

297
Documento
Moneda 4
Pérez

- Señala que se han afectado sus derechos al haberse dejado sin efecto la actuación de un medio probatorio, sin haber resuelto los escritos que sustentaban sus alcances, no habiendo podido hacer valer su derecho al debido proceso
- Argumenta que, mediante resolución No. 7 sin fecha, el Tribunal Arbitral ordenó la realización de una pericia de oficio, en la misma que señaló su objeto, siendo el caso que posteriormente y debido a la excesiva propuesta de honorarios del único perito el tribunal mediante resolución No. 15 de fecha 11 de enero de 2012, decidió suspender la pericia de oficio hasta la emisión del laudo parcial.
- Asimismo mediante resolución No. 19 de fecha 29 de marzo de 2012, el Tribunal Arbitral emitió el laudo parcial en cuyo artículo quinto, finalmente dejó sin efecto la pericia de oficio que el mismo tribunal había ordenado mediante resolución No. 7 sin previamente haber atendido sus escritos de fecha 26 de setiembre y 13 de octubre de 2011, debiendo al menos haber resuelto sus pedidos antes o al momento de decidir dejar sin efecto la pericia.

2. Respecto al artículo 63 numeral 1 inciso e del Decreto Legislativo No. 1071:

- Mediante laudo parcial de fecha 29 de marzo de 2012, el Tribunal Arbitral declaró infundada la oposición al arbitraje presentado por ELSE, mediante la cual esta parte denunció que se estaba demandando una materia que no era susceptible de arbitraje, dando lugar a la posterior emisión del laudo final de fecha 23 de mayo de 2012 y la resolución de integración e interpretación notificada el 17 de julio de 2012, cuya síntesis es la condena a ELSE de una suma de dinero por concepto de adicionales de obra, precisando la parte demandante que cumplió con objetar ante el tribunal arbitral la materia sometida a arbitraje por G y M mediante la presentación de una oposición.
 - Señala que la controversia sometida a arbitraje por G y M se refiere al pago de la suma de US \$ 1 351.113.59 por la adquisición e instalación de un reactor de nivel de tensión 145 kv, habiendo asumido G y M el costo del reactor, sin que exista pago de la retribución, pago que pretende G y M al tipo de cambio venta de la fecha del supuesto vencimiento de la obligación, precisando que la propia contratista reconoció en varios extremos de su demanda arbitral que dicho ítem no formaba parte del expediente técnico ni de los términos del Contrato No. 049-2007.
- Aún con el requerimiento del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES-SINAC) respecto de la instalación de dicho reactor, la propia demandante, sustentada en el informe del supervisor de la obra (CESEL) reconoce que ejecutó la adquisición e instalación del mencionado reactor fuera de los alcances del contrato que la vincula con ELSE, y como un "adicional de obra"; tal como se desprende de los siguientes fundamentos de la demanda arbitral

298
Documentos
Moreno y
Ocho

presentada por G y M: (i) ".....Que corresponde al valor (aprobado por la supervisión de obra a través del presupuesto adicional No. 03.....)", (ii) El alcance de la obra no incluía la ejecución del reactor y; (iii) Como puede notarse hasta aquí el reactor surgió como un hecho imprevisible ante la observación del COES-SINAC, pero resultando ser aquel un equipamiento indispensable para asegurar la viabilidad comercial y/o técnica de la línea, de acuerdo a los criterios del organismo en mención.

- En resumen señala la parte demandante que con la demanda arbitral se pretendió la aprobación y pago- vía laudo arbitral- de un adicional de obra, **no obstante señala la parte apelante que se debió tener presente que los adicionales de obra, son una materia manifiestamente NO susceptibles de ser sometidas a arbitraje.** Un adicional de obra sólo puede ejecutarse previa autorización del titular de la entidad, por mandato expreso del artículo 42º del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. 083-2004-PCM y según la Quinta Disposición Final de la Ley 28411 Ley General del Sistema Nacional de presupuesto la ejecución de un adicional de obra se encuentra sujeto a que previamente se cuente con: a) Disponibilidad Presupuestal, b) Autorización otorgada mediante Acuerdo de Directorio de la empresa y; c) Autorización expresa de la Contraloría General de la República, en los casos que el monto a contratar sea superior al 10% del contrato original.
- En el presente caso alega la demandante que la demandante ejecutó el adicional (referido por la supervisión de la obra como "presupuesto adicional 3") **sin contar con la autorización previa del Directorio de ELSE;** este hecho determina que la procedencia del pago no sea una controversia pasible de ser sometida a la vía del arbitraje, pues no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio Arbitral contenida en la cláusula vigésima séptima del Contrato ya que: a) La ejecución de un adicional NO autorizado previamente por el Directorio de la Entidad no constituye una prestación dentro de los alcances del contrato, b) La cláusula arbitral establece claramente que se someten a arbitraje las controversias técnicas, legales o reclamos ".....relacionados a la ejecución y/o interpretación del presente contrato" y; c) El convenio arbitral no es aplicable a aquellas prestaciones que NO derivan del Contrato, que a su vez tiene su fuente en la base del proceso de selección y en el Expediente Técnico que constituyen los términos mandatarios en que se desarrolla la relación contractual.

3. Respecto a la pretensión accesoria tampoco es susceptible de arbitraje y ha sido resuelta en clara afectación de los derechos de ELSE:

- Señala la demandante que no existe obligación alguna de pago de adicionales que no han contado con la autorización previa a la ejecución y pago de los mismos por parte del Directorio de Else y en este particular caso, de la Contraloría General de la República, señalan que la pretensión accesoria constituye un nuevo exceso por parte de la demandante ya que no sólo pretende el pago de "los intereses de ley" sino que adicionalmente pretende beneficiarse con el tipo de cambio que le resulte más conveniente, invocando para el efecto lo previsto por el artículo 1237º del Código Civil.
- En efecto, el segundo extremo del laudo arbitral definitivo, declaró fundada la pretensión accesoria de G y M, sobre su facultad de exigir a su elección, que el pago objeto de la pretensión principal se realice al tipo de cambio venta de la fecha de vencimiento de la obligación (esto es, 31 de octubre de 2008, fecha en que el mencionado tipo de cambio ascendía a S/. 3.090) o al tipo de cambio venta que rija en el día de pago.

2013
Documentos
movidos y
ahora

II. ADMISORIO Y TRASLADO:

Mediante resolución No. 03 de fecha 11 de enero de 2013 obrante a fojas 188/190, se admite a trámite la demanda y se corre traslado a la parte demandada G y M SA para que la absuelva en el término de ley. Es así que mediante escrito de fecha 26 de febrero de 2013 obrante a fojas 231/274 G y M SA. cumple con proponer la excepción de caducidad y contesta la demanda dentro del plazo concedido, bajo los argumentos que a continuación se detallan:

1. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD PROPUESTA POR GyM SA.

Por escrito de fecha 26 de febrero de 2013 obrante a fojas 231/274 la demandada G y M SA. deduce la excepción de caducidad y cumple con contestar la demanda solicitando que se declare la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso de conformidad con lo establecido en los artículos 446 inciso 11, 447 y 541 inciso 5 del Código Procesal Civil señalando que Else dirige su pretensión de anulación contra el Laudo Final expedido el 23 de mayo de 2012, sin embargo, las supuestas (pero inexistentes) causales que ella misma alega para "sustentar" dicha anulación en realidad forman parte del Laudo Parcial de Derecho de fecha 29 de marzo de 2012, ambos laudos son autónomos e independientes, por tanto, Else en realidad ha planteado un pedido de anulación extemporáneo toda vez que las causales de anulación que alega la demandante son parte del laudo parcial de derecho, de fecha 29 de marzo de 2012, el cual fue notificado a las partes el 3 de abril de ese mismo año por lo que debió haber interpuesto recurso de anulación contra el propio laudo parcial, no contra el laudo final.

300
F. N. N. N. N. N.

Señala la parte demandada que el Laudo Parcial de Derecho emitido por el Tribunal Arbitral el 29 de marzo de 2012 resolvió de manera definitiva los siguientes puntos: (i) La oposición de arbitraje formulado por Else bajo la equivocada alegación de que se estaría arbitrando sobre una materia supuestamente no susceptible de arbitraje; (ii) La excepción de representación insuficiente formulada por G y M SA, (iii) La impugnación de Else a dos (2) pruebas ofrecidas por G y M SA. y (iv) La reconvencción planteada por Else, ninguno de estos puntos fue materia de nuevo pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral en su laudo final de fecha 23 de mayo de 2012 puesto que habían sido definitivamente resueltos con el laudo parcial del 29 de marzo de 2012.

A pesar de que las supuestas causales de anulación que sustentan el recurso de Else están contenidas en el laudo parcial, la recurrente dirige su pretensión de anulación contra el laudo final, aduciendo equivocadamente (y sin base legal alguna) que dicho laudo constituiría una simple "versión final" del pronunciamiento del tribunal. De este modo Else desconoce indebidamente la calidad de laudo definitivo que le corresponde, conforme a ley, al laudo parcial emitido el 29 de marzo de 2012. Como hemos indicado, la denominación como "parcial" del laudo únicamente refiere a que es el primero de los dos laudos emitidos, siendo ambos suficientes y autónomos por sí mismos, por tanto, encontrándose las falsas causales alegadas por Else relacionadas exclusivamente al laudo parcial de fecha 29 de marzo de 2012, es éste el que debió ser objeto de anulación ante el poder judicial.

Siendo inaceptable que habiendo interpuesto una solicitud de integración por el laudo parcial, abriéndose así camino para acudir en seguida en anulación, ELSE intente "subsana" la omisión en la que incurrió entonces pretendiendo que vuestra Sala anule el laudo final por causales que en realidad están contenidas en el laudo parcial. En efecto la resolución No. 20 que se pronuncia sobre la solicitud de integración de ELSE respecto al laudo parcial, fue notificada el 14 de mayo de 2012. En consecuencia, el plazo de veinte (20) días hábiles para ingresar una demanda de anulación de laudo venció el 11 de junio de 2012. Ahora bien ELSE apenas presentó su demanda de anulación el 15 de agosto de 2012; esto es, con una extemporaneidad superior a dos (2) meses.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Finalmente contesta la demanda solicitando se declare improcedente y/o infundado el recurso de anulación de laudo interpuesto por Else contra el Laudo de Derecho de fecha 23 de mayo de 2012, emitido en el marco del Expediente Arbitral No. S-10-2010, tramitado ante la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), por no existir ninguna causal que legitime en absoluto su pretensión.

Señala que de acuerdo a la demandante, el arbitraje seguido con G y M SA. estuvo referido a la aprobación y pago de un adicional de obra, materia que sería a su modo de ver no arbitrable, señala que contradice lo alegado por ELSE en los siguientes fundamentos: (i) Else no cumplió con solicitar la exclusión de laudo que exigen el literal d) del artículo 58 y el numeral 7 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje a fin de poder solicitar la anulación de laudo y; por el contrario formuló una solicitud de integración que es contradictorio con el reclamo que ahora efectúa en sede judicial; (ii) La materia que fue sometida a conocimiento del Tribunal Arbitral era susceptible de arbitraje por tratarse de un supuesto de hecho distinto al de las normas alegadas por Else; (iii) El supuesto de hecho del artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado supone que existe un pronunciamiento de la Contraloría General sobre el cual no puede arbitrar; (iv) Else pervierte los supuestos de las normas de contraloría para validar su propia omisión y negligencia, contraviniendo además sus actos propios, a pesar de que dichas normas en realidad respaldan la postura de G y M SA.; (v) Los supuestos aplicables a su caso son los de los artículos 211 y 254 cuya lectura objetiva y literal contempla el arbitraje como medio de solución de controversias; (vi) La Contraloría General de la República no es competente para decidir sobre un tema de responsabilidad entre contratantes; (vii) Else realiza una absurda interpretación de los alcances del Convenio Arbitral, en su ilegal intención de mantener la controversia que le opone a G y M SA. irresuelta; (viii) Tanto el Tribunal Arbitral como la propia Else han reconocido que el pago ordenado a favor de G y M SA. se justifica además por la prohibición del enriquecimiento sin causa, siendo esta una materia enteramente arbitrable y; (ix) De acuerdo a ley, el propio Tribunal Arbitral decide legítimamente sobre su competencia, por lo que sólo corresponde analizar si lo hizo de manera correcta y motivada, fundamentando cada punto de su contestación en el escrito de fecha 26 de febrero de 2013 que obra en los actuados desde fojas 243 punto 22 a fojas 273.

201
Atentamente
JMS

CONSIDERANDO

PRIMERO: Previo a realizar el análisis de fondo, corresponde a este Superior Colegiado, en concordancia con el trámite previsto por los artículos 446 al 450 del Código Procesal Civil aplicable de forma supletoria a los presentes actuados, pronunciarse primero respecto a la excepción propuesta por la parte emplazada.

SEGUNDO: Que, analizando la excepción propuesta se tiene que la caducidad es "aquella institución en virtud de la cual, derechos, relaciones o situaciones jurídicas, se extinguen por el transcurso del plazo establecido expresamente por la Ley, por su falta de ejercicio o de actividad del titular responsable a ese ejercicio. En esta dirección, García Amigo sostiene que la caducidad opera automáticamente en la vida del derecho, sancionándose al titular del derecho con la extinción del

202
Fuentes
Noviembre
100

Definida entonces la caducidad como el instrumento mediante el cual el transcurso del tiempo
que el derecho y la acción correspondiente, en razón de la inacción del titular durante el plazo
por la Ley o la voluntad de los particulares; su finalidad es proteger el interés general de una
certidumbre de la situación sometida a la facultad de modificación; de ahí que para su
integración basta con que el acto de ejercicio sea extemporáneo sin más. Por tales efectos y fines,
es necesario efectuar-en el presente caso concreto- una verificación detallada del plazo transcurrido
ante que la demandante fue notificada con el laudo arbitral y su integración hasta la fecha de
interposición del recurso, a efectos de verificar si ésta adolece de la caducidad que se alega.

ARGUMENTO: El artículo 64 de la Ley de Arbitraje, a cuyas reglas se han sometido las partes conforme
establecen en la cláusula vigésima séptima del Contrato No. 049-2007 obrante a fojas 156/180,
establece como plazo de interposición del recurso de anulación, los siguientes:

- a) Veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo.
- b) Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo
y no se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral podrá interponerse dentro de los
veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el
plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.

Entendiendo que tratándose de un plazo de carácter procesal debe entenderse tales días como
días hábiles, esto es, los comprendidos entre el lunes y viernes de cada semana, salvo los feriados, como
señala el artículo 141 del Código Procesal Civil, norma de aplicación supletoria en atención a la
Disposición Complementaria y Final del acotado código adjetivo.

CONCLUSIÓN: Para análisis de la caducidad alegada por la hoy demandada se debe tener presente
lo siguiente:

- a) Que, a fojas 210/213 del expediente arbitral obra el Acta de Instalación y Determinación de
Puntos Controvertidos de fecha 15 de junio de 2010.
- b) Mediante laudo parcial de derecho contenido en la resolución No. 19 de fecha 29 de marzo de
2012 y obrante a fojas 419/438 el Tribunal Arbitral en derecho lauda por unanimidad y
resuelve:
 - 1.- Declarar **Infundada** la oposición al arbitraje formulada por Else en el primer otrosi de su
escrito No.01.
 - 2.- Declarar **Infundada** la excepción de representación insuficiente formulada por GyM SA en
el título I de su escrito No.3
 - 3.- Declarar **Infundada** la impugnación formulada por Else, en el segundo otrosi de su escrito
No.02, respecto de dos (2) pruebas ofrecidas por GyM SA.

Postigo, Victor , " El debido proceso y la demanda civil" T.1, Editorial Rodhas, Lima, 1998, p.498

- 4.- Declarar infundada la pretensión de pago contenida en la reconvención de Else, que incluye tanto la indemnización por daño emergente como el resarcimiento por lucro cesante.
- 5.- Dejar sin efecto la actuación del peritaje de oficio dispuesto mediante resolución No. 07.
- c) Que, a fojas 446/447 del expediente arbitral obra la resolución No. 20 de fecha 25 de abril de 2012 por la que se declara improcedente por extemporáneo el recurso de integración y la solicitud de interpretación interpuesto por Electro Sur Este SAA mediante escrito presentado el 19 de abril de 2012.
- d) A fojas 460/506 obra el Laudo Definitivo de Derecho que por unanimidad emite el Tribunal Arbitral de fecha 23 de mayo de 2012 declarando: (i) Fundada en parte la primera pretensión principal de la demanda, en consecuencia se ordena que Else pague a G y M SA. el importe de US \$ 1'155.255.48 (Un millón ciento cincuenta y cinco mil doscientos cincuenta y cinco mil y 48/100 Dólares de los Estados Unidos de América) suma que incluye el IGV. El monto indicado devenga intereses legales desde el 29 de enero de 2010 y; (ii) Declarar FUNDADA la pretensión accesoria a la pretensión principal de la demanda y, en consecuencia se establece que G y M SA. tiene la facultad de exigir, a su elección, que el pago por parte de Else en nuevos soles, objeto de la pretensión principal se realice al tipo de cambio venta de la fecha de vencimiento de la obligación (esto es, 31 de octubre de 2008, fecha en que el mencionado tipo de cambio ascendía a S/. 3.090) o al tipo de cambio venta que rija en el día de pago; Else se encuentra obligada a acatar dicha decisión; a fojas 516 del expediente arbitral obra el cargo de notificación dirigido a Electro Sur Este SAA remitiendo el laudo final de derecho emitido con fecha 23 de mayo de 2012 y recepcionado por dicha parte el 30 de mayo de 2012.

QUINTO: Estando a los actuados en el expediente arbitral, se advierte de la revisión del citado expediente que como acompañado se tiene a la vista que en el laudo parcial contenido en la resolución No. 19 de fecha 29 de marzo de 2012 que a fojas 430 considerando 64 el tribunal arbitral resolvió lo siguiente: *"Debe notarse igualmente que, a criterio del Tribunal Arbitral, aún el hecho de que determinada prestación no hubiese estado considerada dentro del alcance de las obligaciones originales de las partes, no determina por sí mismo su exclusión de las materias arbitrales, si es que una de las partes sostiene que dicha nueva prestación se ha incorporado a la relación obligatoria a través de las propias reglas contractuales y normas legales aplicables a ella; este es precisamente uno de los argumentos desarrollados por el demandante y que por lo tanto debe ser analizado en el fondo de la controversia a resolver, sin que pueda admitirse un rechazo prima facie del arbitraje, tal como requiere la oposición de ELSE"*

SEXTO: Siendo ello así y habiendo el tribunal arbitral recién emitido pronunciamiento, sobre si es materia arbitrable los adicionales de obra o si la adquisición e instalación del reactor en el nivel de tensión de 145 Kv con una potencia de 10MVar ubicado en la subestación de Mazuko constituye un adicional de obra, al momento de emitir su Laudo Arbitral de Derecho contenido en la resolución No. 22 de fecha 23 de mayo de 2012 obrante a fojas 461/506; por lo que el plazo para proceder a

303
Anuncios
FMS

304
X minutos
nuevos

la caducidad que alega G y M SA debe ser efectuada desde la fecha de notificada el laudo final
tendiéndose en la resolución No. 22. de fecha 23 de mayo de 2012 obrante a fojas 460/506; teniéndose
actuados que la resolución No. 22 le fue notificada al demandante ELSE SAA con fecha 30 de
mayo de 2012 tal como se advierte del cargo de notificación obrante a fojas 516 y con la resolución
24 de fecha 10 de julio de 2012 obrante a fojas 525/528 que resuelve la solicitud de integración e
interpretación el día 17 de julio de 2012 tal como se advierte del cargo de notificación obrante a fojas
(reverso), por lo que a la fecha de notificado y a la interposición de la demanda de anulación de
laudo arbitral no ha vencido el plazo que establece la Ley de Arbitraje en su artículo 64: "(...), el plazo
para interponer el recurso de anulación es de 20 días de notificado la última decisión en el caso de
haberse solicitado interpretación, integración..." habiendo sido interpuesta la demanda de anulación
el 15 de agosto de 2012 es decir dentro del plazo de ley, por lo que la excepción de caducidad
deducida por la parte demandada G y M SA debe ser declarada INFUNDADA.

SÉTIMO: Resolviendo el fondo de la controversia, de conformidad con lo establecido en el artículo 62 del
Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje: **1) Contra el laudo sólo podrá interponerse
recurso de anulación.** Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto
la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63, estableciéndose
adicionalmente los casos aludidos en la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto
Legislativo en comento, que dispone: "Para los efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5° del
Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía
específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso
del arbitraje o en el laudo", resultando de la resolución de dicho recurso que se declare la validez o la
nulidad del laudo, encontrándose prohibido pronunciarse sobre el fondo de la controversia sobre el
contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el
tribunal arbitral.

OCTAVO: La causal contenida en el artículo 63 numeral 1 inciso b del Decreto Legislativo No.
1071 establece: "Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de
las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier razón, hacer valer su derecho". Con relación al
primer argumento que sustenta la demanda respecto a que el Tribunal dejó sin efecto la actuación de
la pericia (resolución No. 19) y luego señala que carecía de objeto atender nuestros pedidos que la
sustentaban y precisaban sus alcances, se debe indicar que se aprecia de los actuados arbitrales que
mediante resolución No. 07 a fojas 321 el Tribunal Arbitral dispone la realización de la pericia de oficio
referida a la valorización de los supuestos perjuicios económicos que se habrían generado a la
Empresa Electro Sur Este SAA por la situación de emergencia del servicio público de electricidad en la
ciudad de puerto Maldonado(18/10/2009), otorgándose un plazo de 10 días hábiles para que puedan
formular sus alcances técnicos sobre la materia de la pericia. Es así que por resolución No. 08 de
fecha 29 de marzo de 2011 obrante a fojas 333 se dispone la pericia de oficio, nombrándose al perito

305
Frustrant
rino

responsable, fijándose sus honorarios profesionales mediante resolución No. 13 obrante a fojas 375.
mediante resolución No. 15 de fecha 11 de enero de 2012 obrante a fojas 386 el Tribunal Arbitral
resolviendo la actuación de la pericia la cual se reanuda de ser el caso, una vez emitido el laudo
arbitral, situación esta que se presenta al emitir la resolución No. 19 laudo parcial considerando 120 y
siguientes donde se señala que como consecuencia de la no existencia de daño o perjuicio a ELSE
atribuible a G y M consideran que carece de objeto continuar con la actuación del peritaje de oficio
resuelto mediante resolución No. 07.

En ese sentido, estos argumentos que sirven para cuestionar el laudo arbitral, así como la causal que
invoca la parte demandante, no tienen sustento fáctico ni jurídico, ya que no se cuestionó el laudo parcial
en el extremo que resuelve no realizar la pericia que fuera ordenada, además debe precisarse que no se
verifica en las actuaciones arbitrales que el recurrente por esta concreta situación no haya podido hacer
valer su derecho o que se le haya afectado el derecho al debido proceso, tanto más si por escrito de
fecha 19 de abril de 2012 a fojas 444 solicitó integración del laudo arbitral y tuvo una respuesta oportuna
con la resolución No. 20 de fecha 25 de abril de 2012.

**NOVENO: Respecto a la causal contenida en el artículo 63 numeral 1 inciso e del Decreto
Legislativo No. 1071 es decir: "Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley,
son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional", la demandante
denuncia que el tribunal arbitral ha laudado respecto de "adicionales de obra" señalando que es
una materia NO susceptible de ser sometida a arbitraje (por los fundamentos expuestos en la
demanda obrante en autos); en ese sentido, se debe primero indicar que si bien en el Laudo Parcial el
Tribunal Arbitral emitió pronunciamiento respecto a la oposición planteada por la entidad al resolver
INFUNDADA LA OPOSICIÓN AL ARBITRAJE, no es menos cierto que en dicho laudo no se resolvió
sobre el pago que pretendía la contratante le sean abonado proveniente de unos adicionales de obra y
los cuales ascendían a la suma de US \$ 1'155.255.48 (Un millón ciento cincuenta y cinco mil
doscientos cincuenta y cinco mil y 48/100 Dólares de los Estados Unidos de América); por lo que,
siendo que dicho punto recién fue resuelto en el Laudo Definitivo de Derecho obrante a fojas 460/506,
el cual le fue notificado a la entidad el 30 de mayo de 2012, tal como se advierte del cargo de
notificación obrante a fojas 516 y su aclaración e interpretación resuelta por resolución 24 de fecha 10
de julio de 2012 obrante a fojas 525/528, notificado a la entidad el 17 de julio de 2012; siendo que
dicha pretensión ha sido interpuesta en la demanda de fecha 15 de agosto de 2012, es decir dentro del
plazo procesal que establece la ley de la materia, corresponde emitir pronunciamiento sobre el
particular; debiendo asimismo indicar que también se busca la anulación del laudo final en el extremo
que ordena que G y M SA, pueda exigir a su elección que el pago en nuevos soles se realice al tipo de
cambio venta de la fecha de vencimiento de la obligación.**

306
Presuntos
quis

DECIMO: Analizando la causal del artículo 63.1.e de la Ley General de Arbitraje, en relación a que El Tribunal Arbitral ha resuelto sobre materias que de acuerdo a ley son manifiestamente no susceptibles de arbitraje: Este Colegiado considera que tal hecho involucra un estudio acerca de la competencia del tribunal arbitral para conocer las pretensiones sometidas a arbitraje. Esta causal es de tal trascendencia que es la única susceptible de ser conocida de oficio por el órgano jurisdiccional, es decir que se puede emitir pronunciamiento de la misma aun si no fuera demandada, sin que ello afecte el principio de congruencia procesal.

ADICIONALES DE OBRA: Al respecto se debe precisar que los presupuestos adicionales representan un incremento del monto contractual que se deriva de mayores bienes y servicios o de mayores trabajos (en el caso del contrato de obra) no considerado en el contrato original.

Campos Medina ² señala que los trabajos adicionales de obra o simplemente los adicionales de obra, generan costos inicialmente no previstos para la Entidad propietaria, y, por tanto representan un desafío de especial complejidad para el Derecho.

INOC. SRA. O.E.
JACOBI

DECIMO PRIMERO: Respecto a las normas que regulan los adicionales de obras tenemos que:

1. El punto V de las Disposiciones Generales de la Directiva No. 01-2007-CG/OEA de fecha 29 de octubre de 2007 en su numeral 1 sobre prestaciones adicional de obra se establecía lo siguiente: *"Para los fines de control gubernamental, se considera prestación adicional de obra a la ejecución de trabajos complementarios y/o mayores metrados no considerados en las bases de licitación o en el contrato respectivo, y que resultan indispensables para alcanzar la finalidad del contrato original"*.

2. El numeral 3 de la citada Directiva señalaba que *"la aprobación de los presupuestos adicionales de obra deben efectuarse mediante resolución del Titular de la Entidad o instancia competente según la normativa que corresponda"*. Agrega que *"cuando el monto supere el 10% del monto total del contrato original, requerirá contar adicionalmente con la autorización previa de la CGR"* (Contraloría General de la República). [resaltado nuestro]

3. El numeral 4 de la citada Directiva señala que *"para calcular el porcentaje de incidencia acumulado de un presupuesto adicional de obra respecto al monto del contrato original, las Entidades acumularán el monto total de los presupuestos adicionales de obra autorizados incluyendo el que se encuentra en trámite, y el monto de aquellos presupuestos deductivos derivados de las sustituciones de obra directamente vinculados con*

² Campos Medina, Alexander " Limitación de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública. En: Arbitraje On Line No. 4 Lima, Boletín Jurídico del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima 2004.

las partidas de obras adicionales, siempre que ambas respondan a la misma finalidad programada.³ [resaltado nuestro]

307
Fusantes
Dete

4. El Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado- DS. No. 083-2004-PCM en su artículo 42 sobre adicionales, reducciones y ampliaciones establecía que: "La Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir servicios u obras hasta por el mismo porcentaje. En el supuesto de que resultara indispensable la realización de obras adicionales por errores del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, la Entidad, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, debiendo para el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios; debiendo hacerse de conocimiento, bajo responsabilidad de la más alta autoridad de la Entidad, de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas. (...)"

5. Así también el Reglamento de la referida Ley- DS. No. 084-2004-PCM establece en su artículo 266 lo siguiente: "Las obras adicionales cuyo montos por sí solos o restándole los presupuestos deductivos vinculados superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobados por el Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República, en el caso de adicionales con el carácter de urgencia dicha autorización se emitirá previo al pago..."

6. Debe recordarse también que la Ley No. 27785 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República establece en su artículo 2 sobre objeto de la ley lo siguiente: "Es objeto de la Ley propender el apropiado, oportuno y efectivo ejercicio del control gubernamental, para prevenir y verificar, mediante la aplicación de principios, sistemas y procedimientos técnicos, la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, el desarrollo honesto y probo de las funciones y actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos, así como el cumplimiento de metas y resultados obtenidos por las instituciones sujetas a control, con la finalidad de contribuir y orientar el mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación".

³ Esta Directiva que se aplica al caso en concreto, ha sido dejada sin efecto al aprobarse la Directiva 02-2010-CG-@EA. Resolución de Contraloría No. 196-2010-CG publicada el 23 de julio de 2010.

308
Fuentes
Acto

7. Sobre los presupuestos adicionales de obra pública esta Ley No.27785 en su artículo 22 inciso K) establece lo siguiente: "Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento.(....)".

8. Y en su artículo 23 sobre inaplicabilidad del arbitraje señala: "Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 1º de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje. Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del Artículo 22º de la Ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General.

DÉCIMO SEGUNDO: Puede advertirse de la normativa concerniente a las obras públicas, que dada la necesidad de control y supervisión de las obras públicas y de su destino, es consistente en cuanto excluye del ámbito de la competencia de todo aquel (jurisdicción pública o privada) que no sea la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA lo relativo a los presupuestos adicionales de obra pública que superen el porcentaje de ley. Señalando específicamente que no es arbitrable la controversia que supere el porcentaje establecido en la ley, y esto debido a que las normas sobre Contrataciones del Estado establecen el arbitraje como vía de solución de controversias, no pudiéndose evadir el Control de la Contraloría acudiéndose a otra jurisdicción, como la estatal (Poder Judicial).

DÉCIMO TERCERO: De la materia de litis se tiene que el conflicto entre las partes nace del Contrato No. 049-2007 obrante a fojas 16/28 del expediente arbitral "Línea de Transmisión en 138 Kv San Gabán-Mazuko y en 66 Kv Mazuko-Puerto Maldonado y Subestaciones de fecha 22 de marzo de 2007, que en su cláusula sexta señala como monto del contrato la suma de US \$ 20'324,073.58 Dólares Americanos. Así también de fojas 46/51 del expediente arbitral obra el Anexo 1-I Presupuesto Adicional No. 03 donde se advierte en el punto 4.2 que el porcentaje de incidencia del presupuesto adicional neto No. 03 representa el 6.65% del monto del Contrato Original, no obstante ello se advierte del presupuesto adicional No. 03 en cuanto refiere a el porcentaje de incidencia acumulado lo siguiente:

PORCENTAJE DE INCIDENCIA ACUMULADO				
DESCRIPCIÓN	PRESUPUESTO ADICIONAL	PRESUP. DEDUCTIVO	PRESUP. ADIC.NETO	% INCIDENCIA
ADDENDA No.01 AL CONTRATO	9 985 964.99	9 986 894.47	(929.48)	-0.005%
2.PRESUPUESTO ADICIONAL No.02	8 487 532.75	6 700 818.74	1 786 714.01	8.79%
3.PRESUPUESTO ADICIONAL No. 03-BAHIA DEL REACTOR 10MVAR			1 351 113.59	6.650%
TOTAL GENERAL			3136898.12	15.44%

309
Prescinto
Munoz

DÉCIMO CUARTO: Si bien, en este caso el adicional No. 03 es del 6.650% del monto de la contratación, se tiene que conforme a las normas jurídicas ya glosadas y al cuadro antes presentado se puede apreciar que en conjunto el porcentaje **adicional acumulado** supera el 15% que establece las normas aplicables a la materia, por lo cual es indudable que el Tribunal Arbitral no era competente para resolver controversias relativas a presupuestos adicionales de obra que excedan los límites establecidos en la ley, por lo que tales hechos configuran el supuesto contenido en la causal prevista en el artículo 63.1 inciso e de la Ley de Arbitraje, por ello de aprobar el Tribunal Arbitral este tipo de conceptos no sólo estaría atribuyéndose funciones que competente exclusivamente por mandato de ley a la Contraloría General de la República sino que estaría descatando una prohibición expresa "no se podrá someter a arbitraje" establecidas en las normas mencionadas.

En ese sentido, la causal por la que se pide la nulidad del laudo arbitral (artículo 63.1 inciso e) resulta procedente al haberse comprobado con los actuados judiciales que el Tribunal Arbitral ha laudado sobre materia no susceptible de arbitraje (adicionales de obra que en su conjunto superan el porcentaje permitido por ley).

Debe tomarse en cuenta que no es posible considerar de forma independiente o autónoma cada adicional de obra con el propósito de definir si excede o no al porcentaje señalado en la ley, pues se deben evaluar para el efecto, de forma conjunta, tomando en cuenta la incidencia acumulada; pues, de lo contrario los adicionales de obra podrían superar inclusive el monto total de la contratación y su parcelación serviría para procurar un fraude a la ley, ello se puede deducir de lo regulado en el numeral 4 de la Directiva No. 01-2007-CG/OEA de fecha 29 de octubre de 2007, aplicable al caso sub litis.

En consecuencia, la demanda propuesta es fundada solo por esta causal (artículo 63.1 inciso e), debiendo declararse nulo el laudo arbitral cuestionado.

DÉCIMO QUINTO: Para los efectos de definir los alcances de la nulidad del laudo arbitral debemos indicar que el artículo 63 numeral 3 de la Ley de Arbitraje señala que tratándose de la causal prevista en el inciso e del numeral 1, la anulación será total en caso no puedan separarse las materias no susceptibles de arbitraje de las demás.

En el caso de autos, el laudo arbitral resuelve declarar fundada la **pretensión principal** referida al pago del adicional de obra ordenando el pago de un importe de US\$ 1.155.255.48 dólares americanos, suma que incluye IGV señalando que devenga intereses desde el 29 de enero de 2010 y declara fundada igualmente la **pretensión accesorio** acumulada a la pretensión principal dejando a elección del demandante que el pago se haga en nuevos soles al tipo de cambio al 31 de octubre de 2008 o al tipo de cambio al día del pago.

En ese sentido, **la nulidad del laudo debe ser total**, al no existir la necesidad de parcelar la decisión arbitral en pretensiones no susceptibles de arbitraje y las que si los son, ya que la acumulación de las pretensiones sucedidas en el proceso arbitral permite que al declararse la nulidad del laudo por la pretensión principal, la segunda debería seguir la misma suerte. En consecuencia, la nulidad del laudo debe ser entendida en ese sentido, sin que se produzca el reenvío de los actuados a los árbitros para un nuevo pronunciamiento.

DÉCIMO SEXTO: Estando a las características propias del presente proceso y siendo que ambas partes han demostrado motivos atendibles para litigar, este Superior Colegiado considera que cada cual correrá con los respectivos gastos que hayan efectuado en este proceso judicial.

Por cuya razones:

DECISIÓN:

1. Declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad planteada por la demandada.
2. Declarar **FUNDADA en parte la demanda de anulación de laudo arbitral**, por la causal contenida en el artículo 63.1 inciso e) de la Ley General de Arbitraje, en consecuencia, se declara la **NULIDAD TOTAL Y DEFINITIVA (sin reenvío)** del laudo arbitral de derecho expedido mediante resolución No. 22 de fecha 23 de mayo de 2012 obrante a fojas 460(reverso) /506 y resolución No. 24 de fecha 10 de julio de 2012 sobre integración e interpretación del laudo

310
Fuentes
dis

arbitral obrante a fojas 525(reverso)/528; e INFUNDADA la demanda por la causal de artículo 63.1 inciso b) de la Ley General de Arbitraje; sin costos ni costas

*344
Presente
me*

3. En los autos seguidos por Electro Sur Este SAA contra G y M SA. sobre Anulación de Laudo Arbitral.

[Handwritten signature]
LAMA MORE

[Handwritten signature]
HURTADO REYES

[Handwritten signature]
PRADO CASTAÑEDA

[Faded stamp]
SECRETARÍA DE SALA
1ª SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

[Handwritten signature]
CARLOS ANTONIO POLO LOPEZ
SECRETARIO DE SALA
1° Sala Civil Subespecialidad Comercial
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

20 JUN. 2013

7/39

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 3083-2013

LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Lima, diecisiete de enero
de dos mil catorce.-

VISTOS; Con la razón emitida por la Secretaria de esta Sala Suprema a folio sesenta y ocho del cuadernillo de casación; y, **CONSIDERANDO;** -----

PRIMERO.- El recurso de casación interpuesto por G y M Sociedad Anónima de folios trescientos cuarenta y uno a trescientos setenta y cinco, satisface los requisitos de admisibilidad regulados en el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número 29364; y, fundamentando el recurso de casación en las causales de: **i) Infracción del inciso 3 artículo 139 de la Constitución Política del Estado y el literal e) artículo 63.1 del Decreto Legislativo número 1071 por indebida motivación al no analizar una norma expresamente invocada por ambas partes.-** Señalando que el artículo 41 del Decreto Supremo número 083-2004-PCM Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, fue expresamente invocado por las partes y es, sin duda, la norma más importante para decidir sobre la validez o invalidez del laudo, pues la controversia se resume en definir la correcta interpretación de sus alcances y de su verdadero supuesto de hecho; es en dicho artículo que señala que las controversias sobre "adicionales de obra" no son materia arbitrable, en la medida en que involucran decisiones de la Contraloría General de la República que solo pueden ser cuestionadas por los procedimientos propios de dicho organismo de control. En el presente caso, nunca se cuestionó decisión o actividad de la Contraloría porque no existió ninguna intervención de dicho organismo de control, por incumplimiento atribuibles a la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro. Sur Este Sociedad Anónima Abierta - ELSE, es decir, nuestro caso nunca estuvo referido a cuestionar la actuación o decisión de la Contraloría General de la República, sin embargo, la sentencia impugnada ni menciona, ni mucho menos analiza, esta norma, a pesar de su importancia esencial, por lo que ha incurrido en una indebida motivación, vulnerando nuestro derecho a la tutela jurisdiccional; **ii) Aplicación indebida del artículo 23 de la Ley número**

1038

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 3083-2013

LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control.- Señalando que la sentencia impugnada aplica a nuestro caso el dispositivo denunciado a pesar que ella contiene un supuesto de hecho distinto al de la controversia suscitada y arbitrada entre las partes, pues el proceso arbitral llevado adelante nunca estuvo dirigido contra algún acto de imperio o actividad que hubiese realizado la Contraloría General de la República sino que estuvo referido a la responsabilidad contractual de la entidad contratante, como lo expresó el Tribunal Arbitral; **iii) Inaplicación del numeral 10 de la Directiva número 01-2007-CG/OEA aprobada por Resolución de Contraloría número 367-2007-CG.-** Refiriendo que esta norma fue expresamente invocada por nuestra parte para demostrar que la controversia suscitada era materia arbitrable por tratarse de un caso de responsabilidad, sin embargo, la sentencia impugnada ni la menciona, ni mucho menos la analiza, en sus considerandos; **iv) Interpretación errónea del numeral 3) de la Directiva número 01-2007-CG/OEA.-** Indicando que a raíz de la inaplicación de la norma descrita en el punto (iii) la sentencia impugnada interpreta erróneamente la presente norma, puesto que una interpretación sistemática y armoniosa del presente numeral con la norma contenida en el numeral 10, hace evidente que la materia en controversia era arbitrable al tratarse de un asunto que involucra la responsabilidad de la entidad y de ninguna manera de un cuestionamiento de las decisiones, pronunciamientos o atribuciones, de la Contraloría General de la República; **v) Inaplicación del artículo 211 del Decreto Supremo número 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.-** Señalando que esta norma es aplicable a la controversia suscitada entre las partes, pues dispone que las entidades contratantes son responsables del diseño y realización de las modificaciones que ordenen en la ejecución de una obra; sin embargo, la sentencia impugnada ni la menciona ni mucho menos la analiza en sus considerandos, a pesar de haber sido invocada por nuestra parte; **vi) Interpretación errónea del literal e), numeral 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo número 1071, Ley de Arbitraje.-** Refiriendo que el supuesto de hecho de esta norma requiere, necesariamente

361
2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3083-2013

LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

que la materia no sea solamente "no arbitrable" sino que además lo sea "manifiestamente"; en nuestro caso, sin embargo, como veremos en el rubro antecedentes más adelante, el Tribunal Arbitral, ha explicado extensamente porqué la controversia entre las partes sí podía ser arbitrada; **vii) Inaplicación del numeral e) artículo 65 del Decreto Legislativo número 1071 – Ley de Arbitraje.-** Indicando que la sentencia de vista vulnera flagrantemente lo dispuesto por esta norma, la misma que señala que cuando un laudo se anula por la causal "materia no susceptible de arbitraje" entonces la controversia podrá ser demandada en sede judicial, en evidente contradicción con esta disposición legal; la sentencia de vista señala en su Décimo Segundo Considerando que nuestro caso tampoco puede resolverse en sede judicial, pues se trataría de una materia que es competencia exclusiva de la Contraloría General de la República. Esto demuestra, por un lado, que el *Ad quem* omitió considerar los presupuestos y las consecuencias de la causal que alega para anular el laudo y, por otro lado, que pretende aplicar normas de la Contraloría General de la República, a pesar de que en el presente caso no se cuestiona ninguna decisión o actividad de dicho órgano de control; y, **viii) Inaplicación del numeral 1 artículo 41 del Decreto Legislativo número 1071 – Ley de Arbitraje.-** Indicando que esta norma otorga facultad exclusiva a los propios árbitros para decidir sobre su competencia. En interpretación sistemática con el artículo 62 de la Ley de Arbitraje, la aplicación de esta norma limita la revisión de las decisiones del Tribunal Arbitral únicamente a la verificación de su validez, o invalidez, en caso existan eventuales vicios, en un proceso de anulación de laudo no es posible analizar las motivaciones del Tribunal. -----

SEGUNDO.- El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial y dado su carácter extraordinario y formal debe cumplir con ciertas exigencias que nuestro ordenamiento procesal civil dispone, para lo cual quien hace uso de él está en la obligación de exponer con claridad y precisión la infracción normativa ya sea de orden sustantivo o procesal, y según sea el caso, fundamentar en qué

74
382

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 3083-2013

LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

consisten éstas, además de exponer de qué manera las mismas inciden en la resolución impugnada. -----

TERCERO.- El agravio planteado cumple con los requisitos de fondo establecidos en el artículo 388 de la norma adjetiva, por lo que resultan **estimables**. -----

Por las razones expuestas y en observancia del inciso 1 del artículo 391 del Código Procesal Civil, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por G y M Sociedad Anónima de folios trescientos cuarenta y uno a trescientos setenta y cinco, por la causal de **infracción normativa procesal del inciso 3 artículo 139 de la Constitución Política del Estado e infracción normativa material del literal e) artículo 63.1; literal e) del numeral 1 artículo 63; numeral 1 artículo 41 y numeral e) artículo 65 del Decreto Legislativo número 1071 – Ley de Arbitraje, artículo 23 de la Ley número 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, numeral 3 y 10 de la Directiva número 01-2007-CG/OEA, artículo 211 del Decreto Supremo número 084-2004-PCM; en consecuencia **DESÍGNESE** oportunamente fecha para la vista de la causa; en los seguidos por Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta contra G y M Sociedad Anónima, sobre Anulación de Laudo Arbitral; *notificándose*. Ponente Señor Cunya Celi, Juez Supremo. -**

S.S.

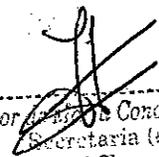
TICONA POSTIGO

VALCÁRCEL SALDAÑA

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

CUNYA CELI


Dra. Flor Concha Moscoso
Secretaria (e)
Sala Civil Transitoria
CORTE SUPREMA

3 0 ENE 2014

387

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 3083-2013

LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.

SUMILLA.- El principio de autonomía de la voluntad de las partes no es absoluta en un arbitraje, sino que ella debe sujetarse a lo dispuesto por las normas imperativas, es decir, si se arbitró sobre aquello que está permitido en la Ley.

Lima, veinticuatro de noviembre
de dos mil catorce.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Vista la causa número tres mil ochenta y tres – dos mil trece, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia -----

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por G y M Sociedad Anónima¹ contra la sentencia de vista (Resolución número nueve)² de fecha veintidós de mayo de dos mil trece, expedida por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada en parte la demanda de anulación de laudo arbitral por la causal contenida en el artículo 63.1 inciso e) de la Ley General de Arbitraje, en consecuencia se declara la nulidad total y definitiva del laudo arbitral de derecho expedido mediante Resolución número veintidós de fecha veintitrés de mayo de dos mil, doce y Resolución número veinticuatro de fecha diez de julio de dos mil doce sobre integración e interpretación del laudo arbitral e infundada la demanda por la causal del artículo 63.1 inciso b) de la Ley General de Arbitraje. -----

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Esta Sala Suprema mediante resolución de fecha diecisiete de enero de dos mil catorce³, ha estimado declarar procedente el recurso de casación por

¹ Ver de folios trescientos cuarenta y uno a trescientos setenta y cinco.

² Ver de folios doscientos noventa y seis a trescientos, once.

³ Ver de folios setenta y uno a setenta y cuatro del cuadernillo de casación.

38

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 3083-2013

LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

la causal de infracción normativa procesal del inciso 3 artículo 139 de la Constitución Política del Perú e infracción normativa material del literal e) artículo 63.1; literal e) del numeral 1 artículo 63; numeral 1 artículo 41 y numeral e) artículo 65 del Decreto Legislativo número 1071 – Ley de Arbitraje, artículo 23 de la Ley número 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, numeral 3 y 10 de la Directiva número 01-2007-CG/OEA, artículo 211 del Decreto Supremo número 084-2004-PCM; y **CONSIDERANDO:** -----

PRIMERO.- Sobre el caso que nos atañe corresponde efectuar previamente un resumen de la controversia de su propósito. En ese sentido se aprecia que mediante la demanda de anulación de laudo arbitral; interpuesto por, Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta⁴, se pretende la anulación del laudo arbitral expedida con fecha veintitrés de mayo de dos mil doce y la resolución de integración e interpretación de fecha diez de julio de dos mil doce, en el Arbitraje seguido por G y M Sociedad Anónima contra Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta, por las causales establecida en los artículos 63 numeral 1 inciso e) del Decreto Legislativo número 1071, por cuanto el Tribunal Arbitral ha resuelto sobre una materia no susceptible de arbitraje, 63 numeral 1 inciso e) del Decreto Legislativo número 1071, referidas a la pretensión accesoria, teniendo en cuenta que la accesoria sigue la suerte de la principal y artículo 63 numeral 1 inciso b) del Decreto Legislativo número 1071 al no haber podido hacer valer sus derechos al debido proceso. Señala como fundamentos de hecho que de conformidad con el artículo 63 numeral 1 inciso e) del Decreto Legislativo número 1071 es causal para la anulación de laudo que el Tribunal haya resuelto sobre materia de que acuerdo a ley no son susceptibles de arbitraje; siendo que en el presente caso se

⁴ Ver de folios ciento treinta y ocho a ciento cuarenta y siete, subsanado de folios ciento ochenta y tres a ciento ochenta y siete.

38'

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 3083-2013
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**

ha sometido a arbitraje el pago de la suma de un millón trescientos cincuenta y un mil ciento trece dólares americanos con cincuenta y nueve centavos (US\$.1'351,113.59) por la adquisición e instalación de un reactor de nivel de tensión 145 kw y accesorios íntegramente asumidos por G y M Sociedad Anónima sin que dicho ítem formara parte del Expediente Técnico ni de los términos del Contrato número 049-2007, pretendiéndose con la demanda arbitral la aprobación y pago – vía laudo – de una adicional de obra, los mismos que no son susceptibles de ser sometidos a arbitraje, ya que los mismos solo pueden ejecutarse previa autorización del Titular de la entidad por mandato expreso del artículo 42 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo número 083-2004-PCM concordado con la Quinta Disposición Final de la Ley número 28411 Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto. -----

SEGUNDO.- Emplazada que fue la demanda G y M Sociedad Anónima por escrito⁵, contestó la demanda, señalando que Eléctro Sur Este Sociedad Anónima Abierta no cumplió con solicitar la exclusión de laudo que exige el literal d) del artículo 58 y el numeral 7 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje a fin de poder solicitar la anulación del laudo y por el contrario, formuló una solicitud de integración que es contradictoria con el reclamo que ahora efectúa en sede judicial y que la materia que fue sometida a arbitraje era susceptible de arbitraje, por tratarse de un supuesto de hecho distinto al de las normas alegadas por Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta. -----

TERCERO.- La Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, expide sentencia (Resolución número nueve)⁶ de fecha veintidós de mayo de dos mil trece, declaró fundada en parte la demanda de anulación de laudo arbitral, por la causal contenida en el artículo 63.1 inciso e)

⁵ Ver de folios doscientos treinta y uno a doscientos setenta y cuatro.

⁶ Ver de folios doscientos noventa y seis a trescientos once.

386

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 3083-2013

LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

de la Ley General de Arbitraje, en consecuencia, se declara la nulidad total y definitiva (sin reenvío) del laudo arbitral de derecho expedido mediante Resolución número veintidós de fecha veintitrés de mayo de dos mil doce y Resolución número veinticuatro de fecha diez de julio de dos mil doce sobre integración e interpretación del laudo arbitral e infundada la demanda por la causal del artículo 63.1 inciso b) de la Ley General de Arbitraje; sustentando: i) Si bien en el Laudo Parcial el Tribunal Arbitral emitió pronunciamiento respecto a la oposición planteada por la entidad al resolver infundada la oposición el arbitraje, no es menos cierto que en dicho laudo no se resolvió sobre el pago que pretendía la contratante le sean abonados proveniente de unos adicionales de obra y los cuales ascendía a la suma de un millón ciento cincuenta y cinco mil doscientos cincuenta y cinco dólares americanos con cuarenta y ocho centavos (US\$.1'155,255.48), siendo dicho punto resuelto en el Laudo Definitivo de Derecho, el cual fue notificado a la entidad el treinta de mayo de dos mil doce, tal como se advierte del cargo de notificación⁷ y su aclaración e interpretación resuelta por Resolución número veinticuatro de fecha diez de julio de dos mil doce⁸ notificado a la entidad el diecisiete de julio de dos mil doce; ii) La causal contenida en el artículo 63.1 de la Ley General de Arbitraje es la única causal susceptible de ser conocida de oficio por el órgano jurisdiccional, es decir, que se puede emitir pronunciamiento de la misma aun si no fuera demandada, sin que ello afecte el principio de congruencia procesal; iii) En relación a los adicionales de obra, se debe precisar que los presupuestos adicionales representan un incremento del monto contractual que se deriva de mayores bienes y servicios o de mayores trabajos (en el contrato de obra) no considerado en el Contrato original, es decir, son costos no previstos para la entidad propietaria; iv) En las Disposiciones Generales de la Directiva número 01-2007-CG/OEA de fecha

⁷ Ver a folio quinientos dieciséis del expediente arbitral.

⁸ Ver de folios quinientos veinticinco a quinientos veintiocho del expediente arbitral

383

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 3083-2013

LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

veintinueve de octubre de dos mil siete en su numeral 1 sobre prestaciones adicional de obra se establecía lo siguiente: *"para los fines de control gubernamental, se considera prestación adicional de obra a la ejecución de trabajos complementarios y/o metrados no considerados en las bases de licitación o en el contrato respectivo y que resulten indispensables para alcanzar la finalidad del contrato original"*. El numeral 3 de la citada Directiva señala: *"la aprobación de los presupuestos adicionales de obra deben efectuarse mediante resolución del Titular de la Entidad o instancia competente según la normativa que corresponda"*. Agrega que *"cuando el monto supere el diez por ciento (10%) del monto total del contrato original, requerirá contar adicionalmente con la autorización previa de la Contraloría"*; v) Sobre los presupuestos adicionales de obra pública de la Ley número 27785 en su artículo 22 inciso k) establece lo siguiente: *"otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos exceden a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento respectivamente cualquiera sea la fuente de financiamiento (...)"*; vi) De autos se tiene que el conflicto entre las partes nace del Contrato número 049-2007⁹: *"Línea de Transmisión en 138 Kw San Gabán – Mazuko – Puerto Maldonado y Sub estaciones de fecha veintidós de marzo de dos mil siete"* que en su Cláusula Sexta señala como monto del contrato la suma de veinte millones trescientos veinticuatro mil setenta y tres dólares americanos con cincuenta y ocho centavos (US\$.20'324.073.58), así también del expediente arbitral obra en el Anexo 1-I Presupuesto Adicional número 03 donde se advierte en el punto 4.2 que el porcentaje de incidencia neto número 03 representa el seis punto sesenta y cinco por ciento (6.65%) del monto del Contrato Original, no obstante ello se advierte del presupuesto adicional número 03 en cuanto refiere a el porcentaje de

⁹ Ver de folios dieciséis a veintiocho del expediente arbitral.

388

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 3083-2013
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**

incidencia acumulado (...); vii) Si bien en este caso, el adicional número 03 es del seis punto sesenta y cinco por ciento (6.65%) del monto de la contratación, se tiene que conforme a las normas jurídicas ya glosadas y el cuadro presentado, se puede apreciar que en conjunto el porcentaje adicional acumulado supera el quince por ciento (15%) que establece las normas aplicables de la materia, por lo cual es indudable que el Tribunal Arbitral no era competente para resolver controversias relativas a presupuesto adicionales de obra que exceden los límites establecidos en la ley, por lo que tales hechos configuran el supuesto contenido en la causal prevista en el artículo 63.1 inciso e) de la Ley de Arbitraje. -----

CUARTO.- Previamente a resolver los agravios denunciados por la recurrente es necesario precisar que la Ley de Arbitraje¹⁰ ha adoptado, sin vacilación alguna, los principios reconocidos en la actualidad por toda ley que se precie de moderna y favorable al arbitraje internacional. Estos principios pueden ser resumidos en: a) Validez y autonomía del convenio arbitral; b) Respeto de la autonomía de la voluntad de las partes; c) Amplitud de poderes otorgados a los árbitros; d) Intervención limitada de los jueces; y e) Carácter definitivo del laudo arbitral. La nueva ley consagra expresamente el principio de separabilidad del convenio arbitral. En efecto, de acuerdo con el artículo 41.2 el convenio arbitral que forme parte de un contrato "se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo". Se reconoce también el principio *Kompetenz - Kompetenz*, previendo que el Tribunal Arbitral es el "único competente" para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a "la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral" (artículo 41.1). El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica

¹⁰ Decreto Legislativo número 1071.

38

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 3083-2013

LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral (artículo 41.2).-----

QUINTO.- Debemos considerar que el principio de autonomía de la voluntad de las partes es la base de todo arbitraje, puesto que son las partes que tienen plena libertad y autonomía para decidir sobre las reglas que regirán el arbitraje y sobre todo la manera como habrán de llevarles las actuaciones arbitrales. Por tanto son las partes las que tienen plena libertad para decidir sobre los aspectos prácticos del desarrollo del arbitraje como son la determinación del lugar o del idioma del arbitraje. A falta de acuerdo, será el tribunal arbitral quien los determine, atendiendo a las circunstancias del caso y a la conveniencia de las partes. Sin embargo, pese a la gran libertad que existe para el desarrollo de la instancia arbitral, las partes y sus representantes legales, al igual que el tribunal arbitral y demás intervinientes en las actuaciones arbitrales, se encuentran obligados por un deber de confidencialidad, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer públicas las actuaciones o, en su caso, el laudo, para hacer cumplir un derecho, interponer un recurso de anulación, o ejecutar el laudo (artículo 51.2). La excepción la constituye también el arbitraje en el que directamente intervenga el estado peruano, pues la ley prevé que, en este caso, el laudo se hará público (artículo 51.3). La eficacia de un arbitraje se mide por la ejecutabilidad de su laudo, de nada servirá obtener un laudo favorable si luego el mismo será anulado o si simplemente no podrá ejecutarlo.-----

SEXTO.- El recurso de anulación es el "*único recurso y vía de impugnación*" del laudo contemplado por la Ley de Arbitraje. Este recurso procederá únicamente cuando la parte impugnante alegue y pruebe alguna de las causales enumeradas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje; y tiene por objeto la revisión de su validez.

39i

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 3083-2013

LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Por lo tanto, le queda vedado al juez de la anulación pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o incluso calificar los fundamentos, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.-----

SÉTIMO.- El artículo 63 numeral 1 inciso e) de la Ley de Arbitraje señala que es imposible interponer recurso de anulación alegando "*e. Que el tribunal arbitral no ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional*". -----

OCTAVO.- Como señalamos en el quinto considerando, el arbitraje se caracteriza por la libertad otorgada a las partes para decidir qué conflictos serán sometidos a la decisión de los árbitros, así como para establecer cuáles serán las reglas aplicables al arbitraje; libertad que no es absoluta, pues si bien el convenio arbitral es un contrato mediante el cual las partes acuerdan someter determinados conflictos al fuero arbitral, como cualquier contrato, está sujeto a lo establecido por las leyes de orden público. Estos límites a la libertad de las partes para someter sus conflictos al arbitraje, se establecieron en el artículo 2.1 del Decreto Legislativo número 1071: "*1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.*" (El subrayado es nuestro). En ese sentido, la libertad de las partes no es absoluta sino que se debe sujetar a lo dispuesto por las normas imperativas, es por ello que la discusión en esta causal se refiere a si el convenio arbitral respetó la ley y se arbitró sobre aquello que está permitido. -----

NOVENO.- Bajo dicho contexto tenemos que Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta sostiene que el Tribunal Arbitral ha laudado sobre materia no susceptible de arbitraje, en tanto que el pago de un millón trescientos cincuenta y un mil ciento trece dólares americanos con cincuenta y nueve centavos (US\$.1'351,113.59) por la adquisición e instalación de un reactor de nivel de tensión 145 kv, incluyendo todos sus accesorios, no formaba parte del Expediente

32

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 3083-2013

LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Técnico ni de los términos del Contrato número 049-2007 y que en todo caso, el adicional de una obra solo puede ejecutarse previa autorización del titular de la entidad. -----

DÉCIMO.- El Contrato número 049-2007¹¹, celebrado por Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta y G y M Sociedad Anónima tiene por objeto la ejecución de la obra Línea de Transmisión en 138 kv San Gabán – Mazuko y en 66 kv Masuko – Puerto Maldonado y Subestaciones; en su cláusula 4.2.3 se establece *"que el contratista [G y M Sociedad Anónima] deberá suministrar el equipo y material detallado en las Bases integradas de Licitación Pública y en su Propuesta, así como cualquier otro materia o equipo menor o complementario necesario para la correcta operación de las obras materia del presente contrato. Inclusive tratándose de suministros adicionales. Todo el equipamiento y material a suministrar deberá ser nuevo"*. Su cláusula quinta rige la base legal del aludido contrato, haciendo referencia al Decreto Supremo número 083-2004-PCM. Texto Único Ordenado de la Ley número 26850 – Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Nuevo Reglamento de la Ley número 26850. Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley del Presupuesto del Sector Público para el año fiscal dos mil seis, entre otros. Asimismo, en la cláusula 8.3.5 sobre Valorización de Trabajos Adicionales, se precisa: *"(...) los montos a ser pagados al contratista por trabajos adicionales realizados, los mismos que deberán previamente haber sido incorporados al Contrato por medio de la suscripción de una Cláusula Adicional"*. Finalmente su cláusula 11.2 de Obras Adicionales y Reducciones prescribe: *"(...) De acuerdo a lo indicado en la Quinta Disposición Final de la Ley número 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, solo procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente previamente con disponibilidad presupuestal y con la autorización escrita de Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta a través de una Resolución de*

¹¹ Ver de folios dieciséis a veintiocho del expediente arbitral.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 3083-2013

LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Gerencia General, en los casos en que el valor de aquellas, restándole los presupuestos deductivos vinculados a tales adicionales, no superen el diez por ciento del monto total del contrato original. Para el caso de obras adicionales que superen el diez por ciento del contrato original, luego de ser aprobadas por Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta, se requiere contar previamente, para su ejecución y pago, con la disponibilidad presupuestaria y la autorización expresa de la Contraloría General de la República, independientemente de la fecha del Contrato.(...)". (Los subrayados son nuestros).-----

DÉCIMO PRIMERO.- De acuerdo al artículo 42 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Decreto Supremo número 083-2004-PCM dispone: **"Adicionales, reducciones y ampliaciones.-** La Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir servicios u obras hasta por el mismo porcentaje. **En el supuesto de que resultara indispensable la realización de obras adicionales por errores del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, la Entidad, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, debiendo para el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios; debiendo hacerse de conocimiento, bajo responsabilidad de la más alta autoridad de la Entidad, de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas. Alternativamente, la Entidad podrá resolver el contrato, sin responsabilidad para las partes. (...)"** (El sombreado es nuestro).-----

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 3083-2013

LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

DÉCIMO SEGUNDO.- La Quinta Disposición Final de la Ley número 28411 Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, prevé: "Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente, previamente, con disponibilidad presupuestal, con aprobación del Titular de Entidad mediante la resolución correspondiente, o en el caso de empresas, incluyendo aquellas bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial - FONAFE, por Acuerdo del Directorio de la empresa. y en los casos en que su valor, restándole los presupuestos deductivos vinculados a tales adicionales, no superen el diez por ciento (10%) del monto total del contrato original. Para el caso de las obras adicionales que superen el diez por ciento (10%) del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad o el Directorio de la empresa, según corresponda, se requiere contar, previamente, para su ejecución y pago, con la disponibilidad presupuestaria y la autorización expresa de la Contraloría General de la República, independientemente de la fecha del contrato de obra. Para estos efectos la Contraloría General de la República debe observar los plazos y procedimientos establecidos en el artículo 160 del Decreto Supremo número 013-2001-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de fecha trece de febrero de dos mil uno. (El sombreado es nuestro). -----

DÉCIMO TERCERO.- Siendo ello así y teniendo en cuenta que el monto del Contrato número 049-2007 por la obra Línea de Transmisión en 138 kv San Gabán – Mazuko y en 66 kv Masuko – Puerto Maldonado y Subestaciones asciende a veinte millones trescientos veinticuatro mil setenta y tres dólares americanos con cincuenta y ocho centavos (US\$.20'324,073.58); y habiéndose determinado que la obra adicional ejecutada¹² – se advierte que el porcentaje de incidencia del presupuesto adicional neto número 03 representa el seis punto sesenta y cinco por ciento (6.65%) del monto del contrato original y el porcentaje

¹² Ver a folio cincuenta del expediente arbitral.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 3083-2013

LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

adicional acumulado supera el quince por ciento (15%), lo que nos lleva a concluir que el Tribunal Arbitral no era competente para resolver controversias relativas a presupuestos adicional de obra que excedan los límites establecidos en la Ley, configurándose de esta manera la causal prevista en el artículo 63.1 inciso e) de la Ley de Arbitraje. -----

DÉCIMO CUARTO.- Anotadas las premisas que resuelven la presente *litis*, se procederá a absolver los agravios planteados por la recurrente en el recurso de su propósito, teniendo en cuenta el grado de incidencia o trascendencia que tendrá ésta en el fallo recurrido.-----

DÉCIMO QUINTO.- La infracción normativa del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú y el literal e) del artículo 63.1 del Decreto Legislativo número indica el recurrente que el artículo 41 del Decreto Supremo número 083-2004-PCM Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado fue expresamente invocado por las partes y es, sin duda, la norma más importante para decidir sobre la validez o invalidez del laudo, pues la controversia se resume en definir la correcta interpretación de sus alcances y de su verdadero supuesto de hecho; es decir, en dicho artículo el cual señala que las controversias sobre "adicionales de obra" no son materia arbitrable, en la medida en que involucran decisiones de la Contraloría General de la República que solo pueden ser cuestionadas por los procedimientos propios de dicho organismo de control. En el presente caso nunca se cuestionó decisión o actividad de la Contraloría porque no existió ninguna intervención de dicho organismo de control, por incumplimiento atribuibles a la Empresa Regional de Servicio Público de Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta. -----

DÉCIMO SEXTO.- Al respecto, se ha sustentado detalladamente que si bien en el presente caso se ha configurado el "*adicional de una obra*", ésta debió sujetarse a lo dispuesto por las normas imperativas, en sujeción y respeto a la Ley y habiéndose determinado que dicho *adicional* supera el quince por ciento (15%)

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 3083-2013
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**

del monto del contrato original, debió sujetarse a las reglas sustentadas en el décimo primer considerando, debiendo por tanto, rechazarse este agravio.-----

DÉCIMO SÉTIMO.- La aplicación indebida del artículo 23 de la Ley número 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, sustentando que la sentencia aplica a su caso el dispositivo denunciado a pesar que ella contiene un supuesto de hecho distinto al de la controversia suscitada y arbitrada entre las partes, pues el proceso arbitral llevado adelante nunca estuvo dirigido contra algún acto de imperio o actividad que hubiese realizado la Contraloría General de la República sino que estuvo referido a la responsabilidad contractual de la entidad contratante, como lo expresó el Tribunal Arbitral. -----

DÉCIMO OCTAVO.- En principio cuando se denuncia la aplicación indebida de una norma material, al mismo tiempo se debe proponer el dispositivo aplicable al presente caso, lo que no ha ocurrido en el presente caso, situación que desde ya origina se desestime dicho agravio; aun así, resulta necesario indicar que las normas presupuestales son imperativas, no pudiendo vulnerarlas por una deficiente responsabilidad contractual atribuida a la entidad contratante. -----

DÉCIMO NOVENO.- La inaplicación del numeral 10 de la Directiva número 01-2007-CG/OEA aprobada por Resolución de Contraloría número 367-2007-CG, refiriendo que esta norma fue expresamente invocada por la recurrente para demostrar que la controversia suscitada era materia arbitrable por tratarse de un caso de responsabilidad, sin embargo, la sentencia impugnada ni la menciona, ni mucho menos la analiza en sus considerandos. La interpretación errónea del numeral 3) de la Directiva número 01-2007-CG/OEA indicando que la sentencia interpreta erróneamente la presente norma, puesto que una interpretación sistemática y armoniosa del presente numeral con la norma contenida en el numeral 10 de la Directiva número 01-2007-CG/OEA hace evidente que la materia en controversia era arbitrable al tratarse de un asunto que involucra la

391

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 3083-2013
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.**

responsabilidad de la entidad y de ninguna manera de un cuestionamiento de las decisiones, pronunciamientos o atribuciones de la Contraloría General de la República. -----

VIGÉSIMO.- Las normas denunciadas no guardan trascendencia en el fallo impugnado, debiendo desestimarse de plano, pues si bien existe una responsabilidad atribuible a la entidad demandante, también lo hay en la demandada G y M Sociedad Anónima quien debió previamente contar con la autorización de la Contraloría General de la República para ejecutar el "adicional de la obra". -----

VIGÉSIMO PRIMERO.- La inaplicación del artículo 211 del Decreto Supremo número 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, señalando que esta norma es aplicable a la controversia suscitada entre las partes, pues dispone que las entidades contratantes son responsables del diseño y realización de las modificaciones que ordenen en la ejecución de una obra, sin embargo, la sentencia impugnada ni la menciona ni mucho menos la analiza en sus considerandos, a pesar de haber sido invocada por la recurrente. La interpretación errónea del literal e), numeral 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo número 1071, Ley de Arbitraje refiriendo que el supuesto de hecho de esta norma requiere, necesariamente que la materia no sea solamente "no arbitrable" sino que además lo sea "manifiestamente"; en nuestro caso, el Tribunal Arbitral ha explicado extensamente porqué la controversia entre las partes sí podía ser arbitrada.-----

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El artículo 211 del Decreto Supremo número 084-2004-PCM en nada puede incidir al tema *sub litis*, teniendo en cuenta que la entidad solo será responsable de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquéllos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos; situación distinta, teniendo en cuenta que no ha mediado aprobación alguna de parte la accionante Electro

39

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 3083-2013

LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Sur Este Sociedad Anónima Abierta. Respecto de la interpretación errónea del artículo 63 numeral 1) literal e) del Decreto Legislativo número 1071, este Órgano Supremo ha establecido que el tribunal arbitral no podrá resolver materias que de acuerdo a ley no sean manifiestamente susceptibles de arbitrar, salvo que la Ley los autorice (artículo 2.1 del Decreto Legislativo número 1071), pretendiendo el recurrente en el fondo un reexamen fáctico no viable a nivel de esta Corte Casatoria, pues la instancia de vista ha determinado que el *adicional de una obra* - conforme a las leyes de presupuesto y de contrataciones del estado - merece autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. -----

VIGÉSIMO TERCERO.- La inaplicación del numeral 1 artículo 41 del Decreto Legislativo número 1071 – Ley del Arbitraje indicando que esta norma otorga facultades exclusivas a los propios árbitros para decidir sobre su competencia. ----

VIGÉSIMO CUARTO.- Si bien el artículo 41 de la Ley establece que: "*el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia*" ello no puede ir en contra de las disposiciones que la misma Ley de Arbitraje establece para los casos en los que no se puede laudar por expresa disposición de la Ley de orden público pues ello corresponde únicamente a las funciones de imperio de un órgano estatal. -----

Por las consideraciones expuestas no se configura la causal de infracción normativa denunciada, por lo que en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por G

391

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 3083-2013
LIMA
ANULACION DE LAUDO ARBITRAL**

y M Sociedad Anónima¹³; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista (Resolución número nueve)¹⁴ de fecha veintidós de mayo de dos mil trece, expedido por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta contra G y M Sociedad Anónima, sobre Anulación de Laudo Arbitral; y los devolvieron. Ponente Señor Cunya Celi, Juez Supremo.

S.S.

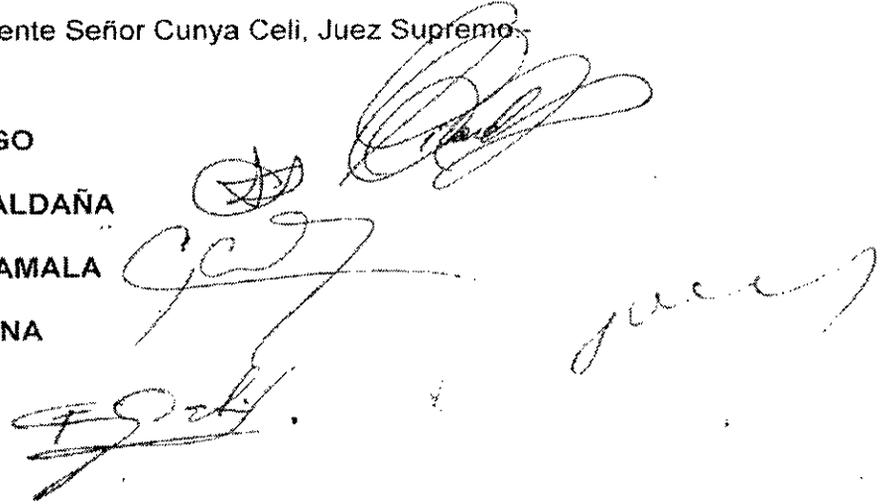
TICONA POSTIGO

VALCÁRCEL SALDAÑA

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

CUNYA CELI



SE PUBLICO CONFORME A LEY


Dra. Luz Amparo Callañaupa Cosío
Secretaria (a)
Sala Civil Transitoria
CORTE SUPREMA

28 ENCL 2013

¹³ Ver de folios trescientos cuarenta y uno a trescientos setenta y cinco.

¹⁴ Ver de folios doscientos noventa y seis a trescientos once.