

1-APL-2022.

I.-ENCABEZAMIENTO DE LA SENTENCIA.

CÁMARA PRIMERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO: San Salvador, a las nueve horas cuarenta y tres minutos del nueve de noviembre de dos mil veintitrés.

1.1) IDENTIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y PARTES.

Vistos en apelación del laudo arbitral en derecho pronunciado *el veinticinco de julio de dos mil veintidós*, su aclaración, corrección y adición, dictada *a las doce horas del quince de agosto de dos mil veintidós*, por el tribunal arbitral conformado por los árbitros licenciados Reynaldo Alfonso Herrera Chavarría, Carlos Alberto Peñate Guzmán y doctor Jorge Pineda Escobar, el cual fue emitido por simple mayoría con la concurrencia de los votos de los dos primeros, ya que el último es un árbitro disidente; en el **PROCEDIMIENTO ARBITRAL INSTITUCIONAL EN DERECHO**, promovido por los abogados **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ SÁNCHEZ y MARÍA DE LOS ÁNGELES RODRÍGUEZ MEJÍA**, continuado de forma conjunta con la licenciada **MÓNICA MARÍA BONILLA ULLOA**, todos como mandatarios del demandante, ahora apelante y apelado, ingeniero **IARS**, contra el demandado, hoy también apelante y apelado **FONDO DEL MILENIO II, FOMILENIO, ENTIDAD DEL MILENIO** ahora **ESTADO y GOBIERNO DE EL SALVADOR**, a través del Fiscal General de la República, representado procesalmente por los licenciados **EUGENIA GUADALUPE SOSA SALAZAR, RICARDO ERNESTO TABLAS OLIVARES, NOÉ ALEXANDER FERNÁNDEZ PERDOMO, MÓNICA MARCELA MARROQUÍN MERINO, HUMBERTO SAENZ MARINERO, ALFREDO JOSÉ BULLAR GONZALEZ, BRUNO DOIG GONZALES OTOYA, HUÁSCAR ALFONSO EZCURRA RIVERO y MILÁN PEJNOVIC DELGADO**, la primera en su calidad de agente auxiliar del señor Fiscal General de la República, y los demás como apoderados de la Fiscalía General de la República.

Han intervenido en el referido procedimiento los mencionados abogados, a excepción de las licenciadas **MÓNICA MARÍA BONILLA ULLOA y EUGENIA GUADALUPE SOSA SALAZAR**, y en esta sede judicial las referidas profesionales y los licenciados **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, RICARDO ERNESTO TABLAS OLIVARES, NOÉ ALEXANDER FERNÁNDEZ PERDOMO y MÓNICA MARCELA MARROQUÍN MERINO**, en la calidad expresada.

1.2) LAUDO ARBITRAL IMPUGNADO.

El fallo del laudo del que se recurre, literalmente **DICE:**

“1º) DECLÁRASE NO HA LUGAR la pretensión contenida en el numeral 2) del petitorio del memorial de contestación de la demanda, referente a declarar que los derechos del contratista de controvertir las decisiones del ingeniero han caducado.

2º) DECLÁRASE NO HA LUGAR, la pretensión del demandante contenida en el apartado i) del petitorio de la demanda, referente a declarar que ha existido incumplimiento por parte de **FOMILENIO II, ENTIDAD DEL MILENIO** ahora **ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR,** del contrato *****/2019** para **“CONSTRUCCIÓN, REEMPLAZO Y REHABILITACIÓN DE LOS CENTROS EDUCATIVOS DE LOS 45 SISTEMAS INTEGRADOS DE ESCUELA INCLUSIVA DE TIEMPO PLENO (SI-EITP), A SER INTERVENIDOS, GRUPOS 3, 4 Y 5. CINCO (5) CENTROS EDUCATIVOS”**, Lote No. *****,** Centro Escolar San Antonio, proyecto situado en el Municipio de Concepción Batres, Departamento de Usulután, al no haber entregado planos y especificaciones al contratista que contuvieran la información, especificaciones técnicas o instrucciones necesarias para la ejecución puntual de las obras, lo que constituye eventos de compensación en base a (sic) la cláusula 46 (g) de las GCC del contrato, por lo cual FOMILENIO II estaba obligado a otorgar una prórroga a la fecha de terminación propuesta en base a (sic) la cláusula 30.1 de las GCC del contrato, sin necesidad de ser solicitado por escrito por el Contratista, ya que el contratista había realizado las advertencias previas en las reuniones sostenidas con el ingeniero de acuerdo a las cláusulas 33.1 y 34.1 de las GCC del contrato.

3º) DECLÁRASE NO HA LUGAR la pretensión del demandante contenida en el apartado ii) del petitorio de la demanda, referente a declarar que ha existido incumplimiento por parte de **FOMILENIO II, ENTIDAD DEL MILENIO** ahora **ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR,** del contrato *****/2019** para **“CONSTRUCCIÓN, REEMPLAZO Y REHABILITACIÓN DE LOS CENTROS EDUCATIVOS DE LOS 45 SISTEMAS INTEGRADOS DE ESCUELA INCLUSIVA DE TIEMPO PLENO (SI-EITP), A SER INTERVENIDOS, GRUPOS 3, 4 Y 5. CINCO (5) CENTROS EDUCATIVOS”**, Lote No. *****,** Centro Escolar San Antonio, proyecto situado en el Municipio de Concepción Batres, Departamento de Usulután, al ordenar cambios sustanciales en la obra ejecutada de los que además no entregó planos y

especificaciones correctas y completas, lo que constituye un evento de compensación en base a la cláusula 46 (g) de las GCC del contrato, por lo cual FOMILENIO II estaba obligado a otorgar una prórroga a la fecha de terminación propuesta en base a la cláusula 30.1 de las GCC del contrato, sin necesidad de ser solicitado por escrito por el Contratista, ya que el contratista había realizado las advertencias previas en las reuniones sostenidas con el ingeniero de acuerdo a las cláusulas 33.1 y 34.1 de las GCC del contrato.

4º) **DECLÁRASE NO HA LUGAR** la pretensión del demandante contenida en el apartado iii) del petitorio de la demanda, referente a declarar que ha existido incumplimiento por parte de **FOMILENIO II, ENTIDAD DEL MILENIO** ahora **ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR**, del contrato *****/2019** para “**CONSTRUCCIÓN, REEMPLAZO Y REHABILITACIÓN DE LOS CENTROS EDUCATIVOS DE LOS 45 SISTEMAS INTEGRADOS DE ESCUELA INCLUSIVA DE TIEMPO PLENO (SI-EITP), A SER INTERVENIDOS, GRUPOS 3, 4 Y 5. CINCO (5) CENTROS EDUCATIVOS**”, Lote No. *******, Centro Escolar San Antonio, proyecto situado en el Municipio de Concepción Batres, Departamento de Usulután, al emitir instrucciones nuevas que involucraban trabajos adicionales y no estaban contenidas en la obras a ejecutarse, ordenando al contratista a utilizar cemento fluido o “lodocreto”, en cada una de las pilas de las edificaciones, lo que constituye un evento de compensación en base a la cláusula 46 (g) de las GCC del contrato, por lo cual, FOMILENIO II estaba obligado a otorgar una prórroga a la fecha de terminación propuesta en base a la cláusula 30.1 de las GCC del contrato, sin necesidad de ser solicitado por escrito por el Contratista, ya que el contratista había realizado las advertencias previas en las reuniones sostenidas con el ingeniero de acuerdo a las cláusulas 33.1 y 34.1 de las GCC del contrato.

5º) **DECLÁRASE NO HA LUGAR** la pretensión del demandante contenida en el apartado iv) del petitorio de la demanda, referente a declarar que ha existido incumplimiento de contrato por parte de FOMILENIO II, ENTIDAD DEL MILENIO ahora ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR, pues ordenó la modificación de la obra originalmente pactada en el contrato, lo que constituye un evento de compensación en base a la cláusula 46 (g) de las GCC del contrato, por lo cual, FOMILENIO II estaba obligado a otorgar una prórroga a la fecha de terminación propuesta en base a la cláusula 30.1 de las GCC del contrato, sin necesidad de ser solicitado por escrito por el Contratista, ya que el contratista había realizado las advertencias

previas en las reuniones sostenidas con el ingeniero de acuerdo a las cláusulas 33.1 y 34.1 de las GCC del contrato.

6º) DECLÁRASE NO HA LUGAR la pretensión del demandante contenida en el apartado v) del petitorio de la demanda, referente a declarar que el contrato sigue surtiendo sus efectos jurídicos plenos en vista de que la condición suspensiva de incumplimiento esencial atribuible al contratista nunca ocurrió, por lo que en base al artículo 1350 C.C., a **FOMILENIO II**, jamás le nació el derecho a dar por terminado el contrato, en base a la cláusula 61.1 de las GCC del contrato, careciendo de total eficacia legal la terminación del contrato de fecha 13 de octubre de 2020, siendo una condición fallida en base al artículo 1353 C.C.

7º) DECLÁRASE NO HA LUGAR la pretensión del demandante consistente en ordenar a **LA CENTRAL DE SEGUROS Y FIANZAS, SA.**, no proceder o suspender el pago de las fianzas de fiel cumplimiento y de anticipo a **FOMILENIO II, ENTIDAD DEL MILENIO** ahora **ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR**, ya que el contrato no se dio por terminado por **FOMILENIO II**.

8º) DECLÁRASE NO HA LUGAR la pretensión del demandante, consistente en declarar que el uso del pago anticipado o anticipo a que se refiere la Cláusula 53.1 de las GCC del contrato ha sido justificado en base a la cláusula 53.2 de las GCC del contrato ya que el Contratista lo utilizó para la compra de los equipos, planta, materiales y gastos de movilización necesarios específicamente en la ejecución del contrato.

9º) PRETENSIONES CONTENIDAS EN EL APARTADO VIII DEL PETITORIO DE LA DEMANDA:

A. DECLÁRASE NO HA LUGAR la petición del demandante consistente en declarar la resolución del contrato *****/2019** para “construcción, remplazo y rehabilitación de los centros educativos de los 45 sistemas integrados de escuela inclusiva de tiempo pleno (SI-EITP) a ser intervenidos, grupos 3, 4 y 5. CINCO (5) centros educativos” lote ******* centro escolar San Antonio proyecto situado en el municipio de Concepción Batres departamento de Usulután.

B. DECLÁRASE HA LUGAR el reclamo consistente en ordenar a **FOMILENIO II, ENTIDAD DEL MILENIO** ahora **ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR**, pagar al contratista ingeniero **IARS** la cantidad de **CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS PUNTO OCHENTA Y CUATRO DÓLARES DE LOS**

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$159,992.84) en concepto de obra ejecutada y no pagada, que incluye la retención del 5% de la obra ejecutada hasta el momento equivalente a \$22,792.06.

C. DECLÁRASE NO HA LUGAR el reclamo consistente en ordenar a **FOMILENIO II, ENTIDAD DEL MILENIO** ahora **ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR**, indemnizar al contratista por la cantidad de **DIEZ MIL SESENTA Y TRES PUNTO CUARENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA** (\$10,063.40) en concepto de materiales ordenados en el proyecto y no ocupados y bodega provisional que al momento de entrega quedó en el proyecto tales como, hierro, cemento, grava, bloques, arena, alambre de amarre y otros, debido a la comunicación de terminación del contrato por parte de **FOMILENIO II**.

D. DECLÁRASE HA LUGAR el reclamo consistente en ordenar a **FOMILENIO II, ENTIDAD DEL MILENIO** ahora **ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR**, pagar al contratista ingeniero **IARS** la cantidad de **MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**, (\$1,000.00) en concepto de costos justificables de remoción de equipo del sitio de la obra al plantel del contratista.

E. DECLÁRASE NO HA LUGAR el reclamo consistente en ordenar a **FOMILENIO II, ENTIDAD DEL MILENIO** ahora **ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR** indemnizar al contratista por la cantidad de **QUINIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA** (\$500.00) en concepto de protección y aseguramiento de las obras desde la comunicación de determinación del contrato por parte de **FOMILENIO II** hasta la entrega de las instalaciones por parte del contratista.

10º) DECLÁRASE NO HA LUGAR el reclamo consistente en ordenar a **FOMILENIO II, ENTIDAD DEL MILENIO** ahora **ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR** indemnizar al contratista en concepto de daños y perjuicios de (sic) como lucro cesante formulado en la demanda por la cantidad de **TRESCIENTOS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA** (\$300,000.00).

11º) No hay especial condenación en costas.”

Tanto el mandatario de la parte demandante, licenciado **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ SÁNCHEZ**, quien se mostró inconforme con el contenido de los ords. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 8º, como los representantes procesales del demandado **ESTADO Y GOBIERNO DE EL**

SALVADOR, licenciados **EUGENIA GUADALUPE SOSA SALAZAR, RICARDO ERNESTO TABLAS OLIVARES, NOE ALEXANDER FERNÁNDEZ PERDOMO y MÓNICA MARCELA MARROQUÍN MERINO**, con los ords. 8° y 9° literales **B., y D.**, del fallo del aludido laudo de fs. 2753 a 2969 p.p., interpusieron recursos de apelación para ante esta sede judicial, como consta en sus escritos de fs. 5 a 32 y de 33 a 51 fte., respectivamente, del presente incidente.

II.- ANTECEDENTES DE HECHO.

2.1) ALEGACIONES FORMULADAS POR LA PARTE ACTORA EN EL ESCRITO DE DEMANDA.

Los procuradores del actor ingeniero **IARS**, licenciados **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ SÁNCHEZ y MARÍA DE LOS ÁNGELES RODRÍGUEZ MEJÍA**, en el referido libelo de fs. 9 a 58 p.p., en lo medular **EXPUSIERON**:

Que su poderdante, suscribió el diecinueve de agosto de dos mil diecinueve, con el FONDO DEL MILENIO II, representado por el señor WAPR, en su calidad de Director Ejecutivo, el CONTRATO ***/2019, para “CONSTRUCCIÓN, REEMPLAZO Y REHABILITACIÓN DE LOS CENTROS EDUCATIVOS DE LOS 45 SISTEMAS INTEGRADOS DE ESCUELA INCLUSIVA DE TIEMPO PLENO (SI-EITP) A SER INTERVENIDOS, GRUPOS 3, 4 Y 5. CINCO (5) CENTROS EDUCATIVOS” lote ***, Centro Escolar San Antonio, proyecto situado en el municipio de Concepción Batres, departamento de Usulután, en adelante denominado el contrato.

Como contraprestación por la ejecución de las obras, a su mandante se le pagaría la cantidad de UN MILLÓN CIENTO VEINTIDÓS MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO DÓLARES CON OCHENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA MÁS IVA.

La fecha de terminación propuesta de acuerdo a la cláusula 1.1 (gg) de las Condiciones Generales y Particulares del contrato era de DOSCIENTOS DIEZ DÍAS CALENDARIO contados a partir de la fecha de inicio de las obras (210 días); es decir, el diecisiete de noviembre de dos mil diecinueve.

De acuerdo a la cláusula 1.1 (y) de las condiciones generales del contrato -en adelante GCC-, FOMILENIO II supervisaría la ejecución a través de un ingeniero, por lo que el cuatro de

septiembre de dos mil diecinueve, se le entregó al contratista notificación por escrito mediante la cual hacían de su conocimiento el nombramiento de la compañía DISEÑO, TRANSPORTE E INFRAESTRUCTURA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que se abrevia D.T.I., S.A. DE C.V., como ingeniero que supervisaría la ejecución de las obras.

Con base en las subcláusulas 33.1 y 34.1 de las GCC, el ingeniero o el contratista podían realizar reuniones con el objeto de advertir cualquier situación en relación a la ejecución de las obras, con la obligación del ingeniero de registrar el propósito de las mismas y entregar copias de las actas respectivas que se levantarán.

De acuerdo a la cláusula 30.1 de las GCC, el ingeniero supervisor en nombre de FOMILENIO II, estaba obligado a prorrogar la fecha de terminación propuesta en caso de que ocurriera un “evento de compensación” o se emitiera una “variación” que imposibilitara que se lograra la conclusión de las obras en la fecha de terminación propuesta, sin que el contratista emprendiera medidas para acelerar el retardo de la obra, de tal manera que incurriera en costos adicionales. Siendo el único requisito que el contrato señala para proceder a la prórroga, la advertencia previa, es decir, bastaba con una verbal.

