



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA COMERCIAL
CRÓNICAS JUDICIALES
Resolución Número : P-197
Fecha : 08/06/2015

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL SUPERIOR SUBESPECIALIDAD EN MATERIA COMERCIAL

LA SECRETARIA DE SALA QUE SUSCRIBE, CERTIFICA QUE LUEGO DEL LLAMAMIENTO EN DISCORDIA, DEBIDO AL VOTO EN DISCRIA EMITIDO POR EL SEÑOR JUEZ SUPERIOR HURTADO REYES, AL CUAL SE ADHIRIÓ EL MAGISTRADO ROSELL MERCADO y POSTERIORMENTE EL MAGISTRADO MIRANDA ALCÁNTARA, (CONFIGURANDO RESOLUCIÓN FINAL DE INSTANCIA), ES COMO SIGUE:

SS. ROSELL MERCADO
HURTADO REYES
MIRANDA ALCÁNTARA

EXPEDIENTE : 00056-2014-0-1817-SP-CO-01
MATERIA : ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES

RESOLUCIÓN NÚMERO DIECISÉIS
Miraflores, seis de mayo de dos mil quince.-

VOTO EN DISCORDIA DEL JUEZ SUPERIOR HURTADO REYES

Con el debido respecto a la ponencia del Colega Espinoza Córdova cumple con emitir mi voto en discordia, en los términos siguientes:

Mediante la demanda se pretende la anulación parcial del laudo dictado en mayoría con fecha 11 de diciembre de 2013, alegando las causales contenidas en los incisos b), c) y e) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, señalando que se ha resuelto sobre una liquidación final del contrato de obra que incluye la aprobación de 08 adicionales que superan el 15% del contrato de obra, respecto del cual ya se había aprobado el 14.99% de adicionales, por lo que cualquiera de los adicionales aprobados en el laudo ya superan el 15%, por lo cual, se trata de una pretensión no arbitrable, afectando de esta forma el derecho de defensa, congruencia procesal, debida motivación.

La demanda fue absuelta por la parte demandada de forma oportuna pidiendo que la misma sea declarada infundada, habiéndose fijado fecha para la vista de la causa, los autos quedaron expedidos para emitir

PODER JUDICIAL DEL PERÚ
CRÓNICAS JUDICIALES
PRIMERA SALA COMERCIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

CONSIDERANDO

PRIMERO: Estando a los actuados, se advierte el cuestionamiento del laudo arbitral de derecho emitido en los caratulados Ferrocarril del Centro Andino SA con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en adelante MTC (expediente arbitral No. S024-2012), básicamente en los extremos que se ha declarado infundada la excepción de incompetencia interpuesta por el demandado, declara fundada en parte la primera pretensión declarando procedente, válida y exigible la liquidación final del contrato de obra "Rehabilitación integral del ferrocarril Huancayo-Huancavelica, componente rehabilitación de la infraestructura ferroviaria" por el monto de US\$ 6.163.934.72 dólares americanos, fundada en parte la segunda pretensión por la que se ordena al MTC que pague a favor del Ferrocarril Central Andino SA el importe de US\$ 6.163.934.72 dólares americanos, producto de la liquidación aprobada y fundada la tercera pretensión, ordenando al MTC que reconozca y pague los presupuestos de partidas e imprescindibles para cumplir las metas del proyecto, por un monto no menor a US\$ 4.909.828.23 dólares americanos incluido IGV, monto que está incluido en la liquidación del contrato presentado por el Contratista.

SEGUNDO: La alegación principal para pedir la nulidad parcial de laudo arbitral en los extremos ya mencionados, se relaciona –según lo expresado por la demandante- con el pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral en mayoría de **adicionales de obra** que superan el porcentaje permitido por la ley, generándose de esta forma decisión arbitral sobre pretensiones no susceptibles de arbitraje.

A partir del cuestionamiento efectuado en el presente proceso, este Colegiado debe analizar los actuados para determinar lo siguiente:

- a) Establecer si la parte demandante realizó el reclamo previo dentro del proceso arbitral.
- b) Determinar si los denominados presupuestos de partidas necesarias e imprescindibles (Presupuesto No. 01, presupuesto No. 02 por trabajos de rehabilitación provisional de la vía férrea, presupuesto No. 03 por trabajos de corte y perforación de rieles, presupuesto No. 04 por trabajos de corte de eclisas, presupuesto No. 05 por trabajos de mayor distancia de distribución de balasto, presupuesto No. 06 por trabajos de mayor carguío y transporte de balasto, presupuesto No. 07 por trabajos de instalación provisional del tercer y cuarto riel y presupuesto No. 08 por trabajos de fabricación e instalación de paquetes de rieles;) para cumplir las metas de proyecto constituyen adicionales de obra.
- c) Si fueran adicionales de obra, definir si superan el porcentaje permitido por la ley (15%), de ser así definir si por ello, se convirtió en una pretensión que no se debió discutir en el proceso arbitral, es decir, que se trataba de una pretensión no susceptible de arbitraje.
- d) Determinar si estos adicionales de obra integraron el contrato de obra.

686
Sesión 1
Ochavante

TERCERO: Sin embargo, para ingresar a resolver la pretensión contenida en la demanda corresponde previamente establecer si el MTC cumple con los parámetros legales pre establecidos en el Decreto Legislativo No. 1071, al haber invocado las causales de anulación de laudo arbitral contenida en los incisos b) y c) del numeral 1 del artículo 63 del mismo Decreto Legislativo, esto es si cumple con lo previsto expresamente por el numeral 2 del mismo artículo en el que se precisa que “las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas” (resaltado y subrayado nuestro).

CUARTO: Primeramente debe precisarse que uno de los fundamentos que se ha atribuido al principio de reclamo expreso radica en el aporte que éste significa para la obtención de un procedimiento arbitral ágil y eficaz, ya que él constituye un mecanismo básico para obligar a las partes a dar a conocer sus objeciones al procedimiento en cada instante, impidiendo que éstas puedan afectar el desarrollo normal del arbitraje a través de reprochables estrategias de recursos de última hora por vicios que bien pudieron ser subsanados oportunamente; entonces para la Ley, cualquier tipo de circunstancias que pudiera implicar un perjuicio al desarrollo normal del procedimiento que dirigen los árbitros, debe ser puesta en conocimiento abierto de éstos, bajo riesgo de perderse para siempre la facultad de alegarlo como motivo de nulidad del laudo definitivo.

QUINTO: Así también, debe precisarse que el reclamo para ser tal debe ser oportuno es decir, que el reclamo sea expuesto ante el Tribunal arbitral no en cualquier momento, sino en aquél que pueda calificarse como adecuado, de acuerdo a las normas que regulan el procedimiento arbitral. Para ello será necesario prestar atención a dos factores: primero: la existencia de un cauce establecido por la Ley, el reglamento del Centro Arbitral (de tratarse de un arbitraje institucional), o el acuerdo de las partes, para encaminar el reclamo de la parte; y, en segundo, a falta de éste, la prontitud con que se hubiera formulado el reclamo. Además el reclamo de ser oportuno, debe ser expreso, entendiéndose por reclamo expreso, que no puede formularse en términos genéricos u omitiendo sustentarlo en base a fundamentos concretos referidos al vicio que luego será usado para pedir la nulidad del laudo. El recurrente deberá haber reclamado expresamente ante los árbitros el vicio que ahora menciona para pedir la nulidad del laudo.

SEXTO: En relación al reclamo previo, se puede indicar que conforme al contenido del expediente arbitral, tenemos que la parte demandante ha cuestionado desde el inicio del proceso arbitral la competencia de los árbitros para resolver el caso en razón de haberse postulado el cobro de sumas de dinero por concepto de adicionales de obra que superan el porcentaje señalado en la Ley de Contrataciones para lo cual, presentó en el proceso arbitral la excepción de incompetencia, la misma que fue desestimada al emitir el laudo arbitral.

687
Sesiones
Ochenta

De otro lado, se puede apreciar del proceso arbitral que la ahora parte demandante presentó el recurso de exclusión respecto de la parte resolutiva primera, segunda, tercera, cuarta y séptima.

Por lo cual, se puede afirmar que la parte demandante realizó de forma oportuna el reclamo previo que exige la Ley de Arbitraje. Lo que nos permite analizar y resolver la pretensión de nulidad de laudo postulada con la demanda con relación a las causales b) y c) del numeral 1 del artículo 63 del mismo Decreto Legislativo

SÉTIMO: Resolviendo los puntos b, c y d del segundo considerando, tenemos que 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 5º 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*”, teniendo del contenido de las disposiciones legales ya señaladas que al resolver la petición para que se declare la nulidad del laudo, este Colegiado se encuentra 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: En el caso de autos se han postulado las causales contenidas en el artículo 63 numeral 1 incisos b), c) y e) del Decreto Legislativo No. 1071 que establecen:

Inciso b): “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”.

Inciso c): “Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo”.

Inciso e): “Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional”.

NOVENO: 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

DER JUDICIA
CIELO CANTO A CUCHO
ESTACIÓN DE SALVAMAR
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA

*688
sección 2
O Chentosa*

susceptible 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.

DÉCIMO: En el caso concreto, se cuestiona el laudo arbitral por haberse pronunciado sobre una pretensión no susceptible de arbitraje, ya que –según la posición del actor- se refiere a adicionales de obra que superan el 15%, las cuales no son susceptibles de someterse a la competencia de los árbitros.

Se entiende como ADICIONALES DE OBRA a los presupuestos adicionales que 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 ¹señala 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.

Todo lo cual, nos indica que los adicionales en los contratos de obra, son presupuestos adicionales que no fueron considerados en las bases, en el contrato original que vincula a las partes y que tampoco aparecen en el expediente técnico, pero se trata de obras imprescindibles, sin las cuales la obra no cumpliría el propósito que llevó a las partes a contratar.

Los adicionales de obra pueden ser aprobados por el titular del pliego o la máxima autoridad de la entidad si no superan el 15% (tomando en cuenta los presupuestos deductivos vinculados), si superan ese porcentaje deben ser aprobados por la Contraloría General de la República. El pago de los adicionales de obra que superen el porcentaje señalado por la ley, no es una pretensión arbitrable, sino que debe ser sometida necesariamente a la autoridad judicial.

En el considerando siguiente haremos una breve referencia legislativa de lo que regulan las normas sobre el particular.

UNDÉCIMO: 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 adicionales de obra se

1 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.

(C89)
Rev. C. Landa
Ochavano

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

690
FOLIO 10
INICIO

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".
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 Nº 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.

DUODÉCIMO: 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

691
Sectores
Noviembre

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).

En el caso de autos, la norma aplicable para resolver la controversia es la señalada sobre adicionales de obra en el Decreto Supremo No. 083-2004-PCM (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en adelante la Ley) y Decreto Supremo No. 084-2004-PCM (en adelante el Reglamento), ello conforme se aprecia del contenido de la Cláusula Décimo Quinta del contrato que vincula a las partes.

DÉCIMO TERCERO: De la materia de litis se tiene que el conflicto entre las partes nace del Contrato derivado de la Licitación Pública Internacional No. 0001-2006-FHH de fecha 08 de noviembre de 2006, contrato de "rehabilitación integral de Ferrocarril Huancayo- Huancavelica, componente I: Rehabilitación de la infraestructura ferroviaria", obrante a fojas 34/41 del expediente principal, el sistema de contratación fue a suma alzada, con valor referencial de US\$ 16.514.349.62 dólares americanos y monto del contrato ofertado US\$ 18.115.749.66 dólares americanos.

DÉCIMO CUARTO: Del proceso arbitral se puede apreciar que la ahora demandada postuló como tercera pretensión que se le reconozca y pague ***los presupuestos y partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto*** por un monto de US \$ 4.909.823.23 dólares americanos y en caso que no sean amparados postula la pretensión de ***enriquecimiento indebido*** por el mismo monto.

A partir de lo cual, tenemos como primera observación en la materia discutida que la parte demandante en el proceso arbitral no hace una referencia expresa al pago de ***adicionales de obra***, evita utilizar el lenguaje de la Ley de Contrataciones, por el contrario busca que le paguen determinada suma de dinero por ***presupuestos y partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto***.

Por lo cual, es necesario que previamente este Colegiado Superior pueda determinar si los llamados ***presupuestos y partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto*** son en realidad ***adicionales de obra***, o tienen otra naturaleza. Y si se les cambió de nombre en el proceso arbitral para evitar la prohibición establecida en la ley, es decir, que los adicionales de obra que superen el 15% no pueden ser cobrados en la vía arbitral.

Sobre todo, corresponderá analizar cómo fueron consideradas y resueltas en el laudo arbitral, ya que se debe determinar la posición asumida por los árbitros en mayoría.

DÉCIMO QUINTO: Se debe indicar *prima facie*, que ni la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, como tampoco su Reglamento, admiten la posibilidad de considerar en un contrato de obra los

692
JUEZ CUCHO
NO ENTRÓ

llamados **presupuestos y partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto**, más bien éstos son considerados como **adicionales de obra** (artículos 265 y 266 del Reglamento), ya que se trata de presupuestos y partidas que cumplen con lo señalado en el artículo 42 de la Ley, es decir, que son **indispensables para alcanzar la finalidad del contrato**, por lo que tenemos que en el caso de autos la parte demandante en la ejecución del contrato de obra y en el proceso arbitral utiliza esta atípica denominación para no mencionar que se trata de verdaderos adicionales de obra (como una forma de encubrimiento de su verdadero contenido), postulando su pretensión con esa denominación y pretendió cobrar en sede arbitral, pidiendo inclusive que de no ser admitido su pago, se disponga que se pague bajo el concepto de enriquecimiento indebido.

De otro lado, podemos apreciar que en la Ley y el Reglamento tampoco se admite la existencia de un documento denominado “**documento técnico de precisiones**” (DTP) ya que lo que se establece –para el caso concreto según la modalidad a suma alzada– es la existencia de un **expediente técnico**, el cual pre existe a la suscripción del contrato. El que antes del inicio de la obra debió ser entregado al contratista por la entidad conforme a lo que establece el artículo 240.a del Reglamento. En realidad el documento técnico de precisiones es un documento que contiene los adicionales de obra que son necesarias para cumplir la meta del contrato. Así podemos observar lo siguiente:

Presupuesto N° 01.- Por el mayor metrado de balasto necesario.

El suministro señalado en el expediente técnico de obra era solo para una vía férrea con trocha angosta, pero en el DTP se precisó que se realizará en un vía férrea en trocha estándar, por lo que, el suministro del mayor volumen de balasto fue originado por dicha variación que modificó el ancho de la trocha. Cabe señalar que si bien las bases en el Anexo N°02 (Factores y criterios de evaluación), en el ítem 3.1.5 Mejoras o aportes a las características de la Obra, señala que la conversión de la vía férrea a trocha estándar es calificada con 2 puntos a favor del postor, ello por la naturaleza de la modalidad contractual (suma alzada) no implicaba que si el postor ofertaba realizar dicha conversión, el valor referencial también se modifique, pues estas mejoras se constituyan como ofrecimientos adicionales que el postor podía realizar dentro del precio del valor referencial, otorgándole 2 puntos por ello en la calificación de su propuesta; por lo que, al encontrarse sustentado en el DPT un metrado adicional al establecido en el expediente técnico, se erige como una obra adicional.

Presupuesto N° 02.- Por los trabajos de rehabilitación provisional de la vía férrea, como consecuencia de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor en la zona de la obra en el período de lluvias de enero a marzo del 2010.

JURISDICCION
1º SEJ. SUPERIOR - JUICIO DE CUCHO
CONT. SUPERIOR - JUICIO DE CUCHO
1º SEJ. SUPERIOR - JUICIO DE CUCHO
CONT. SUPERIOR - JUICIO DE CUCHO

693
JEFES CFCB
Año 2007

Al ser trabajos realizados a partir de hechos fortuitos o fuerza mayor, es decir trabajos no establecidos en el contrato ni el expediente técnico, es claro que aquellos constituyan adicionales de obra, por lo que, resulta claro que resultó una obra adicional.

Presupuesto N° 03.- Por trabajos de corte y perforación.

En el Expediente Técnico – Volumen I: Memoria Descriptiva, páginas 008, 009 y 0010 se señaló que se reemplazarían los rieles de 50 lb/yd que estaban en servicio, con rieles de 70 lb/yd ASCE, los mismos que iban a ser suministrados por el Ferrocarril Huancayo – Huancavelica; hecho que al momento de llevarse a cabo, cuando la Entidad entregó al contratista los referidos rieles producto del desmontaje de la vía férrea de Pachacayo - Chaucha, se advirtió que lo mismos fueron desmontados con equipos de oxicorte, por lo que de acuerdo a las normas FRA, que señalan que no deben colocarse rieles cortados o perforados con oxicorte, fue necesario que se realice un tratamiento previo de corte y perforación, lo cual no se encontraba establecido en el contrato o el expediente técnico, sino recién a partir del documento DTP, el cual como mencionamos, contiene, al margen de la denominación puesta, adicionales de obra, pues fue un trabajo que surgió al momento de revisar la utilidad de los rieles.

Presupuesto N° 4.- Por trabajos de Corte de Eclisas para adecuarlas con la Fijación Elástica.

Algo similar a lo anterior ocurre en el presente caso, pues en el Expediente Técnico – Volumen I: Memoria Descriptiva, ubicada en las páginas 0008, 0009 y 0010, se indicó que las eclisas serían suministradas por la Entidad, en ese sentido, producida la entrega se advirtió que las proporcionadas tenían aletas, lo cual no permitía la colación de los clips para la fijación de los rieles en los durmientes, por lo que se hizo necesario realizar trabajos no fijados en el contrato, como lo fue el corte de las eclisas, por lo que, se constituyen como trabajados adicionales, pues, como se viene repitiendo a lo largo del análisis, el documento denominado DTP que contiene estas prestaciones, dada la modalidad contractual no podría entenderse como parte del contrato.

Presupuesto N° 05.- Por trabajos de mayor distancia de distribución de balasto por variación de canteras.

Este trabajo es consecuencia de la conversión de la vía férrea de trocha angosta a trocha estándar, que como mencionamos dicha oferta le otorgaba dos puntos al postor, lo cual consideramos que según la modalidad contractual no implicaba un costo adicional que modifique el valor referencial de la obra; por lo que, atendiendo a que el contratista mismo indicó que dicha labor significaba una obra de mayores alcances y mayor costo al presupuestado al momento de presentar su propuesta económica, lo que generó que se incluyó en el DTP, siendo un trabajo distinto al especificado en el expediente técnico pues en lugar de la trocha angosta existente se realizó una trocha estándar lo cual significó una obra

ESTADO JUDICIAL

PROFESIONAL
CIVILIA CAMBOSA CUCUJO
Tribunal Superior de Justicia de Santiago

distinta que generaba costos adicionales por lo que es claro que nos encontramos frente a una obra adicional.

Presupuesto N° 06.- Por trabajos de mayor carguío y transporte de balasto por la modificación de la especificación técnica de la partida 2.3.02.0.0 Suministro de Balasto.

Debido a la conversión de la trocha angosta (definida inicialmente) a trocha estándar, se hizo necesario mayor suministro de balasto, el cual no pudo ser extraído de las canteras señaladas en el Anexo A del Expediente Técnico de Obra el Estudio de Canteras, porque no cumplían con la especificación técnica contractual de dicho material, lo que trajo lugar a que se modifique la distribución de balasto, generando mayor carguío y transporte, es decir, trabajos adicionales a los establecidos en el expediente técnico, por lo que es claro que constituyen obras adicionales.

Presupuesto N° 07.- Por trabajos de instalación provisional del 3er y 4to riel.

Al transportarse los suministros de materiales se evidenció la seria restricción que causaba la escasa operación de trenes de trabajo disponibles para el abastecimiento/ traslados de rieles, durmientes y accesorios, lo que generaba atraso en la obra; por lo que, ante dicha limitación se instalaron (construyeron) un tercer y cuarto riel, por lo que, es evidentemente que al ser un trabajo no establecido en el expediente técnico, constituye un adicional de obra.

Presupuesto N° 08.- Por trabajos de fabricación e instalación de paquetes de rieles de 50 lb/yd para alcantarillas

Este trabajo es consecuencia de la conversión de la trocha angosta de la vía férrea a trocha estándar, pues generó que se realizaran trabajos complementarios, como es la construcción de nuevos paquetes de rieles en trocha estándar para las alcantarillas que no contemplaban realizar ningún trabajo, lo cual siendo que en el expediente técnico fue contemplado únicamente la rehabilitación más no el incremento de la longitud de las alcantarillas existente, es claro, como venimos expresando, que se trató de un adicional de obra, pues no estuvo contemplado en el expediente técnico ni en el contrato.

En conclusión, de lo expuesto, podemos apreciar que se modificaron los términos del expediente técnico contractual generando la realización de trabajos que no fueron contemplados inicialmente ni en el contrato ni el expediente técnico, por lo que queda claro que se trataban de obras adicionales, pues su ejecución fue necesaria para cumplir con la finalidad del contrato.

DECIMO SEXTO: Con relación al contrato y su modificación, tenemos que el artículo 210 del Reglamento señala que "El contratista debe comunicar de inmediato a la Entidad de las fallas o defectos que advierta

695
Sesión 2020
Número 1

luego de la suscripción del contrato, sobre cualquier especificación o bien que la Entidad le hubiere proporcionado". Asimismo, conforme al artículo 42 de la Ley, en concordancia como los artículos 258 y 259 del Reglamento "La ejecución de obras adicionales será causal de ampliación de plazo sólo si éstas conllevan la modificación del calendario de avance de obra".

Por lo cual, no se puede entender que el documento llamado DTP integre el contrato, ni que se trate de un documento complementario al expediente técnico, aun si se hubieran anotado estas observaciones en el cuaderno de obra o que los mismos contaran con la anuencia de los funcionarios de la entidad (hechos que fueron asumidos por los árbitros en mayoría como actos propios, sin reparar que contravienen normas imperativas contenidas en la Ley y en el Reglamento), ya que los adicionales de obra que superen el 15% tienen un tratamiento especial, el cual, no fue seguido en este caso. No siendo admisible que se pueda considerar que el DTP "establezca nuevas condiciones respecto de la ejecución de la obra por parte del contratista", ya que las mismas corren indicadas en las bases, en el expediente técnico y en el contrato, siendo más bien un documento que acarrea responsabilidades en los funcionarios que representaron en el mismo a la entidad.

Además de indicar que los adicionales de obra al superar el 15% incluidos los deductivos, no pudieron ser puestos a discusión en sede arbitral en virtud a lo que señala el artículo 23 de la Ley No. 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, por lo cual, el tribunal arbitral no tenía competencia para discutir y ordenar el pago de adicionales de obra que superen el 15% del monto del contrato original.

DÉCIMO SÉPTIMO: Conforme a lo actuado tenemos que **se aprobaron presupuestos adicionales y deductivos de obra cuya incidencia acumulada alcanzó al 14.99%**, por lo cual, cualquier adicional de obra que pudiera existir en este caso ya no podría ser aprobado por la entidad, sino que requería de la aprobación de la Contraloría General de la República y de su resultado llevarlo a la vía judicial.

Es por ello, que la parte demandada le dio una denominación atípica a los adicionales de obra que se generaron con los siguientes presupuestos: Presupuesto No. 01 por mayor metrado, presupuesto No. 02 por trabajos de rehabilitación provisional de la vía férrea, presupuesto No. 03 por trabajos de corte y perforación de rieles, presupuesto No. 04 por trabajos de corte de eclisas, presupuesto No. 05 por trabajos de mayor distancia de distribución de balasto, presupuesto No. 06 por trabajos de mayor carguío y transporte de balasto, presupuesto No. 07 por trabajos de instalación provisional del tercer y cuarto riel y presupuesto No. 08 por trabajos de fabricación e instalación de paquetes de rieles;) para cumplir las metas de proyecto constituyen adicionales de obra. Todo ello con el propósito de evitar (burlar) que se entienda superado el porcentaje establecido en la Ley, y de esta forma convertir a esta pretensión en susceptible de discutir en sede arbitral.

JUDICIAL

CONTRALORÍA
NACIONAL
DE JUSTICIA
CUCHI

696/6
C/C/C/C/C/C
Nº 700

DÉCIMO OCTAVO: En ese sentido, el tribunal arbitral no podía conocer ni resolver, por no tener competencia (le correspondía al Poder Judicial), el pedido de pago de adicionales de obra que sobrepasen el 15% del monto del contrato original, por lo cual, son nulos los extremos resolutivos primero y cuarto del laudo arbitral, en cuanto se refiere a la competencia de los árbitros para conocer pretensiones sobre adicionales de obra que superen el porcentaje ya indicado y el extremo que ordena el pago de US\$ 4.909.828.23 dólares americanos por presupuestos y partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto.

DÉCIMO NOVENO: Por lo expuesto, 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 desacatando 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).

En consecuencia, la demanda propuesta es fundada por esta causal (artículo 63.1 inciso e), lo cual, afecta además el debido proceso de la parte demandada en el proceso arbitral, configurándose la causal contenida en el inciso b del artículo 63.1, adicionalmente que las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, configurándose la causal del artículo 63.1 inciso c.

VIGÉSIMO: 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 diferentes pretensiones, por lo cual, la nulidad del laudo solo debe alcanzar a los adicionales de obra que superen el 15% del contrato, debiendo quedar válido en los demás extremos.

En ese sentido, la nulidad del laudo no debe ser total, al existir la necesidad de parcelar la decisión arbitral en pretensiones no susceptibles de arbitraje y las que si los son. En consecuencia, la nulidad del

697
Sesión 2017
Nº 2017-000000000000000000

laudo debe ser entendida en ese sentido, sin que se produzca el reenvío de los actuados a los árbitros para un nuevo pronunciamiento sobre los extremos anulados, más bien dejando a salvo el derecho de la parte demandada para que lo haga valer como corresponde.

VIGÉSIMO PRIMERO: 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.

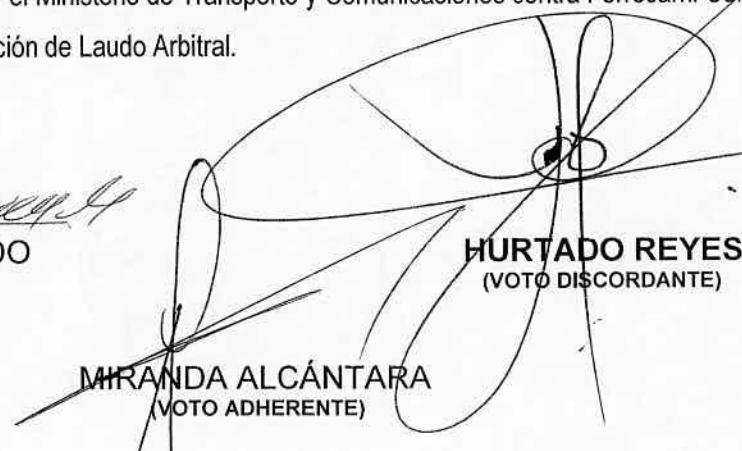
Por cuya razones:

DECISIÓN:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de anulación de laudo arbitral, por las causales contenidas en el artículo 63.1 inciso , b), c) y e) de la Ley General de Arbitraje, en consecuencia, se declara la **NULIDAD PARCIAL (sin reenvío)** del laudo arbitral de derecho expedido el 11 de diciembre de 2013 obrante a fojas 17/250, en los extremos que se refieren a los adicionales de obra que superan el 15% del contrato, debiendo quedar válido en los demás extremos que no se relacionan con esta materia; **sin costos ni costas**
2. En los autos seguidos por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones contra Ferrocarril Central Andino SAC sobre Anulación de Laudo Arbitral.



ROSSELL MERCADO
(VOTO ADHERENTE)



HURTADO REYES
(VOTO DISCORDANTE)



MIRANDA ALCÁNTARA
(VOTO ADHERENTE)

LA SECRETARIA DE SALA QUE SUSCRIBE, CERTIFICA QUE LA PONENCIA DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR ESPINOZA CÓRDOVA (VOTO EN MINORIA), ES COMO SIGUE:

VISTOS:

Con el expediente arbitral acompañado en 3167 fojas, es materia de autos el Recurso de Anulación interpuesto contra el Laudo Arbitral dictado en mayoría con fecha once de diciembre del dos mil trece, que resolvió: **i)** Declarar INFUNDADA la excepción de Incompetencia del Tribunal Arbitral; **ii)** Declarar FUNDADA EN PARTE la primera pretensión declarando procedente, válida y exigible la liquidación final del contrato de

698
SOLICITUD
NOTARIA

obra, "Rehabilitación integral de Ferrocarril Huancayo-Huancavelica-Componente Rehabilitación de la Infraestructura Ferroviaria"; **iii) Declarar FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión por lo que se ordena al MTC que pague a favor del Ferrocarril Central Andino SA el importe US\$6'163,934.72 producto de la liquidación aprobada; **iv) Declarar FUNDADA** la tercera pretensión por lo que se ordena al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que se reconozca y pague los presupuestos de partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto, que asciende a un monto no menor de US\$4'909,808.23, incluido IGV, monto que está incluido en la liquidación del contrato presentado por el Contratista. Y contra la resolución numero veintiuno de fecha 20 de enero 2014 que resolvió: **i) A la solicitud de aclaración y/o interpretación y corrección del laudo en mayoría presentada por el Contratista se declara fundada en parte la misma;** **ii) A las solicitudes de aclaración y exclusión del laudo en mayoría presentado por el MTC se declaran INFUNDADAS ambas solicitudes.** Interviniendo como Juez Superior Ponente el señor **Espinosa Córdova**, y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, mediante la presente acción el demandante pretende la **anulación parcial** del laudo arbitral en mayoría dictado con fecha once de diciembre del dos mil trece, sustentado en la **causal contenida en el inciso e), numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje –Decreto Legislativo 1071-**; argumentando para tal fin lo siguiente:

i) Que, respecto a los extremos primero, segundo y tercero del laudo, solicitan su anulación parcial en la medida que resuelve exigible una liquidación final del contrato de obra que incluye la aprobación de ocho adicionales que superan el 15% del contrato de obra, respecto del cual ya se había aprobado el 14.99% de adicionales, por lo que cualquiera de los adicionales aprobados en el laudo ya superaban necesariamente el 15%, es decir se trata de materia no arbitrable. Que, además señalan que en caso de no ampararse la anulación en base a la precedente causal, solicita se tomen en cuenta **las siguientes causales**:

1. La contenida en el inciso b), numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo 1071-; argumentando para tal fin lo siguiente:

i) Que, no se ha podido hacer valer sus derechos, comprendidos en el derecho al debido proceso, tales como el derecho a la defensa, el derecho a la congruencia procesal, derecho a la debida motivación del laudo, a la no motivación aparente, indebida y/o defectuosa del laudo, sin perjuicio de la afectación a su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y la transgresión del orden constitucional vigente, toda vez que el tribunal arbitral en mayoría a través de la creación de una circunstancia aparente, se ha pronunciado sobre

ESTADO JUDICIAL
PROVINCIA DE CUCHICAHUA
SALA CIVIL
CORTE DE JUSTICIA DE AREQUIPA

690
Sesión 10
Nolevano

una materia no sometida a su competencia, por haberse aprobado vía laudo 8 adicionales por encima del 15% del monto del contrato, declarando la procedencia de dichos adicionales y ordenándose el pago de estos mediante fraude a la ley y al ordenamiento público interno. Esto generó que se vulnere la normativa de contrataciones del Estado, condenándolo así al pago de casi cinco millones de dólares más sus intereses, que de ser el caso deberán salir del erario público, en contravención directa al ordenamiento público interno.

2. La contenida en el inciso c), numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo 1071-; argumentando para tal fin lo siguiente:

- i) Que, en el presente proceso arbitral las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes formado en el Contrato suscrito entre el MTC y el Contratista, toda vez que pronunciándose sobre materia no arbitrable y no comprendida al convenio arbitral ha concedido al contratista mayores presupuestos adicionales que superaban el 15% del monto total del contrato, aun cuando en el artículo 41 de la Ley de Contrataciones con el Estado y en la cláusula Décimo Tercera del Contrato figura que dicha materia no es arbitrable. Esto generó que se vulnere la normativa de contrataciones del Estado, condenándolo así al pago de casi cinco millones de dólares más sus intereses, que de ser el caso deberán salir del erario público, en contravención directa al ordenamiento público interno.

SEGUNDO: Que, es adecuado iniciar el análisis de la validez del laudo materia de este proceso por la causal consistente en haberse resuelto sobre materias no susceptibles de arbitraje, por cuanto 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 (excepción al principio de congruencia procesal). Así, de considerar que en el laudo arbitral se ha decidido sobre materias no susceptibles de arbitraje, no cabría ya ingresar a conocer las demás causales invocadas; caso contrario debe abordarse las demás causales invocadas.

TERCERO: Que, es preciso tomar en cuenta lo señalado en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje –Dec. Leg. 1071 donde se determina el marco sobre el cual puede someterse determinadas controversias a arbitraje:

"Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

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. (...)"



700
sección

Las materias de libre disposición se relacionan, en principio, con los intereses esencialmente patrimoniales y privados de las partes (que pueden ser objeto de transacción), lo que lleva a considerar que **no** son susceptibles de arbitraje, en términos generales, cuestiones que atentan contra la moral y las buenas costumbres, reclamaciones referidas a delitos y/o faltas (con la acotación de que la reparación civil derivada de tales delitos o faltas sí puede ser materia susceptible de arbitraje por ser de disponibilidad del reclamante), cuestiones referidas al estado y capacidad civil de las personas (incluyendo adopción, nacionalidad, incapacidad e interdicción, representación y defensa del ausente, tutela, emancipación, paternidad, filiación, patria potestad, nombre, etc.), **cuestiones relativas a funciones o competencias de los órganos del Estado**. Estas materias tienen sus propias vías y órganos jurisdiccionales competentes para su solución.

3.1 En el caso concreto de las obras públicas, éstas contienen normas de orden público que restringen su libre disponibilidad, dotándolas de reglas claras por tratarse de fondos públicos. Ciertamente, el que se trate de **contratos** no significa que se rijan por el derecho obligacional del Código Civil -salvo ciertos aspectos que no colisionen con las normas sobre contratación pública-, por cuanto la patrimonialidad del derecho privado no solo apunta al concepto de prestación como susceptible de valoración económica (determinado por elementos tales como la utilidad y la escasez), sino por la posibilidad de que la prestación se encuentre en el libre tráfico patrimonial³.

3.2 Asimismo, en los contratos con el Estado, el precio por los bienes, servicios y obras que aquél debe pagar, se encuentra sujeto a una serie de pasos, procedimientos y aprobaciones regulados de modo riguroso; así se tiene, por ejemplo, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, así como la Ley General del Presupuesto, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, la Ley del Procedimiento Administrativo General.

3.3 En otras palabras, las posibilidades del Estado de celebrar contratos no se encuentran prohibidas (los bienes, obras y servicios que contrata están claramente dentro de las posibilidades de intercambio económico, de hecho las licitaciones públicas contienen una oferta lanzada a la competencia entre empresas que aspiran a

³ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto. En: Themis 27-28, segunda época, 1994.

Así, es pertinente recordar que la obligación civil es la relación jurídica patrimonial, cuyo contenido patrimonial, de carácter abstracto y objetivo, constituido por la patrimonialidad del objeto, es representado por la "negociabilidad del bien o utilidad" que se persigue obtener por vía de la cooperación expresada a través del despliegue de energías de trabajo. Por ello, estamos ante obligaciones siempre que el objeto de la obligación sea susceptible de intercambio económico. Así, no estamos ante obligaciones cuando alguien se compromete a "donar" un órgano no regenerable del propio cuerpo –artículo 6 CC-, ni frente a los denominados "deberes familiares", ni ante la llamada "obligación alimentaria", o ante los derechos irrenunciables o indisponibles, en donde puede apreciarse la existencia de una asignación de valor, pero no patrimonialidad del objeto, desde que el bien tutelado está fuera de toda posibilidad de intercambio económico.

ser contratistas), pero no son libres en el sentido empleado por el Código Civil, sino en un sentido particular, pues deben atravesar diversos filtros y controles por cuanto apuntan a satisfacer el interés de la comunidad a la que se deben y a la que responden.

3.4 Ahora bien, una vez recorridos los caminos de ley para la toma de decisión de adquirir el bien, la obra o el servicio, una vez realizados los pasos de la licitación pública y celebrado el contrato, esto es, ya establecida y determinada la relación obligatoria, los conflictos derivados de su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez se pueden resolver mediante arbitraje, e inclusive mediante conciliación, pues ya se encuentran en el ámbito de la libre disponibilidad.

3.5 Empero, lo que se encuentre fuera de los alcances -ya previstos y aprobados- del contrato (como por ejemplo los presupuestos adicionales de obra que exceden cierto porcentaje), tiene rutas específicas excluyentes tanto del arbitraje (excluido de modo expreso) como del Poder Judicial (por ser de competencia exclusiva de la Contraloría) para su aprobación y pago. Es por ello que, dentro de las regulaciones en este ámbito, se encuentran reglas concretas que extraen ciertas materias de la competencia de la jurisdicción arbitral (e inclusive de la jurisdicción estatal), dotándolas de procedimientos específicos que deben obligatoriamente seguirse ante determinadas autoridades; de ahí la importancia de establecer razonablemente si se tratan o no de adicionales para resolver con convicción.

CUARTO: Que, el conflicto entre las partes tiene como origen el Contrato de "Rehabilitación Integral de Ferrocarril Huancayo-Huancavelica, Componente I: Rehabilitación de la Infraestructura Ferroviaria" Licitación Pública N° 0001-2006-FFHH., con las características descritas en el siguiente cuadro:

Licitación Pública	Licitación Pública Internacional LPI N° 0001-2006-FFHH "Rehabilitación Integral de Ferrocarril Huancayo - Huancavelica, Componente I: Rehabilitación de la Infraestructura Ferroviaria"
Sistema de Contratación	A suma alzada
Valor Referencial Obra	US\$ 16'514,349.62
Monto de Contrato Ofertado	US\$ 18'115,749.66

702
Superior

Además, ambas partes han señalado la aprobación de los siguientes Presupuestos Adicionales y Deductivos de Obra:

Presupuesto Adicional N°1	US\$2'452,603.72 incluido IGV Aprobado mediante la 6ta Addenda al contrato aprobado de fecha 16.09.09 en virtud a lo dispuesto por la Resolución Ministerial N°633-2009-MTC/02
Presupuesto Deductivo Vinculante N°1	US\$ 1'072,682.70 incluido IGV Aprobado mediante la 6ta Addenda al contrato aprobado de fecha 16.09.09 en virtud a lo dispuesto por la Resolución Ministerial N°633-2009-MTC/02
Presupuesto Adicional N°2	US\$ 135,608.98 incluido IGV Aprobado mediante la 2ta Addenda al contrato aprobado de fecha 09.02.09 en virtud a lo dispuesto por la Resolución Ministerial N°050-2009-MTC/02
Presupuesto Deductivo Vinculante N°2	US\$ 51,253.11 incluido IGV Aprobado mediante la 2ta Addenda al contrato aprobado de fecha 09.02.09 en virtud a lo dispuesto por la Resolución Ministerial N°050-2009-MTC/02
Presupuesto Adicional N°3	US\$ 1'250,760.21 incluido IGV Aprobado mediante la 3ra Addenda al contrato aprobado de fecha 09.02.09 en virtud a lo dispuesto por la Resolución Ministerial N°051-2009-MTC/02
Presupuesto Deductivo Vinculante N°3	US\$ 179,415.16 incluido IGV Aprobado mediante la Resolución Directoral N°1058-2010-MTC/10, 10ma Addenda al contrato de fecha 02.11.2010
% de Incidencia acumulada de presupuestos adicionales	14.99%

QUINTO: Que, en el proceso arbitral la demandada Ferrocarril Central Andino SA solicitó el pago de lo que denomina "Presupuestos de Partidas Necesarias e imprescindibles para cumplir las metas de Proyecto", descrito en el siguiente cuadro:

703
Sustentación
Tas

Presupuesto N°1	Por el <u>mayor metrado</u> de Balasto necesario, por modificación de la rehabilitación de la vía férrea de trocha angosta a trocha estándar
Monto	US\$ 684,301,72 sin IGV
Presupuesto N°2	Por los trabajos de rehabilitación provisional de la vía férrea, como consecuencia de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor ocurrida en la zona de la obra en el periodo de lluvias de enero a marzo del 2010
Monto	US\$ 75,586.33 sin IGV
Presupuesto N°3	Por trabajos de corte y perforación de rieles
Monto	US\$63,846.41 sin IGV
Presupuesto N°4	Por trabajos de Corte de Eclisas adecuarlas con la fijación elástica
Monto	US\$ 42,044.45 sin IGV
Presupuesto N°5	Por <u>trabajos de mayor distancia de distribución</u> de balasto por variación de canteras.
Monto	US\$ 396,146.20 sin IGV
Presupuesto N°6	Por <u>trabajos de mayor carguío y transporte</u> de balasto por la modificación de la especificación técnica de la partida 2.3.02.0.0 Suministro de Balasto
Monto	US\$ 1'257.033.10 sin IGV
Presupuesto N°7	Por trabajos de instalación provisional del 3er y 4to riel
Monto	US\$ 1'546,266.69 sin IGV
Presupuesto N°8	Por trabajos de fabricación e instalación de paquetes de rieles de 50 lb/yd para alcantarillas
Monto	US\$ 95,2646.52 sin IGV

SEXTO: Que, la pretensión referida en el punto anterior fue contestada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, sustentando su posición en que las Partidas materia de la demanda arbitral no son Necesarias e Imprescindibles, sino Partidas Adicionales, que se encuentran fuera del contrato, y superan el porcentaje del 15% adicional, razón por la cual, conforme a lo dispuesto por el artículo 266 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N°084-2004-PCM, requieren luego ser aprobadas por el Titular o la máxima autoridad administrativa de la Contraloría General de la República; además dicho Ministerio dedujo una **excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral**,

ESTADO DE LA CUCHILLA
JUICIO DE CASO

sosteniendo que, debido a que las partidas materia de la demanda arbitral eran Partidas Adicionales que no formaban parte del Contrato, la cuestión controvertida era materia no arbitrable.

SÉTIMO: Que, en el presente recurso de anulación de laudo, la demandante cuestiona el Laudo Arbitral, afirmando como sustento que las Partidas materia de los presupuestos ordenados pagar por el Laudo no son Partidas Necesarias e Imprescindibles, sino Partidas Adicionales. Sobre esta base, afirma que la materia del Laudo no es arbitrable, porque tales partidas no forman parte del Contrato que celebró con Ferrocarril Central Andino S.A. y porque siendo Partidas Adicionales que superan el porcentaje del 15% adicional, conforme a lo dispuesto por el artículo 266 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N°084-2004-PCM, requieren luego ser aprobadas por el Titular o la máxima autoridad administrativa de la Contraloría General de la República.

OCTAVO: Que, tal como indicamos en el Sexto Considerando de la presente resolución, durante el Proceso Arbitral, la demandante dedujo una **excepción de incompetencia**; sin embargo, invocó como fundamento de dicha excepción un argumento concerniente directamente al fondo de la pretensión demandada materia de su recurso de anulación: afirmó que esta **pretensión no era arbitrable** porque las Partidas cuyo pago solicitó como pretensión Ferrocarril Central Andino S.A. no eran Partidas Necesarias e Imprescindibles, sino Partidas Adicionales y no formaban parte del Contrato. Este es un argumento indesligable del fondo de la controversia porque el fundamento por el cual Ferrocarril Central Andino solicitó al Tribunal Arbitral que, al resolver el mérito de su demanda arbitral, ordene el pago de tales partidas fue su afirmación de que las mismas eran Necesarias e Imprescindibles, no eran Adicionales, y sí formaban parte del Contrato.

NOVENO: Que, el Tribunal Arbitral desestimó la excepción de incompetencia; y construyó la fundamentación de su decisión (en las páginas comprendidas entre la 118 y 137 del Laudo) afirmando sustancialmente lo siguiente:

(i) Que, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones sostiene que los trabajos correspondientes a los adicionales 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10 y 11 nunca fueron autorizados por la Entidad, por lo que no corresponde ser pagados, ya que la obra se ha ejecutado por el Sistema de Contratación de Suma Alzada, es decir, el postor formuló su propuesta por un monto fijo e integral y por un plazo determinado, siendo dichas partidas un pedido de aprobación de adicionales de obra, por lo que el Contratista debió tramitar su pedido de adicional de obra, siguiendo el procedimiento establecido por los artículos 265 y 266 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y

705/
sección
segundo

Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, sin embargo no lo hizo resultando improcedente.

(ii) Que, según se puede apreciar en el artículo 56 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, el Sistema de Suma Alzada se aplica cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. En el presente caso el Sistema de Suma Alzada se ha visto distorsionado, viciado y vulnerado por la Entidad con la aprobación del **Documento Técnico de Precisiones** (DTP), y en forma real se ha ejecutado una obra con un sistema a precios unitarios que considera las valorizaciones del metrado realmente ejecutado; es así, entonces, que, en realidad la Entidad está reconociendo desde el inicio que los metrados y el presupuesto de obra no son objetivos, y no están objetivamente definidos.

(iii) Que, de acuerdo al Anexo Único del Reglamento "Anexo de Definiciones", el Titular de la Entidad sólo puede determinar cómo prestaciones adicionales a aquellas que no sean previstas en el contrato, pero sean necesarias para alcanzar las finalidades del mismo, y que, entonces, si una prestación se encuentra dentro del Contrato no puede ser calificado como Adicional de Obra; por lo tanto se puede concluir en que si la Partida se encuentra dentro del contrato no es adicional, y que si se encuentra dentro del Expediente Técnico, tampoco es adicional.

(iv) Que el DTP es un documento que contempla las características técnicas para ejecutar la obra, para la rehabilitación de la vía férrea en trocha estándar, el cual formaba parte del inserto en el Cuaderno de Obra el día 27 de junio de 2009, en el asiento N° 265, y posteriormente mediante Oficio N° 139-2010-MTC/10.10 del 11 de agosto de 2010, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones indicó que el DTP ya había sido aprobado, firmado por ambas partes, y que el mismo formaba parte del Contrato.

(v) Que, los efectos jurídicos de una decisión plasmada y suscrita por ambas partes en un documento denominado, como en este caso, Documento Técnico de Precisiones (DTP), el cual ha sido debidamente suscrito por ambas partes refleja la voluntad de las partes de que el mismo forma parte del Contrato, pues en el mismo se establecen nuevas condiciones respecto de la ejecución de obra por parte del contratista.

Que, asimismo, cabe mencionar que Ferrocarril Central Andino S.A. mediante la Carta N° 034-2010-FCCA/FHH, la cual figura como medio probatorio en el correspondiente expediente arbitral, solicitó que se culmine el proceso de

70%
jueves
8/10

formalización de la adenda para que el DTP se encuentre insertado en el Contrato de la obra "Rehabilitación de la Infraestructura del Ferrocarril Huancayo Huancavelica", lo cual significa que dicha empresa actuó de buena fe solicitando al Ministerio de Transportes y Comunicaciones la suscripción de un documento adicional a fin de reconocer que el DTP formaba parte del Contrato.

(vii) Que, no obstante la solicitud formulada por Ferrocarril Central Andino S.A., el Ministerio de Transportes y Comunicaciones mediante el Oficio N° 139-2010-MTC/10.10, el cual obra también dentro del expediente técnico arbitral señaló, respecto del DTP, que no resulta viable la suscripción de una adenda al contrato de la obra debido a que "el DTP ya ha sido debidamente aprobado y suscrito por ambas partes (Contratista y Entidad), además de insertado en el Cuaderno de Obra, por lo que ya forma parte integrante del mismo."

(viii) Que, cabe comprobar que la definición que se encuentra en el numeral 39 del Anexo de Definiciones del Reglamento de Contrataciones señala que es Obra Adicional aquella "no considerada en el expediente técnico ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal. Por lo tanto se puede concluir que la Entidad solo puede denominar como prestaciones adicionales a aquellas que no se encuentren previstas en el expediente técnico ni en el contrato, pero sean necesarias para alcanzar la finalidad del mismo, por lo que, de acuerdo el Anexo de Definiciones del Reglamento, si una prestación se encuentra dentro del Expediente Técnico de Obra o el Contrato, no puede ser calificado como Adicional de obra.

DÉCIMO: Que, lo expuesto en el considerando anterior es la fundamentación jurídica por la cual el Tribunal Arbitral consideró que las Partidas indicadas por Ferrocarril Central Andino S.A. no son Adicionales, sino **Necesarias e Imprescindibles y forman parte del Contrato**; por lo tanto, se puede colegir que este análisis es el mismo que sustenta la decisión estimatoria de mérito (DE FONDO) adoptada por el Tribunal Arbitral, porque el fundamento principal que esgrimió Ferrocarril Central Andino S.A. para sustentar su pretensión de fondo, es decir la exigibilidad del pago de dichas Partidas, era la afirmación de que estas partidas no eran Adicionales, sino Necesarias e Imprescindibles y formaban parte del Contrato. Por consiguiente, este Colegiado no puede, válidamente, estimar el cuestionamiento de la competencia del Tribunal Arbitral acogiendo el argumento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones según la cual la solicitud de pago de las Partidas referidas era una materia no arbitrable, tendría necesariamente que emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia sometida a arbitraje, en razón de que por mandato legal, este Colegiado se encuentra

107
Derecho
de la Obra

prohibido, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia sometida al arbitraje o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral, conforme se ha establecido en el artículo 62 inciso 2 Decreto Legislativo N° 1071 (Ley General de Arbitraje).

DÉCIMO PRIMERO: Que, como se ha explicado en el Considerando anterior, los fundamentos de la desestimación de la excepción de incompetencia son comunes a los fundamentos del fallo estimatorio de la demanda arbitral, ambas decisiones contenidas en el Laudo materia de litis, razón por la cual constituyen fundamentos del fondo de la controversia sometida a arbitraje; por lo tanto, de conformidad con el artículo 62 inciso 2 del Decreto Legislativo N° 1071 (Ley General de Arbitraje), el recurso de anulación interpuesto debe desestimarse, porque mediante el mismo la demandante pretende que este Colegiado se pronuncie sobre el fondo de la controversia discutida y resuelta por el Tribunal Arbitral. En efecto, porque mientras que la referida norma prohíbe que el órgano jurisdiccional a cargo del recurso de anulación se pronuncie sobre el fondo de la controversia, la demandante pretende que, para resolver su recurso de anulación, este Colegiado se pronuncie acerca del carácter Adicional o Necesario e Imprescindible de las Partidas mencionadas, es decir, que se pronuncie sobre un tema que conforma el fondo de la controversia que fue sometida a arbitraje y resuelta mediante el Laudo sub-litis.

DÉCIMO SEGUNDO: Nos corresponde ahora analizar las causales de anulación de Laudo. Respecto de la causal del El literal "e" del inciso 1 del artículo 63 de la ley de arbitraje, referido a que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que de acuerdo a ley son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, fundada en que se le ha concedido al contratista mayores presupuestos adicionales que superan el 15% del monto total del contrato. El tema esencial que pone a debate la anulación del laudo es la liquidación de las partidas necesarias e imprescindibles que ha sido reconocida por el laudo ordenando el pago de \$ 4'909,000.00 dólares, que la entidad considera que se trata de partidas adicionales que superan el 15% del monto total del contrato y por lo tanto no son arbitrables; mientras que el contratista considera que son partidas que fueron incorporados en el Documento técnico de precisiones y en el Expediente técnico de obra, los cuales forman parte del contrato y por lo tanto no constituyen un adicional de obra.

DÉCIMO TERCERO: El análisis conceptual del tema en debate nos lleva a precisar lo siguiente:

1) **Qué es un adicional de obra?** Conforme al literal 39 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y adquisiciones del estado aprobado por el decreto Supremo N° 083-

708
Referencia
Ocho

2004-PCM, así como la vigente Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017, "Anexo de definiciones", la prestación adicional de obra es "aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista en la obra principal"; por lo tanto, si una prestación se encuentra en el expediente técnico o en el contrato no puede ser calificado como adicional de obra.

2).- Qué es un documento técnico de precisiones (DTP). Conforme a lo acordado por las partes, es documento que contempla las características técnicas para ejecutar la obra. En el presente caso, el DTP formó parte inserto en el cuaderno de obra el día 27 de junio de 2009 en el asiento 265 y posteriormente con el oficio N° 139-2010-MTC la entidad informó que dicho DTP había sido debidamente aprobado, firmado por las partes y que el mismo formaba parte del contrato. Por lo tanto, el DTP fue una decisión que refleja la voluntad de ambas partes de que el mismo forme parte del contrato, estableciendo nuevas condiciones respecto de la ejecución de la obra. El MTC en el oficio N° 139-2010-MTC señala lo siguiente: "concuerda que no resulta viable ni pertinente la suscripción de una addenda al contrato de obra debido a que el DTP ya ha sido debidamente aprobado y suscrito por ambas partes(contratista y entidad) además de insertado en el cuaderno de obra, por lo que ya forma parte integrante del mismo".

3).- Qué evidencias existen:

- A).- Con fecha 27 de junio de 2007 el DTP fue inscrito en el cuaderno de obra.
- B).- El 19 de junio de 2009 se firmó la quinta adenda al contrato de obra donde la entidad modificó las especificaciones técnicas del suministro de balastro.
- C).- El 7 de julio de 2010 el contratista presentó la carta N° 034-2010 donde solicita al MTC la inserción del DTP como adenda al contrato de obra.
- D).- El 18 de agosto de 2010 mediante oficio N° 139-2010-MTC responde al contratista que no es viable ni pertinente la suscripción de una adenda al contrato de obra debido a que el DTP ya había sido debidamente aprobado y suscrito por ambas partes, además de insertado en el cuaderno de obra por lo que ya formaba parte integrante del mismo.

4).- Qué es el expediente técnico de obra. Conforme al literal 28 del Reglamento anterior y el vigente "Anexo de definiciones", es el conjunto de documentos que comprende: Memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto, valor referencial, análisis de precios, calendario de avance, fórmulas polinómicas y si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental y otros complementarios. La OSCE define al

709
Sobremane

expediente técnico de obra como el conjunto de documentos de carácter técnico y/o económico que permiten la adecuada ejecución de una obra, dentro del cual se encuentra la memoria descriptiva. Por lo tanto, si conforme al anexo de definiciones la obra adicional es aquella no considerada en el expediente técnico ni en el contrato; y siendo que la liquidación de partidas se encuentra en el expediente técnico, no pueden ser consideradas como adicional de obras.

DÉCIMO CUARTO: La causal "e" objeto de análisis señala que es causal de anulabilidad si el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que de acuerdo a ley son manifiestamente no susceptibles de arbitraje. La norma requiere que su condición de no ser susceptible de arbitraje sea manifiesta. Sin embargo de lo analizado en el proceso arbitral se ha constatado lo siguiente:

- a).- Que las partidas impugnadas fueron materia de un acuerdo entre las partes para considerarlo cada una de las partidas en un expediente denominado Documento Técnico de Precisiones (DTP) y en otros casos lo incorporaron en el Expediente Técnico de Obra, los cuales conforme al literal 39 del Reglamento "Anexo de definiciones", no constituyen adicionales; pues la prestación adicional de obra es "aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista en la obra principal"; es decir, si una prestación se encuentra en el expediente técnico o en el contrato no puede ser calificado como adicional de obra.
- b).- En el caso de las partidas que se encontraban en el DTP, este se insertó en el cuaderno de obra el día 27 de junio de 2009 en el asiento 265 y posteriormente con el oficio N° 139-2010-MTC la entidad informó que dicho DTP había sido debidamente aprobado, firmado por las partes y que el mismo formaba parte del contrato.
- c).- El acuerdo entre las partes de conformar expedientes denominados DTP para las partidas "adicionales" fue una decisión que refleja la voluntad de ambas partes de que el mismo forme parte del contrato, estableciendo nuevas condiciones respecto de la ejecución de la obra.
- d).- Si bien el contrato de obra se pactó a suma alzada, en el presente caso, el sistema de suma alzada se ha distorsionado, viciado y vulnerado por la entidad, con la aprobación del Documento técnico de precisiones (DTP) para cuyas liquidaciones se aplica el sistema de precios unitarios que considera en las valorizaciones el metrado realmente ejecutado.

e).- En consecuencia, no puede considerarse partidas adicionales de obra a las partidas que se incorporaron al expediente técnico de obra o a las que se encontraban en el Documento Técnico de Precisiones, ya que por acuerdo de las partes estos formaron parte del contrato.

f).- De lo expuesto anteriormente **se advierte que la condición de partidas adicionales de obra no es manifiesto**, en la medida de que ambas partes de común acuerdo le dieron una distinta connotación, por cuya razón su calidad de adicional no surge claramente de las partidas evaluadas, sino por el contrario las obras efectivamente realizadas han recibido un tratamiento distinto al adicional, de modo que al margen de su denominación como partidas "adicionales" o "partidas necesarias e imprescindibles" resultan perfectamente arbitrables, por cuya razón no cumple con la causal "b" invocada.

DÉCIMO QUINTO: Respecto de la causal "b" del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de arbitraje –Decreto Legislativo 1071; relativo a que **por cualquier razón no ha podido hacer valer sus derechos**, comprendidos en el derecho al debido proceso, tales como el derecho a la defensa, a la congruencia procesal, derecho a la debida motivación del laudo, a la no motivación aparente, indebida y/o defectuosa del laudo. De la revisión del laudo materia de anulación, se aprecia que el Tribunal Arbitral ha expresado los fundamentos que sustentan su decisión, arribando a una conclusión razonada aplicando la norma respectiva y bajo el análisis del caso en concreto, ha analizado los medios probatorios, expresando las razones para resolver la materia controvertida, no se verifica la ausencia de motivación ni la incongruencia del laudo. Lo que la parte demandante pretende es que se revise el fondo de la controversia y el criterio del Tribunal Arbitral, lo cual ésta Sala Superior se encuentra imposibilitado por mandato legal de emitir un juicio de valor al respecto. En consecuencia, esta causal que sustenta el recurso de anulación interpuesto no merece ser amparado, motivo por el cual deberá declararse la validez del laudo arbitral impugnado.

DÉCIMO SEXTO: Respecto de la causal del inciso "c" del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de arbitraje –Decreto Legislativo 1071; relativo a que **las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes**. La entidad sostiene que el laudo se ha pronunciado sobre materia no arbitrable, concediéndose al contratista mayores presupuestos adicionales que superan el 15% del monto total del contrato, deduciendo de esta premisa que las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes. No obstante como ya se ha argumentado extensamente en las consideraciones antes expuestas, las partidas cuestionadas –por acuerdo entre las partes- forman parte del contrato. Así, se ha estimado que las partidas impugnadas

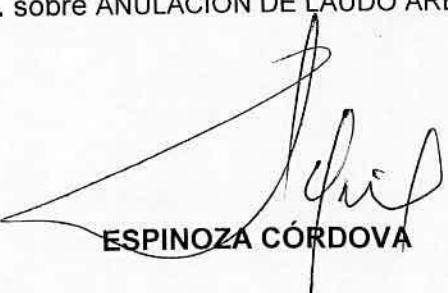
7/11
Sesión 26
Onu

fueron materia de un acuerdo entre las partes, en razón a que las partes han acordado considerar a cada una de las partidas en un expediente denominado Documento Técnico de Precisiones (DTP) y en otros casos los incorporaron en el Expediente Técnico de Obra, los cuales conforme al literal 39 del Reglamento "Anexo de definiciones", no constituyen adicionales; pues la prestación adicional de obra es "aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista en la obra principal"; es decir, si una prestación se encuentra en el expediente técnico o en el contrato no puede ser calificado como adicional de obra. Igualmente en el caso del DTP, este formó parte inserto en el cuaderno de obra el día 27 de junio de 2009 en el asiento 265 y posteriormente con el oficio N° 139-2010-MTC la entidad informó que dicho DTP había sido debidamente aprobado, firmado por las partes y que el mismo formaba parte del contrato. Por lo tanto, el DTP fue una decisión que refleja la voluntad de ambas partes de que el mismo forme parte del contrato, estableciendo nuevas condiciones respecto de la ejecución de la obra. El MTC fue muy claro cuando respondió mediante el oficio N° 139-2010-MTC lo siguiente: "No resulta viable ni pertinente la suscripción de una addenda al contrato de obra debido a que el DTP ya ha sido debidamente aprobado y suscrito por ambas partes(contratista y entidad) además de insertado en el cuaderno de obra, por lo que ya forma parte integrante del mismo". En consecuencia, debe desestimarse la causal invocada.

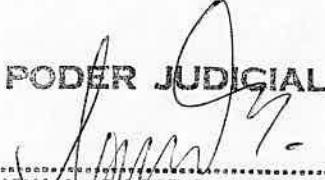
Por los fundamentos expuestos los integrantes de este Colegiado Superior resolvieron:

RESOLUCIÓN:

Declarar **INFUNDADA** el recurso de Anulación de Laudo Arbitral interpuesto por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES mediante su escrito de fojas 299 a 329, contra el Laudo Arbitral expedido con fecha 11 de diciembre de 2013; en consecuencia, **VÁLIDO EL LAUDO ARBITRAL** en mención; **DISPUSIERON** que Secretaría disponga la devolución del expediente arbitral; en los seguidos por **EL MINISTERIO DE TRANSPORTE Y COMUNICACIONES** contra **FERROCARRIL CENTRAL ANDINO SA.** sobre ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.- Notificándose.-



ESPINOZA CÓRDOVA



PODER JUDICIAL

CIRILA GAMBOA CUCHO
SECRETARIA DE SALA
1º Sala de Especialidad Comercial
Corte Superior de Justicia de Lima
nº 111N. 2015

SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 3086-2015
LIMA**

Anulación de Laudo Arbitral

Lima, catorce de octubre del dos mil quince.-

AUTOS Y VISTOS con los expedientes acompañados; y, **ATENDIENDO:**

PRIMERO.- A que, viene a conocimiento de este Supremo Tribunal el recurso de casación interpuesto por la parte demandada **Ferrocarril Central Andino SAC** (página setecientos veintiuno), contra la resolución de vista de fecha seis de mayo de dos mil quince (página seiscientos ochenta y cuatro), que declara fundada la demanda y nulo parcialmente el laudo arbitral; recurso impugnatorio cuyos requisitos de admisibilidad y procedencia deben ser verificados de conformidad con la modificatoria establecida en la Ley N° 29364.

SEGUNDO.- A que, se advierte que el presente recurso de casación satisface el requisito de procedencia regulado por el artículo 64 inciso 5 del Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje -Decreto Legislativo 1071, que establece: "*Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Superior, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial*"; en el presente caso es de observarse que la resolución recurrida, anula parcialmente el laudo que se cuestiona.

TERCERO.- A que, en tal sentido, en cuanto a los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley citada, se tiene que el presente recurso cumple con tales exigencias, esto es: I) Se impugna una resolución expedida por la Primera Sala Civil Sub Especialidad en materia comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima que, como órgano de segundo grado, pone fin al proceso. II) Ha sido interpuesto ante Primera Sala Civil Sub Especialidad en materia comercial de la Corte Superior de Justicia de

239

SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 3086-2015
LIMA**

Anulación de Laudo Arbitral

Lima. III) Ha sido presentado dentro del plazo que establece el inciso 3 del citado artículo, pues la resolución recurrida ha sido notificada a la recurrente el dieciséis de junio de dos mil quince y el recurso de casación se presentó el primero de julio del mismo año. IV) Cumple con adjuntar el arancel judicial respectivo (página setecientos catorce).

CUARTO. A que, para establecer el cumplimiento de los incisos 2 y 3 del artículo 388 del Código adjetivo, se debe señalar en qué consisten las infracciones normativas denunciadas.

En el presente caso, la recurrente denuncia la **infracción normativa del artículo 62 inciso 2 del Decreto Legislativo 1071**. Indica que la sentencia recurrida ha contravenido, abiertamente, la prohibición contenida en dicho enunciado, pues se ha pronunciado sobre una cuestión de mérito de la controversia que en sede arbitral mantuvieron las partes procesales y ha ingresado a calificar los fundamentos de derecho material que utilizaron los árbitros para amparar la tercera pretensión de la demanda arbitral en el laudo respectivo. Señala que el arbitraje tiene la calidad de un equivalente jurisdiccional y, siendo así, las decisiones que en dicha actividad se expidan tienen los efectos de la autoridad de la cosa juzgada. Siendo así, al igual que una sentencia expedida por una Sala Suprema, solo puede ser impugnada por afectación del derecho a un debido proceso, por una deficiencia grave en la estructura del procedimiento pero jamás aludiendo al contenido de la decisión.

Agrega que en la controversia arbitral específica, la excepción de incompetencia se encontraba íntimamente vinculada al mérito, pues para examinar si los adicionales de obra excedían el 15% y, por ende, si eran o no materia arbitrable, de conformidad con el artículo 41 del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, el Tribunal Arbitral debía, previamente,

740

SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 3086-2015
LIMA**

Anulación de Laudo Arbitral

ingresar al mérito de la controversia, en particular, de la tercera pretensión principal, estableciendo, mediante la dilucidación de lo alegado y aprobado en el proceso, si los presupuestos de partidas necesarias e imprescindibles demandados tenían dicha naturaleza, o si eran más bien adicionales, según la tesis expuesta en la contestación de la demanda.

Añade que respecto de la tercera pretensión, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones no propuso otra defensa, esto es, consideró suficiente descalificar la naturaleza de la actividad realizada para obtener su expulsión de lo que va ser resuelto. Arguye que en la sentencia de vista, lejos de analizar si hubo indebida motivación, sustrae la competencia exclusiva y definitiva del Tribunal Arbitral para resolver sobre el mérito de la controversia y se pronuncia sobre la naturaleza de los presupuestos estimándolos adicionales.

QUINTO.- A que, del examen de la argumentación expuesta por la recurrente, se advierte que la causal denunciada satisface los requisitos de procedencia previstos en los incisos 2, 3 y 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil, toda vez que describe con claridad y precisión las infracciones normativas que denuncia y demuestra la incidencia directa de tales infracciones sobre la decisión impugnada, además, la recurrente cumple con indicar de manera expresa que su pedido casatorio es revocatorio, según sea el caso.

Por estas consideraciones y de conformidad con el artículo 391 del Código Procesal Civil: Declararon **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por **Ferrocarril Central Andino S.A.C** (página setecientos veintiuno), contra la resolución de vista de fecha seis de mayo de dos mil quince; **por la Infracción normativa del artículo 62 inciso 2 del Decreto Legislativo 1071**; en consecuencia, **señálese** fecha para la

24)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 3086-2015
LIMA

Anulación de Laudo Arbitral

de la causa en forma oportuna; notificándose, en los seguidos por el
Ministerio de Transporte y Comunicaciones, sobre anulación de laudo
arbitral; integra esta Sala Suprema el doctor Miranda Molina por licencia
del doctor Cunya Celi. Intervino como ponente, el señor Juez Supremo
derón Puertas.-

ENARA BRYSON

DE JÁUREGUI

CARPIO RODRÍGUEZ

MIRANDA MOLINA

DERÓN PUERTAS

Davalillo

Qas

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

10 DIC 2015

3325 - 2016

742

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

**SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA**

Anulación de Laudo Arbitral

SUMILLA: Contravenir la norma expresa que prohíbe el sometimiento de determinadas materias a la vía arbitral, constituye una afectación al debido proceso. En el presente caso, el laudo arbitral materia de anulación, estimó la pretensión de un adicional de obra que excedía el 15% de su presupuesto, cuando ello requería autorización de la Contraloría General de la República, por expresa disposición de normas presupuestarias y de orden público.

Artículo 63.1 literal e) del Decreto Legislativo N° 1071.

Lima, ocho de marzo de dos mil dieciséis.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número tres mil ochenta y seis del dos mil quince; en audiencia pública de la fecha; y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia.

I. ASUNTO:

Se trata del recurso de casación, interpuesto por Ferrocarril Central Andino S.A.C., contra la resolución de vista número dieciséis obrante a fojas seiscientos ochenta y cuatro, de fecha seis de mayo de dos mil quince, emitida por la Primera Sala Civil con Sub Especialidad en materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima que declara fundada el recurso de anulación por las causales contenidas en el artículo 63.1 inciso b), c) y e) de la Ley General de Arbitraje; en consecuencia declara la nulidad parcial del laudo arbitral de derecho dictado con fecha once de diciembre de dos mil trece en los extremos que se refieren a los adicionales de obra que superan el 15% del contrato, debiendo quedar válido en los

2/23

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

**SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA**

Anulación de Laudo Arbitral

demás extremos que no se relacionan con esta materia, sin costos ni costas.

II. ANTECEDENTES:

1. VIA ARBITRAL

1.1. El Ferrocarril Huancayo Huancavelica (ahora Ministerio de Transportes y Comunicaciones) a través de su Comité Especial convocó a la Licitación Pública Internacional con Financiamiento de Terceros LPI N° 0001-2006-FHH el once de enero de dos mil seis, por un valor referencial total de dieciséis millones quinientos catorce mil trescientos cuarenta y nueve con 62/100 dólares americanos (US\$ 16'514,349.62) incluido IGV, con el objeto de seleccionar a la persona natural, jurídica y/o consorcio que se encargue de la ejecución de la Obra "Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo-Huancavelica. Componente I: Rehabilitación de la Infraestructura Ferroviaria" de acuerdo a lo especificado en las bases y demás documentos oficiales.

1.2. Como resultado de la Licitación Pública Internacional con Financiamiento de Terceros LPI N° 0001-2006-FHH convocada por el comité especial del ferrocarril, encargado de conducir el proceso de selección, se otorgó la buena pro al contratista Ferrocarril Central Andino por el monto total de su propuesta económica ascendente a la suma de dieciocho millones ciento quince mil setecientos cuarenta y nueve con 66/100 dólares americanos (US\$ 18'115,749.66) incluido IGV (19%) con precios al mes de diciembre de 2005.

1.3. Con fecha ocho de noviembre de dos mil seis, se suscribió el contrato de ejecución de obra entre el Ferrocarril Huancayo Huancavelica (la entidad) y el Contratista Ferrocarril Central Andino, para la ejecución del

244

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA

Anulación de Laudo Arbitral

proyecto denominado "Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo-Huancavelica. Componente I: Rehabilitación de la Infraestructura Ferroviaria" por el monto de dieciocho millones ciento quince mil setecientos cuarenta y nueve con 66/100 dólares americanos (US\$ 18'115,749.66) con precios a diciembre de dos mil cinco y un plazo de ejecución de 480 días calendarios.

- 1.4. Con fecha once de enero de dos mil siete, se suscribió el acta de acuerdo en las instalaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, entre los representantes del Ferrocarril Central Andino, Supervisor, Unidad Coordinadora y Especialistas en Ferrocarriles del Ministerio de Trasporte y Comunicaciones, fijando que la entrega de terreno se concretaría el dieciocho de enero de dos mil siete.
- 1.5. Con fecha veinte de enero de dos mil siete se realizó la entrega del terreno al Ferrocarril Central Andino, firmándose el acta respectiva de conformidad con las bases de licitación.
- 1.6. De acuerdo a lo establecido en el artículo 240 del reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la entidad estableció como fecha de inicio contractual el diez de febrero de dos mil siete, hecho que Ferrocarril Central Andino aceptó dando inicio a la ejecución de la obra.
- 1.7. Durante este proceso, el gobierno central determinó en febrero de dos mil siete, la fusión y adhesión de la Institución Descentralizada del Ferrocarril Huancavelica al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, proceso que culminó el veintitrés de abril de dos mil siete.
- 1.8. La fusión normalizó la relación contractual entre el contratante y el contratado, situación que quedó parcialmente superada al suscribirse la adenda del veintitrés de mayo de dos mil siete entre el Ferrocarril

245

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

**SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA**

Anulación de Laudo Arbitral

Central Andino y el Ministerio de Trasporte y Comunicaciones, un mes después de culminado el proceso de fusión y adhesión.

- 1.9. Mediante carta N° 014-2001-FCCA/SHH de fecha veinticuatro de mayo de dos mil once, la demandada remite al Ministerio de Trasporte y Comunicaciones la liquidación del contrato de obra, la cual se encontraba acompañada de toda la documentación sustentatoria y de los cálculos detallados.
- 1.10. El Ministerio de Trasporte y Comunicaciones mediante oficio N° 527-2011-MTC/10.02 señaló que no resultaba procedente la revisión de la liquidación presentada por el contratista, toda vez que existían controversias pendientes de solución ante el Tribunal Arbitral, procediendo a la devolución de la documentación de la liquidación presentada.
- 1.11. Mediante carta notarial N° 676215, la demandada remitió la carta N° 017-2011-FCCA/FHH de fecha seis de julio de dos mil once al Ministerio de Trasporte y Comunicaciones, señalando que el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado no prohibía al contratista la presentación de la liquidación del contrato sino que consagraba la eventual improcedencia de la misma, en el supuesto que existan controversias pendientes de resolver entre las partes y que impidieran la extinción del vínculo contractual.
- 1.12. El Ministerio de Trasporte y Comunicaciones se limitó a devolver en sucesivas oportunidades la liquidación presentada pero nunca procedió a declararla improcedente, como correspondía de acuerdo al tenor del artículo 269 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- 1.13. Mediante escrito del diez de febrero de dos mil doce, el Ferrocarril Central Andino presentó la demanda arbitral sobre liquidación de obra contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ante el OSCE.

246

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

**SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA**

Anulación de Laudo Arbitral

- 1.14. Con fecha once de diciembre de dos mil trece se emitió el laudo arbitral de derecho.

2. DEMANDA

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones interpone demanda de anulación parcial de laudo arbitral, bajo las causales del literal b), c) y e) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071.

Los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan dichas pretensiones son las siguientes:

2.1. Que el contratista, solicitó ante el Tribunal Arbitral se ordene al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a pagar los presupuestos adicionales N° 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10 y 11, a pesar de que se habían reconocido los presupuestos adicionales N° 01, 02 y 03. El reclamo sobre el reconocimiento y pago de las partidas necesarias planteado por el contratista, en realidad constituía un pedido de aprobación de adicionales de obra, el mismo que debía ser declarado improcedente puesto que el contratista no trató su pedido adicional de obra. En tal sentido, los trabajos correspondientes a los presupuestos adicionales N° 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10 y 11 nunca fueron autorizados por la entidad, por lo que no correspondía que dichos presupuestos adicionales sean pagados.

2.2. Que en el contrato, existía una incidencia acumulada de adicionales de obra del orden de 14.99% por lo que cualquier aprobación de un nuevo adicional, hubiese superado necesariamente el 15% adicional que conforme al artículo 266 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, hubiera requerido la aprobación de la Contraloría General de la República.

XUX

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA

Anulación de Laudo Arbitral

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Ferrocarril Central Andino S.A.C, contesta la demanda en base a los términos señalados a fojas cuatrocientos treinta y nueve, señalando:

- 3.1. No es cierto que el Tribunal Arbitral haya entregado partidas necesarias e imprescindibles y que las mismas constituyan materia no arbitrable.
- 3.2. Que la controversia es a raíz de que con fecha ocho de noviembre de dos mil seis, se suscribe el contrato de ejecución de obra entre el Ferrocarril Huancayo Huancavelica (fusionado con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones) y Ferrocarril Central Andino, para la ejecución del proyecto de Rehabilitación Integral del Ferrocarril Huancayo-Huancavelica.
- 3.3. El contrato ascendió a la suma de dieciocho millones ochenta mil novecientos noventa con 09/100 dólares americanos (US\$ 18'080,990.09), la cual quedó consentida el veinticinco de junio de dos mil once.
- 3.4. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su demanda se ha limitado a invocar de forma genérica la existencia de causales de anulación del laudo y a repetir textos que son propios del contenido del laudo arbitral, sin adaptar los mismos a un criterio de motivación debida de cada una de las causales.
- 3.5. Refiere que no existen obras adicionales, sino que responden al concepto de partidas contractuales necesarias e imprescindibles, contenidas en el expediente técnico y por ende en el contrato celebrado entre las partes.
- 3.6. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones pretende cuestionar el sistema utilizado en el contrato, y afirma que por tratarse de un sistema de suma alzada, que “el reclamo sobre reconocimiento y pago de las partidas necesarias planteado por el contratista constituye un pedido de

X48

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA

Anulación de Laudo Arbitral

aprobación de adicionales de obra por lo que el contratista debió tramitar su pedido de adicional de obra". En relación a ello debe tenerse en cuenta el artículo 56 del reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

4. RESOLUCIÓN DE VISTA

La Sala mediante resolución número dieciséis de fecha seis de mayo de dos mil quince de fojas seiscientos ochenta y cuatro, declara fundada la demanda anulación de laudo arbitral, por las causales contenidas en el artículo 63.1 incisos b), c) y e) de la Ley General de Arbitraje, en consecuencia, se declara la nulidad parcial del laudo arbitral de derecho emitido el once de diciembre de dos mil trece, en los extremos que se refieren a los adicionales de obra que superen el 15% del contrato, debiendo quedar válido en los demás extremos que no se relacionan con esta materia; sin costos ni costas.

Se sustenta lo siguiente:

4.1. El Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – DS. No 083-2004-PCM en su artículo 42, establecía que: "La entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento de montos, siempre que sean indispensable para alcanzar la finalidad del contrato..." Así también el reglamento de la referida Ley, establece en su artículo 266, que las obras adicionales cuyos montos superen el 15% del monto del contrato original, luego de ser aprobada por el titular de la autoridad administrativa, requiere previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República.

4.2. Del proceso arbitral se puede apreciar que la ahora demanda postuló como tercera pretensión que se le reconozca y pague los presupuestos

2ug

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

**SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA**

Anulación de Laudo Arbitral

y partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto por un monto de cuatro millones novecientos nueve mil ochocientos veintitrés con 23/100 dólares americanos (US\$ 4'909,823.23) y en caso que no sean amparados postula la pretensión de enriquecimiento indebido por el mismo monto.

- 4.3.** Tenemos como primera observación en la materia discutida que la parte demandante en el proceso arbitral no hace una referencia expresa al pago de adicionales de obra, evita utilizar el lenguaje de la Ley de Contrataciones, por el contrario busca que le paguen determinada suma de dinero por *presupuesto y partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto*.
- 4.4.** Que, ni en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, como tampoco su reglamento, admiten la posibilidad de considerar en un contrato de obra los llamados *presupuestos y partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto*, estos son considerados como adicionales de obra, ya que se trata de presupuestos y partidas que cumplen con lo señalados en el artículo 42 de la Ley, es decir, que son indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.
- 4.5.** En la Ley y el reglamento, tampoco se admite la existencia de un documento denominado documento técnico de precisiones, ya que lo que se establece – para el caso concreto según la modalidad a suma alzada – es la existencia de un expediente técnico, el cual pre existe a la suscripción de contrato. En realidad el documento técnico de precisiones es un documento que contiene los adicionales de obra que son necesarias para cumplir la meta del contrato.
- 4.6.** De los presupuestos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, y 8, se modificaron los términos del expediente técnico contractual generando la realización de trabajos que no fueron contemplados inicialmente ni en el contrato ni el

250

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

**SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA**

Anulación de Laudo Arbitral

expediente técnico, por lo que queda claro que se trataban de obras adicionales, pues su ejecución fue necesaria para cumplir con la finalidad del contrato.

- 4.7. No se puede entender que el documento técnico de precisiones integre el contrato, ni que se trate de un documento complementario al expediente técnico, aun así si se hubieran anotados estas observaciones en el cuaderno de obra o hechos que fueron asumidos por los árbitros en mayoría como actos propios, sin reparar que contravienen normas imperativas contenidas en la Ley y en el reglamento, ya que los adicionales de obra que superan el 15 % tiene un tratamiento especial, que no fue seguido en este caso.
- 4.8. Se tiene que se aprobaron presupuestos adicionales y deductivos de obra cuya incidencia acumulada alcanzó al 14.99%, por lo cual, cualquier adicional de obra que pudiera existir en este caso ya no podría ser aprobado por la entidad, sino que requería de la aprobación de la Contraloría General de la República y de su resultado llevarlo a la vía judicial

III. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE:

Es necesario establecer si lo resuelto por el Tribunal Arbitral son materias que de acuerdo a ley, no son susceptibles de arbitraje.

IV. FUNDAMENTOS:

PRIMERO.- Por auto de calificación de fecha catorce de octubre de dos mil quince se ha declarado procedente el recurso de casación planteado por Ferrocarril Central Andino S.A.C por la causal:

251

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA

Anulación de Laudo Arbitral

Infracción normativa del artículo 62 inciso 2) del Decreto Legislativo N° 1071. Alega que la sentencia recurrida ha contravenido abiertamente la prohibición contenida en dicho enunciado, pues se ha pronunciado sobre una cuestión de mérito de la controversia que en sede arbitral mantuvieron las partes procesales y ha ingresado a calificar los fundamentos de derecho material que utilizaron los árbitros para amparar la tercera pretensión de la demanda arbitral en el laudo respectivo. Señala que el arbitraje tiene la calidad de un equivalente jurisdiccional y siendo así, las decisiones que en dicha actividad se expidan tienen los efectos de la autoridad de la cosa juzgada. Siendo así, al igual que una sentencia expedida por una Sala Suprema, solo puede ser impugnada por afectación del derecho a un debido proceso, por una deficiencia grave en la estructura del procedimiento pero jamás aludiendo al contenido de la decisión. Agrega que en la controversia arbitral específica, la excepción de incompetencia se encontraba íntimamente vinculada al mérito, pues para examinar si los adicionales de obra excedían el 15%; y, por ende, si eran o no materia arbitrable, de conformidad con el artículo 41 del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, el Tribunal Arbitral debía, previamente ingresar al mérito de la controversia, en particular, de la tercera pretensión principal, estableciendo, mediante la dilucidación de lo alegado y aprobado en el proceso, si los presupuestos de partidas necesarias e imprescindibles demandados tenían dicha naturaleza, si eran más bien adicionales, según la tesis expuesta en la contestación de la demanda. Añade que respecto de la tercera pretensión, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no propuso otra defensa, esto es, consideró suficiente descalificar la naturaleza de la actividad realizada para obtener su expulsión de lo que va ser resuelto. Arguye que en la sentencia de vista, lejos de analizar si hubo indebida motivación, sustrae la competencia exclusiva y definitiva del Tribunal

X52

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA

Anulación de Laudo Arbitral

Arbitral para resolver sobre el mérito de la controversia y se pronuncia sobre la naturaleza de los presupuestos estimándolos adicionales.

SEGUNDO.- Previamente a resolver el agravio denunciado, debemos tener presente que los *adicionales de obra*, no se trata de una controversia arbitral de índole contractual privada, sino de una controversia derivada de una relación de contratación pública, por parte del Estado, en el que la autonomía de voluntad del contratista que le deriva del principio de libertad establecido en la constitución, se contrapone el principio de competencia que rige para las entidades públicas y con ello la fuerza imperativa de las leyes que regulan la capacidad de la entidad para vincularse jurídicamente en el marco de la ejecución presupuestal, conforme a principios establecidos en la Ley N° 28411 (Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto), a saber, los principios de equilibrio presupuestario, equilibrio macro fiscal, especialidad cuantitativa, especialidad cualitativa, universalidad y unidad; es por ello que en aplicación del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1017 (Ley de Contrataciones del Estado) que establece que tratándose de prestaciones adicionales mayores al 15% del monto total de la deuda, se requiere de la autorización del titular de la entidad debiendo para la ejecución autorización de la Contraloría de la República, cuya decisión no puede ser sometida al arbitraje; asimismo, el artículo 23 de la Ley N° 27785 (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría de la República) señala que no 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 22 de la acotada Ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General.

TERCERO.- De acuerdo al artículo 42 del Texto Único y Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM dispone: “**Adicionales, reducciones y ampliaciones**.- La Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta

X53

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

**SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA**

Anulación de Laudo Arbitral

por el 15% de su monto siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir servicios y 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 proyecto, 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).

CUARTO.- La Quinta Disposición Final de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, prevé: "Solo 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 de 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 10% del monto total del contrato original. Para el caso de las obras adicionales que superen el 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

254

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA

Anulación de Laudo Arbitral

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 N° 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).

QUINTO.- La Sala Superior indica que el porcentaje de los adicionales aprobados durante la ejecución del contrato es de 14.99% y los aprobados por el Tribunal Arbitral superan el 15%, del permitido por ley, lo que significa que el Tribunal ha laudado sobre una materia que no era su competencia, sino de absoluta competencia de la Contraloría General de la República.

SEXTO.- Que, resolviendo el agravio planteado en el recurso de casación, tenemos que cuestionan: **a)** Se ha contravenido la prohibición del artículo 62 inciso 2 del Decreto Legislativo N° 1071; **b)** Las decisiones emanadas del arbitraje tienen calidad de cosa juzgada; **c)** Las decisiones arbitrales solo pueden ser impugnadas por afectación del derecho a un debido proceso; **d)** La excepción de incompetencia se encontraba íntimamente vinculada al mérito, pues para examinar si los adicionales de obra excedían el 15% debía previamente ingresar al mérito de la controversia; y, **e)** La sentencia de vista lejos de analizar si hubo indebida motivación, sustrae la competencia exclusiva y definitiva del Tribunal Arbitral para resolver sobre el fondo de la litis.

SÉTIMO.- Que del agravio contenido en el literal **b)**, tenemos que de conformidad con el artículo 138 de la Constitución Política del Estado: “*la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes*”. A su vez, el artículo 139º inciso 1) de la misma norma fundamental prevé como un principio a la par que un derecho ante la función jurisdiccional, “*la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional*”,

757

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

**SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA**

Anulación de Laudo Arbitral

quedando claramente establecido que "no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral".

OCTAVO.- A partir de lo establecido por la norma fundamental, "el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y sobre todo para la resolución de las controversias que se generen en la contratación internacional" (STC N° 6167-2005- PHC/TC, fundamento 10).

NOVENO.- El Tribunal Constitucional "reconoció la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (...), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria" (STC N° 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14).

DECIMO.- El hecho de que el arbitraje tenga una jurisdicción independiente, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso" (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).

DECIMO PRIMERO.- En coherencia con este principio básico que reconoce al arbitraje como una "jurisdicción independiente o paralela a la del Poder Judicial", es que el artículo 59 del Decreto Legislativo N° 1071 ha establecido que "todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio

X 56

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA

Anulación de Laudo Arbitral

cumplimiento desde su notificación a las partes. El laudo produce efectos de cosa juzgada (...)". En su momento, y estando en vigencia la Ley General de Arbitraje (LGA), su artículo 76° también establecía que "*el laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes*", y más adelante su artículo 78° establecía que "*el laudo se ejecutará como una sentencia*". Ello quiere decir que una vez vencido el plazo para solicitar la anulación del laudo, el laudo es firme. A partir de este momento que el laudo no solo ha resuelto definitivamente la controversia, sino que lo ha hecho firmemente, no pudiendo volverse a plantearse el conflicto ni ante un juez ni ante otro árbitro. Por lo tanto, el laudo tiene efecto tanto de cosa juzgada formal (lo que garantiza la inatacabilidad judicial del laudo) como de cosa juzgada material (lo que garantiza que no podrá dictarse un nuevo laudo o sentencia sobre lo que ha sido objeto del arbitraje) **siempre en cuando no hayan sido impugnados oportunamente**. En suma, el laudo tiene efecto de cosa juzgada porque lo decidido por el árbitro o tribunal arbitral vincula a los jueces y a las partes del arbitraje.

DECIMO SEGUNDO.- Se tiene que la decisión emitida en el laudo arbitral de fecha once de diciembre de dos mil trece fue objeto de recurso de anulación, previsto en el artículo 62 del Decreto Legislativo N° 1071, por lo que no podría hablarse de cosa juzgada, al ser objeto de revisión por el órgano jurisdiccional por las causales estrictamente señaladas en el artículo 63 de la aludida Ley. Por tanto, el agravio (b) no puede ampararse.

DECIMO TERCERO.- En relación al agravio (a) en el sentido de que se ha contravenido la prohibición del artículo 62 inciso 2 del Decreto Legislativo N° 1071, dicho dispositivo prevé la anulación del laudo arbitral a través del recurso de anulación, la misma que queda limitada a los alcances establecidos en el inciso 2, es decir, que el recurso que resuelva declarando

X5X

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA

Anulación de Laudo Arbitral

la validez o la nulidad del laudo, no podrá pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral; en buena cuenta, solo podrán revisarse si en el proceso arbitral se afectó la garantía constitucional del debido proceso (aspecto formales del arbitraje). Este argumento está íntimamente ligado con los agravios **(c)**, **(d)** y **(e)**.

DECIMO CUARTO.- La prohibición contenida en el artículo 62. 2 del Decreto Legislativo N° 1071 que dispone que no cabe la revisión de fondo de la controversia, a pesar que se haya incurrido en algún error de interpretación de la norma aplicable o de la valoración de los hechos y las pruebas, es distinta de lo que es materia de litis en el presente proceso, donde la autonomía de la voluntad del contratista que deriva del principio de libertad establecido en la Constitución Política del Estado, se contrapone el principio de competencia que rige para las entidades públicas y con ello la fuerza imperativa de las leyes que regulan la capacidad de la entidad para vincularse jurídicamente en el marco de la ejecución presupuestal, conforme a los principios establecidos en la Ley N° 28411.

DECIMO QUINTO.- Significa que, el tribunal arbitral no puede resolver materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje. La Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, en su artículo 22, literal k) dispone: "Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes: 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" (el resaltado es nuestro). Por su parte, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Decreto Supremo N° 084-2004-

758

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA

Anulación de Laudo Arbitral

PCM en su artículo 266 referida a obras adicionales mayores al 15%, señala que “*Las obras adicionales cuyos montos por si solos o restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas 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 carácter de emergencia dicha autorización se emitirá previo al pago.*(...)” Por tanto, es la misma Ley que de manera taxativa prohíbe que el caso de obras adicionales sea sometido a arbitraje, ello teniendo en cuenta el marco presupuestal del estado.

DECIMO SEXTO..- Que, no es cierto, lo que asevera el recurrente, cuando señala que se ha tocado el fondo de la litis, pues este órgano jurisdiccional solo se ha limitado a hacer respetar lo que la Ley ordena (autorización previa) y prohíbe (someter a arbitraje); y si bien es cierto, a nivel arbitral se declaró infundada la excepción de incompetencia deducida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ello no es óbice para pronunciarse sobre la contravención evidente prevista en el artículo 63.1 literal e) del Decreto Legislativo N° 1071, y para ello necesariamente se tenía que hacer un cálculo matemático que traería como resultado que las obras adicionales autorizadas por la accionante habían alcanzado a un 14.99%, siendo que las demás [obras adicionales] requerían la autorización que la Ley prevé; nótense que en ningún momento, la Sala de Vista emitió pronunciamiento respecto del tema de fondo, que es el reconocimiento y pago de las liquidaciones plasmadas en el contrato de obra suscrito por las partes. Contravenir la norma expresa que prohíbe el sometimiento de determinadas materias a la vía arbitral, constituye una afectación al debido proceso. Por ello, los agravios (a), (c), (d) y (e) no pueden ampararse.

X59

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

**SENTENCIA
CAS. N° 3086-2015
LIMA**

Anulación de Laudo Arbitral

V. DECISIÓN:

Esta Sala Suprema, en aplicación de lo señalado por el artículo 396 del Código Procesal Civil; declara:

- a) **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas setecientos veintiuno, interpuesto por Ferrocarril Central Andino S.A.C; en consecuencia, **NO CASARON** la recurrida de fecha seis de mayo de dos mil quince, obrante a fojas seiscientos ochenta y cuatro, emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- b) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad y los devolvieron; en los seguidos por Ministerio de Trasporte y Comunicaciones con Ferrocarril Central Andino S.A.C, sobre anulación de laudo arbitral. Intervino como ponente el señor Juez Supremo **De la Barra Barrera.-**

SS.

TELLO GILARDI

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

CALDERÓN PUERTAS

DE LA BARRA BARRERA

ksj/Bag

SE PUBLICO CONFORME A LEY

**DR. J. MANUEL FAJARDO JULGA
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA**