACIÓN DE LAS CANTIDADES ADEUDADAS POR EL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO Y AHORA RECLAMADAS, LOS CUALES SE LIMITAN A APLICAR AL MONTO TOTAL DE CADA UNO DE LOS RECLAMOS EL DIEZ

[Handwritten signature]

POR CIENTO, MAS EL VALOR DEL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS (IVA).

ANALISIS Y RESOLUCIÓN

En el presente caso, si bien es cierto, no todas las pretensiones del demandante han resultado reconocidas a su favor, del mérito de las pruebas puede concluirse que la responsabilidad por la ejecución anormal del contrato objeto de la controversia, recae en la parte demandada.

En consecuencia, si las circunstancias que dieron origen a dicha responsabilidad no hubieren existido o si bien el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano, hubiera solventado las reclamaciones a través de otros medios de solución alterna menos gravosos económicamente, el socio contratista no se habría visto en la necesidad de acudir a la vía arbitral e incurrir en honorarios y gastos no previstos en su oferta.

Asimismo, considera el tribunal que el reclamo del porcentaje solicitado por la parte actora del diez por ciento en conceptos de honorarios y gastos es equitativo, por cuanto responde a un parámetro racional del mercado, no obstante, el mismo debe ser calculado únicamente sobre las condenas realizadas y no sobre los montos de los reclamos. En este sentido, al realizar tal operación aritmética se llega a la cantidad de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR (\$456,834.67) más el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios.

En atención a lo anterior, por razones de justicia y equidad, este Tribunal Arbitral accederá a la pretensión del demandante, debiendo entenderse que queda incorporada en el monto de esta condena, el cincuenta por ciento de los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, que el demandante consignó por cuenta de la parte demandada, ante la falta de pago por parte de aquélla.



En base a todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal Arbitral, por unanimidad, resuelve que deberá condenarse al **ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO** a pagar al **ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V.**, la cantidad de **CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS DE DOLAR (\$456,834.67)** más el impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, que en concepto de honorarios y gastos le han sido reclamados.

POR TANTO:

Con base en las razones expuestas y de conformidad a los artículos 23 Cn. y 5 Inciso tercero del literal a), 34, 46, 47, 49, 51, 55, 59, 60 Y 61 de la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Arbitral **FALLA:**

A.- Por unanimidad, **DECLÁRESE NO HA LUGAR A LAS EXCEPCIONES DE NULIDAD, INCOMPETENCIA Y OPOSICIÓN AL ARBITRAJE; E INEPTITUD E IMPROPONIBILIDAD DE LA DEMANDA**, y en consecuencia, este Tribunal se declara **COMPETENTE** para conocer de las cuestiones a él sometidas mediante la demanda de arbitraje interpuesta por **EL ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V.**, en contra de **EL ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO EN RELACION AL CONTRATO No. 055/2005; DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE APERTURA BOULEVARD DIEGO DE HOLGUIN SANTA TECLA (TRAMO I).**

B.- Por unanimidad, **CONDÉNESE** al **ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO** a pagar al **ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA**

[Handwritten signatures and initials on the right margin]

MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., la cantidad de NOVECIENTOS NOVENTA MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$990.898.00.) más el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la prestación de Servicios en concepto de precio de la obra adicional por excavación de material orgánico, excavación para evitar material de préstamos y excavación en roca.

C.- Por unanimidad, CONDÉNESE al ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO a pagar al ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., la cantidad de VEINTISIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y TRÉS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON QUINCE CENTAVOS DE DÓLAR(\$27,153.15) más el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios en concepto de reparación de la vía pública por falta de liberación de derechos de vía.

D.- Por unanimidad, CONDÉNESE al ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO a pagar al ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., la cantidad de DOS MILLONES OCHENTA MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR(\$2,080,877.04) más el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios en concepto costos indirectos correspondientes a doscientos noventa y siete días de permanencia adicional del Asocio en el proyecto.

E.- Por unanimidad, ABSUÉLVASE al ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO de pagar al ASOCIO TEMPORAL

CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., la cantidad relacionada e identificada en la demanda como reclamo IV, en concepto de PAGO DE OBRA ADICIONAL NO CONSIDERADA EN LOS ALCANCES DEL CONTRATO, RELATIVA A LA REPARACION DE VIVIENDAS COLINDANTES DEBIDO A LA CONSTRUCCION DEL MURO TIPO "SOIL NAILING".

F.- Por unanimidad, **CONDÉNESE** al ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO a pagar al ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., la cantidad de **CIENTO CINCUENTA Y UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR (\$151,756.54)** más el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios en concepto de PAGO DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS AL CONTRATISTA, POR EL PAGO TARDÍO DE LAS ESTIMACIONES DE OBRA CORRESPONDIENTES A LOS MESES SEIS, DOCE, TRECE, CATORCE, QUINCE Y DIECISEIS.