Tal y como consta en la hoja de bitácora de fecha dieciocho de septiembre de dos mil diecinueve, el contratista evidenció que los planos que FOMILENIO II había entregado, no coincidían con la situación del terreno en el lugar del proyecto, razón por la cual tuvo que proceder a realizar un levantamiento topográfico mucho más detallado. La falta de documentos correctos que permitieran la ejecución puntual de las obras ocasionó un atraso de 4 meses, debido a que los mismos fueron finalmente proporcionados unos hasta en febrero de dos mil veinte y otros hasta marzo de ese mismo año, generando costos adicionales.

Es decir, desde el primer día de inicio de las obras, existía un incumplimiento de parte de FOMILENIO II, que de acuerdo a la subcláusula 46.1 (c) de las GCC, era un “evento de compensación” que ameritaba que se extendiera el plazo de terminación de las obras con base en la subcláusula 30.1.

La incongruencia en los planos se hizo del conocimiento de FOMILENIO II a través de reuniones con el ingeniero supervisor D.T.I., S.A. DE C.V., llevadas a cabo los días veintiséis, treinta de septiembre y tres de octubre de dos mil diecinueve; sin embargo, el ingeniero, no entregó al contratista copia de las actas de dichas reuniones.

Por tanto, el retraso que FOMILENIO II le imputa a su cliente, fue ocasionado por dicha entidad. La condición suspensiva del acaecimiento de incumplimiento por parte de su mandante nunca se dio, por lo que jamás le nació el derecho de dar por terminado un contrato con responsabilidad para el contratista.

Los días tres y ocho de octubre de dos mil diecinueve, el ingeniero supervisor expresó al contratista que se harían replanteos de módulos nuevos, es decir, que ya no se haría la obra contratada, sino que cambiaría parte de la labor a ejecutarse.

Tal como consta en las bitácoras 40, 41, 42, 43, 44, 54, 60 64, 73, 74, 95, 96 y 113 los días 10, 11, 18, 24, 31 de octubre 1, 15 y 27 de noviembre de dos mil diecinueve, se llevaron a cabo las reuniones de seguimiento y se habló de los módulos nuevos, en las cuales el contratista hizo ver al ingeniero supervisor la falta de planos y especificaciones técnicas que contuvieran las instrucciones necesarias para la ejecución puntual de las obras, según los nuevos cambios que ordenaba. Sin embargo, las advertencias no fueron consignadas en el acta por el ingeniero supervisor.

La falta de planos de las obras originales y la de los que contuviera la información, y especificaciones técnicas necesarias para la ejecución puntual de las nuevas, FOMILENIO II ocasionó: a) un significativo incremento en el tiempo necesario para la realización del proyecto por lo menos 110 días; y b) costos adicionales aproximadamente de \$ 30,000.00.

A pesar que con fecha diecinueve de noviembre de dos mil diecinueve, mediante carta, el ingeniero supervisor hizo entrega de detalles en papel tamaño carta y sin firma de columnas, planta de fundaciones, entrepiso, estructura de coronamiento, así como los detalles típicos de las zapatas del nuevo edificio del módulo C, existía incongruencia de los mismos, las que fueron subsanadas mediante cartas entregadas hasta los días veinticinco de noviembre de dos mil diecinueve, diecisiete y dieciocho de febrero de dos mil veinte, en clara violación de la cláusula 46.1 (c) de GCC.

Todos los hechos relacionados anteriormente, debieron de haber sido considerados como “eventos de compensación” con base en la cláusula 46.1 (c) del contrato, lo que obligaba al ingeniero de acuerdo a la cláusula 30.1 a prorrogar la fecha de terminación propuesta, sin necesidad de presentar una solicitud, bastando únicamente que el evento sucediera y que el contratista así se lo advirtiera en las reuniones sostenidas.

En vista de la inactividad del ingeniero frente a todos los anteriores eventos de compensación, su mandante presentó una solicitud de prórroga de plazo por 110 días, que se realizó inicialmente en el mes de marzo de 2020, denegándose el trámite de la misma. Fue hasta el mes de junio de dos mil veinte, que aceptaron recibirla, pero solamente concedieron 52 días adicionales de los cuales únicamente restaban 20 días efectivos de trabajo, ya que los otros 32 ya habían transcurrido como parte del cierre debido a la pandemia de COVID-19. El constructor cuestionó al supervisor del proyecto sobre tal punto ya que no era el tiempo suficiente para poder finalizar las obras por retrasos en tiempo y costos adicionales por todo el tiempo perdido en virtud de la falta de planos que permitieran su ejecución puntual y los cambios realizados.

Se remitió nueva solicitud de prórroga la cual se presentó en junio de 2020; sin embargo, no se le dio trámite a la misma, y se le comunicó al contratista que no podía incluir los cambios en las obras y la falta de planos como motivo de prórroga, únicamente la podía pedir por el acontecimiento de las lluvias y COVID-19, por lo que así lo tuvo que hacer su mandante, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda haya una respuesta.

Modificación de la obra por nueva directriz para el uso de lodocreto o cemento fluido.

El día veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve, el contratista tuvo una reunión con base en la cláusula 34.0 de las GCC con el ingeniero supervisor y con el administrador del contrato, por medio de la cual se advirtió sobre las especificaciones establecidas en las condiciones particulares del contrato y en el anexo B: lista de cantidades, que las bases de construcción deben de ser de piedra cuarta, es decir, no llevan cemento fluido o lodocreto, solamente pedraplén. Se hizo ver que el material ligante debía de utilizarse únicamente en las capas superficiales de los cimientos en donde se colocan las zapatas.

Sin embargo, FOMILENIO II a través del ingeniero MD, dio órdenes para que se colocara cemento fluido en cada una de las capas de las pilas de las edificaciones nuevas.

El costo adicional por la nueva directriz, sería un total aproximado de TREINTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, y el tiempo adicional que se necesitaría para llevar el material al sitio, mezclarlo y luego distribuirlo, sería de más de 2,808 horas, equivalente a 117 días corridos de trabajos, es decir, las 24 horas del día.

Esa instrucción dada por el ingeniero supervisor de la ejecución de las obras, constituye por si sola un evento de compensación con base en la cláusula 46.1 (g) de las GCC, lo cual obligaba a prorrogar la fecha de terminación propuesta en atención a la cláusula 30.1 de las GCC, con la sola ocurrencia del evento, sin necesidad de presentar una solicitud de prórroga, siempre y cuando se hubiere advertido dicha situación en las reuniones entre el contratista y el ingeniero.

Cambio en relación al área de cocina -comedor.

El veintidós de octubre de dos mil diecinueve, el ingeniero supervisor de FOMILENIO II entregó mediante correo electrónico los planos arquitectónicos de comedor-cocina que iba a formar parte de las obras realizarse y que no fue contratado entre las partes, pues se ordenó eliminar el área del taller de piscicultura, que estaba comprendido en la partida CUATRO PUNTO CERO CERO CONSTRUCCIONES NUEVAS del Anexo B: Listas de cantidades del contrato, y crear una nueva edificación de COCINA-COMEDOR. El ingeniero supervisor no prorrogó la fecha de terminación propuesta, a pesar de que estaba obligado a hacerlo con base en las cláusulas 34.1 y 46.1 (g) del contrato, sin necesidad de que se solicitara.

Solicitud de prórroga.

Durante el mes de diciembre de dos mil diecinueve y enero de dos mil veinte, el ingeniero supervisor remitió comunicación por escrito al contratista mediante diferentes cartas, haciendo ver que se encontraba retrasado en la construcción de las obras. Sin embargo, en ningún momento se reconoció que la demora fue ocasionada por la emisión de instrucciones del supervisor, ni por falta de planos correctos que contuvieran las instrucciones necesarias para el cumplimiento puntual de las obras.

En dichas cartas señalaba que no se había entregado un plan de contingencia; sin embargo, el contrato firmado entre las partes obligaba a su representado, con base en la sección 47.7 de las condiciones particulares y generales del contrato, a presentar diferentes planes (administración, medioambiental, social, de participación ciudadana, de género e inclusión, etc.), pero jamás uno de contingencia, el cual fue presentado a pesar de no estar obligado a ello con base al contrato.

El contratista decidió presentar, con base en la cláusula 30.2 de las GCC, con fecha cuatro de septiembre de dos mil veinte, una nueva solicitud de prórroga. Asimismo, presentó el cinco del referido mes y año, la solicitud de ORDEN DE CAMBIO, a fin de que se consignaran

por escrito todas las instrucciones y cambios nuevos que se habían realizado y de esa forma se pudiera efectuar el pago por la nueva obra ejecutada. Sin embargo, FOMILENIO II jamás respondió a dichas solicitudes.

Se remitió al contratista una copia de carta de fecha 8 de octubre de 2020 por medio de la cual se declaraba que existía un avance físico de la obra ejecutada total del CUARENTA Y NUEVE POR CIENTO (49%) pero que se recomendaría la terminación del contrato.

La siguiente comunicación que su mandante recibió fue una carta de fecha trece de octubre de dos mil veinte, por medio del cual FOMILENIO II decide DAR POR TERMINADO EN CONTRATO.

Cobro del 100% de las Fianzas de Anticipo y de Fiel Cumplimiento.

De acuerdo a los términos del contrato suscrito entre las partes, su representado debía de presentar al cliente una garantía de anticipo y otra de cumplimiento del contrato.

Tal como se ha demostrado a lo largo de la demanda y mediante la prueba ofrecida en la misma, es FOMILENIO II quien incumple el contrato, ocasionando el atraso en la ejecución de las obras de su mandante; las garantías de anticipo y de cumplimiento de contrato no pueden ser presentadas a cobro por el cliente. Por lo que es procedente se ordene a la CENTRAL DE SEGUROS Y FIANZAS, S.A. que no realice el pago de las mismas.

Amortización del anticipo.

De conformidad al contrato firmado, FOMILENIO II efectuó un pago anticipado al contratista por los importes establecidos en las PCC, que consistió en la cantidad de \$253,748.01; dicha cantidad, el contratista, de conformidad a la cláusula 53.2 de las GCC la utilizaría para pagar los equipos, planta, materiales y gastos de movilización necesarios, específicamente en la realización del proyecto, lo cual demostraría mediante entrega al ingeniero de las facturas o de otros documentos en forma y contenido aceptables por este último.

A la fecha de terminación del contrato, se había cancelado de ese anticipo la cantidad de \$103,020.10, quedando pendiente la cuantía de \$150,727.91. Su mandante con base en la subcláusula 53.3 de las PCC, iba amortizando el anticipo con las estimaciones presentadas para cobro, la última fue dada junto con la orden de cambio el 5 de septiembre de 2020. FOMILENIO II jamás tomó ninguna decisión con respecto a la referida orden ya que con fecha 13 de octubre 2020, procedió a la terminación anticipada del contrato, razón por la cual ya no se pudieron

seguir presentando los valores de la construcción acabada junto con la documentación de soporte que justificaba el uso total del anticipo.

Liquidación de las obras realizadas por FOMILENIO II.

En el memorial de contestación se anexa un cuadro de liquidación que establece que la obra terminada tiene un valor de \$652,301.37, y que los pagos acumulados ya realizados al contratista suman la cantidad de \$515,100.59, por lo que hay un saldo a favor pendiente de pago por \$137,220.78, más las retenciones acumuladas de \$22,792.06, lo que da un total de \$159,992.84, a favor del contratista.

“Supuestos vicios” en las obras ejecutadas parcialmente.

Los abogados de la parte demandada, sostienen que encontraron vicios ocultos en la obra ejecutada; entre otros: en edificio A, rehabilitaciones: paredes con grietas; en edificio B y C: columnas y vigas de concreto con colmenas; paredes desplomadas. Sustentan como un acto de mala fe, que lo entregado por el contratista, no estaba correctamente ejecutado.

En virtud de la cláusula 61.6 su representado se vio obligado a salir del sitio de la obra en octubre de 2019. FOMILENIO II, contrató nuevos servicios de construcción hasta en febrero de dos mil veinte, según fue reconocido en su memorial de contestación de demanda en el proceso anterior al arbitraje, es decir, que la obra estuvo abandonada por casi cuatro meses.

En ese sentido, la aseveración hecha en cuanto a que los supuestos vicios ocultos encontrados son imputables a su representado, no pueden tenerse por ciertos, pues no se presenta prueba fehaciente sobre los mismos. Además, es importante tomar en consideración que, durante el desarrollo del proyecto, cada obra debía ser aprobada por el ingeniero supervisor, antes y después de ser ejecutada.

Consecuencias legales del incumplimiento del ingeniero que pueden ser reconocidas únicamente en arbitraje institucional de derecho.

Desde que FOMILENIO II hizo entrega a su representado de la carta de fecha 13 de octubre de 2020, el contratista siempre ha alegado que dicha terminación fue realizada en violación a lo establecido en el contrato, pues no ha ocurrido ningún incumplimiento esencial imputable que pueda dar lugar a la finalización.

Si bien, las partes pactaron en la subcláusula 61.1 de las GCC, que cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato; dicho derecho no era puro y simple, sino que tenía

una condición, la cual consiste en que debe existir un “incumplimiento esencial por una de las partes”.

La terminación del contrato que se realizó es un acto jurídico unilateral, pues fue realizado solo por una de las partes. Ello en virtud del art. 1416 C.C., que señala que los efectos de un contrato legalmente celebrado pueden cesar por el consentimiento mutuo de las partes.

En el presente caso, FOMILENIO II no cumplió con lo expresado en la cláusula 61.1 de las GCC, pues procedió a dar por finalizado el contrato cuando fue su informalidad la que causó los retrasos en la ejecución de la obra, y, por lo tanto, no hubo una inobservancia esencial del contratista. Por ende, debe declararse que la condición suspensiva, no acaeció, por lo que no tenía derecho declarar la terminación, careciendo de efectos jurídicos la misma.

Por lo anterior, su mandante solicita la resolución del convenio celebrado entre FOMILENIO II y el contratista, con base en el art. 1360 inc. 1° C.C., y siendo que ciertas obligaciones de pago ya habían sido cumplidas tal y como se señala en el cuadro de liquidación proporcionado por el demandado requirieron con base en el art. 1360 y 1427 inc 1° C.C., la indemnización de perjuicios que comprende el daño emergente y lucro cesante.

*Por lo que, entre otras cosas, **PIDIERON:** que se declarara que FOMILENIO II incumplió el contrato ***/2019, por lo que el mismo sigue surtiendo sus efectos jurídicos plenos, en vista que la condición suspensiva de incumplimiento esencial atribuible al contratista nunca ocurrió; que el uso del pago del anticipo ha sido justificado; se condenara al referido demandado al pago de las siguientes cantidades: \$159,992.84 en concepto de obra ejecutada y no pagada; \$10,063.40 por materiales ordenados y no ocupados; \$1,000.00 por costos justificables de remoción de equipo del sitio de la obra; \$500.00 de protección y aseguramiento de las obras; \$150,000.00 por la ganancia que el contratista dejó de percibir; y \$300,000.00 por daños y perjuicios; y, se ordenara a la Central de Seguros, S.A., no proceda al pago de las fianzas de fiel cumplimiento y anticipo o se suspenda dicho pago.*

**2.2) ALEGACIONES RESUMIDAS POR PARTE DEL DEMANDADO FONDO
DEL MILENIO AHORA GOBIERNO Y ESTADO DE EL SALVADOR, EN SU LIBELO
DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA.**

Los representantes procesales, de la parte demandada, licenciados **MILAN PEJNOVIC HUÁSCAR EZCURRA, HUMBERTO SÁENS MARINERO, RICARDO ERNESTO**

TABLAS OLIVARES y MÓNICA MARCELA MARROQUÍN MERINO, en su escrito de fs. 1528 a 1582 fte., p.p., en lo esencial **MANIFESTARÓN**:

Que de acuerdo a las condiciones generales y particulares del contrato su objeto es la construcción y remodelación del Centro Escolar San Antonio, en el municipio de Concepción, departamento de Usulután, a partir del convenio celebrado entre el Gobierno de El Salvador y la Cooperación del Reto del Milenio.

El convenio se suscribió por una cantidad de \$365.2 millones a ser invertidos en un plazo de cinco años. Es decir, tenía una duración limitada que finalizaba el 9 de septiembre de 2020. Dada la importancia de completar la obra y así evitar el riesgo de perder el financiamiento, el plazo inicial del contrato fue de 210 días calendarios, contados a partir de la fecha de inicio que fue el 17 de septiembre de 2019, cuyo vencimiento era el 13 de abril de dos mil veinte.

Los retrasos requirieron un plan de contingencia.

Lejos de cumplir con el plan de actuación, desde el inicio, el rendimiento del contratista estuvo por debajo de lo requerido. La baja producción era fuerte evidencia que no finalizaría las obras dentro del plazo contractual, por ello, se le solicitó un diseño de contingencia que incluyera una reprogramación del método de trabajo que le aseguraba al ingeniero y a FOMILENIO II que no obstante las demoras, se lograría cumplir con el plazo pactado.

El demandante se encontraba obligado de acuerdo a las cláusulas 29.2 y 29.3 de las GCC, a presentar un programa actualizado que mostrara el avance real logrado en cada actividad, lo que era elemental ya que de no realizarse en el tiempo señalado por las partes FOMILENIO II tendría el derecho a no emitir ningún certificado de pago.

De acuerdo con la cláusula 61.1 de las GCC, FOMILENIO II, contaba con la facultad de dar por terminado el contrato en caso se incumplieran las obligaciones contractuales. Pese a que el constructor llegó a acumular un 24% de retraso, la Entidad del Milenio prefirió sacar adelante el proyecto exigiendo la presentación de un plan de contingencia, en lugar de optar por la finalización del contrato; a pesar de ello, no cumplió con su entrega el 28 de noviembre del 2019, fecha acordada por las partes.

Dicha omisión fue comunicada por el ingeniero el 29 del referido mes y año mediante carta IAR-010519-16, en la que se señaló que existía ya un retraso acumulado del 9% imputable al contratista, dado que el porcentaje de avance programado era 21% y el real ejecutado el 12%.

A pesar de la evidente tardanza y de conocer la importancia de la fecha de terminación pactada, el contratista continuó sin presentar el referido plan. El 20 de enero del 2020, mediante carta número IAR-010519-25 el ingeniero le notificó que permanecía el incumplimiento, y que el avance real ejecutado sólo alcanzaba el 20% cuando en el programa era del 41%.

El 29 de enero del 2020 el ingeniero confirma que el plan de contingencia fue entregado en reunión semanal del 24 de enero, es decir con dos meses de retraso, pese a esta entrega el ingeniero confirmó que, hasta el 26 de enero del 2020, existía retraso imputable al contratista del 24% del proyecto.

Fuerza mayor por las medidas gubernamentales derivadas de la pandemia COVID-19.

El 21 de marzo del 2020, mediante decreto ejecutivo número 12, se declaró en el territorio nacional de El Salvador, como zona sujeta a control sanitario, y se implementaron medidas de contención durante 30 días a fin de detener la pandemia de COVID-19.

El 5 de mayo del 2020, FOMILENIO II le informó al contratista haber recibido una comunicación del gerente general de la Gestión Corporativa en el Ramo de Obras Públicas, que permitía el libre tránsito al personal de la empresa, con el fin de continuar con la construcción de los centros educativos hasta su finalización.

La primera solicitud de prórroga del contratista.

El 5 de junio del 2020, presentó por primera vez una solicitud por un total de 110 días calendarios usando como sustento cuatro eventos que según él no le eran imputables: incongruencias en documentos contractuales; cambios en el módulo de cocina-comedor; implementación de una cisterna; lluvias, y; COVID-19.

Ahora bien, alegaban que eso no habría sido su primera petición; según él, la inicial fue en el mes de marzo de 2020, pero sostiene que esta fue rechazada y que no fue hasta después de tres meses que se le permitió enviar otra. Además, sostiene que se le impidió incluir el problema de lodecreto. Afirmaciones que son totalmente falsas. En primer lugar, nunca formalizó frente al ingeniero una solicitud de prórroga en marzo de 2020; lo único que envió fue un borrador con el objetivo de que se le hicieran observaciones, lamentablemente, contenía deficiencias que evitaban que se pudiera continuar con el trámite y su aprobación. Ello en tanto, se incumplía con la cláusula 30.2 de las GCC, que señala que toda solicitud de prórroga debe ir acompañada de

información debidamente fundamentada.

Dado que el proyecto se encontraba atrasado, ya que para dicho momento solo le quedaban 19 días de plazo contractual y la obra debía tener un 90% de avance; el 6 de junio de 2020 el ingeniero le otorgó una prórroga de 52 días calendarios. Cabe mencionar que, por dicha prórroga otorgada, la fecha de terminación del contrato fue fijada finalmente para el 8 de septiembre del 2020.

La segunda solicitud de prórroga.

A pesar del plazo de 52 días otorgados, los retrasos continuaron; para el 19 de agosto de 2020, el avance físico del proyecto era del 48% aun cuando faltaba menos de un mes para la fecha de terminación; cuatro días antes el 4 de septiembre de 2020 el contratista decidió remitir una segunda solicitud por 100 días calendario, por lluvias y COVID-19 sin justificarla adecuadamente. Sin embargo, el ingeniero le otorgó la oportunidad de anexar el soporte que sustentaría el pedido en el correo del 25 de agosto de 2020; a pesar de que el ingeniero continuó solicitándole al contratista que entregara el sustento requerido lo hizo hasta el 4 de septiembre del referido año, cuatro días antes del vencimiento de la fecha pactada para la terminación de la obra; es decir, no cumplió con los requisitos establecidos en las directrices para las adquisiciones públicas en el marco del programa de la MSC. Por ello, la fecha de terminación permaneció para el 8 de septiembre de 2020.

La terminación contractual a causa del incumplimiento del contratista.

Para la fecha de conclusión, el demandante no estaba ni cerca de acabar con la obra, quebrantando una obligación esencial del contrato; esta situación ya había sido anticipada por el ingeniero, quien en su informe especial C.E., San Antonio de fecha 2 de octubre de 2020, recomendó a FOMILENIO II concluir la relación contractual, pues el atraso de la obra era del 51% teniendo pendiente por ejecutar en costo directo de \$401.405.02, pero que el contratista no tenía la capacidad técnica ni financiera para realizar las obras en un corto o mediano plazo.

En esa misma fecha el administrador del contrato HC, emitió su recomendación final para FOMILENIO II, invitándolos a finiquitar la relación contractual y buscar otras alternativas para la consumación del proyecto, porque nunca alcanzó el avance necesario igual o mayor al 14.29%, es decir, no logró producir en obra un monto igual o mayor a \$160,369.00 mensualmente.

En el periodo de julio a agosto de 2020, es decir, cuando faltaba solo un mes para

culminar la obra, el avance del contratista estaba al 48%, es decir, 38 puntos porcentuales por abajo del avance esperado pese a las prórrogas y recomendaciones hechas por FOMILENIO II, ello permitía anticipar lo que finalmente ocurrió: el contratista no pudo culminar la obra en el plazo pactado. Dado que FOMILENIO II tenía que concluir la obra para no perder el financiamiento producto del convenio, y que era evidente que con el contratista no lo lograría, terminó el contrato justificadamente con base en la cláusula 61.1 de las GCC, el 13 de octubre de 2020.

El contratista ha tenido una actuación de Mala Fe.

Desde el inicio del proyecto el contratista retrasó la obra, y cuando tuvo la posibilidad no mitigó los efectos de cualquier evento que pudiera generar retrasos; a partir de ello, la mala fe se evidencia en tres de sus conductas llevadas a cabo durante la ejecución del contrato.

Primero, cuando tuvo un monto pendiente de amortizar que pudo utilizar para finalizar la obra a tiempo, lo destinó a pagar los montos que adeudaba en otros proyectos, dado sus propios retrasos. Se le entregó un pago anticipado de \$253,748.01, y en los 11 meses transcurridos desde el inicio del contrato, solo logró amortizar \$103,020.10, teniendo un monto pendiente de saldar de \$150,727.91.

Segundo, a pesar de que conocía cuál era el riesgo de no entregar la obra a tiempo, siguió solicitando prórrogas sin sustento. Si no se entregaba el proyecto en el tiempo pactado, se perdería el financiamiento proveniente de la Corporación del Reto del Milenio que tenía una duración limitada y que finalizaba el 9 de septiembre del 2020. En específico, se ponía en riesgo \$650,000.00.

Tercero, el poco avance tuvo serios problemas, así lo reflejan vicios ocultos encontrados en la obra por el nuevo contratista. En su demanda, niega la existencia de estos e incluso sostiene que todos esos defectos se generaron porque la obra estuvo abandonada durante casi cuatro meses, desde la terminación del contrato hasta la contratación del nuevo contratista, afirmación que es falsa. Lo que evidencia de que no solo entregó la obra tarde, sino que no estaba correctamente ejecutada.

La terminación fue válida por haberse incurrido en un incumplimiento esencial.

Dicha finalización encuentra sustento en una causal expresamente pactada en el contrato: la existencia de un incumplimiento esencial por parte del CONTRATISTA. No existe negligencia

más vital en un contrato de construcción que no entregar la obra en el tiempo y en los alcances técnicos pactados. Como se ha desarrollado, no logró terminar ni el 50% de la construcción durante todo el plazo contractual.

No existieron eventos de compensación.

El contratista ha sostenido en su memorial de demanda que existían cuatro motivos que obligaban a la prórroga de la fecha de terminación, ya que habrían sido causados por FOMILENIO II y que no fueron tomados en consideración en los 52 días que el ingeniero otorgó.

Así mismo, alega que el único requisito que el contrato señala para que se pudiera proceder a la ampliación de la fecha de terminación propuesta, es que se diera una advertencia previa en las reuniones administrativas que se tuvieran según la cláusula 34.1 del contrato, y que el supervisor estaba obligado a concederla. Sin embargo, olvida que el contrato exige que se presente información que muestre la afectación en la ruta crítica de la obra para que se pueda considerar un aumento del tiempo. Como se ha explicado anteriormente, no solo no presentó esta justificación durante la supuesta realización de algún evento de compensación, sino que tampoco lo ha indicado en su demanda.

El contratista aceptó que la prórroga de 52 días cubría cualquier evento de compensación supuestamente causado por FOMILENIO II y los de fuerza mayor.

Tres de los cuatro eventos alegados fueron comunicados a través de la solicitud de prórroga número 1. Aun cuando dichos pedidos fueron extemporáneos e implicaban un comportamiento contradictorio, el ingeniero tomando en cuenta además los impactos por fuerza mayor debido al COVID-19, le otorgó un plazo de 52 días calendarios, lo que refleja la buena fe de FOMILENIO II cuyo único interés era que el proyecto se desarrollará de manera adecuada.

Este término concedido nunca fue cuestionado. Todo lo contrario, una vez emitida la decisión, el plazo contractual siguió corriendo y el contratista siguió ejecutando la obra, sin mostrar ninguna mejora de su productividad que le permitiera sobreponerse a la demora en la que venía incurriendo.

En el caso en concreto, en tanto no hizo uso de los medios de impugnación propuestos por la cláusula 22.1 de las GCC frente a la decisión del ingeniero dentro de los 14 días siguientes, su derecho caducó; perdiendo la posibilidad de reclamar sobre los cinco eventos de compensación señalados.

Por último, es importante resaltar que también se sustentó dicha solicitud sobre la base de dos eventos de fuerza mayor por lluvias y COVID-19. Estos elementos, también fueron tomados en cuenta al momento de otorgar la ampliación. Al no haber cuestionado esa decisión, consintió que la prórroga era suficiente para solucionar los problemas vinculados con tales eventos.

No era necesario pronunciarse respecto a la segunda solicitud de prórroga y orden de cambio.

La finalización por FOMILENIO II es una facultad regulada en el contrato bajo la cláusula 61.1 de las GCC, y en ella, ni en ninguna otra, imponen el requisito de otorgar una ampliación para poder ejercer la mencionada potestad. La cláusula que cita tampoco incluye dicha exigencia ni una obligación del ingeniero de otorgar prórroga per se, pues para ello existe como requerimiento, que se sustente adecuadamente su pedido y, solo sí se cumple, se decide si se otorga o no. La cláusula 30.2 GCC hace referencia al compromiso que tiene el ingeniero de extender la fecha de terminación contractual cuando esta ha sido presentada por escrito y acompañada con soporte.

Tampoco se requería para ejercitar su derecho, resolver la orden de cambio solicitada. Por ello, la afirmación de que se habrían vulnerado las cláusulas 29.4 y 46.1 también carece absolutamente en sustento contractual, la cláusula 29 y todos sus incisos hacen referencia al programa de trabajo que el contratista debía manejar a lo largo del proyecto, en donde se mostraran los tiempos de todas las actividades, el avance real efectuado y el programado a futuro. Este aspecto como resultado evidente para el tribunal arbitral, no se encuentra en discusión.

FOMILENIO II tiene potestad de no pagar los costos reclamados y ejecutar las garantías.

Luego de la liquidación del proyecto, no existe monto a cancelar al contratista sino a favor del Estado; la garantía de anticipo ha sido ejecutada pero no pagada por la afianzadora, por lo que la Entidad del Milenio no ha recibido pago alguno; la garantía de cumplimiento ha sido correctamente ejecutada. En tanto, el demandante incurrió en un incumplimiento esencial, los costos alegados eran imputables a éste de acuerdo a la cláusula 61.6 de las GCC.

Nunca sustentó el monto de obra supuestamente ejecutada pero no pagada.

Al ingeniero IARS se le debía un monto de \$137,200.78, sin embargo, luego de las retenciones acumuladas que de acuerdo a la cláusula 50.1 de las GCC, el cliente retendría de cada

pago el 5% por cada certificado; en adición a los descuentos por falta de amortización de anticipo y la penalidad sobre obra no ejecutada resultó que el saldo a favor deja de existir. Asimismo, se aplica un descuento por inexistencia de amortización del anticipo de acuerdo al mismo cuadro, y el informe de fecha 8 de octubre de 2020. Además, se le hizo un pago anticipado de \$253,748.01 y en los 11 meses transcurridos desde el inicio del contrato, solo logró amortizar \$103,020.10 teniendo una cantidad pendiente de amortización de \$150,727.91. En virtud de ello y que se compensó el monto con el anticipo no amortizado el ingeniero identificó que existía una suma a pagar a FOMILENIO II de \$56,894.34.

Los otros costos alegados no tienen sustento.

También solicita \$151,136.32 por concepto de obra ejecuta y no pagada; \$10,000.00 por concepto de materiales ordenados en el proyecto y no ocupados; \$1,000.00 por la de remoción de equipos del sitio de la obra al plantel; y, \$500.00 por la protección y aseguramiento de las obras desde la comunicación de terminación del contrato hasta la entrega de las instalaciones a representantes de FOMILENIO II.

Sin embargo, no ha presentado evidencia para sustentar la existencia de los mismos, porque de acuerdo con el contrato esos son gastos que le corresponden asumir a él y no al Estado.

No ha podido probar el uso adecuado de la totalidad del monto de anticipo.

En efecto no obstante el supervisor le exigió de manera reiterada que entregara el cuadro de uso del anticipo y sus respectivos respaldos, nunca fueron presentados. Pese a ello, intenta engañar no solo a FOMILENIO II, sino también al tribunal arbitral al mostrar los anexos 79, 80, 81, 82 y 83 con el objetivo de probar que un total de \$280,616.35, fueron invertidos en materiales equipo y planta; sin embargo, la presentación de estos anexos para nada prueba que el adelanto fue utilizado de forma adecuada.

La ausencia de un análisis detallado de cada una de las facturas que permita identificar que son auténticas, y que los gastos reflejados fueron utilizados para el proyecto, asimismo que se encuentran vinculadas con un uso permitido por el contrato, hace imposible que el tribunal arbitral pueda darles alguna validez probatoria.

La garantía de fiel cumplimiento debe ejecutarse al 100%.

Dado que el propósito de dicha garantía es avalar el acatamiento de una obligación, en la medida que el contratista incumplió de forma esencial con el contrato al no cumplir con el plazo

contractual, FOMILENIO II está legitimado para ejecutar la totalidad de la misma. Interpretar que solo puede ejecutar un porcentaje equivalente a la obra no ejecutada, no solo contraviene lo pactado, sino que además afecta el incentivo para cumplir el contrato que se buscó crear con dicha garantía.

Los daños alegados carecen de sustento.

En el arbitraje acelerado la contraparte dedicó menos de la mitad de una página para asimilar su pretensión respecto a los supuestos daños y perjuicios ocasionados. En dicha oportunidad se limitó a señalar "e) en concepto de daños y perjuicios como lucro cesante en la cantidad de \$259,000.00 y daño emergente la cantidad de \$300,000.00, ya que su poderdante quedó mal calificado para licitar nuevamente proyectos de las administraciones públicas, así como con proveedores y el sistema financiero."

El contratista no ha presentado medio probatorio alguno que sustente este pedido ni cómo se calculan las cifras que reclama. Es más, ha presentado cifras distintas a los montos solicitados en el arbitraje acelerado sin explicación alguna del motivo por el cual estos montos habrían variado. En ese sentido, es importante que el tribunal tenga presente que de acuerdo a los principios del derecho la carga de la prueba le corresponde a quien alega un hecho. Resulta evidente pues, que el contratista no ha cumplido con analizar los elementos de la responsabilidad contractual de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia salvadoreña para demostrar su pedido de daños, esto es, la existencia y validez del contrato; el incumplimiento o el cumplimiento tardío imperfecto de una obligación previamente establecida por medio de un contrato; el nexa contrato-daño; y el perjuicio causado.

Por lo que **PIDIERON**: *se reconociera que el tribunal arbitral no tiene competencia para conocer de las disputas o de las nuevas pretensiones presentadas por el contratista; se declarara que le caducó el derecho a controvertir las decisiones del ingeniero; que la demanda en todos sus extremos es infundada; así como cualquier otro remedio que se estimará pertinente para resolver la controversia.*

III.- ADMISIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Esta Cámara, mediante auto de fs. 595 a 597, de este incidente, admitió los recursos de apelación interpuestos, el primero, por el mandatario de la parte demandante, licenciado **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ SÁNCHEZ**, y el segundo, por los representantes procesales de la parte

demandada, licenciados **EUGENIA GUADALUPE SOSA SALAZAR, RICARDO ERNESTO TABLAS OLIVARES, NOÉ ALEXANDER FERNÁNDEZ PERDOMO y MÓNICA MARCELA MARROQUÍN MERINO**, por lo que señaló lugar, día y hora para la celebración de la audiencia oral y pública, de conformidad a lo establecido en el art. 513 inc. 3° CPCM.

3.1) DENUNCIA DE FALTA DE COMPETENCIA, ALEGADA POR EL GOBIERNO Y ESTADO DE EL SALVADOR.

Los apoderados del referido demandado mediante escrito de fs. 600 a 607 fte., de este incidente, plantearon el aludido incidente; por resolución dictada a las ocho horas veintisiete minutos del veinticuatro de febrero de dos mil veintitrés, esta sede judicial señaló día y hora para la celebración de la audiencia especial para resolver la denuncia invocada; mediante acta de audiencia de las diez horas del tres de marzo del presente año, de fs. 638 a 675 del presente incidente, este tribunal se declaró incompetente por razón de la materia y remitió los autos a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que dirimiera el conflicto suscitado entre la Cámara Segunda de lo Contencioso Administrativo y esta Cámara; por lo que mediante providencia pronunciada a las nueve horas cuarenta minutos del veintinueve de agosto del corriente año, la mencionada Sala resolvió declarar que el tribunal de alzada competente para conocer de los recursos de apelación interpuesto por las partes, era ésta sede judicial.

3.2) SÍNTESIS DE LOS PUNTOS PLANTEADOS EN LOS RECURSOS DE APELACIÓN.

El procurador del demandante, ingeniero **IARS**, licenciado **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ SÁNCHEZ**, sustenta su alzada de fs. 5 a 32 de este incidente, en dos motivos de apelación, sin embargo, esta sede judicial la admitió únicamente en uno, que es el siguiente:

A) REVISIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS QUE SE FIJEN EN LA RESOLUCIÓN, ASÍ COMO LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, CONTENIDO EN EL ORD. 2° DEL ART. 510 CPCM.

A.1 PRIMER PRONUNCIAMIENTO IMPUGNADO.

Lo constituye el haber declarado NO HA LUGAR, la existencia de incumplimiento por parte de FOMILENIO II, ENTIDAD DEL MILENIO ahora ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR, al no haber entregado planos y especificaciones al contratista que contuvieran la

información, especificaciones técnicas o instrucciones necesarias para la ejecución puntual de las obras.

A.2.1. Razones en que se funda el recurso relativas a la revisión de la fijación de los hechos.

Que en la demanda jamás se solicitó al tribunal arbitral que se ordenara o concediera más tiempo para la ejecución de la obra o que incrementara el precio de la misma. Sin embargo, sus consideraciones en derecho son todas encaminadas a analizar si se siguió el procedimiento establecido en las cláusulas 30.1 y 30.2 de las GCC, relativas a la prórroga de la fecha de terminación propuesta.

La petición en concreto que se presentó en nombre de su mandante fue la declaratoria de incumplimiento de FOMILENIO II. La relevancia de ello está en que privó a su cliente de la capacidad de ejecutar las obras de forma puntual.

A.2.2. Razones en que se funda el recurso concerniente a la valoración de la prueba.

La prueba ofrecida, aportada y admitida por el tribunal arbitral institucional en derecho, no obstante haberse expresado su contenido y finalidad probatoria, y no haber sido redargüido de falso, consistente en las comunicaciones por escrito entre las partes (correos electrónicos y cartas cruzadas entre el contratista, el ingeniero y FOMILENIO II), no fueron valoradas.

No se expresó en las consideraciones del tribunal, si se le daba algún valor probatorio o si era prueba no idónea, simplemente no hay pronunciamiento alguno sobre su valoración.

Se refieren a los anexos 42, 44 y 45 de la demanda que contiene cartas y comunicaciones electrónicas de fechas 19 de noviembre de 2019, 17 y 18 de febrero de 2020, por medio de las cuales se entrega planos a mano alzada.

B.1 SEGUNDO PRONUNCIAMIENTO IMPUGNADO.

Lo constituye el haber declarado no ha lugar la existencia de incumplimiento por parte de FOMILENIO II, al ordenar cambios sustanciales en la obra ejecutada de los que además no entregó planos y especificaciones correctas y completas.

B.2.1. Razones en que se funda el recurso relativas a la revisión de la fijación de los hechos.

El tribunal arbitral en su laudo dictado por mayoría, se concentra exclusivamente en el procedimiento de ampliación de plazo para la ejecución de la obra especificado en el contrato. La

resolución en este punto, se concentra en la calificación de este evento de compensación, y el procedimiento para solicitar que se extendiera el plazo del contrato o que compensara al contratista económicamente por los gastos adicionales en los que incurra. El tribunal no analiza la acción que originalmente llevó a la consecuencia del evento. Es decir, el hecho alegado por su mandante es el incumplimiento de FOMILENIO II, al modificar unilateralmente la obra a ejecutarse.

B.2.2. Razones en que se funda el recurso relativas a la valoración de la prueba.

Aducen los recurrentes que en el laudo arbitral no existe ninguna valoración a la prueba ofrecida y admitida que demuestre los cambios a la obra ordenados por FOMILENIO II. En ese sentido, la prueba no valorada pretende comprobar que efectivamente el demandado realizó cambios a la obra a ejecutarse sin que dichos cambios se consignaran en una modificación o variación al contrato.

La variación de la obra a ejecutarse consistió en la eliminación de la construcción del taller de piscicultura y en incrementar el tamaño del módulo cocina-comedor al doble de su tamaño originalmente contratado.

Dichas pruebas no valoradas consisten con el acta de seguimiento número 2 de fecha 26 de septiembre de 2019, presentada por la contraparte como anexo 23 de su contestación de demanda. Por medio de ese documento FOMILENIO II ordenó a su ingeniero, D.T.I., S.A. DE C.V., que procediera a consignar en una variación la modificación que se realizaría a la obra; y, la bitácora 5 de fecha 20 de septiembre, en la que se establece que se procedió a variar la obra a ejecutarse.

C. TERCER PRONUNCIAMIENTO IMPUGNADO Y RAZONES EN LAS QUE SE FUNDA.

C.1. Lo constituye, haber declarado no ha lugar la existencia de incumplimiento por parte de FOMILENIO II, al emitir instrucciones nuevas que involucraban trabajos adicionales y no estaban contenidas en las obras a ejecutarse, ordenando al contratista utilizar cemento fluido en cada una de las pilas de las edificaciones.

C.2.1. Razones relativas a la fijación de los hechos.

El tribunal arbitral indicó que no se había podido comprobar que hubo una instrucción del ingeniero del uso del lodocreto durante la ejecución de la obra y que se haya solicitado una

prórroga al ingeniero, siendo imposible atender el reclamo del contratista, pues no hay decisión del ingeniero que analizar.

El tribunal arbitral erro en la fijación de los hechos pues jamás se argumentó que el material ligante no se utilizaría en las zapatas de los edificios, sino que únicamente en la capa superior de estas, y no en cada una de las capas de las mismas.

C.2.2. Razones relativas a la valoración de la prueba.

Alegan que no se tuvo en cuenta por el tribunal arbitral el anexo 47 de la demanda referente al estudio de suelos, ya que el mismo señala que el lodocreto se utilizaría únicamente en la capa superior de las zapatas y no en cada una de sus capas, las cuales solo iban a ser de piedra.

Además, que el tribunal erró al valorar el anexo 35 de la demanda, al señalar que con dicho documento no se pudo tener por establecido el contenido de la reunión y que se hicieron observaciones. Pues no era eso lo que se buscaba probar con la presentación de la bitácora número 60, sino, que en esa fecha se tuvo la reunión de seguimiento y que, en la misma, estuvo presente el administrador del contrato.

D. CUARTO PRONUNCIAMIENTO.

D.1. Lo constituye el haber declarado no ha lugar la existencia de la obligación por parte de FOMILENIO II, al haber ordenado la modificación de la obra originalmente pactada.

D.2.1. Razones en que se funda la revisión de la fijación de los hechos.

El hecho alegado es el incumplimiento del contrato como fue originalmente celebrado. la existencia de la alteración de la obra misma materializa la existencia de un cambio que no había sido pactado originalmente, causando una variación que no consta en el contrato tal y como se firmó entre las partes originalmente. El tribunal arbitral declaró su postura en cuanto a si se siguió el procedimiento para otorgar mayor tiempo al contratista o para si este aplicaba o no dentro de lo que el contrato llama evento de compensación, pero erra en el hecho de clasificar la acción misma que origina la pugna entre las partes.

D.2.2. Razones relativas a la valoración de la prueba.

En el laudo arbitral no existe ninguna valoración a la prueba ofrecida y admitida que demuestre los cambios al contrato ordenados por FOMILENIO II, las cuales consisten en:

Acta de seguimiento N° 2 de fecha 26 de septiembre de 2019, presenta por la contraparte como anexo 23 de su contestación de la demanda.

Bitácora N° 5 de fecha 20 de septiembre en la que se establece que FOMILENIO II, procedió a variar la obra a ejecutarse.

Documentos con los cuales se pretende comprobar que efectivamente FOMILENIO II, realizó cambios a la obra a ejecutarse sin que los mismos se consignaran en una modificación o variación al contrato.

E. QUINTO PRONUNCIAMIENTO.

E.2.1. Razones relativas a la revisión de la fijación de los hechos.

Este punto lo constituye el hecho que el tribunal arbitral por mayoría consideró que con las pruebas que obran en el proceso no es posible evidenciar que se haya pactado expresamente que la solicitud de prórroga conllevara una suspensión del derecho a dar por terminado el contrato.

Asimismo, el tribunal estableció que no existe evidencia que el incumplimiento esencial de una de las partes se haya acordado expresamente en el contrato como condición suspensiva de la terminación del mismo.

Sin embargo, independientemente de si en el contrato se indicada literalmente que la ocurrencia de un incumplimiento esencial de la contraparte, debía entenderse como una condición suspensiva, en su esencia, y de acuerdo a lo señalado en el Código Civil, tal acaecimiento de incumplimiento esencial es una condición suspensiva, ya que del mismo dependía el derecho de la otra parte, a dar por terminado el contrato de forma unilateral y extrajudicial.

E.2.2. Razones relativas a la valoración de la prueba.

Alegan que el tribunal arbitral ha valorado únicamente los anexos R-11 y R-12 de la contestación de la demanda, y el informe de fecha 8 de octubre de 2020. Sin embargo, no consideró la prueba documental y testimonial propuesta por su parte, limitándose a establecer que nuestro representado con dichos medios probatorios no ha logrado desacreditar la prueba presentada por la demandada.

Dicho tribunal atribuye a la prueba presentada por la parte demandada un valor determinado que, a su consideración, logra probar la existencia del incumplimiento esencial atribuible a su mandante, sin embargo, no da a los medios de prueba propuestos por el demandante, ningún valor, ni indica en qué sentido no aportó o no probó lo que se pretendía, violentando en consecuencia el art. 35, 55 LMCA y 416 CPCM.

F. SEXTO PRONUNCIAMIENTO.

F.1. Dicho pronunciamiento lo constituye el haber declarado no ha lugar, declarar que el uso del pago anticipado o anticipo a que se refiere la cláusula 53.1 ha sido justificado con base en la 53.2 de las condiciones generales del contrato.

F.2. Razones atinentes a la valoración de la prueba.

Alegan en lo esencial que no se valoró de forma correcta los anexos comprendidos del número 79 al 83, pues con los mismos se prueba el uso del anticipo entregado por FOMILENIO II, ya que según carta de fecha 18 de febrero de 2020, que consta como anexo R-18, de la contestación de la demanda se señala que efectivamente se autorizó el uso de gastos relacionados como mano de obra par la justificación del anticipo.

Por lo que PIDEN: se revoque la sentencia venida en apelación en los puntos expuestos; se declare que el contrato sigue surtiendo sus efectos jurídicos plenos; se resuelva el contrato con base en el art. 1360 C.C.; y se ordene a FOMILENIO II pagar los daños y perjuicios que conforme a derecho corresponden.

3.3) POR SU LADO, LOS REPRESENTANTES PROCESALES DEL DEMANDADO, FOMILENIO II AHORA ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR, fundamentan su libelo impugnativo de fs. 33 a 51 fte., del presente incidente, en dos motivos de apelación, que son los siguientes:

A) ANÁLISIS DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, CONTENIDO EN LA PARTE FINAL DEL INC. 2º DEL ART. 510 CPCM.

Arguyen que, en el presente caso, el tribunal arbitral comete un error al considerar que el contratista ha sustentado el uso del anticipo en \$117,164.45, solamente porque ha presentado facturas y otros comprobantes de pago que supuestamente lo respaldarían, valorando inadecuadamente dicha prueba conforme a las disposiciones del contrato pactado entre las partes.

Además, que dicho tribunal no solo considera erróneamente que se ha sustentado un monto de anticipo ascendente a \$117,167.45, sino que, para determinar el monto final amortizado, suma tal cantidad a los \$103,020.19 ya reconocidos por FOMILENIO II y determinados de acuerdo con el proceso contractual establecido. Error sumamente grave ya que está duplicando, sin sustento, el monto final amortizado, favoreciendo injustamente al contratista.

Por otra parte, manifiestan que tal como se desprende del cuadro de liquidación, la

Entidad del Milenio reconoció un monto pendiente de pago correspondiente a \$137,200.78. al cual se adicionó la cantidad de \$22,792.06 por concepto de retenciones acumuladas, dando como resultado un total de \$159,992.84. sin embargo, tales conceptos no fueron aceptados de forma aislada, sino como parte de la liquidación total del contrato, es decir, el reconocimiento correspondía a todas las cantidades estipuladas, no aquellas que antojadizamente el tribunal decidió erróneamente valorarlas.

Dicho tribunal omitió tomar en cuenta la penalidad imputada de \$66,159.27, lo cual indiscutiblemente debió formar parte del análisis de la liquidación del contrato; asimismo, se ha señalado que el monto pendiente de amortizar es de \$150,727.91, cantidad que debió haberse descontado del monto total adeudado al contratista que ha sido reconocido por FOMILENIO II. En ese sentido, a la suma total adeudada ha de restársele tanto el anticipo pendiente de amortizar como las penalidades, sumando entre ambos \$216,887.18, dando ello como resultado un saldo a favor de la Fiscalía por un total de \$56,894.34.

B) REVISIÓN DEL DERECHO APLICADO.

Expresan, que habiéndose demostrado que FOMILENIO II resolvió válidamente el contrato en virtud de la cláusula 61.1 GCC, por el incumplimiento atribuible al contratista, no correspondía otorgarle la cantidad de \$1,000.00, en concepto de remoción de equipos, pues la misma contiene una estipulación resolutoria expresa, lo cual está permitido conforme al contenido del art. 1416 C.C.

Sin perjuicio de ello, aún si las partes no hubiesen pactado la resolución contractual, esta se aplicaría de conformidad al art. 1360 C.C.

Por lo tanto, al momento de resolver la pretensión, los colegiados debieron de determinar si a la misma le era aplicable el contenido de la cláusula 61.1 o 62.1 del contrato, a fin de establecer si se le concedía o no dicho monto al contratista. Y dado que el tribunal determinó que éste había incurrido en un incumplimiento esencial, la consecuencia lógica y necesaria era el declarar la aplicación de la cláusula 61.1, denegando la referida suma.

Por lo que **PIDEN:** se revoquen las partes correspondientes objeto de apelación y se resuelva cada uno de dichos puntos de acuerdo a lo detallado y solicitado en los apartados correspondientes.

3.4) AUDIENCIA DE APELACIÓN.

En la audiencia de segunda instancia, celebrada *a las nueve horas treinta minutos del seis de octubre de dos mil veintitrés, y reanudada a las catorce horas quince minutos del once del mismo mes y año*, la que según lo dispuesto en los arts. 205 y 206 CPCM, fue documentada en su integridad mediante acta cuyo contenido consta de fs. 678 a 695 fte., de este incidente, de conformidad a lo estipulado en el inc. 1º del art. 514 CPCM, se le concedió la palabra a los licenciados **EUGENIA GUADALUPE SOSA SALAZAR, RICARDO ERNESTO TABLAS OLIVARES, NOÉ ALEXANDER FERNÁNDEZ PERDOMO y MÓNICA MARCELA MARROQUÍN MERINO**, en su calidad de representantes procesales de la parte demandada hoy apelada, **FONDO DEL MILENIO II, FOMILENIO, ENTIDAD DEL MILENIO ahora ESTADO y GOBIERNO DE EL SALVADOR**, para que se opusieran o se adhirieran a la apelación incoada por el apoderado de la parte demandante, licenciado **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ SÁNCHEZ**, interviniendo primeramente el licenciado **RICARDO ERNESTO TABLAS OLIVARES**, quien en síntesis **MANIFIESTA**:

De los puntos señalados por los apelantes, de que no se hizo una correcta valoración de los hechos o una valoración adecuada de la prueba, lo cierto es que en este caso, lo que sí ha quedado evidenciado es el incumplimiento por parte del contratista para la elaboración de un centro educativo que tenía un precio original de un millón doscientos veintidós mil dólares de los Estados Unidos de América, y por el cual se le entregó un anticipo superior a los doscientos mil dólares al inicio de su contratación, anticipo que no fue reintegrado en su totalidad, ni a través de una devolución monetaria o de la ejecución de la obra.

Seguidamente, continuó con su intervención la licenciada, **MÓNICA MARCELA MARROQUÍN MERINO**, quien en lo esencial **EXPONE**:

Que de conformidad al art. 410 CPCM, se oponen a los puntos de apelación expuestos por la contraparte.

El sustento del primer submotivo de apelación, es decir, la supuesta fijación errónea de los hechos, es justamente basada en esa modificación alegada, en el caso de la demanda arbitral en el literal d) de la pág. 79, y el laudo la pág. 37, ahí se puede ver el petitorio que básicamente alegan tres cosas, la primera, que se declare un incumplimiento, la segunda que el mismo constituye un supuesto evento de compensación, y el tercero es que ante ese evento de compensación EDM tenía la obligación de conceder una prórroga sin necesidad que hubiese una

petición por escrito; ahora bien, la estructura de sus pretensiones y siempre las primeras cuatro, en su escrito de apelación tomemos el primer punto apelado en la pág. 11, donde se puede ver que solamente están pidiendo que se declare un incumplimiento por parte de FOMILENIO, porque no se entregaron planos ni especificaciones al contratista, únicamente el primer elemento de esos tres ha sido considerado en sus pretensiones actuales y eso sin duda constituye una modificación a sus pretensiones iniciales lo que está prohibido, por lo tanto, deberían de ser rechazadas desde este momento esas cuatro pretensiones.

El segundo submotivo de apelación que es la supuesta falta de valoración de la prueba, lo han invocado también en las primeras cuatro pretensiones, dicen que el tribunal arbitral en ningún momento valoró las pruebas presentadas por ellos y realmente esto es completamente falso, en la pág. 248 del laudo se menciona que en cuanto a las declaraciones de testigos y de parte del demandante se considera que el medio de prueba utilizado no es idóneo, luego en la pág. 262, sobre la bitácoras que también aportó la contraparte se expresa que se aportaron para acreditar hechos que no constan en los mismos, luego si nos vamos a la pág. 282 también dice el tribunal arbitral que sobre la prueba testimonial, declaración de parte, el documento de estudio de suelos y las declaraciones juradas, el demandante comete el mismo yerro, en virtud que pretende probar hechos que requieren conocimientos científicos; por lo tanto, es falso que no se haya analizado la prueba presentada.

Posteriormente continuó con sus alegaciones el licenciado **NOÉ ALEXANDER FERNÁNDEZ PERDOMO**, quien en lo medular **DICE**:

La parte demandante establece que existen cuatro eventos de compensación que impactaron en los trabajos del contratista por los cuales el ingeniero de obra debió otorgarles mayor plazo, ampliando así la fecha de terminación del contrato y evitando la resolución del mismo, estos cuatro son la incongruencia entre los planos y el sitio del proyecto, que está en la pág. 11 de su recurso; el replanteo de los planos en la pág. 20; la mala utilización del lodocreto en la pág. 27; y los cambios de comedor cocina en la pág. 35 de su recurso de apelación, sin embargo, ninguno de esos cuatro eventos puede ser considerado como un evento compensatorio bajo el contrato, que es ley entre las partes, razón por la cual no correspondía al contratista otorgarle ningún plazo para la ejecución del proyecto.

Es importante señalar que, en ninguno de los eventos alegados se cumplió con el

procedimiento de reclamo acordado en las cláusulas 1.16 y 22.1 del contrato, ello fue reconocido expresamente por la contratista durante la audiencia de pruebas, lo que demuestra que los eventos de compensación alegados no cuentan con ningún sustento de fondo, si ese impacto realmente hubiese existido, un contratista diligente los hubiera reclamado oportunamente, lo cual no existió.

El primer supuesto de los planos entregados, sí contenían toda la información técnica necesaria para la ejecución de las obras, además, ha quedado acreditado y demostrado que el contratista conocía personalmente el sitio de la obra y los planos respectivos, a los cuales tuvo acceso incluso antes del contrato, ya que pudo haber hecho sus consultas durante la etapa de licitación, siendo que estos obviamente eran parte de la licitación del proyecto lo que también está bastante detallado en las especificaciones técnicas del mismo, en síntesis, no existe referencia a algún problema, preocupación por parte del contratista respecto de los planos en el momento contemporáneo; de igual manera, el contratista nunca explica por qué el levantamiento topográfico habría generado un impacto en la ejecución del proyecto, ni solicitó notas aclaratorias, ni hizo observaciones sobre la exactitud de los planos, ni buscó cuestionar la viabilidad de estos, ni en las bitácoras que ellos mismos citan por el contratista, en su memorial de demanda no hace referencia a la supuesta incongruencia de los planos y a la falta de especificaciones técnicas.

El segundo supuesto, habla sobre las modificaciones de los nuevos módulos de los cuales una sí generó un impacto, lo cual fue reconocido previamente por el ingeniero, las especificaciones y consultas sobre los planos se realizaron en una etapa temprana de la obra, siendo que los cambios aún no se tenían que ejecutar, por lo que así el contratista no sufrió ningún impacto en el plazo del proyecto, por lo que este reclamo en específico debe ser rechazado, porque el contratista no ha demostrado la existencia de un impacto sobre la ruta crítica por los cambios de los planos y porque cualquier costo adicional por estos cambios fue reconocido a favor del contratista en la liquidación final del ingeniero.

Sobre el tercer punto, que es la utilización de lodocreto, el contratista siempre estuvo en conocimiento de la utilización del mismo, indica que el supuesto uso del cemento fluido o lodocreto en las capas superficiales de las bases donde se colocan las zapatas habría representado para ellos una carga adicional de dinero y tiempo, lo que fue el causante de las

demoras en la ejecución del contrato.

El demandante señala que los hechos valorados por el tribunal arbitral en su momento son falsos tal y como lo esgrimen en su recurso de apelación a págs. 27 y 28, es importante aclarar que contrario a lo manifestado por ellos es falso, ya que sí tuvieron conocimiento del uso de lodocreto, pero luego dicen que hubieron nuevas instrucciones para el uso del mismo y que entonces su uso solo sería en las capas finales de la base, pero existieron nuevas instrucciones para utilizar el mismo de otra forma y que esto último es lo que en la fijación de los hechos el tribunal arbitral no consideró, esas nuevas instrucciones nunca existieron y no causaron un efecto que no tuviera conocimiento el demandante desde el inicio del contrato.

Finalmente, el cuarto evento invocado es acerca de los cambios al comedor-cocina, no obstante la construcción del comedor cocina se negoció y se pactó de forma previa, se puede afirmar que los cambios no impactaron en la ruta crítica de la construcción del proyecto, la evidencia demuestra que los cambios fueron más sencillos y menos costosos del originalmente pactado, cualquier impacto o costo que tuviera ese cambio ya fue reconocido en la liquidación final del ingeniero, y el contratista jamás manifestó la necesidad de que esta modificación pudiera implicar un retraso adicional en la obra, por lo anteriormente y todo lo antes expuesto el contratista no ha aprobado ni técnica ni matemáticamente cómo es que todos estos supuestos eventos habrían impedido que ellos tengan un retraso de más del cincuenta por ciento del proyecto.

A continuación, intervino nuevamente la licenciada, **MÓNICA MARCELA MARROQUÍN MERINO**, quien en lo síntesis **ALEGA:**

En cuanto al quinto punto de apelación, sobre la supuesta condición suspensiva que no se cumplió y por lo tanto jamás le nació el derecho a dar por terminado el contrato al cliente, alegan dos cosas principales; primero, que había una solicitud de orden de cambio pendiente que resolver; y segundo, que el incumplimiento del plazo no estaba comprendido dentro de los incumplimientos esenciales que habilitan la terminación del contrato.

En cuanto a la supuesta condición suspensiva en relación a la prórroga y en general el hecho de decir que existe una condición suspensiva del mismo, el Código Civil establece los requisitos básicos para que exista cualquier tipo de condición, en ese sentido el art. 1346 inc. 3° solo dice que no pueden ser ininteligibles y el art. 1355 C.C., que toda condición debe cumplirse

literalmente en la forma convenida, de ambas disposiciones legales podemos entender que toda condición debe ser expresa y clara, es decir, no puede estar a interpretación o deducción antojadiza de nadie, debe de quedar establecida con claridad dentro del contrato.

Ahora, lo de la esencialidad del plazo del contrato que ellos dicen que no es esencial, alegan que supuestamente todos los enunciados que están en la cláusula 61.2 del contrato de las condiciones generales son taxativos, y que por lo tanto, como no se mencionó expresamente lo del plazo no cuenta como una condición esencial, lo anterior también es otra falsedad porque si nosotros nos vamos a leer el inicio de la mencionada cláusula, claramente pone entre los incumplimientos esenciales del contrato, es decir, son ejemplificativos no es una lista taxativa, ahora bien, si pasamos a analizar la esencialidad del plazo, esté en un contrato de confección, es uno de los elementos más importantes, los costos, la calidad y el tiempo son elementos que sí importan, que sí impactan totalmente un proyecto de construcción sobre todo en un proyecto de utilidad pública con fondos internacionales, así que por supuesto que el plazo importaba, porque si no se comprobaba el compromiso internacional que se estaba dando fiel cumplimiento a este convenio simplemente no iban a seguir dando financiamiento, por lo tanto al haberse dado un incumplimiento esencial del contrato la resolución fue completamente legítima.

Finalmente, intervino el licenciado **RICARDO ERNESTO TABLAS OLIVARES,** quien en lo esencial **EXPRESA:**

El punto sexto de la apelación que se refiere a la liquidación efectuada, siendo que el anticipo entregado como un préstamo sin interés al inicio del contrato para un destino específico que es la ejecución de la obra, y siendo el contrato un contrato no de suministro sino de obra en donde lo que se debía entregar era una obra acabada, para lo cual el contratista por su propia cuenta debía hacerse de los insumos para ejecutar la obra y no entregar producto no terminado o facturas, siendo el anticipo de doscientos cincuenta y tres mil setecientos cuarenta y ocho dólares, la manera de redimir ese anticipo es a través de la cuantificación de obra pagada.

En cada pago que establece el contrato en su cláusula 51 se redime o se amortiza un veinte por ciento del pago al anticipo que le fue entregado, de tal manera que al final de la ejecución del contrato preferiblemente aún antes de la ejecución del contrato la totalidad del anticipo había sido redimido a través de la ejecución, la única obra que fue certificada y que permitió la amortización a través de certificaciones de obra ejecutada por el supervisor, alcanzó

el monto de ciento tres mil veinte dólares.

Ahora bien, durante el procedimiento arbitral se presentaron una serie de facturas con las que pretendían demostrar de que sí se había comprado insumos por un monto inclusive superior al anticipo, estas facturas tienen fecha desde el inicio de la ejecución de la obra dos mil diecinueve, hasta cercano a la finalización del mismo en el dos mil veinte, esas son las fechas de la facturas, de tal manera que si estas fueron empleadas efectivamente en el proyecto, fueron empleadas en la obra que fue ejecutada y certificada por el ingeniero y pagada, por lo tanto, no se puede haber certificado obra ejecutada con estos insumos, reconocer a través de ello la amortización de ese anticipo y además venirle a sumar los insumos por los cuales se ejecutó la obra misma, esto evidentemente es un error, además que contradice la totalidad de las cláusulas de cómo se liquida el contrato.

La pretensión de la apelación es una mutación a la establecida tanto en el primer proceso arbitral como en el segundo, siendo éste una apelación del segundo proceso arbitral, no es jurídicamente procedente ni tutelable que se admitan pretensiones que son una modificación a las originales en el pronunciamiento del cual se está apelando, ello vulneraría el principio de contradicción, preclusión, seguridad jurídica e igualdad procesal y solamente por el hecho de venir y cambiar sus pretensiones alegando que no es un evento de compensación, cuando la base jurídica de su tesis estratégica y legal en la instancia anterior fue que era un objeto de compensación, y ahora dicen que es irrelevante, lo cual es contradictorio, puesto que se ha demostrado que el proyecto no fue terminado por ellos, que tenía un desfase del cuarenta y nueve por ciento respecto a la terminación del plazo, que es uno de los elementos esenciales de cualquier proyecto, más cuando hay un retraso de esa magnitud y se corre el riesgo de perderse el financiamiento, por lo que la valoración de la prueba es una simple inconformidad con la manera que fue abordada, procesada y razonada por el tribunal arbitral.

