

LAUDO ARBITRAL PRONUNCIADO EN EL DIFERENDO ENTRE EL ASOCIO DIPRO-JORGENSEN CONTRA EL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO (MOPTVDU), SOBRE EL CONTRATO DE SUPERVISION DE LA AMPLIACION DE LA CARRETERA EL PORTEZUELO-ATIQUIZAYA-AHUACHAPAN-LAS CHINAMAS-EL JOBO, (CONTRATO 56/97).-

En la sede del tribunal arbitral, situada en Boulevard del Hipódromo, ahora Sergio Vieira de Mello, pasaje Uno, número ciento quince, Colonia San Benito, San Salvador, a las dieciséis horas del veintiséis de noviembre de dos mil tres.-

Reunidos los miembros de este Tribunal Arbitral, asociado del secretario 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:

NOMBRES, NACIONALIDAD, DOMICILIO Y GENERALES DE LAS PARTES.-

El presente proceso arbitral ha sido promovido por el Asocio DIPRO, DIRECCION DE PROYECTOS, SOCIEDAD CIVIL, de nacionalidad Mexicana, y ROY JORGENSEN ASSOCIATES, INC., incorporada bajo las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, de nacionalidad Estadounidense, que se abrevia DIPRO-JORGENSEN, por medio de su Apoderado General Judicial Licenciado Seth Mauricio Estrada Parada; contra Estado y Gobierno de El Salvador, en el Ramo de OBRAS PUBLICAS; representado por la Licenciada María Julia Corpeño, como delegada del señor Fiscal General de la República, en representación del Estado y Gobierno de El Salvador; ambos profesionales han sido los únicos que han intervenido en este proceso arbitral desde su inicio,

NOMBRES, NACIONALIDAD, DOMICILIO Y GENERALES DE LOS ARBITROS.-

El Tribunal Arbitral ha estado integrado por el Licenciado Roberto Vidales, Abogado, nombrado por el Ministerio

de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano; el Doctor Carlos Amilcar Amaya, Abogado, nombrado por el Asocio Dipro-Jorgensen; y el Doctor José Leonel Tovar, Abogado y Notario, nombrado por el señor Presidente de la Honorable Corte Suprema de Justicia, quien por designación de los Árbitros ha fungido como Presidente del Tribunal Arbitral; finalmente, se nombró al Doctor Guillermo Rodolfo Machón Rivera, Abogado, como Secretario del Tribunal; siendo todos los nominados

CUESTIONES SOMETIDAS A ARBITRAJE .-

Este proceso arbitral se originó al haber agotado las partes contratantes la etapa de trato directo, según consta en nota de fecha dieciséis de octubre del año dos mil, enviada por el Ministerio demandado al asocio demandante y agregada al presente proceso como anexo de la demanda, sobre los reclamos que hace el Asocio DIPRO-JORGENSEN, al MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO, por las controversias relacionadas con la ejecución del contrato identificado con el número cincuenta y seis/noventa y siete (56/97), suscrito el día veintidós de agosto de mil novecientos noventa y siete, por el ministerio demandado, a través del Proveedor Específico de la Dirección General de Caminos, y el consorcio DIPRO-JORGENSEN, integrado por las Sociedades DIPRO, DIRECCION DE PROYECTOS, SOCIEDAD CIVIL y ROY JORGENSEN ASSOCIATES, INC., por el cual se le otorgó a este consorcio la supervisión de la ampliación de la carretera El Portezuelo-Atiquizaya-Ahuachapán-Las Chinamas-El Jobo.- Como consecuencia de tal diferendo, el Asocio demandante ha sometido a la decisión de este tribunal los siguientes puntos.

- 1) *PAGO DE LOS COSTOS NO RECONOCIDOS EN SU OPORTUNIDAD POR EL CONTRATANTE.-*
- 2) *RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL VALOR DEL REDISEÑO DEL PROYECTO CONSTRUCTIVO.-*
- 3) *PAGO POR EL RETRASO EN EL RETIRO DE LA SUPERVISION POR INDIFINICIONES DEL MINISTERIO DEMANDADO.-*
- 4) *LA LIQUIDACION DEL CONTRATO CINCUENTA Y SEIS / NOVENTA Y SIETE.-*
- 5) *EL PAGO DE LA ESTIMACION FINAL DEL CONTRATO REFERIDO.-*

6) **LA DEVOLUCION DE RETENCIONES HECHAS CON OCASIÓN DEL CONTRATO.-**

CONSIDERACIONES PREVIAS.-

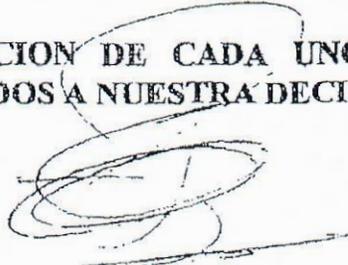
Antes de comenzar a analizar las cuestiones sometidas a su decisión y emitir sus resoluciones, es necesario hacer las siguientes consideraciones previas:

El Tribunal Arbitral ha conocido de este diferendo en base a lo dispuesto por la LEY DE MEDIACION, CONCILIACION Y ARBITRAJE; y se inició desde el veintisiete de agosto del corriente año, fecha en que las partes contendientes fueron notificadas de la aceptación del último de los Árbitros nombrados, Doctor José Leonel Tovar, sin que al respecto aquellas hayan hecho objeción legal alguna, por lo que este tribunal se ha constituido válidamente y, en consecuencia, de conformidad a lo dispuesto por el artículo cuarenta y nueve de la citada Ley, el plazo para la duración del proceso vencerá el veintisiete del corriente mes y año, encontrándonos, en consecuencia dentro de él.-

El arbitraje se ha conocido de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula VIGESIMA SEXTA: RESOLUCION DE CONFLICTOS, del contrato 56/97 al que antes se ha hecho referencia, teniendo los árbitros la calidad de árbitros arbitradores y bajo la modalidad del arbitraje AD-HOC al cual las partes se sometieron libremente y, en consecuencia, se obligaron a aceptar nuestra decisión que atenderá a la equidad, verdad y buena fé.-

En la tramitación de este proceso se han respetado todos los principios procesales, y por decisión de las partes hemos arreglado nuestro procedimiento a lo dispuesto por el Art. 47 de la Ley de la materia y, en cumplimiento de él, a las partes contendientes se les han respetado todos sus derechos constitucionales de defensa en juicio, de audiencia y del debido proceso; no habiendo hecho ninguna de las partes objeción legal alguna al respecto.- En el desarrollo del procedimiento las partes han intervenido y expuesto sus argumentos en forma verbal y escrita, así como también han presentado toda la documentación que, a su criterio, sustentan las posiciones de cada una de ellas respecto al diferendo ventilado, incluida la Declaración de Parte realizada por el Represente Legal del asocio, señor Eduardo Barquín Ruíz .-

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



Que en cumplimiento al encargo de resolver cada uno de los puntos sometidos a nuestra decisión, en base a lo dispuesto por el Art. 60 de la Ley de la materia, que establece las formalidades del presente Laudo, haremos para cada uno de ellos, una síntesis de las alegaciones y conclusiones de las partes, para concluir con nuestra fundamentación de la manera siguiente:

PUNTO NUMERO UNO.-

COSTOS NO RECONOCIDOS EN SU OPORTUNIDAD POR EL CONTRATANTE.-

El actor en su demanda, hace consistir estos costos en los salarios básicos y beneficios sociales para su personal, que tuvo que pagar y que no han sido reconocidos por el contratante; y en dicha demanda, en síntesis, expresó que la pretensión del asocio demandante se circunscribe a reclamar el pago de los referidos costos que no fueron reconocidos por el Ministerio demandado; que tales costos están comprendidos desde el mes de diciembre de mil novecientos noventa y siete al veinticuatro de marzo del año dos mil y que ascienden a la suma de CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS DOLARES SETENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA; señalando como fundamento de su reclamo, la cláusula DECIMA del Contrato y el artículo mil cuatrocientos diecisiete del Código Civil, pues la buena fe abona el cumplimiento de las obligaciones pactadas, por lo que se debe actuar con lealtad y sin malicia; por lo tanto al comprobarse por parte del contratista, que ciertamente se hicieron los gastos respectivos de los costos de supervisión y que no fueron reconocidos, éstos tienen que ser pagados, porque de lo contrario el Estado se estaría enriqueciendo sin justa causa, a costa del Asocio; reclamando el pago de tal cantidad, más los respectivos intereses hasta el completo pago de la obligación.-

La licenciada Corpeño, delegada del señor Fiscal de la República, por su parte, en el resumen escrito de alegaciones que presentó a las catorce horas del dieciocho del presente mes, expresó: que el asocio no ha probado que le asisten derechos sobre este reclamo, además de que no se conoció en el trato directo, no existiendo prueba alguna de ello en este proceso, ya que para probarlo presentó declaración de parte y un desglose que nunca se entregó copia al Ministerio Público, el cual bajo ningún concepto puede ser tomado como prueba por el Tribunal Arbitral; haciendo además un análisis de la declaración de parte como medio probatorio y concluyendo en que el asocio demandante no ha probado que le asiste el derecho a este reclamo.-

Este tribunal reitera que este punto fue conocido en el trato directo que, previo a este proceso arbitral, sostuvieron las partes contendientes, tal como consta en el Acta de la reunión celebrada por la Comisión de Trato Directo del Ministerio demandado con los delegados del Asocio, de fecha veintiuno de junio del año dos mil dos, que consta agregado a fs. 124 del anexo UNO del mismo Ministerio, por lo que la afirmación hecha por la Delegada Fiscal no es correcta; asimismo el reclamo tiene fundamento en el literal "i" de la cláusula DECIMA que el representante del asocio demandante señala, la cual no se transcribe pero consta en el contrato respectivo agregado en autos a petición del demandante; que la copia del desglose presentado por el asocio demandante le fue entregado al Ministerio Público por el Secretario de este tribunal, por medio de la secretaria del Señor Fiscal General de la República; más sin embargo, este tribunal es unánime en estimar que **NO HA LUGAR A ESTE RECLAMO**, por que a su criterio no existen elementos de juicio suficientes como para condenar al demandado, ya que si bien es cierto que aparece un desglose de los salarios y beneficios que se dicen haber sido pagados, no se estableció que efectivamente lo hayan sido, mediante la prueba pertinente; la sola afirmación mediante la declaración de parte del representante legal del referido Asocio, no puede considerarse suficiente para su comprobación.- Por tales razones se *resuelve*: **ABSUELVESE AL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO, DEL PAGO AL ASOCIO DIPRO-JORGENSEN DE LOS COSTOS NO RECONOCIDOS EN SU OPORTUNIDAD POR EL CONTRATANTE.-**

**PUNTO NUMERÓ DOS:
RECONOCIMIENTO DEL VALOR DEL REDISEÑO DEL PROYECTO
CONSTRUCTIVO.-**

Afirma el actor en su demanda que los servicios de rediseño no fueron previstos en el contrato ni tomados en cuenta para la determinación de la remuneración del contratista, pero que fueron realizados por el asocio demandante en vista de que el diseño original de la obra era inviable, además, agravó la situación la circunstancia de que la supervisión no tenía a su disposición los derechos de vía, por no encontrarse aún liberados, vale decir negociados por el Estado, por lo que no se podía realizar ni el rediseño en forma continua, debiendo efectuarse en forma seccionada en muchos tramos, lo cual dificultaba sensiblemente las tareas del rediseño y obligaba a tareas complementarias como las relativas a ensamblar las

diferentes secciones rediseñadas; al grado tal que el rediseño tuvo que efectuarse casi en su totalidad y que al compararse el diseño original con el que sirvió para construir la obra, se concluye que se trata de dos diseños diferentes; que su pretensión, en relación con estos trabajos adicionales imprevistos e imprevisibles, se concretiza en que le sea pagada la suma de UN MILLON DOSCIENTOS CATORCE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE DOLARES CUARENTA Y TRES CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.-

La representante Fiscal, en el mismo resumen escrito de alegaciones antes mencionado, y sobre este punto expresó en síntesis: Que este reclamo no procede porque no fue discutido en el trato directo y además, porque los cambios al proyecto constructivo era y es responsabilidad del Asocio demandante, pues ellos asumieron esa responsabilidad al contratar con el Estado de El Salvador en el Ramo de Obras Públicas; que esa afirmación se verifica al hacer un breve recorrido documental de los términos de referencia del contrato No. 56/97, fundamentado en el Concurso No. 80/96, que recibe la denominación: "Ampliación Carretera: El Portezuelo-Atiquizaya-Ahuachapán-Las Chinamas-El Jobo"; en adición a esos términos de referencia, también las Condiciones Generales de los contratos les atribuyen más obligaciones y responsabilidades a los oferentes; habiendo transcrito partes de dichos documentos para una mejor comprensión.

La parte demandante sobre este punto en discordia, solicitó el nombramiento de peritos para que rindieran dictamen de si el rediseño no se encontraba incluido en el contrato ni en los otros documentos contractuales; que, además, compararan el proyecto constructivo original y el realizado por el Asocio demandante, para que concluyeran si son diseños diferentes y contienen soluciones constructivas distintas; y por último, que determinaran el valor del referido rediseño, más el Impuesto de IVA, habiendo aceptado el tribunal dicho peritaje únicamente sobre los dos últimos puntos, no así sobre el primero por considerar que no era propio de prueba pericial.- Las partes nombraron sus respectivos peritos, a petición del tribunal; por lo que la Ingeniera Ana Yanira Claros de Contreras fue nombrada por la demandada y el Ingeniero Ricardo Avilés Presidente por el Asocio demandante; dichos peritos no se pusieron de acuerdo en uno de los dos puntos, por lo que en base a lo dispuesto por el inciso primero del artículo cincuenta y cinco de la Ley de la materia, este tribunal nombró al Ingeniero José Mauricio Stubig como tercer perito.- El dictámen de los tres peritos fue unánime en su conclusión de que el diseño original y el que en definitiva se utilizó para la construcción de la carretera son diferentes, al grado que la misma perita nombrada por la parte demandada

manifestó que, según su criterio, los planos de diseño entregados al inicio de la obra distan mucho de los planos con que fue construido, con una enorme diferencia, aproximadamente de un ochenta y cinco por ciento; no existiendo unanimidad entre ellos sobre la cantidad que debiera ser reconocida al Asocio, pues la perita del Ministerio, a pesar de que considera que no es procedente el reclamo, sin embargo recomienda que se le reconozca al asocio por este reclamo, la suma de ciento noventa y tres mil ciento cincuenta y tres dólares ochenta y cinco centavos de dólar de los Estados Unidos de América, equivalente al cinco por ciento del monto contractual original.-

Este punto mereció una especial atención por parte de los árbitros, por tratarse del tema más importante de los reclamos realizados por el Asocio demandante y, además, por no encontrarse previstos los rediseños en el texto del contrato, ni tomados en cuenta para la determinación de su remuneración; por ello luego de que en la discusión pertinente no llegáramos a un acuerdo unánime, se conformó la mayoría mediante el voto de los árbitros José Leonel Tovar y Carlos Amilcar Amaya, en el sentido de que **HA LUGAR** a este reclamo, no así el árbitro Licenciado Roberto Vidales, quien manifiesta no estar de acuerdo con esta decisión, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo sesenta y uno de la Ley de la materia, manifestará por escrito las razones que motivan su separación del criterio de los árbitros mayoritarios.- A pesar de que existen razones de índole legal y de la doctrina propia del Derecho Administrativo que avalan la tésis mayoritaria, por la naturaleza del presente arbitraje no haremos mención de ellas y nos centraremos en señalar solamente las que atienden a la equidad la verdad y a nuestra buena fe.- La decisión se ha tomado entre otras, por las siguientes razones: El Asocio demandante fue contratado para realizar la supervisión de la ampliación de la carretera antes expresada, es decir, para administrar y coordinar la obra, evaluando su avance físico y financiero, los volúmenes y procedimientos constructivos, lo mismo que la calidad de los trabajos; sin embargo, ante las dificultades imprevistas e imprevisibles que se le presentaron, como son las grandes y graves deficiencias técnicas del diseño que le fue entregado para la realización de la obra, así como la falta de liberación de los derechos de vía, lo obligó a realizar ambas actividades, tanto de supervisor como de diseñador de la obra, para lo cual no estaba contratado; ante esta situación el Asocio demandante pudo haber tomado una de dos alternativas: retirarse irresponsablemente de la obra y dejarla abandonada para que fuera realizada posteriormente por otra compañía, que con seguridad a estas alturas dicha carretera todavía estaría esperando su

realización, o comportarse con la responsabilidad como lo hizo, realizando el nuevo diseño que resultó viable y que permitió la construcción de esa vía para la satisfacción del interés general, con el riesgo de que no le fueran reconocidos los costos que asumía; que la realidad de ese nuevo diseño se estableció en autos aún con lo afirmado por la perito nombrada por la parte demandada, por lo que no puede haber duda alguna de su realización; que, además, en la copiosa prueba documental presentada por la misma delegada fiscal existe prueba que el socio, en su constante correspondencia, informó al Ministerio demandado de la inviabilidad del diseño que originalmente le fue entregado y que sobre la marcha, además de supervisar la construcción de la obra, tenía que ir diseñando, por la necesidad del proyecto mismo y por los requerimientos constantes de la empresa constructora, la que aducía que no podía continuar construyendo porque el diseño original no era apropiado, debiendo realizar diversidad de cambios en el trayecto, como por ejemplo: para preservar árboles centenarios que no podían ser destruidos o evadir las ruinas arqueológicas que debían ser preservadas y otros obstáculos que se encontraron en el trayecto, todo ello como fue expuesto por el representante legal del socio y reconocido por los delegados del ministerio cuando expusieron verbalmente sus alegaciones, lo que para el socio significaba un trabajo más complejo, de mayor cuidado y responsabilidad, en consecuencia dicho Ministerio nunca ignoró la necesidad de ese nuevo diseño, por lo que puede decirse que existió una aceptación tácita, por parte del demandado, de la ejecución de dicho rediseño, pues, realmente, lo único que nunca existió, fue un acuerdo entre las partes sobre la cantidad que se le iba a reconocer al socio por esa obra, de todo lo cual puede colegirse que dicha obra fue realizada de buena fe, la cual debe presumirse siempre en todo tipo de contratos; y, por último, que si bien es cierto que los documentos TERMINOS DE REFERENCIA del concurso, la OFERTA TECNICA y el Contrato mismo establecen obligaciones sobre esta materia para el supervisor, pero ellas se refieren a algunos cambios en los planos y otro tipo de pequeñas modificaciones, puesto que se asume que el diseño original está realizado de manera correcta y que resulta viable en toda su extensión, pero no para realizar un nuevo diseño, tal como los peritos unánimemente han sostenido.- Sin embargo, el tribunal arbitral estima que no puede accederse a la cantidad reclamada por el Socio en su demanda, la cual supera al cálculo realizado por el propio perito propuesto por el referido Socio, quien por sus conocimientos técnicos, considera el tribunal que se encuentra en las mejores condiciones para asesorarlo al respecto, en consecuencia se deberá condenar al pago de la cantidad señalada por dicho perito.-

Por todas las razones antes expuestas y en base a lo dispuesto por los artículos cincuenta y nueve, sesenta y sesenta y uno de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, este Tribunal, por mayoría de votos, con fundamento en la evidencia presentada, vista y estudiada, según nuestro saber y entender, sin tomar en cuenta más que la conciencia, la verdad y la buena fe, **RESUELVE: CONDENASE AL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTE Y VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO, A PAGARLE AL ASOCIO DIPRO-JORGENSEN, LA CANTIDAD DE NOVECIENTOS TRES MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO DOLARES OCHENTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, MAS EL TRECE POR CIENTO CORRESPONDIENTE AL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y LA PRESTACION DE SERVICIOS (IVA), MAS LOS INTERESES DEL DOCE POR CIENTO ANUAL A PARTIR DEL VEINTISIETE DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE HASTA LA FECHA DE SU COMPLETO PAGO, EL CUAL DEBERÁ REALIZARCE A MÁS TARDAR DENTRO DEL PLAZO DE SESENTA DÍAS CONTADOS A PARTÍR DE LA FECHA EN QUE CAUSE EJECUTORIA ESTE LAUDO.**

PUNTO NÚMERO TRES:

PAGO POR EL RETRASO EN EL RETIRO DE LA SUPERVISION POR INDEFINICIONES DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO.-

El Asocio demandante afirma en su demanda, en síntesis, que entregó su informe final el quince de abril de dos mil y esperó los sesenta días que indica la cláusula Décima Quinta del contrato, para recibir las posibles observaciones; que el Ministerio demandado no hizo ninguna observación en dicho plazo, por lo que a más tardar el catorce de junio de ese mismo año, debió pagarle al asocio cualquier adeudo y la devolución de sus retenciones; que al prolongarse los procesos de liquidación indefinidamente, el referido asocio desde el quince de julio de dos mil, hasta la fecha de la demanda ha incurrido en gastos no contemplados originalmente para poder liquidar el proyecto; que dicho reclamo se encuentra amparado en lo que al respecto señala la cláusula Vigésima Cuarta del contrato, la cual transcribe; que, en consecuencia, el ejecutor se obligó para con el contratista a reconocer todos los costos y gastos hasta el día de terminación, pero como las indefiniciones y

lentitud de procedimientos del Ministerio demandado, obligaron al asocio a mantener las estructuras completas de supervisión hasta el veinticuatro de marzo de dos mil, sin resolución modificativa que respaldara los trabajos realizados desde el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y nueve hasta el veinticuatro de marzo de dos mil; que tales costos reclamados ascienden a la suma de OCHENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS VEINTISEIS DOLARES SESENTA Y CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.

Por su parte, la delegada fiscal, en el mismo resumen escrito de alegaciones, en síntesis manifestó: Que el retiro del asocio del proyecto fue a iniciativa del mismo asocio, no habiendo existido fuerza del Ministerio de Obras Públicas; que la acción de dar por terminado unilateralmente el contrato, no puede ser invocado para obtener provecho propio e injusto, en perjuicio de otras personas, en este caso, en perjuicio de los contribuyentes del Estado; pues sucedería todo lo contrario, es el mismo Ministerio que podría demandar por los perjuicios que le pudo ocasionar ese retiro del asocio; que por lo expuesto, las pretensiones expuestas por el asocio en su demanda, al mencionar la cláusula Vigésima Cuarta a fin de pretender cobrar lo relacionado a gastos y honorarios, supuestamente efectuados por el Consultor, está totalmente fuera de contexto, porque en ningún momento fue el ejecutor quien le dijo al consultor que prescindiría de sus servicios sino que al contrario fue el consultor o asocio en este caso el que se negó a la continuación de sus servicios, en consecuencia no procede este reclamo.-

Sobre este punto el tribunal arbitral por unanimidad estima que el asocio no ha establecido de manera suficiente su reclamo, ya que se concretó a presentar un desglose de costos por retraso de supervisión, pero no demostró con la prueba pertinente que realmente se hayan realizado, pues la sola declaración de parte, hecha por el representante legal del mismo, no puede considerarse prueba suficiente que conlleve convicción a este tribunal, en consecuencia considera que

NO HA LUGAR A ESTE RECLAMO.-

Por lo antes expuesto y los artículos cincuenta y nueve, sesenta y sesenta y uno de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, el Tribunal por unanimidad y según nuestro saber y entender, por ser este un arbitraje de equidad, tomando en cuenta únicamente la conciencia, la verdad y la buena fe, **RESUELVE: ABSUÉLVESE AL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO, DEL PAGO POR EL RETRASO**

EN EL RETIRO DE LA SUPERVISION QUE LE ES RECLAMADO POR EL ASOCIO DIPRO-JORGENSEN.-

PUNTO NÚMERO CUATRO:

LIQUIDACION DEL CONTRATO CINCUENTA Y SEIS / NOVENTA Y SIETE.-

El asocio demandante pretende que se ordene al Gobierno y Estado de El Salvador, que proceda a liquidar el contrato, dentro del término de treinta días contados a partir del día en que el presente Laudo quede ejecutoriado y pasado en autoridad de cosa juzgada, verificando la liquidación final del contrato; liquidación que considera procedente porque desde el catorce de abril de dos mil, el asocio entregó el informe final de los trabajos de supervisión al Ministerio demandado; y desde esa fecha hasta la de la presentación de la demanda en este proceso arbitral, ya transcurrieron más de dos años sin que dicho Ministerio haya hecho objeciones u observaciones al referido informe, habiendo transcurrido el plazo de sesenta días que la cláusula Décima Tercera del Contrato le concede para ello.

La representante del Ministerio, en el mismo resumen escrito de sus alegaciones antes referido, en síntesis, expresa: Que los reclamos que podrá conocer el tribunal arbitral, son aquellos que fueron agotados en la etapa de trato directo, que son los que se describen en la nota del veintitrés de octubre de dos mil, enviada por el asocio al Ministerio, modificados unilateralmente por el apoderado del asocio; que este reclamo, junto con los dos restantes que se refieren al pago de la estimación final y la devolución de las retenciones, están entrelazados entre sí, pero el asocio no podrá presentar declaración jurada que haga constar que no existen reclamos económicos derivados del contrato, pues si existen reclamos por parte del Ministerio, a los cuales el asocio se ha negado a que se conozcan por la vía arbitral; esa declaración jurada que regula la cláusula décima quinta del contrato No. 56/97, no solo es por reclamos del asocio, sino también por los que formule el Ministerio demandado, por lo que de igual manera que no se pudieron conocer los reclamos del Estado de El Salvador en el ramo de Obras Públicas, tampoco se puede acceder a ejecutar los tres reclamos ya citados, porque de lo contrario, se vulneraría la cláusula contractual que regula lo concerniente al pago final.

Sobre este punto el tribunal arbitral en forma unánime se pronuncia que **HA LUGAR** a esta pretensión, por las razones siguientes: Si bien es cierto que la parte final de la parte primera de la cláusula Décima Quinta del Contrato cincuenta y seis/ noventa y siete, exige para su liquidación la presentación de una declaración

jurada en la que conste que no existen reclamos económicos derivados del contrato suscrito entre la parte actora y la parte demandada, la representante del Ministerio demandado no comprobó, dentro de este proceso, que exista otro reclamo de parte del asocio en contra del Ministerio, más que el presente; ni tampoco comprobó que existan reclamos de parte del Ministerio en contra del asocio demandante; la simple afirmación de que los hay o que los habrá no constituyen prueba de nada; el tribunal no puede evitar pronunciarse sobre este punto, creyendo en eventualidades que pueden o no concretarse; en consecuencia quedando resuelto el presente diferendo mediante el presente laudo, para este tribunal no queda pendiente ningún otro reclamo con respecto al contrato cincuenta y seis/ noventa y siete, objeto de este diferendo.-

En base a todo lo expuesto y los artículos cincuenta y nueve, sesenta y sesenta y uno de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, procediendo con entera libertad y tomando en cuenta solamente nuestra conciencia, a la verdad y a la buena fe, este tribunal arbitral *RESUELVE*:

ORDENASE AL GOBIERNO Y ESTADO DE EL SALVADOR PROCEDA A LA LIQUIDACION FINAL DEL CONTRATO CINCUENTA Y SEIS/ NOVENTA Y SIETE, QUE FUE SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO Y EL CONSORCIO DIPRO-JORGENSEN, EL DIA VEINTIDOS DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE, REFERENTE A LA SUPERVISION DE LA AMPLIACION DE LA CARRETERA EL PORTEZUELO-ATIQUIZAYA-AHUACHAPAN-LAS CHINAMAS-EL JOBO; LIQUIDACION QUE DEBERA REALIZAR DENTRO DEL PLAZO DE TREINTA DIAS, CONTADO A PARTIR DE LA FECHA EN QUE CAUSE EJECUTORIA EL PRESENTE LAUDO ARBITRAL.-

PUNTO NÚMERO CINCO:

PAGO DE LA ESTIMACION FINAL.-

Según la demanda presentada por el Apoderado del asocio, la pretensión sobre este punto se reduce a que el Gobierno y Estado de El Salvador, sean condenados a pagarle al asocio la suma de CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE DOLARES NOVENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, más los respectivos intereses contados a partir del último día del mes de agosto del año dos mil, fecha en que debió haberse pagado; que tal reclamo lo hace en virtud de que

desde el treinta y uno de julio del año dos mil, mediante nota C-SPV-163-00, el asocio le presentó al gerente del proyecto de la Unidad Coordinadora de Proyectos del Ministerio demandado, para su revisión, aprobación y pago, la estimación número veintiocho, que corresponde al final de la obra desarrollada, la cual asciende a la cantidad reclamada, con IVA incluido; sin que hasta la fecha se le haya pagado y ni siquiera se ha revisado, no obstante haber vencido el plazo para su pago y la contratista haber realizado todas las erogaciones que en la referida estimación se expresan; y que según la cláusula DÉCIMA inciso cuarto del contrato respectivo, establece para el pago de dichas estimaciones, el plazo de treinta días calendario siguientes a la presentación de estados de cobro; que por ello es procedente que el ejecutor le pague el total de dicha estimación, más los intereses.-

Por su parte, la representante del Ministerio demandado, en el mismo resumen escrito de sus alegaciones, en síntesis expresa: Que este reclamo se encuentra entrelazado con el anterior, o sea el de liquidación del contrato, y con el siguiente, el de devolución de retenciones; que tampoco es procedente porque el asocio no podrá presentar la declaración jurada que exige el final del inciso primero de la cláusula décima quinta del contrato, que haga constar que no existen reclamos económicos derivados del contrato, pues si existen reclamos del Ministerio, a los cuales el asocio se ha negado a que sean conocidos por vía arbitral; que esa declaración jurada no solamente es por los reclamos del asocio, sino también por aquellos que le formule el Ministerio, por lo que de igual manera que no se pudieron conocer los reclamos del Estado de El Salvador en el ramo de Obras Públicas, tampoco se puede acceder a ejecutar los tres reclamos ya citados, porque de lo contrario, se vulneraría la cláusula contractual que regula lo concerniente al pago final.

El tribunal por unanimidad ha determinado que **HA LUGAR** al presente punto reclamado, por las siguientes razones: El argumento señalado por la representante del Ministerio demandado, es que el asocio demandante no podrá presentar la declaración jurada en la que conste que no existen reclamos económicos derivados del contrato, exigida por la parte final del inciso primero de la cláusula décima quinta del contrato; pues, afirma, existen reclamos del Ministerio demandado a los cuales el asocio se ha negado a que sean conocidos por la vía arbitral, pero la existencia de dichos reclamos no fue comprobado en este proceso arbitral; por lo que para este tribunal arbitral el único reclamo existente de naturaleza económica

es el que se encuentra conociendo; decidido el cual ya no existirá reclamo alguno; este tribunal no puede dejar de pronunciarse sobre este punto, por eventuales reclamos que las partes pueden o no hacerse con posterioridad.- En consecuencia es procedente acceder a lo solicitado por el asocio, pero no por la cantidad que menciona en su demanda, la cual no comprobó en el proceso, puesto que en su escrito de fecha nueve de octubre del presente año, solicitó que se librara oficio al Ministerio demandado para que informara a este tribunal, la cantidad a que asciende el total de la estimación número veintiocho que corresponde al final de la obra desarrollada por su patrocinada, la que, según sus cuentas, ascendía a la cantidad que expresa en su demanda; confiriéndole así a la institución demandada una especie de juramento estimatorio.- El Ministerio, por su parte, contestó mediante oficio de fecha cuatro del corriente mes, que el monto de la referida estimación es de un millón ciento setenta y ocho mil ciento dieciocho Colones con cincuenta y cinco centavos, equivalentes a ciento treinta y cuatro mil seiscientos cuarenta y dos dólares doce centavos de dólar, con IVA incluido; en consecuencia es al pago de esta cantidad a la que se condenará-

Por todo lo anteriormente expresado y los artículos cincuenta y nueve, sesenta y sesenta y uno de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, por unanimidad y con fundamento en nuestro leal saber y entender, tomando en cuenta únicamente nuestra conciencia, la verdad y la buena fe, **SE RESUELVE: CONDENASE AL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO, A PAGARLE AL ASOCIO DIPRO-JORGENSEN, LA CANTIDAD DE CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS DOLARES DOCE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, MAS LOS RESPECTIVOS INTERESES DEL DOCE POR CIENTO ANUAL, CONTADOS A PARTIR DEL ULTIMO DIA DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL HASTA LA FECHA DE SU COMPLETO PAGO, EL CUAL DEBERÁ REALIZARLO A MAS TARDAR DENTRO DEL PLAZO DE SESENTA DIAS CONTADO A PARTIR DE LA FECHA EN QUE CAUSE EJECUTORIA EL PRESENTE LAUDO ARBITRAL.-**

**PUNTO NUMERO SEIS.
DEVOLUCION DE RETENCIONES.-**

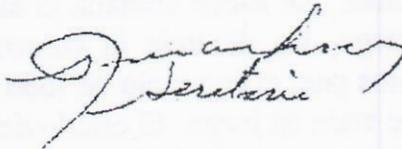
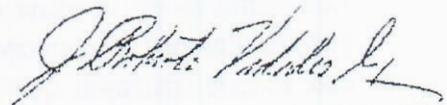
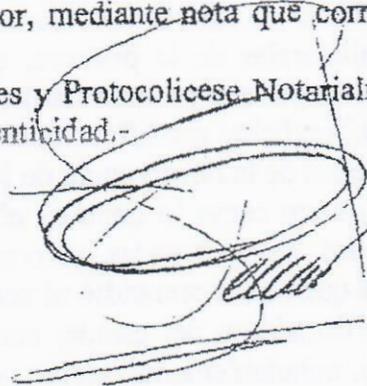
El apoderado del asocio afirma en su demanda, que de conformidad a la Cláusula Décima Tercera del Contrato, durante todo el desarrollo de la obra, le fue retenido al asocio, como garantía de fiel cumplimiento, el diez por ciento de cada factura presentada a cobro, de los montos correspondientes a salarios básicos, beneficios sociales, gastos generales y pagos del consultor; retenciones que no le han sido devueltas, no obstante haberse requerido en las notas de fecha siete de julio del año dos mil y C-SPV-159-00; que al haber transcurrido más de sesenta días, desde la fecha en que el asocio entregó al Ministerio demandado, el informe final y los planos finales, de conformidad a la referida cláusula, deben serle devueltas todas las retenciones referidas, las cuales ascienden a la suma de DOSCIENTOS CUARENTA MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO DOLARES TREINTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.-

Por su parte, la representante del Ministerio demandado, en el mismo resumen escrito de sus alegaciones, en síntesis, expresó: que este reclamo está entrelazado con los dos anteriores, por lo que el asocio no podrá presentar declaración jurada que haga constar que no existen reclamos económicos derivados del contrato, pues si existen reclamos de parte del Ministerio que representa, a los cuales el asocio se ha negado a que se conozcan por la vía arbitral; que esa declaración jurada que regula la cláusula décima quinta del contrato No. 56/97, no solamente es por los reclamos del asocio, sino también aquellos que formule el Ministerio demandado; que de igual manera que no se pudieron conocer los reclamos del Estado de El Salvador en el ramo de Obras Públicas, tampoco se puede acceder a ejecutar este reclamo, porque de lo contrario, se vulneraría la cláusula contractual que regula lo concerniente al pago final.-

Sobre este punto en discordia, el tribunal unánimemente determinó que HA LUGAR al reclamo, básicamente por las mismas razones que los dos anteriores, ya que la representante del Ministerio demandado, no probó en este proceso arbitral la existencia de esos otros reclamos económicos del Ministerio a que se refiere, por lo que para este tribunal solo existe el reclamo de tipo económico que se conoce en este proceso arbitral; no pudiendo dejar de resolver el diferendo, por sujeción a procesos eventuales que pueden llegar a concretarse o no; además, el punto del pago de la estimación final y éste, referente a la devolución de las retenciones, se refiere a dinero que le pertenece al asocio, que lo ha devengado con su trabajo y que no se le está regalando, sino que simplemente se le está devolviendo algo que

Este tribunal advierte que no hace condena en costas por no haber sido solicitada por la parte actora; y que la tasa de interés del doce por ciento anual a que la sido condenado a pagar el Estado y Gobierno de El Salvador, es la resultante del promedio de las tasas básicas activas mensuales a partir del año de mil novecientos noventa y siete al once de este mes; proporcionados por el Banco Central de Reserva de El Salvador, mediante nota que corre agregada a los autos, de fecha once de los corrientes

Notifíquese a las partes y Protocolícese Notarialmente el presente Laudo Arbitral para efectos de su autenticidad.-



VOTO RAZONADO DEL ARBITRO LICENCIADO ROBERTO VIDALES:

El Arbitro Roberto Vidales disiente del fallo acordado por los otros dos árbitros sobre el punto segundo del litigio: "Reconocimiento del valor del rediseño del proyecto constructivo", considerando que el consorcio DIPRO-JORGENSEN no tiene derecho ni merece el pago reclamado en dicho punto, por las siguientes razones:

1.- El consorcio DIPRO-JORGENSEN excedió indebidamente sus facultades contractuales al efectuar el rediseño de la obra sin autorización del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano. De la lectura del contrato, y de los dictámenes de los peritos, aunque éstos no estaban obligados a dictaminar al respecto lo hicieron como originalmente se les había encomendado, resulta claro que la obligación de rediseñar no entraba entre sus deberes contractuales, el consorcio alega haberlo hecho para "evitar atrasar el cumplimiento del contrato y darle continuidad a la obra". El mismo contrato, en su cláusula vigésima tercera prevé



la posibilidad de modificaciones al mismo, "de mutuo acuerdo entre las partes contratantes, mediante resolución modificativa formalizada con los mismos procedimientos del presente instrumento, previa no-objeción del BID". Si había que modificar la obra, entonces, existía un procedimiento contractual para hacerlo, y se hizo uso del mismo, como quedó establecido desde la demanda, en tres ocasiones. La incorporación de elementos nuevos en la relación contractual y de modificaciones en la obra es la resultante, como lo ha reconocido la demandante y confirmado el Ministerio, de acciones unilaterales de la primera, que en ningún momento fueron acordadas o aprobadas siquiera por el otro contratante, por lo que no puede atribuirse a éste responsabilidad legal sobre dichas modificaciones.

El principio de la obligatoriedad de la observancia de los pactos tiene pleno vigor en el campo del derecho público, tanto como lo tiene en el derecho privado. Las acciones del consorcio, como es natural, son motivadas, pero no pueden usarse para pretender obligar al estado a una carga que nunca pretendió ni aceptó tácitamente.

Las demoras en la toma de decisiones del estado, con respecto a las modificaciones pretendidas por el consorcio, indudablemente, serían un inconveniente para éste, pero ésta es una situación que tenía que tener prevista cualquier contratante con el estado. El proceso de toma de decisiones del mismo es menos ágil que en la esfera de los particulares y no se debe sólo a posibles ineficiencias burocráticas, sino al hecho que el estado está sujeto a normas que hacen dilatada la toma de decisiones debido a los intereses que están en juego, los de toda la colectividad y los fondos que son propiedad y deben destinarse para el beneficio de todo el pueblo; es más, así debe de ser, vistos los intereses que están en juego. El estado debe defender el interés de todos y deben existir medidas de control de sus decisiones para evitar el mal uso de fondo o la desviación de poder de los funcionarios públicos en favor de intereses particulares.

2.- No pueden alegarse argumentos de orden público para llevar a cabo a una labor sin autorización del estado y pretender cobrarla a éste. Tal alegato lo puede hacer el estado mismo, pero no un particular. Están en juego intereses de la colectividad, que no pueden ser determinados por un particular, y fondos públicos.

El consorcio DIPRO-JORGENSEN no realiza obras públicas mirando el interés de la colectividad, sino buscando un lucro. Si esto es una motivación lícita e inobjetable, no puede permitirse que prevalezcan sus intereses sobre los del otro contratante, ni puede aceptarse que sus miras pretendían un beneficio social que se veía entorpecido por la acción del estado. El consorcio no tuvo el más mínimo reparo en retirarse de la relación contractual en cuanto vio sus intereses económicos vulnerados.

Sólo el estado, como persona jurídica de derecho público que encarna la voluntad general, puede determinar los intereses colectivos. Esto es cierto tanto en la

determinación de políticas y las acciones para consumarlas, como lo sería la construcción de una obra pública, como la decisión de concluir dicha obra pública o las condiciones en que ésta se hará. La pretensión del consorcio no es diferente a la de aquél que construya cualquier obra que pueda servir para beneficio público y pretenda que el estado, que no ha tenido participación ni voluntad de acción en su creación, le pague por la realización de dicha edificación.

3.- Estimo que ante un tribunal de estricto derecho, DIPRO-JORGENSEN no tendría posibilidad de obtener la satisfacción de la pretensión de que se trata, sin embargo, el tribunal resolverá según la equidad y existen razones para defender el pago del rediseño al consorcio; al fin, la carretera fue completada, está en funcionamiento y es usada por los ciudadanos salvadoreños; también las razones expuestas por el consorcio, y que no han sido rebatidas por el Ministerio, como errores en la determinación de condiciones en que se efectuará la construcción, preservación de zonas ecológicamente valiosas o de carácter arqueológico, no son irrazonables, en manera alguna.

Sin embargo, las soluciones de ingeniería que pueden darse a diversos problemas, por lo general, no son únicas, sino que puede aplicarse una variedad de ellas a los mismos; el Ministerio tenía que tener la oportunidad de escoger entre las distintas soluciones posibles, y había un procedimiento señalado para ello; el consorcio, según la declaración de su propio representante ante el Tribunal Arbitral, escogió no hacer uso de ese procedimiento, alegando dilaciones en la obra, posibles costos en exceso, etcétera. Esto podrá ser razonable desde el punto de vista del consorcio, pero aparte de ser una vulneración del contrato, privaba al Ministerio de la posibilidad de escoger entre las distintas soluciones técnicas posibles la que le pareciera más conveniente. El estado, representado por el Ministerio, puede tener prioridades distintas a las propuestas y realizadas en base a los diseños de DIPRO-JORGENSEN, tener simplemente tener una opinión diferente sobre las medidas propuestas, estar constreñido por razones presupuestarias u otras de orden público para aceptar las propuestas del consorcio. Al igual que en el derecho privado, es la voluntad del contratante la que prevalece en estos casos. De hecho, no podemos estar seguros que las soluciones propuestas por DIPRO-JORGENSEN sean las más convenientes al estado, sino las más caras, que el estado ha tenido que aceptarlas como un hecho consumado o que en un futuro tenga que poner un remedio a errores técnicos o de conveniencia que impliquen las soluciones implementadas por el consorcio. Las acciones del consorcio parecen indicar una voluntad de sustituir la voluntad del estado y el interés público por su voluntad personal, cosa que ningún particular puede arrogarse. También llevan implícita una evidente actitud perjudiciada de ver al estado

como una entidad inherentemente ineficiente, como un obstáculo para la realización de la voluntad de los particulares; esto no puede admitirse nunca, bajo ninguna excusa, para sustituir la voluntad del estado en cualquier campo de su competencia.

Finalmente, de ninguna manera puedo considerar equitativa una compensación cuando ésta se pretenda con base a un acto que no puede ser considerado sino de mala fe por parte de quien lo reclama. Aún la perita designada por el Ministerio ha señalado que existe una diferencia entre los planos originales y los llevados a cabo por DIPRO-JORGENSEN equivalente al ochenta y cinco por ciento de la obra; a la simple mención de esto podemos señalar el absurdo sobre el que se pretende decidir. El perito designado por este Tribunal ha señalado la racionalidad de modificaciones de los planos originales en el transcurso de una obra, pero ha señalado como razonable una proporción de modificaciones notablemente menor; no era ni siquiera necesaria esta opinión para llegar a la conclusión de que el consorcio ha cometido un verdadero abuso y que las pretensiones de DIPRO-JORGENSEN constituyen un absurdo. Las únicas posibilidades frente a esto son que los planes originales fueron diseñados por un lego en la materia, lo que no es el caso, evidentemente; que el consorcio conoció y aprobó los planos a sabiendas de la imposibilidad de llevar a cabo el proyecto, tal como estaba diseñado; o que ha realizado modificaciones innecesarias al diseño a espaldas del Ministerio con la intención de cobrarlos por una vía no pactada. La conclusión que podemos llegar es que DIPRO-JORGENSEN ha hecho uso de un expediente que, lamentablemente, resulta común en nuestro medio: el incumplimiento de un contrato realizado por el estado con la intención prevista de reclamar un pago en exceso del acordado, por la vía arbitral, en perjuicio del estado y de la sociedad salvadoreña.