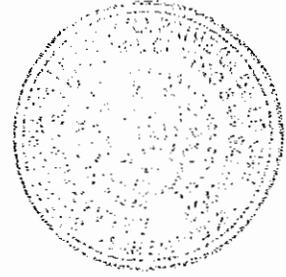
G.- Por mayoría, **CONDÉNESE** al ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO a pagar al ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., la cantidad de **QUINIENTOS OCHENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON SESENTA CENTAVOS DE DÓLAR(\$582,365.60)** más el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios en concepto de PAGO DEL FINANCIAMIENTO DE LA OBRA EJECUTADA POR EL CONTRATISTA, PRODUCTO DEL DESBALANCE ENTRE EL AVANCE FISICO Y EL AVANCE FINANCIERO DEBIDO A LA PONDERACION DE PAGO DE ESTIMACIONES ESTABLECIDA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO.

H.- Por mayoría, **CONDÉNESE** al ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO a pagar al ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., la cantidad de **SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR(\$735,296.46)** más el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios en concepto de PAGO DEL LUCRO CESANTE POR INMOVILIZACION DE PERSONAL Y EQUIPO PARA CUMPLIR EL OBJETO CONTRACTUAL, ASI COMO POR INDISPONIBILIDAD DE LA UTILIDAD PREVISTA, DEBIDO A LAS PRORROGAS CONTRACTUALES NO IMPUTABLES AL ASOCIO CONTRATISTA.

I.- Por unanimidad, **CONDÉNESE** al ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO a pagar al ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, S.A., CAABSA CONSTRUCTORA S.A. DE C.V., la cantidad de **CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR (\$456,834.67)** más el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios en concepto de honorarios y gastos que le han sido reclamados.

Notifíquese y oportunamente protocolícese.

23/15

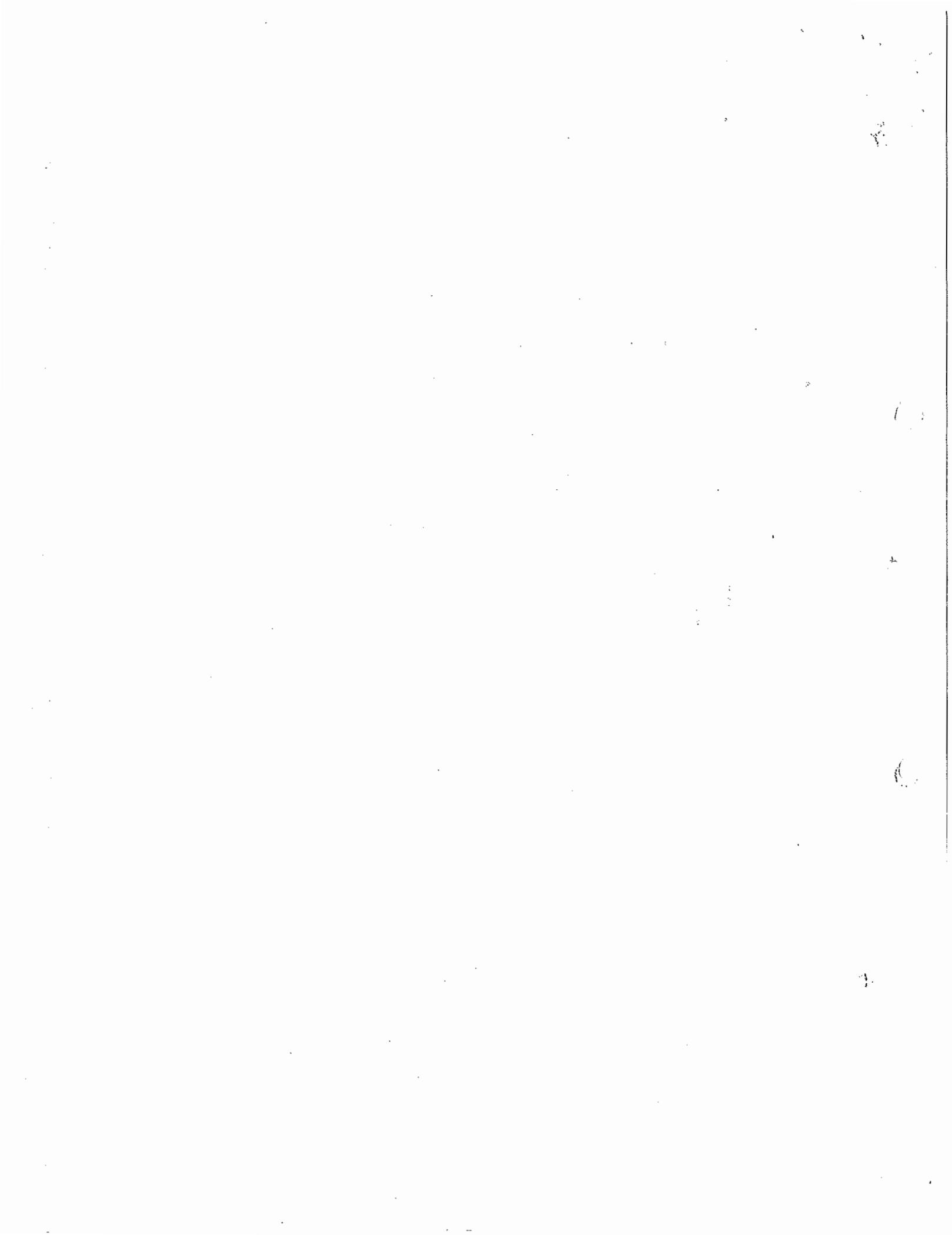


RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
Arbitro Presidente

JOSE MAURICIO STUBIG
Arbitro

LUIS SALMAN CORTEZ
Arbitro

MARIA EUGENIA ZELAYA SALGUERO
Secretaria de Actuaciones



2/ 4-RN-2010

CÁMARA PRIMERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO: San Salvador, a las once horas y tres minutos del día veinticuatro de marzo de dos mil once.

IDENTIFICACIÓN DEL RECURSO Y DE LAS PARTES.

El presente recurso de nulidad ha sido presentado por las abogadas EUGENIA GUADALUPE SOSA SALAZAR y FLOR DE MARÍA ELIAS GUEVARA, como agentes auxiliares del señor Fiscal General de la República, contra el Laudo Arbitral Definitivo pronunciado a las diez horas del día diecisiete de abril de dos mil nueve, en juicio de Arbitraje promovido por el ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO-SOCIEDAD ANÓNIMA-CAABSA CONSTRUCTORES, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, contra EL ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO, en relación al Contrato Número 055/2005 del proyecto "DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE APERTURA DE BOULEVARD DIEGO DE HOLGUÍN, SANTA TECLA (TRAMO I).

Han intervenido las abogadas EUGENIA GUADALUPE SOSA SALAZAR y FLOR DE MARÍA ELIAS GUEVARA, en el carácter relacionado, los abogados MARIO ENRIQUE SAENZ y HUMBERTO SAENZ MARINERO, en calidad de *Fiscales Especiales* en representación de EL ESTADO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO; y el abogado CESAR ROLANDO GARCÍA HERRERA, como Apoderados Generales Judiciales de las sociedades que conforman el ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO-SOCIEDAD ANÓNIMA-CAABSA CONSTRUCTORES, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE.

VISTOS LOS AUTOS Y,

CONSIDERANDO:

FUNDAMENTACIÓN DE LA PARTE RECURRENTE.

I- Las recurrentes en su escrito de interposición del recurso de nulidad contra el laudo arbitral en lo esencial manifestaron: que promueven Recurso de Nulidad contra el Laudo Arbitral pronunciado a la diez horas del día diecisiete de abril de dos mil nueve, en el juicio de Arbitraje promovido por

U

ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA, CAABSA CONSTRUCTORES, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, contra EL ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO, ante el Tribunal Arbitral conformado por los Árbitros licenciado Ricardo Antonio Mena Guerra, Doctor Luis Salman Cortez, e Ingeniero José Mauricio Stübig.

El Laudo Arbitral pronunciado a las diez horas del día diecisiete de abril de dos mil nueve por el Tribunal Arbitral antes referido es NULO de conformidad al Arts. 68 N° 2 de la LEY DE MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE, y 1310, 1316, 1416 del Código Civil, y la CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: CONFORMIDAD (12ª), del contrato N° 055/2005 y cláusulas números CG-02 DOCUMENTOS CONTRACTUALES CG-48 LEYES APLICABLES, JURISDICCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTO de las Condiciones Generales del Contrato.

La nulidad del Laudo Arbitral la fundamentan en la causal establecida en el numeral 2 del Art. 68 de la LMCA., por no haberse constituido el Tribunal Arbitral en forma legal, impugnación que realizaron al inicio del trámite arbitral: el día dieciocho de febrero de dos mil nueve mediante escrito de impugnación de la resolución y/o ACUERDO NÚMERO UNO proveído a las ocho horas con treinta minutos del día veintinueve de enero del año dos mil nueve del Tribunal Arbitral conformado por los árbitros ya mencionados, que conoció de la supuesta diferencia surgida entre el ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA, CAABSA CONSTRUCTORES, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, y EL ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO, mediante la cual se instaló; la instalación del tribunal arbitral la impugnaron de nulidad porque no se constituyó en legal forma, porque la constitución del mismo es NULA, de conformidad a lo pactado en la cláusula 12ª del contrato número 055/2005, que establece que las Condiciones Generales, y demás documentos contractuales forman parte integrante del contrato, y se interpretarán en forma conjunta, por lo cual las partes se someten expresamente a ellas, en fe de lo cual las partes firmaron el citado contrato en la ciudad de San Salvador, a los treinta y un días del mes de octubre de dos mil cinco; en concordancia con lo expresado en ésta cláusula contractual, las condiciones generales del iterado contrato en la cláusula CG-48 LEYES APLICABLES, JURISDICCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS establece en forma expresa en el párrafo segundo: *"Para resolver cualquier conflicto que surgiere entre las partes en ocasión o durante la ejecución del contrato, estas se obligan como*



primer paso a negociar un acuerdo para tratar de llegar a un arreglo extrajudicial, agotada la vía anterior sin acuerdo y emitiendo la correspondiente acta, el Ministerio y el Contratista renuncian a la vía arbitral para resolver el conflicto y se someten, resolverán el conflicto ante los tribunales comunes debiendo el contratista continuar la ejecución de las obras con toda diligencia y no ser esto causal para suspender la ejecución de las obras”.

Al tenor de las cláusulas contractuales citadas el ESTADO y el ASOCIO renunciaron en forma literal y expresa a la Vía Arbitral para resolver cualquier conflicto que surgiera entre las partes, habiéndose sometido a lo tribunales comunes, es decir, la jurisdicción común que es la JURISDICCION ORDINARIA CIVIL (ÓRGANO JUDICIAL), por ser un Contrato de naturaleza Administrativa y Bilateral y NO LA JURISDICCION EXTRAORDINARIA O ARBITRAL (FUERO PRIVADO) como la parte actora y el tribunal arbitral han pretendido en forma ilegal someter obligatoriamente al ESTADO.

Al tribunal arbitral ilegalmente constituido, mediante Laudo Arbitral pronunciado a las diez horas del día diecisiete de abril de dos mil nueve, declaró que no ha lugar a las excepciones de nulidad, incompetencia, y oposición al arbitraje, entre otras alegadas, e improponibilidad de la demanda y en consecuencia, se declaró COMPETENTE para conocer de las cuestiones a él sometidas mediante la demanda de arbitraje interpuesta por el ASOCIO en contra del ESTADO fundamentando su competencia en base al Art. 161 de la LACAP., manifestó: *“que dispone que para resolver las diferencias o conflictos que surgieren durante la ejecución de los contratos, se observarán el procedimiento establecido en dicho cuerpo normativo, en particular el arreglo directo y el arbitraje”*, restándole validez a la cláusula contractual CG-48 LEYES APLICABLES, JURISDICCION Y SOLUCION DE CONFLICTOS de las Condiciones Generales del contrato número 055/2005 pactado por la Partes Materiales, e interpreta subjetivamente la Cláusula Novena: Jurisdicción del contrato referido en el sentido que dicha cláusula remite expresa y sin reserva a la LACAP y que a criterio subjetivo del Tribunal Arbitral contempla los tribunales arbitrales el juez natural para dirimir conflictos derivados de los contratos administrativos.

En relación a lo resuelto por el Tribunal Arbitral ilegalmente constituido, la REPRESENTACION FISCAL impugnó al inicio del juicio de arbitraje, la instalación del mismo por no haberse constituido en legal forma, alegando para tal efecto las excepciones perentorias antes relacionadas.

No es cierto que el Art. 161 de la IACAP habilite a los Árbitros (nombrados por el ASOCIO y del ESTADO nombrado ilegalmente por el Centro

de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador, impugnado en su oportunidad y el tercero, nombrado por los árbitros) decidir sobre la instalación del tribunal arbitral ante la oposición de una de las partes de la conformación del mismo por no haberse constituido en forma legal. Porque si bien es cierto el Art. 161 de la LACAP, establece el procedimiento a seguir para resolver las diferencias o conflictos que surgieran durante la ejecución de los contratos, cuando se tratare en particular, el arreglo directo y el arbitraje de árbitros arbitradores, pero en el caso de autos las partes contratantes en la cláusula Décima Segunda del contrato número 055/2005 y la cláusula CG-48 de las Condiciones Generales del mismo no ha pactado arbitraje; pactaron un arreglo extrajudicial y directo, el Ministerio y el Contratista han renunciado expresamente a la vía arbitral para resolver el conflicto y se sometieron ante los tribunales comunes, dicha cláusula contractual no entra en contradicción con el Art. 162 y 165 de la LACAP., porque en el contrato está pactado el arreglo extrajudicial y directo, asimismo estas disposiciones preceptúan la opción de irse a arbitraje de forma facultativa, no es obligatorio para las partes someterse y es en virtud de esta disposición que la cláusula CG-48 no entra en contradicción con las disposiciones legales de la LACAP., motivo por el cual si el ARBITRAJE no fue pactado por las partes es ILEGAL la constitución del TRIBUNAL ARBITRAL para dirimir supuestas controversias, en todo caso la parte demandante tuvo que haber demandado ante Tribunal ordinario y no en arbitraje como en el caso de autos en que de manera forzosa se ha pretendido obligar al ESTADO a someterse a Arbitraje VULNERANDOLE al mismo los derechos Constitucionales de SEGURIDAD JURÍDICA Y JUEZ NATURAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, por la constitución ilegal el tribunal arbitral, porque ningún Juez o Arbitro puede obligar a ninguna de las partes contratantes someterse a arbitraje cuando este no es obligatorio de acuerdo a los Arts. 162 y 165 de la LACAP y porque éstas renunciaron en forma expresa en el reiterado contrato suscrito por ambas partes. El TRIBUNAL ARBITRAL ILEGALMENTE CONSTITUIDO ha violado el principio fundamental de la voluntariedad en materia arbitral Art. 162 y 165 y el principio del acceso a la justicia ordinaria Art. 11 Cn., disposiciones legales de las cuales se infiere que la suscripción de los convenios arbitrales debe provenir de la libre y espontánea voluntad de las partes, el Tribunal arbitral ha impuesto un condicionamiento ilegal que limita el libre y voluntario sometimiento de las partes a la justicia ordinaria a la cual las partes se han sometido en el Contrato número 055/2005.

Es evidente que los Artículos 162 y 163 no imponen como obligatorio el arbitraje, pues expresamente señalan que "si el litigio o controversia





persistiere, las partes podrán recurrir al arbitraje”, lo que significa que se deja a voluntad de las partes decidir si van o no a arbitraje. El Principio de voluntariedad como elemento esencial de la vía arbitral de solución de conflictos el cual indica que el arbitramiento debe originarse en una decisión voluntaria y libre de las partes, pues de ella deriva la habilitación a los árbitros para actuar.

Por lo que previo los tramites de ley, piden que se declare nulo el laudo arbitral pronunciado a las diez horas del día diecisiete de abril de dos mil nueve y notificado el día diecinueve de noviembre de dos mil diez, por el Tribunal Arbitral en el juicio e arbitraje promovido por el ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO-SOCIEDAD ANÓNIMA-CAABSA CONSTRUCTORES, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, en relación del contrato número 055/2005 del Proyecto “Diseño y construcción de apertura Boulevard Diego de Holguín Santa Tecla (Tramo I)”, por la causal establecida en el Art. 68 número 2 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje; “No haberse constituido el Tribunal Arbitral en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso desde la iniciación del Trámite Arbitral”, relacionados con el Art. 193, ordinal 5 de la Constitución de la República de El Salvador y los Arts. 67, 68 numero 2 y 70 de la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje, Arts. 162 y 165 de la Ley de Adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública, y Arts. 131, 1316, 1416 del Código Civil, y la CLAUSULA DÉCIMA CG-02 DOCUMENTOS CONTRACTUALES y CG-48 LEYES APLICABLES JURISDICCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS de las Condiciones Generales del Contrato Número 055/2005.”

Al evacuar el traslado de Ley la representación de EL ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO, en esencia sustentó la tesis expuesta en su escrito de presentación del recurso.

FUNDAMENTACIÓN DE LA PARTE REURRIDA.

II- En cuanto a los alegatos del abogado CESAR ROLANDO GARCÍA HERRERA, en la calidad de Apoderado General Judicial de ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO-SOCIEDAD ANÓNIMA-CAABSA CONSTRUCTORES, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, en lo esencial, expuso:

Que al respecto con precisas instrucciones de sus representadas, viene a alegar sobre los argumentos relacionados con la supuesta constitución

indebida del Tribunal Arbitral. De conformidad al Art. 23 de la Constitución de la República, enuncia un derecho fundamental e irrenunciable. Que el arbitraje para la solución de las controversias derivadas del Contrato 0055/2005, es procedente porque el Art. 161 de la LACAP, establece de manera clara, precisa y categórica e imperativa para ambas partes que, el arreglo directo y el arbitraje de árbitros arbitradores, constituyen el proceso para solución de las controversias derivadas de contrataciones públicas, como la del caso que nos ocupa. Basta leer la redacción de dicha disposición Art. 161 (LACAP), no queda duda que el arreglo directo y el arbitraje de árbitros arbitradores son los medio alternos de solución de controversias establecida por mandato legal y de manera imperativa. Ese orden de ideas la renuncia al arbitraje que estaca al representación fiscal, está viciada de inconstitucionalidad y de ilegalidad, contra ley expresa y terminante.

Que el derecho que le asiste a su representante para resolver sus diferencias por arbitramiento es un derecho constitucional y legal no admite renuncia.

Que en consecuencia, el derecho a recurrir al arbitraje era como ahora lo es, irrenunciable aún por sus representadas en el presente caso. En todo caso comparten la tesis de los árbitros que a fs. 14 del laudo señalan "*para renunciar a un derecho, es menester estar previamente en el disfrute del mismo*", y que en el caso de que nos trata este el derecho a recurrir o renunciar nace únicamente después del arreglo directo.

Que en todo caso la aplicación de la autonomía de la voluntad en el campo administrativo, esta restringida tanto para el contratante como para el particular, al tratarse de un contrato de adhesión.

Que la palabra podrá y podrán, que aparecen respectivamente en los Arts. 162 y 165 de la LACAP, se debe señalar que esta disposición es el desarrollo del Art. 161 de la misma Ley. El podrá(n) no es una limitante ni la negación al derecho de acudir a la vía arbitral en materia de contratación pública, sin la potestad que cualquiera de las partes de activar dicho mecanismo de solución de controversias, una vez agotado el arreglo directo. Por lo que en base a los citados argumentos pide se declare sin lugar por improcedente dicho recurso de nulidad.

III- Además, consta de fs. 333 a fs. 339 vto., que se apersonaron los licenciados MARIO ENRIQUE SAENZ y HUMBERTO SAENZ MARINERO, actuando en calidad de representantes de EL ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE



264



VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO, como *Fiscales Especiales*, quienes intervinieron con el único y exclusivo propósito de reforzar las alegaciones esgrimidas por la representación fiscal, quienes en tal sentido se expresaron.

El Tribunal arbitral que conoció entre el diferendo de las partes, evacuó la prevención hecha presentando el expediente original y Laudo impugnado a ésta Cámara.

MOTIVACIÓN DE ÉSTA CÁMARA

IV- Leído que ha sido el recurso interpuesto y los alegatos argüidos por ambas partes, éste Tribunal estima necesario realizar el siguiente análisis:

Es de advertir en primer momento, que el presente análisis sólo se ceñirá sobre el punto de la nulidad del laudo arbitral por la causal expresa del Art. 68 numeral 2 de la Ley de Mediación, Conciliación y arbitraje, es decir por no haberse constituido el Tribunal Arbitral en *forma legal*.

Debe aclararse así mismo, que no es competencia de éste Tribunal esgrimir los sustentos fácticos o de derecho, cuando los mismos constituyen el fondo del tema que, en condiciones normales, se ha abstraído de la justicia ordinaria, para ser sometida voluntariamente a la vía arbitral. No obstante lo anterior, es innegable que existen derechos de carácter fundamental reconocidos por la Constitución que no pueden renunciarse, como el derecho a la vida o el de garantizar el debido proceso, por lo que la abstracción antes dicha, no comprende o no alcanza a éstos derechos, que valga decir, son deber del Estado garantizarlos.

Previamente debemos entender por Arbitraje, según dispone la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual estará investido de la facultad de pronunciar una decisión denominada laudo arbitral; de ello podemos afirmar que este derecho tiene su génesis en la voluntad, o bien, en la libre contratación, así lo regula y consagra el Art. 23 de la Constitución: *Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles.*"

Vale decir que el arbitraje se trata de *"...un procedimiento sui generis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se difiere la solución de*

conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proférer un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial" (Jorge Hernán Gil Echeverri).

Así, la configuración de la voluntad, normalmente y para efectos de el arbitraje, se estipula en los contratos o de manera extra contractual, pero siempre por escrito, a través *del convenio arbitral* o también conocido como *cláusula compromisoria* para controversias futuras y *compromiso arbitral* para controversias presentes, que es el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan llegar a surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica. Éste no se configura en cuanto a su forma un requisito *sine qua non*, pues se presume que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas, se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver la controversia, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento, y se presumirá que hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de él o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención.

Lo anterior constituye innegablemente que el arbitraje es *un mecanismo alternativo de resolución de conflictos*; y a él se antepone la jurisdicción ordinaria, por su imperioso principio que nadie puede juzgar ni ejecutar lo juzgado sino exclusivamente el Órgano Judicial, quien ostenta tal poder del Estado, Art. 172 inc. 1º de la Constitución. Desde luego que la misma Constitución reconoce que en base al principio de la libre contratación, en *materias consentidas* por la Ley suprema le es permitido acudir al arbitraje.

Todo lo anterior implica que las partes libres para contratar pueden disponer de su derecho para excluir la justicia ordinaria, otorgándole a terceros particulares a quienes consideran idóneos y capaces, funciones y facultades jurisdiccionales, derivado éstas del convenio arbitral, de la cual a su vez se derivan dos efectos: el efecto *sustantivo* y el efecto *procesal*.

El efecto sustantivo del convenio arbitral obliga a las partes a cumplir con lo pactado y a constituir el respectivo Tribunal Arbitral. Es decir, implica dotar a los árbitros de las facultades necesarias para intervenir y resolver válidamente el conflicto; por su parte el efecto procesal trae consigo la incompetencia de los jueces estatales para intervenir en la solución de aquellos conflictos que hayan sido sometidos al arbitraje.





Lo anterior implica que, del convenio arbitral es que nace la *competencia arbitral*, misma que consiste en que si las partes acuerdan someter su controversia al arbitraje, atorgan competencia al tribunal para determinar la controversia, en cuya consecuencia la *justicia ordinaria* queda inhibida para decidir sobre ese conflicto, salvo que la cláusula fuere nula o que las partes hayan renunciado al acuerdo de arbitraje. (Art. 32 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje)

Es así como podemos sostener que sin voluntad no puede ni debe haber arbitraje, pues sería desconocer su génesis. La misma constitución lo reconoce como un *derecho* dentro de la libertad de contratación y no como una obligación, de tal manera que ninguna Ley puede imponer tal método de resolución de conflictos ni privarlo, salvo cuando se trate de las materias excluidas por la misma Ley Suprema, pues sería pernicioso y desconocedor del sistema constitucional establecido.

Bajo el argumento anterior, es importante destacar que uno de los principios inspiradores a la institución del arbitraje es el de libertad: que se puede traducir como el reconocimiento de las facultades potestativas de las personas para adoptar medios alternativos al proceso judicial para la resolución de controversias, éste como un principio universal de dicha institución.

JUSTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA.

V- En el caso de autos, la controversia se genera de la interpretación conjunta de los Arts. 161 y 162 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, a los cuales sólo se hará referencia dentro del punto advertido, es decir, sólo para determinar si el Tribunal arbitral en el presente caso, se constituyó o no en forma legal:

Si partimos del hecho de que consta en el contrato una cláusula expresa donde ambas partes acuerdan renunciar al arbitraje como medio de solución de conflictos, (Cláusula Décima segunda del contrato 055-2005, con relación a la cláusula CG-48) en primer momento podemos decir que en el presente caso, existió un sometimiento forzoso al arbitraje, lo que no es constitucional ni legal.

No obstante para ver realmente la configuración legal o no del tribunal arbitral, el Licenciado Cesar Rolando García Herrera como apoderado de ASOCIO TEMPORAL COSNTRUCTORA MECO, SA. Y CAABSA CONSTRUCTORA, S.A. DE C.V., señala que dicha renuncia no es legal, por

tratarse de un derecho fundamental irrenunciable y por ser la vía arbitral de imperioso cumplimiento en la materia contratada.

Si bien es cierto la constitución reconoce el derecho de las personas que tenga la libre administración de sus bienes para que puedan terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento, la misma disposición plantea dicho derecho en el ámbito de la libertad de contratación, lo que supone que es una facultad que se puede o no ejercer, que puede ser objeto de renuncia, pero siempre de manera voluntaria, así reconocido por la Honorable Sala de lo Constitucional "...los aspectos que ofrece el derecho a la libre contratación son: (i) el derecho de decidir si quiere o no contratar, esto es, el derecho de decidir la celebración o no celebración de un contrato; (ii) el derecho de elegir con quien se quiere contratar, y (iii) el derecho de determinar el contenido del contrato, es decir la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes..." (Sentencia de 13-VII-2002, inc. 15-99-Considerando VI 3). Es éste último punto lo que muchos denominan la libertad de determinación que se refiere al contenido de las cláusulas del contrato, donde se ostenta la facultad de decidir si se prefiere o no el arbitraje o bien si se renuncia al mismo.

Si a lo anterior se contraponen el hecho de que es irrenunciable todo derecho constitucional, no cabría en nuestra legislación la renuncia a la tutela jurisdiccional ordinaria para ser sometida a arbitraje, resultando antagónica la misma Ley Suprema.

Sabiendo ya que el derecho de someter o terminar un asunto por arbitramento es una facultad constitucional que puede o no ejercerse, incluso renunciarse, por ser esencial la voluntad de las partes, no podemos afirmar que los Arts. 161 y 162 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, establecen por ministerio de Ley el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos.

Valga decir, que éste Tribunal no comparte el criterio que han sustentado estudiosos de dicha Ley, quienes afirman que esas dos disposiciones están relacionadas con el Art. 165 del mismo cuerpo legal, que señalan que el arbitraje de los contratos basados en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, contiene por sí mismo, una cláusula de arbitraje obligatorio, dado que en materia de arbitraje en nuestra legislación impera el principio del Postulado de la voluntad de las partes, que exige que exista un sometimiento válido, expreso o tácito, obligatorio a dichas cláusulas donde se establezca que toda controversia se solucionará en arbitraje, y que el principal fundamento del arbitraje, radica en la facultad que tienen las partes de renunciar a un derecho que les asiste, como el de





acudir a la justicia del Estado cuando cree vulnerado sus derechos. Así, y en concordancia con lo anteriormente dicho, éste Tribunal advierte que la palabra "podrán" que contempla el Art. 162 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, denota facultad, es decir es facultativo, de lo contrario sería incluso contradictorio con la Constitución misma.

Como tercer punto, es importante destacar que la renuncia al arbitraje en el caso de que nos ocupa, reúne los requisitos de ser válido por concurrir la voluntad de las partes y constar expresamente y estar firmado de manera conjunta, pues ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, SA., CAABSA CONSTRUCTORA, S.A. DE C.V., manifestó su voluntad adhiriéndose al contrato, quien tuvo la facultad o derecho de no contratar si creía darío o perjudicial dicha cláusula, Art. 23 de la Constitución; por lo que puede afirmarse que la renuncia es válida y surte sus normales efectos.

Consecuentemente, se puede afirmar que, un tribunal arbitral esta o fue legalmente constituido, si y solo si en él se reúnen todos los requisitos indispensables para que sus actuaciones sean válidas jurídicamente hablando; y el principal requisito indispensable es la *competencia arbitral*.

La competencia Arbitral también está sujeta a tres elementos que son: a) la arbitrabilidad de la materia objeto de arbitraje; b) el alcance del convenio arbitral y; c) la atribución o delegación.

La arbitrabilidad es el conjunto e hechos o circunstancias, obligaciones y derechos controvertidos que, de acuerdo con las normas aplicables, pueden ser materia de arbitraje.

El alcance del convenio arbitral es el componente de mandato y condiciones que las partes acuerdan encomendar a los árbitros sobre la materia de la controversia.

La atribución jurisdiccional o delegación, que es la facultad de administrar justicia.

Como puede verse, la ausencia de competencia arbitral vuelve ausentes también los anteriores elementos mencionados, haciendo padecer a cualquier tribunal arbitral que no lo ostente de una patología cuya consecuencia es ser declarado nulo su constitución por no ser conforme a la ley.

Consta en el presente caso, que una vez constituido e iniciado el trámite arbitral, se notificó al ESTADO, de la existencia y conformación del tribunal arbitral, la cual según tomo I del proceso de arbitraje remitido a éste Tribunal de fs. 30 al 32 y 48 al 54, donde aparece que se muestran parte las

licenciadas EUGENIA GUADALUPE SOSA SALAZAR y FLOR DE MARÍA ELIAS GUEVARA, quienes aclaran que lo hacen reservándose el derecho de plantear la nulidad en la instancia correspondiente. Mediante dicha intervención se presentan oponiéndose al arbitraje por existir una cláusula de renuncia a la vía del arbitraje para solucionar controversias, aunado al hecho de lo manifestado por el propio Licenciado Cesar Rolando García Herrera como apoderado de ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, SA. Y CAABSA CONSTRUCTORA, S.A. DE C.V., de que el arbitraje se desarrolló sin la presencia del ESTADO quien sólo intervino para alegar e interponer excepciones de incompetencia y oposición al proceso arbitral, por lo que se afirma que esta causal fue alegada de modo expreso desde la iniciación del Trámite Arbitral y no convalidada.



CONCLUSIÓN

VI- Lo anterior acarrea como consecuencia la nulidad del laudo arbitral pronunciado y del que se recurre, en virtud que se encuentra comprendido en la causal número 2 del Art. 68 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, debido a la falta de competencia, por haberse renunciado expresamente por escrito y por convenio entre las partes, que conlleva a no haberse constituido el Tribunal Arbitral en forma legal, y tal causal fue alegada en tiempo y forma por parte del ESTADO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO.

POR TANTO: Sobre la base de los razonamientos expuestos, disposiciones legales citadas y de conformidad a lo dispuesto en los Arts. 18, 172 inc 1° de la Constitución, 67, 68 y 70 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, a nombre de la República de El Salvador, esta Cámara **FALLA: DECLÁRASE NULO EL LAUDO ARBITRAL** pronunciado a las diez horas del día diecisiete de abril de dos mil nueve, dictado por el Tribunal Arbitral que conoció de la demanda incoada por ASOCIO TEMPORAL CONSTRUCTORA MECO, SA., CAABSA CONSTRUCTORA, S.A. DE C.V., contra EL ESTADO DE EL SALVADOR EN EL RAMO DE OBRAS PÚBLICAS TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO, en la divergencia surgida entre éstos, con relación al contrato suscrito entre los mismos, número 055/2005 del proyecto denominado "DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE APERTURA BOULEVARD DIEGO DE HOLGUÍN, SANTA TECIA (TRAMO I)".

Devuélvase el expediente original de arbitraje, presentado a ésta Cámara, al lugar señalado como sede arbitral con certificación de ésta Sentencia. **HÁGASE SABER.-**



[Handwritten signature]
[Handwritten signature]
Pronunciada por los Señores Magistrados que la Suscriben.-

[Handwritten signature]
Eno. lnto.

Y para que le sirva de legal NOTIFICACION, expido, firmo y sello la presente esuela en la ciudad de San Salvador, a las once horas treinta y cinco minutos del día treinta y uno de marzo de dos mil once.

[Handwritten signature]
Oficial Mayor



(

)