Posteriormente, se les otorgó la palabra a los mandatarios de la parte demandante hoy apelante, licenciados **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ SÁNCHEZ y MÓNICA MARÍA BONILLA ULLOA**, para que se pronunciaran sobre la oposición alegada, interviniendo primeramente la licenciada **MÓNICA MARÍA BONILLA ULLOA**, quien en lo medular **EXPONE**:

En cuanto a los motivos de oposición planteados por la contraparte comienza por el hecho de que bajo ningún concepto han modificado la pretensión, si pueden ver el laudo arbitral

y la demanda, el tribunal resolvió no ha lugar a declarar que existían incumplimientos por parte de FOMILENIO II, pero el fundamento jurídico para llegar a esa conclusión fue establecer si existían o no y si se había probado o no que habían eventos de compensación, eso es precisamente lo que ocasiona el agravio, ya que en ningún momento se estaba alegando ante el tribunal arbitral que determinara si contractualmente debíamos apelar a un evento de compensación que pudiera modificar la fecha de terminación del contrato, lo que se quería era tratar de determinar y que el tribunal resolviera que desde el primer día FOMILENIO II, no entregó los planos que contuvieran la información correcta.

El contrato fue terminado unilateralmente por FOMILENIO invocando la cláusula 61.1 del convenio como un incumplimiento esencial, pero el mismo no se pudo comprobar tampoco por parte de ellos, de parte de nosotros hubo bitácoras, intercambio de correos, toda una comunicación que logró determinar que efectivamente las instrucciones fueron dadas erróneamente y que aunque sí, no se terminó la obra, el problema fue que ellos en un inicio no dieron todos los insumos para que el proyecto se llevara a cabo, en ese sentido, esta representación no está modificando las pretensiones de la demanda arbitral, ni tampoco tratando de sorprender la buena fe del tribunal, caso contrario no se habría dado trámite al recurso, por lo tanto, las pretensiones fueron planteadas de manera correcta.

En cuanto a la valoración de la prueba, ellos se fincan bastante en un peritaje que debía ser para el tribunal la prueba idónea, no se podía presentar ni pedir uno porque el proyecto ya fue terminado por alguien más, ellos dieron por terminado unilateralmente el contrato, se lo dieron a otro y ahora cuál incongruencia se podría ver si ya la obra está finalizada, es absolutamente ilógico que el tribunal requiera la presentación de un peritaje estableciendo que era la única prueba contundente y válida para comprobar los extremos de la pretensión, por ello, considera que ha habido una errónea valoración de toda la prueba, tanto documental como testimonial que se le presentó.

En cuanto a los motivos de oposición de fondo que planteaban, la contraparte comete el mismo error que el tribunal, al considerar la existencia o determinación de un evento de compensación que diera lugar a la modificación de la fecha de finalización del contrato o de las obras, no es eso lo que estaba en discusión, lo que se pretendía como se ha dicho, es que se comprobara un incumplimiento previo que es lo que inhabilita para que FOMILENIO II hiciera

uso de la cláusula 61.1.

En cuanto al motivo número cinco, que era la condición suspensiva no cumplida o fallida, la misma encuentra su fundamento en el sentido de que por la aludida cláusula 61.1 que invocó FOMILENIO para dar por acabado el contrato, habla de un incumplimiento esencial de su contraparte el contratista, y en este caso, no existió prueba presentada por ellos que lograra desacreditar o establecer que efectivamente la no terminación había sido un incumplimiento esencial, el mismo contrato regulaba en la cláusula 61.3 que correspondía al ingeniero determinar si existía o no un incumplimiento esencial de la contraparte para que se pudiera invocar la cláusula 61.1.

Asimismo, existía una solicitud de prórroga que de acuerdo al mismo debía ser solucionada y tenía el ingeniero cuarenta días para poder resolver si o no ha lugar a esa solicitud de prórroga, cuando estaba aún en proceso FOMILENIO II dio por terminado el contrato unilateralmente sin que hubiera una respuesta de esa solicitud de prórroga, incumpliendo los términos del contrato.

En este punto, toma la palabra el licenciado **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ SÁNCHEZ,** quien en lo fundamental **DICE:**

El art. 1416 del Código Civil, establece que todo contrato legalmente celebrado es obligatorio para las partes, el famoso Principio de Autonomía de la Voluntad de las Partes, quiere decir que éste contrato nació precisamente por la autonomía de la voluntad de las partes; también los arts. 1354 y 1355 C.C., de las condiciones suspensivas, efectivamente los contratos deben de ser cubiertos y cumplidos como fueron firmados, y este contrato de FOMILENIO debería de cumplirse tal como fue autorizado por ambas parte.

Primero, tiene un plazo, el cual ya había vencido cuando FOMILENIO lo dio por terminado unilateralmente, el convenio en sí ya estaba vencido, sí existía dentro de la cláusula que invocó FOMILENIO una condicionante, que lo podía dar por terminado, pero por un elemento o un evento especial para ellos, y eso era una condición establecida, que era suspensiva, sí, porque tenía que haberse dado ese evento para poder accionar por la propia voluntad de las partes, por lo tanto, la condición tal como lo dice la cláusula 61.1 debía cumplirse como dice el art. 1355 C.C., debe de acatarse literalmente en la forma pactada, cuál es ese elemento especial que lo llevó a FOMILENIO a terminar, esos elementos especiales

dentro del contrato los dice la cláusula 61.2.

La licenciada Mónica Bonilla, estableció que esta demanda ante el tribunal versaba no con eventos de compensación, no es esa nuestra intención, la posición era determinar que hubieron incumplimientos por parte de una de las partes y como incumplimiento no le habilitaba terminar unilateralmente ese contrato; primero, los planos, es correcto que cuando se hace una licitación, las partes ofertan, efectivamente el ingeniero conocía todo lo relacionado al proyecto, lo que él no conocía era que los planos que le entregaron no coincidían con la parte física del terreno.

Segundo, hablaron sobre las modificaciones y los nuevos módulos, se tiene que no se entregaron los planos tal como debían de ser otorgados, quien incumplió, FOMILENIO, también, los nuevos módulos, eliminan uno y ampliaron otros, cómo que no va haber una modificación unilateral, y hay prueba presentada de su parte y acreditada en su libelo de apelación donde le dice el encargado de FOMILENIO del contrato al supervisor que hagan constar en una variación todo lo que está sucediendo, y no lo hacen, como se va a interpretar esa parte entonces y que iba a estar dentro de las obras ejecutadas, no dijo nada el ingeniero, claro que lo dijo, que se amplíe en el cien por ciento en la obra un módulo y se elimine otro es una modificación de fondo a la ruta crítica del proyecto.

Tercero, cuando se licitó se sabía que se iba a utilizar lodocreto porque la lista de cantidades lo tenía, también tenía el pedraplén, se conocía perfectamente, pero se establecía que la forma como se iba a construir las treinta y nueve pilas de un edificio que iba albergar niños, era pedraplén no con lodocreto, porque había humedad fuerte en el suelo y la única forma para evitar que la humedad dañara el edificio era hacerla con pedraplén, el lodocreto necesita capa por capa y que endurezca, jamás se iba a poder construir en un proyecto de doscientos diez días con dicho material.

En cuanto al anticipo, hay una obra aceptada por el ingeniero, todo contrato que firmaba FOMILENIO tenía un ingeniero encargado, el que supervisaba y que tenía obligaciones frente a FOMILENIO, había desplazado a una persona para que sirviera de ingeniero, era ante él que se presentaba todo y solo él lo aprobaba para los efectos del contrato mismo, se le presentaron las cosas y llegó él ha aprobar ciento tres mil dólares de abono, pero dicha cantidad al cincuenta y uno por ciento de avance de obra, nadie puede enriquecerse a beneficio de otro, quiere decir que

había una obra ejecutada y no pagada y los ciento diecisiete mil dólares que el tribunal tomó a bien como documentación fehaciente para liquidar el anticipo es correcto.

Luego, se les concedió nuevamente la palabra a los procuradores de la parte demandante también apelada, licenciados **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ SÁNCHEZ y MÓNICA MARÍA BONILLA ULLOA**, para que se opusieran o se adhirieran a la apelación incoada por los licenciados **EUGENIA GUADALUPE SOSA SALAZAR, RICARDO ERNESTO TABLAS OLIVARES, NOÉ ALEXANDER FERNÁNDEZ PERDOMO y MÓNICA MARCELA MARROQUÍN MERINO**, interviniendo únicamente la licenciada **MÓNICA MARÍA BONILLA ULLOA**, quien em síntesis **EXPRESA:**

Que se oponen a los motivos de apelación planteados por la representación fiscal. En cuanto a la errónea valoración de la prueba, el primer motivo de apelación invocado por la contraparte es que el tribunal arbitral calculó de manera errónea el monto pendiente de amortizar, se debe partir por el hecho de cuál era la pretensión de la demanda arbitral, y era que el tribunal pudiera determinar el uso justificado de la totalidad del anticipo que fue entregado al ingeniero Rodríguez Sánchez por parte de FOMILENIO.

Manifiestan también por su parte, que el tribunal ha hecho una valoración parcializada de la prueba en el sentido que, se basó y analizó los comprobantes que fueron presentados por su parte como anexo setenta y nueve al ochenta y tres de la demanda, y que no fueron analizados efectivamente a la luz del contrato, ciertamente que el efecto o el análisis que el tribunal realizó no haya sido de acuerdo a lo que fiscalía esperaba, no quiere decir que la prueba no haya sido valorada en su conjunto, ni de manera correcta, ciertamente no falló a su favor pero efectivamente el tribunal arbitral manifiesta, que sí consideraron cada uno de los comprobantes que se presentaron, los cuales fueron de acuerdo a la cláusula 53.2 del contrato.

Se oponen al motivo de apelación en cuanto a la petición en concreto que hace la fiscalía a este tribunal respecto a que se revoque el contenido de las pág. 322 a la 324 a fin que se resuelva como en derecho corresponde, es decir, determinando, uno el monto amortizado del anticipo es de ciento tres mil veinte punto diecinueve dólares, y dos que el monto de ciento diecisiete mil ciento sesenta y siete punto cuarenta y cinco dólares, calculado erróneamente por el tribunal no debe ser sumado como parte de la amortización, en esa medida, el monto pendiente de amortización por el contratista y que adeuda a fiscalía asciende a ciento cincuenta

mil setecientos veintisiete punto noventa y un dólares, eso no formó parte de la discusión ni de las pretensiones que dilucido el tribunal arbitral.

En cuanto a que el tribunal valoró incorrectamente la prueba documental ya que únicamente consideró de forma parcial la liquidación final del contrato, manifiestan que el tribunal arbitral en su momento dijo que la parte no había presentado prueba y que lo único que se encontraba como medio de probatorio era una liquidación presentada por la misma representación fiscal, a párrafo treinta y ocho del escrito, la contraparte alega que el documento presentado fue valorado de manera aislada, pero lo cierto es que para efectos de la pretensión contenida en la demanda, si la liquidación presentada por el cliente establecía cantidades pendientes de pago, en concepto de obra ejecutada podía válidamente el tribunal al valorar la prueba basarse en el reconocimiento, mismo que FOMILENIO hizo, sin que ello implique que hubo por parte del tribunal arbitral un análisis aislado de la prueba.

Finalmente, en cuanto a los fundamentos de derecho, dicen que el aplicado por el tribunal es incorrecto y contradictorio, están atacando el hecho de que el tribunal concedió al contratista el reconocimiento de mil dólares en concepto de remoción de equipos, se comprobó por medio de la presentación de una factura que ese fue el monto en que incurrió su representado, a partir de la terminación unilateral del contrato cometida por FOMILENIO. En ese sentido, se oponen al motivo de apelación, pues ni siquiera el tribunal alegó el art. 1416 C.C., que quieren equiparar a las cláusulas 61.1 y 62.1, como motivos de derecho aplicado erróneamente.

Después, se le otorgó la intervención a la representante procesal de la parte demandada hoy apelante, licenciados **EUGENIA GUADALUPE SOSA SALAZAR, RICARDO ERNESTO TABLAS OLIVARES, NOÉ ALEXANDER FERNÁNDEZ PERDOMO y MÓNICA MARCELA MARROQUÍN MERINO**, para que se pronunciaran sobre la oposición planteada, interviniendo únicamente el licenciado **RICARDO ERNESTO TABLAS OLIVARES**, quien en lo fundamental **EXPONE:**

No se ha justificado el uso adicional a lo pagado de ciento diecisiete mil dólares, y precisamente ese efecto de pretender que se ha justificado en adición a lo pagado, es precisamente la causa de oposición al planteamiento que han efectuado, es precisamente el error que se ha señalado y que cometió el tribunal arbitral al sumarlo, porque no se ha justificado en

adición a lo pagado, sino que se ha presentado en todo caso algo que está incluido en lo pagado, al contratista se le reconoció la ejecución del cincuenta y uno por ciento de obra, no se le pagaron ciento tres mil dólares, se le canceló la suma que corresponde al cincuenta y uno por ciento de ejecución de obra, la cual se efectuó con insumos, con materiales de construcción, que son los mismos sobre los cuales presentó alguna de las facturas por algunos montos, cuando al contratista se le pagó la obra ejecutada, se le cancelaron los materiales, la mano de obra y sus ganancias, pero además se le amortizó el dinero que se le había adelantado en un veinte por ciento por cada estimación de pago, cuando se terminó el contrato uno de los efectos es el cobro de una de las garantías que es la que se da por uso del anticipo, dicha garantía protege las cláusulas contractuales.

La garantía por uso del anticipo protege las cláusulas contractuales, se establece que se va a responder por todo anticipo que no haya sido amortizado o mal utilizado, cuando se revisa la cantidad por parte del ingeniero en el contrato, que fue a lo que aludieron que ellos revisaban y que el contrato establece que se hacía para poder amortizar, no es para pago, es para uso, porque el mal uso del anticipo tiene un efecto y es que no se puede amortizar en esa estimación de pago, porque en vez de comprar para los fines que están establecidos se ocupa para otro proyecto o para un fin no autorizado, el mal uso del anticipo constituye una obligación de hacer que permite cobrar la garantía, pero no constituye la manera de probar el uso del anticipo efectivo, su amortización y reconocimiento, la única manera de probar o de redimir el uso del anticipo es a través de la ejecución de la obra.

Finalmente, la Cámara dio por concluida la audiencia, anunciando previamente su fallo en los **siguientes términos: “ESTA CÁMARA FALLARÁ DE LA SIGUIENTE MANERA: SE REFORMARÁ EL LAUDO IMPUGNADO ASÍ: A) SE REVOCARÁ EL CONTENIDO DEL LITERAL D. DEL PUNTO 9º) DEL FALLO DEL LAUDO ARBITRAL VENIDO EN APELACIÓN**, pronunciado por el tribunal en el arbitraje en derecho, conformado por los árbitros, licenciados Reynaldo Alfonso Herrera Chavarría, Carlos Alberto Peñate Guzmán y doctor Jorge Pineda Escobar, ***el veinticinco de julio de dos mil veintidós, su aclaración, corrección y adición, dictada a las doce horas del quince de agosto de dos mil veintidós, que forman un todo; B) SE DESESTIMARÁ*** la pretensión incoada en el libelo de demanda, relativa al pago de la cantidad de **MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**, en

concepto de costo justificable de remoción de equipo del sitio de la obra al plantel del contratista; **C) SE CONFIRMARÁ** en todo lo demás el fallo del laudo arbitral apelado; y, **D) NO HABRÁ CONDENA EN COSTAS PROCESALES DE ESTA INSTANCIA.**”

IV.- MOTIVACIÓN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

La presente sentencia se pronunciará **exclusivamente sobre los puntos planteados y admitidos en los escritos recursivos.**

Vistos los autos, estudiados dichos puntos y los alegatos de las partes; esta Cámara formula las siguientes **estimaciones jurídicas:**

4.1) Previo a analizar los motivos en que se fundamentan las alzas; es viable hacer una breve referencia sobre la institución del arbitraje.

Dicha figura, se trata de un método heterocompositivo alternativo para la solución de conflictos, permitido por la Constitución de la República, para que los particulares y el Estado, terminen sus asuntos civiles y comerciales, sometiéndose a la decisión de terceros, quienes tienen la facultad temporal de juzgar el asunto determinado, por atribuírseles competencia, mediante el acuerdo inequívoco de los sujetos, ya sea expreso o tácito, o bien por designación de la ley; *quienes basan su decisión, en las normas positivas vigentes cuando se trata de arbitraje institucional en derecho*, y a cuya función se le atribuye fuerza pública, **dotándola del mismo efecto que el de una sentencia judicial.**

En tal sentido el arbitraje **supone suplir la función pública de administrar justicia, en lo que concierne a la atribución de juzgar**, no así la de ejecutar lo juzgado, la que corresponde exclusivamente al Órgano Judicial, de ahí que se diga que entre ambas instituciones –*arbitraje y jurisdicción ordinaria*– **existe una verdadera relación de colaboración.**

4.2) ANÁLISIS EN CUANTO AL PUNTO DE APELACIÓN ADMITIDO, ALEGADO POR LOS APODERADOS DE LA PARTE ACTORA, INGENIERO IARS.

4.2.1) EL MOTIVO DE APELACIÓN, radica en la finalidad que atañe a la revisión de los hechos probados que se fijaron en la resolución, así como la valoración de la prueba, contenido en el Ord. 2º del Art. 510 CPCM.

El referido punto de alza puede darse en alguna de las cuatro situaciones siguientes: a) Por aplicación indebida de las reglas sobre la carga de la prueba; b) Por el uso inadecuado de los

instrumentos en la fijación de hechos; c) La valoración de medios de prueba prohibidos, sea por conculcar derechos fundamentales o por infringir las reglas legales para la aportación; y, d) Los errores en la valoración de los medios de prueba lícitos.

La aludida finalidad contiene dos componentes: *el primero*, estriba en el relato que efectúa el juzgador, sobre los actos que considera en virtud de la prueba aportada y practicada, convirtiéndolo en el cimiento fáctico de la sentencia; y *el segundo*, se refiere a la actividad judicial por medio de la cual, el administrador de justicia, aprecia los distintos medios probatorios que se han producido, buscando su convencimiento o rechazo, y que constituye el fundamento de su decisión. En otras palabras, es la operación mental que efectúa el juez, con relación a estos, en aras a determinar la conclusión positiva o negativa sobre la existencia o no de los acontecimientos que se alegan en el proceso y al mismo tiempo, para formar un razonamiento en relación a la norma jurídica.

Lo expresado, se encuentra en armonía con lo dispuesto en el art. 312 CPCM, que contiene el derecho a probar, y de su lectura se desprende que éste, tiene como propósito que el servidor judicial tome en cuenta las pruebas producidas para fijar en la sentencia los hechos que le fueron o no acreditados por las partes, con excepción de los plasmados en los ords. 1º, 2º y 3º del art. 314 CPCM.

4.2.2) En lo que se respecta a la valoración de los elementos probatorios en general, esta se define como la verificación de aseveraciones formuladas en el proceso; y la demostración de tales proposiciones, con el objeto de convencer o persuadir que los actos afirmados y controvertidos corresponden con la realidad; hace referencia a una operación mental, con la que se pretende precisar el mérito que ella pueda tener para formar el convencimiento del juzgador.

El derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido incluido en la previsión del proceso constitucionalmente configurado; por ello, una de las garantías que asiste a las partes, es presentar los medios de demostración necesarios que posibiliten crear certeza en quien administra justicia sobre la veracidad de sus argumentos, conformando de manera implícita el derecho a la protección jurisdiccional.

4.2.3) En el caso de mérito, el mandatario de la parte demandante, recurre de lo resuelto por mayoría de los árbitros, licenciados Reynaldo Alfonso Herrera Chavarría y Carlos Alberto Peñate Guzmán, en lo que concierne a lo comprendido en los ords. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 8º, del fallo

del laudo arbitral, enmarcando los primeros cuatro pronunciamientos en el hecho de no haberse declarado la existencia de incumplimiento de FOMILENIO II, ENTIDAD DEL MILENIO ahora ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR, por las razones siguientes: a) no haber entregado planos y especificaciones al contratista que contuvieran la información, especificaciones técnicas o instrucciones necesarias para la ejecución puntual de las obras; b) ordenar cambios sustanciales de los que además no entregó planos ni especificaciones correctas y completas; c) emitir instrucciones nuevas que involucraban trabajos adicionales, como el uso del cemento fluido o lodocreto en cada una de las pilas de las edificaciones; y, d) al requerir la modificación del proyecto originalmente pactado.

Así mismo, en cuanto a los últimos dos arguye que apela por la razón de no haberse declarado, **primero**, que el contrato sigue surtiendo efectos jurídicos plenos, en vista que la condición suspensiva de incumplimiento esencial atribuible al contratista nunca ocurrió; y, **segundo**, que el uso del pago anticipado a que se refiere la cláusula 53.1 de las condiciones generales del contrato -que en adelante se abrevia GCC-, ha sido justificado de acuerdo a la cláusula 53.2 de las mencionadas condiciones.

4.3) En cuanto al primer pronunciamiento, alega el interponente que jamás se solicitó al tribunal arbitral que se ordenara o concediera más tiempo para la realización de las construcciones o el incremento de su precio; pese a ello, sus consideraciones están encaminadas a analizar si se siguió lo establecido en las cláusulas 30.1 y 30.2 GCC, relativas a la “prorroga de la fecha de terminación propuesta”; lo que es totalmente irrelevante, pues lo pedido fue la declaratoria de incumplimiento por la falta de emisión y entrega de planos para la ejecución puntual del proyecto; omisión que se comprueba con los anexos 42, 44 y 45 del escrito de demanda, los cuales no fueron valorados.

4.3.1) En ese contexto, de la lectura de dichos documentos consistentes en cartas con referencias IAR-010519-13, IAR-010519-32 y IAR-010519-36 de fechas diecinueve de noviembre de dos mil diecinueve, diecisiete y dieciocho de febrero dos mil veinte, de fs. 324, 326 y 327 fte., p.p., en su orden, se puede corroborar: **i)** que se hicieron **entrega de detalles** de las columnas, planta de fundaciones, de entrepisos, estructural de coronamiento, así como los de las zapatas del nuevo edificio del módulo C y que los mismos se encontraban a mano alzada; **ii)** que se solicitó **la entrega oficial de los planos** correspondientes de las vigas de entepiso de los

módulos B y C; y **iii)** que habiéndose **visto los planos** constructivos del nuevo edificio del módulo B se solicitó una aclaración al administrador de FOMILENIO II.

4.3.2) En ese orden de ideas, del contenido de los referidos anexos no se extrae que el aludido demandado no haya entregado los planos respectivos desde el día uno de inicio de las labores como lo aduce el impetrante, por el contrario, lo que se advierte es que los dibujos técnicos habían sido proporcionados de manera informal, tal como lo sostuvo el tribunal arbitral por mayoría en su laudo, los mismos contenían errores, o incongruencias, como también lo manifestó el demandante en su libelo de demanda; **además, es importante hacer referencia a las hojas de bitácoras presentadas como anexos 22 al 41, 46 y de 52 a 54, de fs. 304 a 323, 328 y 538 a 540 p.p., por medio de las cuales se establecía el registro diario, cronológico y ordenado de la ejecución de los trabajos, que en ninguna de ellas el contratista advirtió la falta de emisión y entrega de los planos aludidos, contrariamente, se aprecia el progreso de la construcción; asimismo, se evidencia del contenido de la declaración jurada presentada como anexo 48 del ingeniero IARS, de fs. 334 a 338, en el literal F) que si fueron entregados los planos constructivos y especificaciones técnicas; por lo tanto, no existe incumplimiento de FOMILENIO II, en este punto, en virtud que si no se hubieran proporcionado los instrumentos necesarios para la realización de la obra, al contratista le hubiera sido imposible iniciarla.**

4.3.3) Ahora bien, si el demandante consideraba que los documentos entregados inicialmente eran incorrectos, y ello ocasionó un atraso de cuatro meses, lo que constituye para él un evento de compensación por el que LA ENTIDAD DEL MILENIO, debía de prorrogar la fecha de terminación, éste tenía que invocar las cláusulas 30.1 y 30.2 con base a la 46.1 de las GCC.

4.4) Respecto al segundo pronunciamiento impugnado, aduce que el tribunal arbitral en derecho no analizó la acción que originalmente llevó a la consecuencia del evento; es decir, al incumplimiento por parte del mencionado demandado, al hacer modificaciones unilateralmente sin proporcionar los medios necesarios para cumplir con el contrato; lo que pretenden demostrar con la documentación consistente en acta de seguimiento No. 2, de fecha veintiséis de septiembre de dos mil diecinueve, presentada por la contraparte como anexo R-23 y 23 de la demanda consistente en la bitácora No. 5 de fecha veinte de septiembre, las cuales según el postulante no

fueron valoradas.

4.4.1) Así las cosas, es preciso hacer un análisis de los aludidos documentos a fin de establecer si efectivamente FOMILENIO II, modificó de manera unilateral la obra a ejecutarse.

4.4.2) Consta en la copia simple de la referida acta, en el punto de agenda E. denominado “PUNTOS VARIOS”, que efectivamente se establecieron cambios al proyecto y que, además, las partes se pusieron de acuerdo para solicitar a la mencionada entidad otros como el de la acometida principal de luz eléctrica; asimismo, en las observaciones consta que el administrador pide que los mismos sean incluidos en una variación lo antes posible, sin embargo, es imposible determinar si corresponden o no a las modificaciones mencionadas en dicha reunión. Debe destacarse que no se puede concluir que FOMILENIO II, emitió instrucciones de manera unilateral, pues consta que en tal encuentro estuvo presente por parte del contratista el ingeniero IARS, la residente del contratista arquitecta RR, y el encargado de control de calidad e higiene y seguridad ocupacional ingeniero BM, quienes aceptaron los cambios tratados en dicha oportunidad, pues al estampar su firma consistieron los acuerdos alcanzados en la misma.

4.4.3) En atención a la hoja de bitácora No. 5 de fecha veinte de septiembre de dos mil diecinueve, agregada como anexo 23 de fs. 305 p.p., de su lectura no se aprecia que exista una orden al contratista de variación de la construcción, así como tampoco en las hojas de bitácoras Nos. 30 y 38 de fs. 309 y 310 p.p., ya que en la última consta que hubo replanteos de nuevos módulos a construir como lo manifiesta la parte demandada en los numerales 250 a 255 de fs. 1557 de su escrito de contestación de demanda, pero de igual manera no se menciona en qué consisten los mismos; de modo, que se comparte la postura del tribunal arbitral por mayoría, en virtud que no se presentó prueba idónea que demuestre los cambios sustanciales en el proyecto.

4.5) Sobre el tercer pronunciamiento, el recurrente declara que su mandante jamás argumentó que el lodocreto no se utilizaría en las zapatas de los edificios, sino que únicamente en las cubiertas superiores de estas, y no en cada una de sus capas, como fue ordenado por FOMILENIO II, a través de su ingeniero supervisor D.T.I., S.A. DE C.V.

4.5.1) En lo que atañe al estudio de suelos de fecha veintiocho de abril de dos mil dieciocho, presentado como anexo 47, de fs. 329 a 333 p.p., practicado por la compañía Lagos y Asociados, Ingenieros Consultores, se puede evidenciar que recomienda que la cimentación a usar sería superficial mediante zapatas aisladas, pero no contiene prohibición alguna del uso de

cemento fluido; además, consta en las hojas de bitácoras números 60, 64, 69, 73 y 74, identificadas como anexos 35, 36, 46, 37 y 38 de la demanda, de fs. 317, 318, 328, 319 y 320 p.p., que se llevaron a cabo reuniones de seguimiento, **pero de igual manera, no se corrobora la orden directa del uso de lodocreto en cada una de las pilas de las zapatas; es más consta en las carta con referencia IAR-010519-14, de fecha veinticinco de noviembre de dos mil diecinueve, suscrita por el ingeniero MDA, presentada como anexo 43, a fs. 325 p.p., que la estructura para las zapatas del edificio nuevo del módulo C, se mantenían según diseño de los planos aprobados para la construcción, y que otras serían remplazadas, pero nuevamente no constan la orden alegada por el contratista.**

4.5.2) En cuanto a las declaraciones de los testigos RERV y PL, ofertados por la parte actora, el art. 354 CPCM, establece que se podrán proponer, como medio de prueba, para que presten declaración en el proceso las personas que, sin ser partes, pudieren tener conocimiento de los hechos controvertidos que son objeto de prueba.

4.5.3) En ese sentido, las declaraciones rendidas por los testigos mencionados, resultan insuficientes por lo que en el caso en estudio debieron reforzarse con otro medio de prueba que corrobore lo declarado, tal como lo ha establecido el tribunal arbitral en sus consideraciones, pero no se cuenta con ello; en consecuencia, no es posible determinar que FOMILENIO II, dio la orden para el uso de lodocreto en cada una de las capas de las zapatas de la construcción.

4.6) En lo que atañe al cuarto punto, el procurador de la parte actora expone, que el suceso alegado es el incumplimiento del contrato como fue originalmente pactado, ya que el aludido demandado, modificó la obra a ejecutarse de forma unilateral, pues ordenó la eliminación de la construcción de taller de piscicultura e incrementar el módulo Cocina-Comedor al doble de su dimensión originalmente contratado.

4.6.1) Al respecto, es preciso hacer referencia al anexo R-23 del escrito de contestación de la demanda de fs. 1899 a 1900, que consiste en el acta de reunión de seguimiento No. 2, de fecha veintiséis de septiembre de dos mil diecinueve, en el que consta el punto de agenda E. numerales 1 y 2, el cual expresa lo siguiente “el módulo E se elimina ya no se construirá”; “Que el módulo D se modifica llevando el área de comedor hasta la pared de colindancia norte y el área de cocina se instalara en una parte del módulo E de esto último estamos a la espera de los planos sugeridos por FOMILENIO II”.

4.6.2) En ese contexto, queda evidenciado que el expresado cambio no fue tomado de manera unilateral por FOMILENIO II, pues aparece que el demandante ingeniero IARS, estuvo presente en dicho acto, teniendo conocimiento y aceptando tal modificación, en virtud que no se refleja que éste haya expresado su inconformidad o advertido sobre la imposibilidad de cumplir con la ejecución puntual de la obra, por falta de los medios necesarios para la construcción, razón por la cual no se advierte el incumplimiento alegado.

4.6.3) Ahora bien, lo que si se percibe es que el administrador pidió que los mismos fueran incluidos en una variación; aduciendo el demandante que era el ingeniero supervisor el que tenía que preceder a realizarla y no lo hizo; en ese sentido, el contrato en su sección D. “control de costos”, de sus condiciones generales, cláusula 41.1 establece “todas las variaciones se incluirán en programas actualizados generados por el contratista”, es decir, era el ingeniero IARS, quien debía de presentarla al ingeniero supervisor, para que éste procediera de acuerdo a la cláusula 41.2 GCC.

4.7) En lo que atañe al quinto pronunciamiento, el recurrente considera que la ENTIDAD DEL MILENIO, no podía dar por finalizado unilateralmente el contrato, ya que no se ha probado la existencia de un incumplimiento esencial por parte de su poderdante, y al no existir, la terminación con base en la subcláusula 61.1 GCC, no produce efectos y es ineficaz; por lo que el punto a dilucidar radica en establecer si existió o no tal incumplimiento, por parte del contratista.

4.7.1) Sobre el mencionado punto, consta en el anexo 55 del escrito de demanda carta con referencia IAR-010519-18, de fecha cuatro de diciembre de dos mil diecinueve, de fs. 541 p.p., suscrita por el ingeniero MD Aguirre, en la que se requiere al contratista, ingeniero IARS, la presentación de un plan de contingencia, ello en virtud, del poco avance físico ejecutado en la obra, y se le sugiere la implementación de mano de obra y maquinaria para agilizar los trabajos de construcción.

4.7.2) Asimismo, se aprecia en la carta número IAR-010519-27, de fecha veintinueve de enero de dos mil veinte, que es parte del anexo R-4 del libelo de contestación de la demanda, agregada a fs. 1604 p.p., que se hace ver al contratista que el avance programado es del 45% contra un real ejecutado del 21% reflejando un atraso del 24%; en el informe de desempeño de fecha dos de octubre de dos mil veinte, anexo R-11 de fs. 1685 a 1687 p.p., se estableció que el

retraso de la obra a esa fecha era del 51%, concluyendo que el contratista no tenía la capacidad de terminar el proyecto; aunado a ello, en el anexo R-7 figura una impresión de correo electrónico, enviado por la arquitecta RR, en la que expresó que se encontraban conscientes del retraso que representaba la obra.

4.7.3) De igual manera, dichas advertencias de los retrasos señalados se hicieron en la comunicación referencia IAR-010519-49 de fecha diecinueve de agosto de dos mil veinte, anexo R-6; y en las cartas de fecha ocho de octubre de dos mil veinte, de fs. 1608 y 1609 p.p., suscritas la primera por la ingeniera PM, coordinadora del administrador del contrato ingeniero HC, y la segunda por éste, todo lo cual se tomó en cuenta para el informe final de fecha uno de diciembre de dos mil veinte, presentado como anexo R-25 de fs. 1909 a 1963 fte., p.p., donde se evidencian todas las deficiencias del contratista en el desarrollo del proyecto.

4.7.4) Así las cosas, del análisis efectuado en los aludidos documentos, se corrobora que al catorce de octubre de dos mil veinte, fecha a partir de la cual surtiría efecto la terminación contractual, el proyecto se encontraba a la mitad de su finalización, lo que evidencia el bajo rendimiento que el contratista tuvo durante la ejecución de las obras, y la imposibilidad de que las edificaciones se concluyeran en un corto plazo.

En ese orden de ideas, este tribunal estima que si la terminación unilateral ha sido diseñada por las partes en virtud de un pacífico ejercicio de la autonomía de la voluntad privada de los otorgantes, esto es, mediante una cláusula previamente discutida entre ambas y suficientemente clara; su legalidad es indiscutible; por lo que ante el evidente retardo de los trabajos desempeñados por el ingeniero IARS, FOMILENIO II tenía la facultad de activar la cláusula 61 de las GCC.

4.7.5) De modo que, se comparte lo sostenido por el tribunal arbitral por mayoría simple, al existir abundante prueba instrumental que demuestra el incumplimiento esencial de acuerdo a las subcláusulas 61.1 y 61.2 (g) de las condiciones generales y particulares del contrato, al haber incurrido en demora al terminar las obras; en consecuencia, a la parte demandada le asistía el derecho de dar por terminado el contrato unilateralmente.

4.8) Finalmente, en cuanto al último aspecto recurrido, alega el impugnante que contrario a lo establecido en el laudo arbitral, sí se justificó completamente el uso del anticipo recibido para la realización del proyecto.

4.8.1) Al respecto, tal adelanto se encuentra sustentado en la cláusula 53.1 GCC, y establece en lo esencial que el cliente efectuará un pago anticipado al contratista. Asimismo, la parte primera de la cláusula 53.2, estipula la manera y el uso para el cual se destinará el mismo y es clara en mencionar que se utilizaría solo para pagar equipos, planta, materiales y gastos de movilización necesarios específicamente en la ejecución del contrato.

4.8.2) En ese contexto, es acertado el análisis efectuado por el tribunal arbitral, pues una vez analizados los documentos presentados en el anexo 79 al 83 de fs. del libelo de demanda, tomó en cuenta los comprobantes que cumplían con las directrices del contrato.

4.8.3) Ahora bien, expone el interponente que se debían tomar en cuenta los gastos que atañen a la mano de obra, pues el ingeniero JC, encargado de infraestructura escolar de FOMILENIO II, en reunión de fecha trece de febrero de dos mil veinte, le manifestó que se estaba aceptando incluir el costo de la mano de obra como parte del uso del anticipo; haciendo referencia a la carta del dieciocho de febrero de dos mil veinte, emitida por el demandante ingeniero IARS, dirigida a la supervisora del contrato D.T.I. S.A. DE C.V., presentada como anexo R-18, del escrito de contestación de demanda de fs. 1711 p.p., donde se le hace saber la supuesta aprobación; sin embargo, habiéndose revisado los elementos probatorios presentados no existe constancia que respalde tal aseveración, ni autorización formal, por parte de la ENTIDAD DEL MILENIO, o su ingeniero supervisor para incorporar tales gastos como parte del buen uso del anticipo de inversión, por lo tanto, de acuerdo al contrato estos no pueden ser incluidos en tal partida, siendo acertado el análisis efectuado por los árbitros en derecho.

4.8.4) De modo que, los hechos alegados por el contratista de acuerdo a las cláusulas 46.1 y 46.2 de las GCC, se enmarcan en eventos de compensación, los cuales debía de reclamar de manera formal, por escrito y en tiempo, presentando toda la información que demostrara el efecto de cada acontecimiento de acuerdo a la cláusula 46.3 de las referidas condiciones, para que el supervisor evaluara si era pertinente elevar el precio y prorrogar el plazo de terminación propuesto; **en consecuencia, el punto de apelación queda desvirtuado.**

**V.- EXAMEN SOBRE LAS FINALIDADES QUE FUERON INVOCADAS EN EL
LIBELO RECURSIVO POR EL DEMANDADO FOMILENIO II AHORA ESTADO Y
GOBIERNO DE EL SALVADOR.**

5.1) EL PRIMER PUNTO DE APELACIÓN, consiste en la revisión de la valoración

de la prueba, regulado en la parte final del Ord. 2° del art. 510 CPCM.

Los apoderados del aludido demandado, licenciados **EUGENIA GUADALUPE SOSA SALAZAR, RICARDO ERNESTO TABLAS OLIVARES, NOÉ ALEXANDER FERNÁNDEZ PERDOMO y MÓNICA MARCELA MARROQUÍN MERINO**, alegan que, conforme al contrato, el buen uso del pago anticipado tenía que justificarse a través de la ejecución de la obra y no por medio de la presentación de facturas o cualquier otro comprobante de pago, como erróneamente lo determinó el tribunal arbitral en derecho.

5.1.1) Al respecto, el tribunal arbitral manifestó que del análisis efectuado al legajo de comprobantes que aparecen en el anexo 79 al 83 del escrito de demanda, se verificó que tales documentos se apegaron a los criterios de la cláusula 53.2 de las GCC, que es la que establece los conceptos en los que se podía invertir el anticipo.

5.1.2) Ahora bien, del contenido de la referida estipulación, se determina la manera a través de la cual se acreditaría que el pago anticipado se había utilizado para cancelar equipos, plantas, materiales y gastos de movilización, es decir, su buen uso; y tal demostración de conformidad al contrato era mediante entrega al ingeniero supervisor de copias de las facturas o de otros documentos en forma y contenido aceptados por este último; por ende, no existe una errónea valoración de tales instrumentos, pues, al momento de ponderarlos el tribunal tomó en consideración únicamente, los que cumplieron los lineamientos de la referida cláusula, excluyendo el rubro que no estaba comprendido dentro de la misma, que correspondían a mano de obra y los ilegibles; por lo tanto, es con dichos comprobantes que se debía justificar el anticipo, como lo efectuó el contratista.

5.1.3) En cuanto al segundo error atribuible, referente a que se está duplicando, sin sustento, el monto final amortizado, ya que la cantidad supuestamente justificada, fue tomada en cuenta por FOMILENIO II, mediante el pago de los \$103,020.19 ya reconocidos, la entidad demandada no mostró las copias de las facturas que el contratista tuvo que haber entregado al ingeniero supervisor para el pago de tal cantidad, con los cuales se hubieran podido cotejar los instrumentos presentados por el demandante, con la finalidad de suprimir los que pudieron haber sido utilizados para el referido desembolso, lo que no realizó.

5.1.4) En otro orden de ideas, alega que como se desprende del cuadro de liquidación FOMILENIO II, reconoció un monto pendiente de pago que corresponde a \$137,200.78, a la cual

se le adicionó la suma de \$22,792.06 en concepto de retenciones acumuladas, dando como resultado la cantidad de \$159,992.84; pero, el tribunal las consideró de manera aislada, pues no tomo en cuenta el monto pendiente de amortizar y la penalidad imputada al contratista, los cuales debían de restarse, dando como resultando según la representación fiscal, un saldo a favor del Estado por un total de \$56,894.34.

5.1.5) Sobre la referida premisa, es necesario acotar que las pretensiones conforman la fase dialéctica de discusión; mediante ella el actor, pide que se le reconozca un derecho o provecho; a la parte pasiva corresponde el oponerse a la reclamación; ambas elevan las respectivas apariencias del interés jurídicamente protegible por medio de las pruebas, a la categoría de evidencias de existencia, las cuales constituyen el contenido del fallo; es decir, la oposición, es la respuesta que se presenta como medio de defensa ante una acción intentada por el demandante, con la única finalidad de desvanecer el derecho que se atribuye.

5.1.6) En ese sentido, para el caso de mérito el tribunal arbitral, expresó en la resolución número ocho de fecha quince de agosto de dos mil veintidós, que forma un todo con el laudo arbitral, que el pronunciamiento sobre el derecho a cantidades a favor del ESTADO Y GOBIERNO DE EL SALVADOR, constituye una defensa que debió ser ejercitada en el memorial de contestación de la demanda, realizando la petición concreta de liquidación del contrato y compensación de obligaciones (...).

Al respecto, esta sede judicial estima que para reclamar FOMILENIO II, cantidades a su favor, tiene que ser por medio de una demanda reconvenzional ya sea planteada en el escrito de contestación o por separado dentro del plazo legal para ello.

Y lo anterior es así ya que la reconvención es la acción presentada por el demandado en respuesta a una demanda inicial presentada por el demandante; en otras palabras, la contrademanda permite al sujeto pasivo presentar sus propias reclamaciones y buscar remedios legales en el mismo proceso o procedimiento que ha sido incoado en su contra.

Así las cosas, el art. 47 numeral 1, párrafo 2º, de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, insta que en el plazo de contestación la parte demandada deberá presentar sus excepciones y demanda de reconvención si fuere el caso; asimismo el art 285 inc. 1º CPCM, establece que al contestar la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvención, formular la o las pretensiones que crea que le competen respecto del demandante; en consecuencia,

mediante dicha atribución lo que se busca es una decisión constitutiva o de condena contra el actor.

5.1.7) En síntesis, tal pretensión de declarar que existe un monto a favor del aludido demandado, que se intentó introducir vía aclaración y corrección, tenía que haber sido planteada mediante una contrademanda, debiendo manifestar de manera clara y detallada las reclamaciones específicas que pretendía obtener; sin embargo, esta circunstancia no aconteció; **por lo que el punto de apelación no tiene fundamento legal.**

5.2) EL SEGUNDO MOTIVO DE APELACIÓN, atañe a la revisión del derecho aplicado, contenido en el ord. 3° del art. 510 CPCM.

5.2.1) Al respecto, es menester indicar que cuando hay infracción en cuanto al derecho aplicado, esta puede configurarse y presentar varias manifestaciones, ya sea por ocurrir: **a)** aplicación indebida de ley; **b)** interpretación errónea de ley; y, **c)** violación de ley.

La **primera**, hace referencia al defecto en la selección de la disposición legal para la solución del caso, es decir, cuando se aplica para dirimir la controversia una norma jurídica que no es la adecuada; **la segunda**, es la que tiene lugar cuando se utiliza por el juzgador para solventar el conflicto, un artículo que sí es pertinente, pero que del análisis que le otorga, deduce un efecto distinto al previsto por el legislador, brindándole un alcance diferente al contenido; y **la tercera** consiste, en la inaplicación de un precepto legal vigente, que era aplicable al caso concreto, e implica que la norma que ha dejado de utilizarse, tuvo que ser la que el Juez debía elegir para decidir sobre la cuestión planteada.

5.2.2) En el caso que nos ocupa, arguyen los representantes procesales del demandado también apelante FOMILENIO II, que no correspondía otorgarle al contratista la cantidad de mil dólares de los Estados Unidos de América, en concepto de remoción de equipos, en virtud, que ello implica ir en contra del contrato, pues en el laudo arbitral se declaró que existe un incumplimiento esencial imputable al demandante.

5.2.3) Bajo esa óptica, es importante destacar que el tribunal arbitral en sus consideraciones del punto E., denominado solicitudes de prorrogas a fs. 2907, plasmó que *“Fomilenio II ha acreditado el incumplimiento esencial del contratista por medio de prueba documental y testimonial que evidencia los retrasos recurrentes del contratista en la ejecución de la obra (...)”*, lo que demuestra, que el sustento de la finalización contractual fue la cláusula

61.1 de las GCC.

5.2.4) En esa línea de pensamiento, para que el ingeniero IARS, pudiera reclamar sumas de dinero en tal concepto, la terminación debía darse por así convenirle al cliente, es decir, no por un incumplimiento esencial del contratista, como lo establece la subcláusula 62.2 de las GCC; por ende, al haberse establecido que la desvinculación contractual se debió por causas imputables al contratista, no le nace el derecho a exigir dicha cantidad por remoción de equipo, aun cuando haya incurrido en ese gasto de acuerdo a las cláusulas 61.6 (c), 62.1 y 63.1, pues según esta última se detallan los términos y condiciones aplicables en caso de ocurrir el evento de finalización contractual, reglas que el tribunal arbitral inobservó; **por lo que se acoge el punto de apelación por tener sustento legal.**

VI.- CONCLUSIÓN.

Esta cámara concluye que en el caso que se trata, en lo que atañe a la apelación de la parte actora, no es viable revocar los puntos apelados resueltos por los mencionados árbitros, en virtud que no probó las pretensiones incoadas en su libelo de demanda; y en lo que concierne a la alzada de la Fiscalía General de la República, no existe la posibilidad de atender sus argumentos por la razón que el buen uso del anticipo fue demostrado de acuerdo a las estipulaciones contractuales, y la reclamación que formula de la cantidad de dinero a favor del Estado no fue requerida a través del medio idóneo; accediendo a dejar sin efecto el monto otorgado en concepto de remoción de equipos, ya que es el contratista el que tiene que asumir el costo de dicho rubro.

Consecuentemente con lo expresado, es procedente reformar en lo pertinente el laudo impugnado, dictar la sentencia que conforme a derecho corresponde, sin condena en costas de esta instancia, y declarar firme la misma, ya que según lo prescrito en el inc. 3° del art. 66-A de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, contra la providencia de la Cámara de segunda instancia no cabra recurso alguno.

VII.- FALLO.

POR TANTO: sobre la base de los razonamientos expuestos, disposiciones legales citadas y de conformidad con lo establecido en los arts. 18, 172 incs. 1° y 3° Cn., 212 inc. último, 213, 215, 216, 217, 219 inc. 1°, 272 inc. 1°, 275, 515 incs. 1° y 2° y 517 CPCM, **A NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR ESTA CÁMARA FALLA: REFÓRMASE la sentencia impugnada así: A) REVOCASE el contenido del literal D. del punto 9°) del fallo**

del laudo arbitral venido en apelación, pronunciado por el tribunal en el arbitraje en derecho, conformado por los árbitros, licenciados Reynaldo Alfonso Herrera Chavarría, Carlos Alberto Peñate Guzmán que integraron la simple mayoría y el disidente doctor Jorge Pineda Escobar, *el veinticinco de julio de dos mil veintidós*, su aclaración, corrección y adición, dictada *a las doce horas del quince de agosto de dos mil veintidós*, que forman un todo; **B) DESESTIMASE** la pretensión incoada en el libelo de demanda, relativa al pago de la cantidad de **MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**, en concepto de costo justificable de remoción de equipo del sitio de la obra al plantel del contratista; **C) CONFIRMASE** en todo lo demás el fallo del laudo arbitral apelado; **D) NO HAY CONDENA** en costas procesales de esta instancia; y, **E) DECLÁRASE FIRME** la presente sentencia.

Devuélvase el expediente junto con sus anexos al aludido tribunal arbitral con certificación de esta sentencia. *Hágase saber.*

PRONUNCIADA POR LOS MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN.