

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Resolución No. 10 del Expediente
No. 00291-2021-0-1817-SP-CO-02, anulación de Laudo
Arbitral por resolver materias no susceptibles de arbitraje

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

Roy Manuel Irribarren Calderon

ASESOR:

Lucía Olavarría Salinas


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, OLAVARRIA SALINAS, LUCIA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre la Resolución No. 10 del Expediente No. 00291-2021-0-1817-SP-CO-02, anulación de Laudo Arbitral por resolver materias no susceptibles de arbitraje", del autor IRRIBARREN CALDERON, ROY MANUEL, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 21%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin del 15 de julio del 2024.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 24 de julio del 2024

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> OLAVARRIA SALINAS, LUCIA	
DNI: 411678241	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0009-0005-7438-8866	

RESUMEN

El presente informe jurídico tiene por finalidad analizar el razonamiento que tuvo la Sala Superior en relación al artículo 41 del Decreto Legislativo No. 1017 en virtud a la Resolución No. 10 del Expediente No. 00291-2021-0-1817-SP-CO-02. Principalmente discutiremos si es correcto, como consideró la Sala Superior, que cualquier controversia vinculada a un adicional de obra se encuentra prohibido de ser sometida a un proceso arbitral, o por el contrario, conforme a la postura que defenderemos, si estamos ante una interpretación errada, debido a que la referida prohibición solo excluye de la arbitrabilidad a cuestiones controvertidas vinculadas a adicionales no aprobados o la decisión de aprobar dichos adicionales. Asimismo, en el presente informe, argumentaremos como la prohibición contenida en el artículo 41 del Decreto Legislativo No. 1017 debe interpretarse desde una lectura restrictiva, lo cual no ocurrió en la decisión de la Sala Superior. Del mismo modo, abordaremos como la intención del legislador siempre fue la de excluir del arbitraje solo a controversias que deriven de adicionales no aprobados. Este hecho también será visto desde un desarrollo histórico de la evolución normativa de la referida prohibición. Finalmente, llegaremos a la conclusión que la Sala Superior tuvo una errada lectura del artículo referido, y por consiguiente no debió anular de oficio el laudo arbitral en cuestión, haciendo incapié que su decisión afecta gravemente la seguridad jurídica en las contrataciones estatales.

Palabras clave

Contrataciones del Estado, Arbitrabilidad, Adicionales de Obra, Arbitraje.

ABSTRACT

The purpose of this legal report is to analyze the reasoning of the Superior Chamber in relation to Article 41 of Legislative Decree No. 1017 by virtue of Resolution No. 10 of Case No. 00291-2021-0-1817-SP-CO-02. We will mainly discuss whether it is correct, as the Superior Chamber considered, that any controversy related to an additional work is prohibited from being submitted to an arbitration process, or on the contrary, according to the position we will defend, whether we are facing an erroneous interpretation, since the referred prohibition only excludes from arbitrability controversial issues related to unapproved additional works or the decision to approve additional works. Likewise, in this report, we will argue how the prohibition contained in Article 41 of Legislative Decree No. 1017 should be interpreted from a restrictive reading, which did not occur in the decision of the Superior Chamber. Likewise, we will discuss how the legislator's intention was always to exclude from arbitration only disputes arising from unapproved additions. This fact will also be seen from a historical development of the normative evolution of the referred prohibition. Finally, we will conclude that the Superior Chamber had an erroneous reading of the aforementioned article, and therefore should not have annulled ex officio the arbitration award in question, emphasizing that its decision seriously affects legal certainty in state contracting.

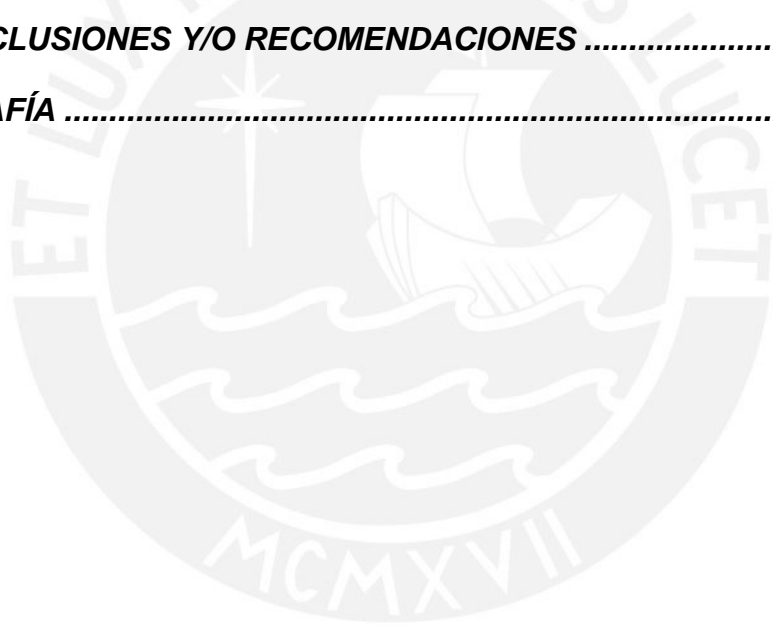
Keywords

State Contracting, Arbitrability, Additional, Arbitration.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	5
CUADRO DE ABREVIATURAS DE TÉRMINOS	6
I. INTRODUCCIÓN.....	8
A. Justificación: ¿Por qué elegimos la resolución?	8
B. Presentación del caso	10
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES.....	11
A. Antecedentes.....	11
B. Hechos relevantes del caso	12
i) <i>Sede Arbitral</i>	<i>12</i>
ii) <i>Recurso de Anulación</i>	<i>16</i>
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	19
A. Problema principal.....	19
B. Problemas secundarios.....	20
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A.....	20
A. Respuestas preliminares a los problemas planteados.....	20
B. Posición individual sobre la decisión de la resolución	22
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	23
A. ¿LA DISPOSICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 41 DE LA LCE, IMPLICA, COMO SEÑALÓ LA SALA SUPERIOR EN LA RESOLUCIÓN No. 10, QUE CUALQUIER CONTROVERSIA Y/O PRETENSIÓN VINCULADA A ADICIONALES CONSTITUYEN MATERIA NO ARBITRABLE?.....	23
i) <i>El artículo 41 de la LCE no prohíbe expresamente someter a arbitraje cualquier controversia vinculada a adicionales de obra.....</i>	<i>24</i>

ii) La intención legislativa de la prohibición señalada en el artículo 41 de la LCE fue solo prohibir cuestiones controvertidas que deriven de la falta de aprobación de adicionales.	29
B. ¿LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 41 DE LA LCE, DEBE INTERPRETARSE DE MANERA RESTRICTIVA EN FUNCIÓN A LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LEGALIDAD?	32
i) <i>Las disposiciones prohibitivas, como aquellas que prohíben la arbitrabilidad de una materia controvertida, deben ser aplicadas bajo una interpretación restrictiva.</i>	<i>32</i>
ii) <i>Las disposiciones prohibitivas, como aquellas que prohíben la arbitrabilidad de una materia controvertida, deben ser aplicadas bajo el principio de la seguridad jurídica.</i>	<i>35</i>
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	38
BIBLIOGRAFÍA	39



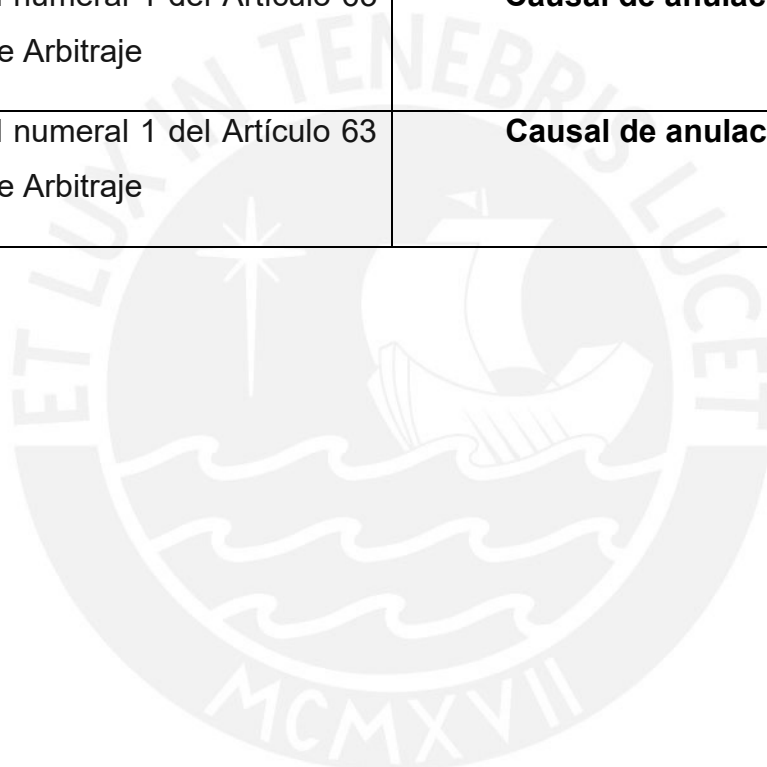
PRINCIPALES DATOS DEL CASO

RESOLUCIÓN Y EXPEDIENTE	Sentencia emitida mediante Resolución No. 10 de fecha 16 de noviembre de 2022 en el proceso de anulación de laudo de Expediente No. 00291-2021-0-1817-SP-CO-02
ÁREAS DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Arbitraje y Contrataciones con el Estado
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Laudo Arbitral de fecha 12 de marzo de 2021 (Resolución No. 74 del arbitraje Ad Hoc No. 011-2016/MARCPERU/ADM/JTM) Resolución No. 10 (Sentencia de anulación de Laudo)
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Gobierno Regional de San Martín
DEMANDADO/DENUNCIADO	Consortio Bellavista
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Corte Superior de Justicia de Lima

CUADRO DE ABREVIATURAS DE TÉRMINOS

Gobierno Regional de San Martín y/o Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo	Entidad
Consortio Bellavista	Consortio o Contratista
Decreto Legislativo No. 1017, Ley de Contrataciones del Estado	LCE
Decreto Supremo No. 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado	RLCE
Decreto Supremo No. 082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley No. 30225, Ley de Contrataciones del Estado (Vigente)	TUO LCE
Decreto Supremo No. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Vigente)	Reglamento TUO LCE
Ley No. 32069, Ley General de Contrataciones Públicas (Aún no vigente)	LGCP
Decreto Legislativo No. 1071, norma que regula el arbitraje en el Perú	Ley de Arbitraje
Arbitraje Ad Hoc con expediente No. 011-2016/MARCPERU/ADM/JTM seguido entre la Entidad y el Consortio	Arbitraje o Expediente Arbitral
Laudo Arbitral de fecha 12 de marzo de 2021 emitido mediante Resolución No. 74 al Expediente Arbitral	Laudo
Proceso de anulación de Laudo seguido entre la Entidad y el	Procedo de anulación de Laudo o Expediente de anulación de Laudo

Consortio bajo el Expediente No. 00291-2021-0-1817-SP-CO-02	
Sentencia emitida mediante Resolución N° 10 de fecha 16 de noviembre de 2022 en el proceso de anulación de Laudo	Resolución No. 10
Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima	Sala Superior
Litera b del numeral 1 del Artículo 63 de la Ley de Arbitraje	Causal de anulación B
Litera e del numeral 1 del Artículo 63 de la Ley de Arbitraje	Causal de anulación E



I. INTRODUCCIÓN

A. Justificación: ¿Por qué elegimos la resolución?

La Sentencia emitida mediante Resolución No. 10 por la Sala Superior, en el proceso judicial seguido entre el Gobierno Regional de San Martín y el Consorcio Bellavista bajo el Expediente N° 00291-2021-0-1817-SP-CO-02, declaró infundada el recurso de anulación de laudo arbitral presentado por la Entidad bajo la causal de anulación B. Adicionalmente, la Sala Superior declaró, de oficio, la nulidad parcial del laudo arbitral amparándose en la causal de anulación E.

Esta sentencia adquiere gran relevancia porque recoge la interpretación que efectúa la Sala Superior respecto al artículo 41 de la entonces vigente LCE, la cual regula, entre otros aspectos, lo siguiente: **«La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República».**

Sobre ello, la Sala Superior afirma que el artículo 41 de la LCE establece que toda controversia que surja sobre temas relacionados con adicionales de obra o vinculados a éstos, no podría ser controvertida en la vía arbitral, como sería el caso del arbitraje bajo análisis.

En ese sentido, el presente caso fue seleccionado en la medida que permite debatir si toda controversia, sin excepción alguna, que se encuentre vinculada a un adicional de obra queda fuera de la competencia de un tribunal arbitral, o si bajo el artículo 41 de la LCE existen controversias que sí pueden ser sometidas a arbitraje pese a estar vinculadas a adicionales de obras como, por ejemplo, la

aprobación y pago de una ampliación de plazo derivada de un adicional previamente aprobado por la Entidad.

En ese contexto, el análisis de la Resolución en mención, que constituye una muestra del razonamiento que vienen adoptando nuestros jueces superiores en procesos de anulación de laudos bajo la causal de anulación E, tiene una relevancia académica y práctica, cuyo desarrollo es indispensable realizar.

Asimismo, debemos advertir que la Resolución No. 10 también evidencia cierto grado de complejidad para poder ser materia de análisis en el presente informe. Esta complejidad se manifiesta en la interpretación controvertible del artículo 41 de la LCE por parte de la Sala Superior. Por un lado, han interpretado la prohibición establecida en dicho artículo de manera amplia y aparentemente indebida, argumentando que **cualquier disputa relacionada con adicionales de obra no podría ser sometida a arbitraje**. Sin embargo, también existe una interpretación más restrictiva, la cual será considerada como válida en el desarrollo de la presente investigación, que sostiene que **solo las controversias que involucran adicionales no aprobados son excluidas de la posibilidad de ser sometidas a arbitraje**.

Este debate respecto al sentido de la prohibición señalada en el artículo 41 de la LCE, no solo se ha manifestado en el campo jurisdiccional, sino también desde la tribuna doctrinaria donde también se ha cuestionado dicha interpretación de las salas superiores comerciales.

Precisamente, parte de la doctrina nacional defiende la postura de que la LCE, inclusive la vigente TUO LCE en su artículo 45, señala **literal e inequívocamente** que no son arbitrables las controversias que deriven o se vinculen con **la falta de aceptación o aprobación de un adicional**, incluso si la relación existente es incidental. Por tanto, no podría ser materia de recurso de anulación de laudo, aquellas decisiones arbitrales sobre controversias que están vinculadas a adicionales de obra aprobados, por ejemplo, pretensiones sobre gastos generales de adicionales de obra aprobados o adicionales de obra aprobados y no pagados.

Asimismo, independientemente de las diferencias doctrinarias que radican sobre la interpretación del artículo 41 de la LCE y sus modificaciones, se ha evidenciado que a la fecha los tribunales judiciales, como el caso en concreto que analizaremos, vienen anulando laudos por el solo hecho de advertir que la controversia resuelta tiene vinculación con un adicional. En ese contexto, analizar dicha decisión judicial es de suma relevancia, con la finalidad de evidenciar que con decisiones como estas se esté creando una nueva corriente de anulación de laudos que atenta contra el ordenamiento jurídico, la cual claramente vulneran el principio de seguridad jurídica y el principio de legalidad, y que a futuro podría causar repercusiones negativas en las contrataciones públicas.

B. Presentación del caso

En el presente informe jurídico se analizará la decisión de la Sala Superior contenida en la Resolución N° 10 del Expediente N° 00291-2021-0-1817-SP-CO-02, mediante la cual se declaró, **de oficio**, la nulidad de los resolutiveos Segundo, Tercero, Sexto y Séptimo del Laudo Arbitral que resolvió las controversias entre el Consorcio Bellavista y el Gobierno Regional de San Marín –recaído en el proceso arbitral Ad Hoc con expediente N° 011-2016/MARCPERU/ADM/JTM– bajo el argumento que el Tribunal Arbitral habría resuelto sobre materias, manifiestamente, no arbitrables.

Precisamente, la Sala Superior advirtió que los puntos resolutiveos antes mencionados, abordaban el análisis de una controversia vinculada al reconocimiento de los gastos generales variables derivados de una ampliación de plazo, por efecto de la aprobación de un adicional de obra.

En ese sentido, los jueces superiores, bajo la interpretación que realizaron, concluyeron que se estaba contraviniendo la LCE, según el cual no se podría someter a arbitraje las pretensiones referidas sobre aspectos vinculados o derivados de adicionales de obra; por lo que para la Sala Superior se habría configurado la causal de anulación E.

Bajo dicho contexto, el presente informe, plantea como problema principal determinar si el Laudo (que se pronunció sobre los gastos generales variables ligados a la ampliación de plazo No. 2, el cual a su vez se vinculaba al Presupuesto Adicional No. 1, que tuvo como origen un adicional de obra) resolvió sobre materias no arbitrables en contravención del artículo 41 de la LCE; y, si correspondía que la Sala Comercial declare nulo de oficio los extremos resolutivos Segundo, Tercero, Sexto y Séptimo del Laudo.

Ahora bien, para dar respuesta al problema jurídico planteado, el presente informe desarrollará y analizará, en primer lugar, si la norma contenida en el artículo 41 de la LCE, establece, como habría interpretado erróneamente la Sala Superior en la Resolución No. 10, que cualquier controversia y/o pretensión vinculada a adicionales de obras constituyen materia no arbitrable. Y en relación a esto último, se definirá si es factible arbitrar controversias que involucren pretensiones sobre gastos generales de adicionales de obra aprobados o pretensiones de adicionales de obra aprobados y no pagados.

Asimismo, en segundo lugar, analizaremos, desde el campo de la interpretación jurídica, si la prohibición contenida en el artículo 41 de la LCE debe leerse de manera restrictiva en función del principio de legalidad y seguridad jurídica, y no bajo una interpretación extensiva como hizo la sala Superior.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

A. Antecedentes

El Laudo materia del recurso de anulación, tuvo como origen al Contrato de Obra N° 074-2012-GRSM-PEHCBM/PS, el cual tuvo por objeto la rehabilitación y mantenimiento de una carretera departamental en la región San Martín.

El referido contrato fue suscrito por el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo del Gobierno Regional de San Martín y el Consorcio Bellavista, derivado de la Licitación Pública N° 4-2012-GRSM-PEHCBM/CE convocada con fecha 19

de junio del año 2012. El presente contrato además cuenta con el Adicional de Obra N° 1 aprobado por la Entidad por un monto ascendente a S/ 1'143,344.41 (Un Millon Ciento Cuarenta y Tres Mil Trescientos Cuarenta y Cuatro con 41/100 Soles).

En ese contexto, teniendo presente la fecha de convocatoria de la licitación pública, se advierte que el Contrato en mención se encuentra regido por el Decreto Legislativo N°1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, y el Decreto Supremo N°184-2008-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (ambos sin modificaciones).

B. Hechos relevantes del caso

i) Sede Arbitral

- Culminada la ejecución del presente contrato de obra, las partes procedieron a realizar la liquidación final del Contrato, resultando así la Liquidación de Obra practicada por la Entidad mediante Resolución Gerencial N° 237-2015-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 12 de junio de 2015.
- En atención a la referida Liquidación final, el Consorcio, al no encontrarse de acuerdo con los montos aprobados en dicha resolución, acudió a la vía arbitral conforme regula el convenio contenido en la Cláusula Trigésima Quinta del Contrato N° 074-2012-GRSM-PEHCBM/PS.
- De este modo, se produjo un arbitraje Ad Hoc con acta de instalación de fecha 28 de marzo de 2016. El Tribunal Arbitral estuvo conformado por los abogados Augusto Eguiguren Praeli (en calidad de Presiente), María Jesús Bustos de la Cruz y Enrique Varsi Rospigliosi (en calidad de co-árbitros).
- El referido arbitraje, tuvo como materias de controversia, entre otros, los siguientes puntos controvertidos derivados de la demanda arbitral presentada por el Consorcio:

«PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se reconozca y ordene pagar a la Entidad los gastos generales variables correspondientes al periodo ampliado (...) derivado de la segunda solicitud de ampliación de plazo, por una suma ascendente a S/ 1'734,810.00, (...) y por su mérito ordenar a la Entidad incluir este monto a la liquidación final de la obra, debiendo dejar sin efecto o declarar inaplicable o no oponible o inválida la Resolución Gerencial N° 237-2015-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 12 de junio de 2015, a través de la cual la Entidad aprueba la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra N° 074-2012-GRSM-PEHCBM/PS que es materia del presente arbitraje, en los extremos en donde se contraponga a la presente pretensión.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se reconozca y ordene pagar el íntegro de los gastos generales variables que fueron indebidamente descontados por el contratante, a través de los distintos Presupuestos Deductivos aprobados durante la ejecución de la obra hasta su liquidación, reclamo que asciende a la suma de S/ 5'1914,428.92 más IGV (...) y por su mérito ordenar a la Entidad incluir este monto a la liquidación final de la obra; debiéndose dejar sin efecto o declarar inaplicable o no oponible o inválida: las (i) Resoluciones Gerenciales N° 207-2013, 586-20 13, 599-2013, 673-2013, 695-2013, 774-2013, 896-2013, 570-2014, 295-2014, 374-2014, 650-2014 y 653-2014-GRSM-PEHCBM/GG, a través de las cuales la Entidad Contratante decidió aprobar los Presupuestos Deductivos N° 01, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, así como el deductivo de cierre, en los extremos en donde se contraponga a la presente pretensión; y, (ii) la Resolución Gerencial N° 237-2015-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 12.JUN.2015, a través de la cual la Entidad aprueba la Liquidación del Contrato, en los extremos en donde se contraponga a la presente pretensión» (Supresiones nuestras)

- En atención a las pretensiones de la demanda arbitral, la Entidad deduce excepción de caducidad contra la primera y segunda pretensión principal de

la Demanda, alegando que la materia pretendida fue oportunamente resuelta mediante resoluciones administrativas emitidas en los años 2013 y 2014; del mismo modo presenta una reconvención con las siguientes pretensiones:

«PRIMERA PRETENSIÓN RECONVENIDA:

Establecer que los Presupuestos Deductivos N° 01, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, fueron formulados y presentados por la Contratista para su aprobación, y por lo tanto, la contratista no se puede desvincular de tales propuestas en aplicación de la teoría de los actos propios.

SEGUNDA PRETENSIÓN RECONVENIDA:

Que el Tribunal Arbitral establezca los gastos generales variables de la obra materia del Contrato de Obra, que deban reconocerse y pagarse, de tal forma que se respeten los términos económicos contractuales y no se produzca enriquecimiento sin causa para ninguna de las partes; dejándose sin efecto lo actuado sobre gastos generales variables, tanto en los presupuestos adicionales, así como en los presupuestos deductivos, de tal forma que el gasto general variable establecido por el Tribunal Arbitral sea el que considere en la liquidación del contrato» (Supresiones nuestras)

- Al respecto, el Tribunal Arbitral, mediante el Laudo, resolvió la referida excepción declarándola infundada, argumentando que la LCE aplicable al caso (sin modificaciones) regula que el contratista puede controvertir cualquier decisión asumida por la Entidad hasta antes que culmine el contrato, situación que de acuerdo a la ley referida se da cuando el contrato se liquide y pague; por tanto, en el caso concreto, el tribunal arbitral ha verificado que el contrato no se encuentra culminado, ya que no se liquidado ni pagado.
- Asimismo, en atención a las pretensiones planteadas, el tribunal arbitral resolvió mediante Laudo, entre otras cuestiones, conceder al Consorcio los

mayores gastos generales variables, conforme se evidencia en los resolutivos Segundo, Tercero, Sexto y Séptimo:

*«**SEGUNDO:** En mayoría, con los votos de los árbitros Augusto Eguiguren Praeli y Enrique Varsi Rospigliosi, Declarar FUNDADA la primera pretensión del Consorcio contenida en su escrito de demanda, por las consideraciones que han sido expuestas en el presente laudo, por tanto (a) la Entidad debe reconocer y pagar al demandante los gastos generales correspondientes al período ampliado derivado de la segunda solicitud de ampliación de plazo por una suma ascendente a S/.1'734,810.00, (...); y (b) dejar sin efecto la Liquidación del Contrato, en los extremos en donde se contraponga a la presente decisión.*

***TERCERO:** En mayoría, con los votos de los árbitros Augusto Eguiguren Praeli y Enrique Varsi Rospigliosi, Declarar FUNDADA la segunda pretensión formulada por el Consorcio Bellavista contenida en su escrito de demanda, por las consideraciones que han sido expuestas en el presente laudo, por tanto, (a) la Entidad debe reconocer y pagar al demandante el integro de los gastos generales variables que fueron descontados a través de los distintos Presupuestos Deductivos aprobados durante o ejecución de la obra hasta su liquidación, por una suma ascendente a 5'194,428.92 (...), debiéndose incluir éste monto a la liquidación final de la obra: y. (b) dejar sin efecto e inaplicable las Resoluciones Gerenciales N° 207-2013, 586-2013, 599-2013, 613-2013, 695-2013, 774-2013, 896-2013, 570-2014, 295-2014, 374-2014, 650-2014 y 653-2014-GRSM-PEHCBM/GG, a través de las cuales la Entidad Contratante decidió aprobar los Presupuestos Deductivos N° 01, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, así como el deductivo de cierre, en los extremos en donde se contraponga a la presente decisión: debiéndose también dejar sin efecto la Liquidación del contrato, en los extremos en donde se contraponga a la presente decisión» (Supresiones nuestras)*

«**SEXTO:** Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión reconvenida formulada por la Entidad, por las consideraciones que han sido expuestas en el presente laudo.

SETIMO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión reconvenida formulada por la Entidad, por las consideraciones que han sido expuestas en el presente laudo» (Supresiones nuestras)

- Finalmente, se advierte que mediante Resolución No. 78 de fecha 08 de junio de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió las solicitudes de interpretación, integración, exclusión y rectificación del Laudo, denegando lo pretendido por la Entidad y declarándolo improcedente, en atención que evidenció que dichos pedidos buscaban, de manera encubierta, un reexamen del razonamiento del tribunal.

ii) Recurso de Anulación

- En atención a lo resuelto por el Tribunal Arbitral, la Entidad presentó recurso de anulación total contra el referido Laudo alegando que se habría configurado **la causal contemplada en el literal b), numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje**, esto es que se habría afectado el derecho de defensa de la Entidad, en atención a los siguientes argumentos:
 - La Entidad sostiene que el Laudo arbitral recae en una motivación defectuosa, la cual vulnera de ese modo su derecho a la motivación de las resoluciones.
 - Bajo ese contexto, la Entidad argumenta que el Tribunal **rechazó indebidamente la excepción de caducidad**, omitiendo indicar la normativa aplicable a la controversia y afirmando que el LCE y RLCE no eran aplicables a la controversia.
 - Asimismo, en relación a lo analizado y resuelto respecto a la primera pretensión de la demanda arbitral, la Entidad cuestiona la

interpretación del artículo 202 del RLCE, señalando que el Tribunal introdujo un nuevo concepto de "periodo ampliado" que no coincide con la definición de "ampliación de plazo" en contrataciones con el Estado. Además, critica la falta de consideración de hechos relevantes, como la aprobación previa de un gasto general variable para el Adicional No. 1. También se argumenta que la decisión carece de fundamentos sólidos al no explicar adecuadamente los medios de prueba utilizados.

- En cuanto a lo analizado y resuelto respecto a la segunda pretensión principal de la demanda arbitral, la Entidad cuestiona que el Tribunal haya determinado el pago de los gastos generales variables sin una adecuada explicación. También argumentan que el colegiado arbitral trató un tema no demandado y que su decisión desestabiliza el equilibrio económico y financiero del contrato al ignorar los ajustes presupuestarios necesarios.
- Como se puede observar, la Entidad cuestionó el Laudo, solicitando su nulidad total, **sólo basándose en que la causal de anulación B**, la cual señala que el laudo arbitral puede ser anulado cuando se corrobore que una de las partes no ha podido **hacer valer sus derechos**. Asimismo, como podemos evidenciar, la Entidad, en ninguna parte de su recurso de anulación, cuestiona la arbitrabilidad para resolver la pretensión que se alega estar vinculada a un adicional.
- En atención a ello, la Sala Superior mediante Resolución No. 2 de fecha 21 de setiembre de 2021, resuelve admitir a trámite la demanda de anulación parcial de Laudo, corriendo traslado de la misma al demandado Consorcio para que cumpla con absolverlo en el plazo otorgado.
- Al respecto, mediante Resolución No. 6 de fecha 05 de setiembre de 2022, la Sala Superior resuelve admitir la contestación de demanda presentada por el Consorcio.

- Finalmente, la Sala Superior, con Resolución No. 10, declaró infundado el recurso de anulación del laudo interpuesta por la Entidad, **en vista que no advirtieron la configuración de la causal de anulación B** y por ende no existiendo una motivación aparente, ya que solo existió un error material al mencionar qué norma aplicaba a la controversia, hecho que no vulnera el derecho a una decisión fundamentada y congruente, conforme se lee a continuación:

«(...) este Colegiado no advierte que se haya configurado el agravio alegado, toda vez que no existe incongruencia alguna ni motivación aparente, sino que, tal como ha sido referido por el Tribunal Arbitral, hubo un error material al momento de afirmar en los numerales 164 y 165 del lado que el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento no eran aplicables al caso concreto, cuando en realidad el Tribunal Arbitral se estaba refiriendo al hecho que la Ley N° 29873 (que modificó el Decreto Legislativo N° 1017) no era aplicable ni regía el presente contrato; siendo esta última la norma cuyo plazo de caducidad fue considerado por la Entidad; razón por la cual, no resulta atendible el agravio invocado por la Entidad» (Numeral 7.2 del fundamento Sétimo de la Resolución N° 10)

- Sin embargo, mediante la referida Resolución No. 10, la Sala Superior **resolvió de oficio**, declarar la nulidad parcial del laudo arbitral en los extremos resolutivos segundo, tercero, sexto y sétimo extremo resolutivo del Laudo, bajo los siguientes argumentos:
 - Al respecto, la Sala Superior indicó que la **causal de anulación E** puede ser **apreciada de oficio** por la Corte Superior que admite del recurso de anulación, según lo dispone el numeral 3 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.
 - En ese sentido, la Sala Superior invocó el artículo 41 de la LCE para realizar su análisis de anulación, interpretando erradamente dicha

norma bajo la premisa de que todas las controversias que surjan sobre temas relativos a adicionales de obra, se encuentran prohibidas de ser sometidas al mecanismo del arbitraje.

- Bajo ese contexto, la Sala Superior advirtió que la primera pretensión principal que motivó el segundo punto resolutivo del laudo se encontraba vinculado al reconocimiento de los gastos generales variables derivados de la ampliación de plazo N° 2, que a su vez tenían relación con el Presupuesto Adicional N° 1, el cual tuvo como origen la aprobación de un adicional de obra.
- Asimismo, la Sala Superior también evidenció que la segunda pretensión principal, primera y segunda pretensión reconventional, los cuales motivaron el tercer, sexto y séptimo puntos resolutivo del laudo respectivamente, están vinculados a deductivos que exclusivamente tienen su origen en adicionales de obra aprobadas.
- En síntesis, la Sala Superior concluyó que el laudo contravino la LCE y el RLCE, según los cuales «no puede someterse a arbitraje» las pretensiones referidas sobre aspectos vinculados o derivados de adicionales de obra; por lo que se ha configurado el supuesto contenido en la causal de anulación E de la Ley de Arbitraje.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos que presenta la Resolución No. 10 y que serán materia de análisis en el presente informe son los siguientes:

A. Problema principal

¿El Laudo emitido en el arbitraje objeto de estudio, decidió sobre materias no arbitrables en contravención del artículo 41 de la LCE?

B. Problemas secundarios

- i) ¿La disposición contenida en el artículo 41 de la LCE implica, como señaló la Sala Superior en la Resolución No. 10, que cualquier controversia y/o pretensión vinculada a Adicionales constituyen materia no arbitrable?
- ii) ¿La prohibición contenida en el artículo 41 de la LCE, debe interpretarse de manera restrictiva en función del principio de legalidad y seguridad jurídica?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

A. Respuestas preliminares a los problemas planteados

El Laudo Arbitral objeto de anulación no decidió sobre materias no arbitrables, dado que la prohibición de arbitrabilidad contenida en el artículo 41° de la LCE **no implica que cualquier controversia y/o pretensión vinculada a un Adicional de Obra sea considerada materia no arbitrable**, por lo que nos oponemos al razonamiento y decisión de la Sala Superior.

En primer lugar, debemos evidenciar que la Sala Superior ha realizado una interpretación extensiva del artículo 41 de la LCE, en vista que ha considerado que las pretensiones del Consorcio, por el hecho de estar vinculadas a un Adicional, son materia no susceptible a arbitraje y, por consiguiente, ingresan en la causal de anulación E.

No obstante, lo que la Sala Superior no ha tomado en cuenta, es que la regla general en la LCE es la posibilidad de arbitrar todo tipo de controversias, por lo que toda disposición que sea una excepción o una prohibición, como sucede con el artículo 41 de la LCE, **debe ser leída de manera limitativa o restrictiva**; y en caso de duda, debe interpretarse a favor de la arbitrabilidad.

Incluso, la propia causal de anulación E limita su aplicación al contener el término “manifiestamente”, lo que significa que a esta causal solo le aplicaran prohibiciones explícitas sin dar lugar a interpretaciones extensivas.

Por consiguiente, de una lectura del artículo 41 de la LCE, se evidencia que esta solo prohíbe la arbitrabilidad de pretensiones que se deriven de la **falta de aprobación o no aprobación de adicionales**, pero no indica que cualquier o toda pretensión vinculada a adicionales ya aprobados no puedan someterse a arbitraje, siendo este último el sentido erróneo que le dio la Sala Superior.

En segundo lugar, y a consecuencia de lo antes mencionado, consideramos que sí es posible someter a arbitraje las controversias relacionadas a Ampliaciones de Plazo y reconocimiento de Mayores Gastos Generales que se encuentren vinculadas a un Adicional ya aprobado; ello en vista que la discusión puesto a conocimiento del Tribunal Arbitral no es la aprobación de un adicional, o buscar la aprobación por una vía que no corresponde, sino, por el contrario, lo que se discute es una ampliación de plazo y el reconocimiento de mayores gastos generales de dicha ampliación de plazo, las cuales si bien están vinculadas a un adicional de obra, este ya contaba con la aprobación previas de la Entidad, y no se está discutiendo ello.

En el caso en concreto se nos presenta la situación expuesta, donde al Contrato original se le aprobó un Adicional de Obra y como consecuencia de ello, un presupuesto adicional. Posteriormente, el Consorcio solicitó la ampliación de plazo No. 2 por partidas que correspondían al contrato original y al adicional aprobado, así como el reconocimiento de los mayores gastos generales variables, siendo estas dos últimas materias que se someten a arbitraje, sin cuestionar la aprobación del Adicional *per se*.

En tercer lugar, y a consecuencia de lo mencionado en el párrafo previo, tenemos que cuando un Adicional y su presupuesto son aprobados por la Entidad, estos pasan a ser una extensión del contrato original, por lo que toda disposición que la regula también se le extiende al adicional aprobado. Es así que el propio convenio también le es aplicable. En ese sentido, la discusión de una

controversia vinculada indirectamente al Adicional aprobado, que no sea la aprobación o denegatoria del adicional per se, podrá ser discutido vía arbitraje.

En cuarto lugar, y a partir de todo lo antes mencionado, se desprende que el razonamiento de la Sala Superior respecto a la causal vista de oficio fue incorrecta y perjudicial para el Contratista. Por el contrario, se debió declarar infundada en todos sus extremos la demanda de anulación.

Finalmente, debemos resaltar, a modo de complemento, que estos criterios de anulación que tienen, tanto esta Sala Superior que vio el Expediente Arbitral en cuestión, así como otras Salas que también anulan laudos bajo estas condiciones, perjudican la percepción de la contratación pública. Ya que, al tener tales criterios de anulación, las partes se encuentran en una incertidumbre jurídica al no saber si deben o no llevar a controversia extensiones de sus propios contratos, ya que serán anulados de plano, incluso de oficio, pese a que el convenio arbitral ya alcanza a las ampliaciones de plazo vinculadas a Adicionales aprobados.

B. Posición individual sobre la decisión de la resolución

En relación a la Resolución No. 10 del Expediente de anulación de laudo, considero que no tiene sustento jurídico la decisión de anular los resolutive Segundo, Tercero, Sexto y Séptimo del Laudo, bajo la causal de anulación E de la Ley de Arbitraje, debido a que dicha causal fue aplicada incorrectamente, y con una lectura equivocada del artículo 41 de la LCE.

Del mismo modo, considero que el criterio utilizado para argumentar la decisión de la Sala Superior no es preciso, en vista de que podría ser considerado arbitrario que toda pretensión vinculada (así sea remotamente) a un Adicional es materia no arbitrable. Por el contrario, la Sala debe tener presente que la prohibición contenida en el artículo 41 de la LCE debe leerse de manera restrictiva en atención a que la regla general en materia de contratación estatal es la arbitrabilidad; sumado a ello, es menester advertir que la causal de

anulación de anulación E de la Ley de Arbitraje precisa que solo procede la anulación cuando la ley prohíba “manifiestamente” su arbitrabilidad.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

A. ¿LA DISPOSICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 41 DE LA LCE, IMPLICA, COMO SEÑALÓ LA SALA SUPERIOR EN LA RESOLUCIÓN No. 10, QUE CUALQUIER CONTROVERSIA Y/O PRETENSIÓN VINCULADA A ADICIONALES CONSTITUYEN MATERIA NO ARBITRABLE?

La disposición normativa recogida en el artículo 41 de la LCE dispone que el veredicto de una entidad o de la Contraloría General de la República respecto a la aprobación o rechazo de la ejecución de prestaciones adicionales no puede ser discutido por un tribunal arbitral. Asimismo, la norma indica que no puede someterse a controversia arbitral aquellas pretensiones relacionadas con la ejecución de prestaciones adicionales y las mayores prestaciones de supervisión que requieran, previamente, la aprobación de la Contraloría.

Vale precisar que debemos distinguir entre aquellas prestaciones adicionales de obra que se realicen por deficiencias del expediente técnico inicial y las prestaciones adicionales que se realicen con carácter de emergencia. Siendo que para el primer tipo se requerirá que la entidad previamente apruebe dicho adicional, así como la aprobación previa de la Contraloría para realizar la ejecución y el pago de la misma. Mientras que para el segundo tipo, tenemos adicionales que pueden ejecutarse de buena fe por el contratista sin la aprobación previa del titular, pero para su pago se requerirá la aprobación de la Contraloría General.

Esta norma, que fue la base de la decisión y razonamiento desarrollado en la Resolución No. 10, fue interpretado por la Sala Superior bajo el entendimiento de que las pretensiones controvertidas que se vinculen a adicionales de obra están prohibidas de ser sometidas al mecanismo arbitral. Es decir, la Sala Superior es de la postura que el artículo 41 de la LCE prohíbe que los árbitros

sean competentes para conocer cualquier cuestión vinculada a adicionales de obras.

La lectura que realizó la Sala Superior sería incorrecta por dos motivos: **i)** la ley en mención no prohíbe expresamente que toda o cualquier controversia vinculada a un adicional de obra no es arbitrable, sino solamente deja esta prohibición para pretensiones que se encuentran vinculadas a adicionales no aprobados; y, **ii)** la intención del legislador nunca fue prohibir que toda controversia vinculada a adicionales sea puesta a conocimiento de los tribunales arbitrales, sino solo fue prohibir aquellas que deriven de la falta de aprobación de estos.

i) El artículo 41 de la LCE no prohíbe expresamente someter a arbitraje cualquier controversia vinculada a adicionales de obra.

Como bien señalamos líneas arriba, el artículo 41 de la LCE regula que **el veredicto de una entidad o de la Contraloría respecto a la aprobación o rechazo de la ejecución de prestaciones adicionales no puede ser discutido ante un tribunal arbitral**. Tampoco se puede someterse a controversia arbitral aquellas pretensiones relacionadas con la ejecución de prestaciones adicionales y las mayores prestaciones de supervisión que requieran, previamente, la aprobación de la Contraloría

Al respecto, de la norma referida entendemos que la LCE pretende excluir de la regla general (que es la arbitrabilidad) aquellas controversias que se relacionen con adicionales no aprobados por parte de la Entidad o la Contraloría.

Sobre ello, debemos indicar previamente que los adicionales de obra pueden darse por dos motivos. Primero por una deficiencia en el expediente técnico que requiera la ejecución de un adicional para alcanzar el objetivo del contrato, y segundo, por una situación de emergencia que requiera una ejecución adicional.

Ahora, para el caso en que estemos ante un expediente técnico deficiente, la Entidad, con la autorización de la Contraloría, deberá aprobar la ejecución del

adicional y su respectivo pago, y solo en esa situación el contratista podrá iniciar con la ejecución y solicitar el respectivo pago.

Como podemos advertir, el procedimiento para este tipo de adicionales está definido por la propia LCE, dando la posibilidad de autorizar la ejecución de adicionales (aprobar) y su pago solo al titular de la entidad y a la Contraloría, no pudiendo obligar tales decisiones por vía arbitral.

De otro lado, cuando estemos ante un adicional con carácter de emergencia, el contratista, de buena fe, puede ejecutar el adicional respectivo sin aprobación del titular de la entidad, pero una vez culminado, el pago solo podrá ser autorizado por la Contraloría. En ese caso, advertimos como la LCE reserva dicha potestad solo a la Contraloría, no pudiendo requerirse el pago por otra vía como la arbitral. Cabe precisar que la LCE dispone que estos reclamos, en caso el contratista se vea afectado, puede someterlos a la vía judicial al ser un hecho extracontractual.

Precisamente, para mayor ilustración podemos inferir, de la norma citada, que las siguientes situaciones no pueden ser objeto de un proceso arbitral: (i) mandato de ejecución de adicionales; (ii) denegatoria a la solicitud de prestaciones adicionales o aprobación parcial; y, (iii) que habiéndose aprobado el adicional, el contratista desista del mismo.

En ese sentido, de una lectura sistemática de la LCE, advertimos que podrá someterse a arbitraje cualquier controversias que pueda surgir entre las partes en el marco de su contrato, las cuales pueden ser sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, siempre y cuando estas no incluyan las premisas mencionadas en el párrafo previo (García, 2017, p 4).

Como bien señala Luis Villavicencio citando a Gandolfo (2019, p 180), la idea de esta prohibición **“es evitar a toda costa que se discutan en las vías alternativas las discrepancias relativas a la aprobación de las prestaciones adicionales** que son, como se sabe, aquellas que no estaban consideradas en

el contrato original pero que resultan indispensables para cumplir con su objeto. (...) y prohíbe igualmente que se sometan a arbitraje (...) cualquier otra con la que se pretenda encubrir lo que en realidad es un proceso que nace de la falta de aprobación o de la aprobación parcial de prestaciones adicionales” (énfasis y supresiones nuestras).

Entonces, a partir de este primer análisis que venimos realizando a la restricción establecida en el artículo 41 de la LCE, **no advertimos por ningún lado que la norma se encuentre prohibiendo someter a arbitraje controversias relacionadas a adicionales aprobados**, por el contrario, con lo desarrollado hasta este momento, evidenciamos que la LCE, solo prohíbe manifiestamente, que se someta a arbitraje controversias vinculadas a adicionales no aprobados o la decisión de aprobar adicionales.

Ahora bien, para un mayor entendimiento, es oportuno hacer un recuento histórico de como se ha venido regulando el veto contenida en el artículo 41 de la LCE.

En primer lugar, nos tenemos que referir a la antigua Ley No. 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, específicamente al Texto Único Ordenado de la referida ley, aprobado mediante Decreto Supremo No. 083-2004-PCM.

Esta norma regulaba, en su artículo 41, entre otras cosas, que las controversias que puedan surgir entre las partes del contrato deberán resolverse en vía arbitral. Con lo que se establece la regla general de la arbitralidad para controversias en el marco de las contrataciones públicas. Asimismo, dicha norma también establece que esta regla general de la arbitralidad no aplicará para pretensiones que se relacionen con la ejecución de adicionales de obra que requieran el control previo de la Contraloría General.

Como se puede evidenciar, la antigua norma prohibía arbitrar cuestiones controvertidas *“surgidas en la ejecución de adicionales (...) respecto de las cuales la Contraloría General ejerce el control previo”*; es decir, estamos ante un

supuesto similar al de la LCE, es decir, la prohibición de arbitrar la decisión de la Contraloría de aprobar la ejecución y pago de adicionales.

Entonces, nuevamente estamos ante una norma que por ningún extremo está prohibiendo expresamente la arbitrabilidad de pretensiones vinculadas a adicionales previamente aprobadas, sino solo de pretensiones surgidas de la falta de aprobación de adicionales, y en el caso en particular, a la aprobación de la Contraloría.

En segundo lugar, también es pertinente referirnos a la norma de contrataciones vigente, TUO LCE, ello a fin de advertir cual fue la evolución normativa que ha tenido la arbitrabilidad entorno a cuestiones vinculadas a adicionales de obra.

El TUO LCE también contiene como regla general la arbitrabilidad de las controversias que surjan en contratos regidos bajo el marco normativo de las contrataciones públicas. Es decir, nuevamente estamos ante la arbitrabilidad de las controversias como la vía principal para resolverlas.

Sin embargo, al igual que su marco legal predecesora, establece ciertas excepciones a la arbitrabilidad, pero esta vez lo hace con una mayor precisión en su regulación.

Al respecto, tenemos que el artículo 45 del TUO LCE regula que no pueden someterse a controversia arbitral los juicios entidad y de la Contraloría de aprobar o no la ejecución de adicionales. Asimismo, la norma establece que las pretensiones que se vinculen en la falta de aprobación de adicionales o su aprobación parcial tampoco pueden ser vistas en arbitraje, ya que estas deben resolverse ante instancia judicial.

Como se puede evidenciar de la disposición normativa vigente, el legislador ha desarrollado de manera más clara y precisa, cuál ha sido la intención y alcance de esta prohibición.

De la norma actual podemos leer que no está prohibido arbitrar cualquier controversia vinculada a un adicional de obra; sino que solo se establece dicha prohibición para aquellas pretensiones que **se encuentren ligadas a la falta de aprobación de prestaciones adicionales**. En ese sentido, no podemos pasar por alto la precisión que esta esta ley ha hecho, que es la “**falta de aprobación**”; con lo que queda completamente descartado que la intención de la norma fue prohibir la arbitrabilidad de cualquier controversia derivada de adicionales.

Sobre lo mencionado, podemos afirmar que la doctrina también ha razonado de la misma forma, un ejemplo de ello es la propuesta de García (2017, p.4), quien analiza esta norma y sintetiza las materias no arbitrables en las siguientes premisas **(i)** Disputas relacionadas con reclamaciones sobre enriquecimiento injusto o indebido que **surjan o tengan su origen en la no aprobación (total o parcial) de adicionales** por parte de la entidad o la Contraloría. **(ii)** Disputas concernientes a pretensiones de indemnización que resulten o provengan de la **no aprobación (total o parcial) de adicionales** por parte de la entidad o la Contraloría. **(iii)** Cualquier otra disputa que **surjan o tengan su origen en la no aprobación (total o parcial) de adicionales** por parte de la entidad o la Contraloría.

En consecuencia, advertimos nuevamente que la ley es clara al prohibir someter a arbitraje controversias vinculadas, únicamente, **en la no aprobación (total o parcial) de adicionales** por parte de la entidad o la Contraloría. Por ningún lado, la norma regula que las controversias derivadas de adicionales ya aprobados estén prohibidas de someterse a arbitraje.

Así también, el jurista García (2017, p.4) es de la postura que únicamente se considerará como tema no susceptible de arbitraje aquello que esté explícitamente prohibido. Por lo tanto, cualquier intento de interpretación analógica que busque ampliar la restricción a la arbitrabilidad y limitar el derecho de las partes a utilizar este mecanismo debe ser rechazado. Esto se debe a que las restricciones de derechos solo pueden imponerse conforme al principio de legalidad. Por lo tanto, la interpretación de una limitación impuesta por ley debe hacerse de manera estrictamente restrictiva.

Ahora bien, especial mención merece la recientemente aprobada y promulgada Ley No. 32069, Ley General de Contrataciones Públicas, la cual si bien aún no entra en vigencia, será el nuevo marco normativo por el que se regulará las contrataciones del estado.

Esta norma, conforme regulaban sus predecesoras, establece que la regla general para las controversias en el marco de las contrataciones públicas es la arbitrabilidad. Asimismo, conforme a las normas predecesoras, esta también recoge como excepciones, a dicha regla general, que no pueden someterse al fuero arbitral las pretensiones que tengan por origen la falta de aprobación o aprobación parcial de adicionales.

Pero adicional a ello, y con mayor realce y claridad, el legislador en esta oportunidad decide aclarar que esta prohibición a la arbitrabilidad solo es para pretensiones vinculadas a adicionales no aprobados. Por lo tanto, regula expresamente que **“Las controversias relacionadas a prestaciones adicionales aprobadas por la entidad sí pueden ser sometidas (...) a arbitraje”**.

Como se pudo indicar, en la referida norma recientemente aprobada, el legislador a tenido a bien dejar bastante claro, y de manera expresa, la arbitrabilidad de las controversias vinculadas a adicionales aprobados, con lo que se deja más que cerrado el debate de que sí era perfectamente arbitrable el caso bajo análisis, que tuvo como discusión el pago de mayores gastos generales de una ampliación de plazo que se encuentra vinculada a un adicional previamente aprobado.

ii) La intención legislativa de la prohibición señalada en el artículo 41 de la LCE fue solo prohibir cuestiones controvertidas que deriven de la falta de aprobación de adicionales.

Ahora bien, para un mejor entendimiento de la esencia del contenido de la prohibición del artículo 41 de la LCE, debemos advertir cuál fue la finalidad del

legislador al incluir esta excepción a la regla de la arbitrabilidad en la contratación pública.

Como sabemos, el ordenamiento jurídico peruano ha establecido para las contrataciones públicas que la regla general para la resolución de conflictos que puedan surgir entre las partes del contrato sea mediante la vía arbitral y otros mecanismos alternativos de resolución de disputas, con lo que tenemos que la arbitrabilidad es la vía principal y la regla general en las contrataciones del estado (Arrarte, 2007, p. 181).

Bajo dicha premisa, queda más que claro que la vía única para resolver conflictos derivados de contratos públicos y que se rijan bajo la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, es la vía arbitral, no admitiendo pacto en contrario.

Sin embargo, el legislador también ha decidido establecer ciertas excepciones a la regla general, quitando así del fuero arbitral a un grupo de cuestiones puntuales. Una de estas excepciones es que no se puede llevar a arbitraje el juicio de la entidas o de la Contraloría de aprobar o no adicionales.

Ahora bien, recordemos que un adicional de obra tendrá por finalidad originar un monto dinerario no contemplado inicialmente en el presupuesto del contrato, por lo que, para su cumplimiento, se deberá recurrir al erario nacional. Sobre ello, Mario Castillo y Rita Sabroso sostienen que los recursos del Estado no son ni pueden ser de libre disposición por las partes de un contrato público. Por tanto, cuando estamos ante adicionales, que requieren disponer del presupuesto público, primero debe haber un control y aprobación previo por parte de la Contraloría antes de su ejecución y posterior pago (Castillo y Sabroso, 2009, p. 58).

En consecuencia, tenemos que la restricción que el legislador hizo para con la regla general de la arbitrabilidad en las contrataciones públicas tiene por fin proteger los recursos dinerarios del Estado, para que, de ese modo, no se aprueba, por una vía no ordinaria, la disposición de fondos públicos.

Como bien señala el profesor Jhoel Chipana, estas prohibiciones reguladas en la LCE restringen la arbitrabilidad de pretensiones que se encuentran vinculadas a adicionales no aprobados o aprobadas parcialmente, ello con la finalidad de restringir la posibilidad de que un tribunal arbitral disponga del herario público, cuando dicha disposición solo es de competencia exclusiva de la propia Entidad o de la Contraloría General mediante las vías pertinentes. En ese sentido, Chipana sostiene que el objeto de prohibir la arbitrabilidad de controversias vinculadas a adicionales no aprobados es de no permitir “lograr por vía indirecta lo que por el camino directo está prohibido” (Chipana, 2021).

Asimismo, conforme indica Roxana Jiménez, excluir este supuesto de la arbitrabilidad de la contratación pública, tiene por fin evitar fraudes a la ley, puesto que mediante pretensiones derivadas de adicionales no aprobados, como el enriquecimiento sin causa, lo que se estaría realmente buscado es la aprobación vía arbitral de conceptos no permitidos, y el cual es entera discreción de la Entidad o de la Contraloría según corresponda (Jiménez, 2013, p. 142).

En suma, conforme hemos desarrollado en esta sección, el legislador tuvo por finalidad **establecer límites a la arbitrabilidad en función a proteger los recursos del estado y no permitir que por vía arbitral se dispongan decisiones que competen únicamente a la Entidad o a la Contraloría.**

Asimismo, también ha quedado evidenciado que estos límites que ha generado el legislador a la arbitrabilidad solo nacen a partir de adicionales que no fueron aprobados, y que los mismos son entera competencia de la Entidad o la Contraloría, conforme la propia Dirección Técnica Normativa (DTN) del OSCE lo ha señalado en la Opinión No. 112-2018, el cual inidica que es competencia de cada Entidad aprobar los adicionales o reconocer las prestaciones adicionales ejecutadas, y en caso de discusión sobre dicho reconocimiento, se deberá interponer una acción de enriquecimiento indebido ante las vía judicial.

Entonces, conforme hemos venidos desarrollando a lo largo del presente punto, hemos confirmado cuál es la correcta interpretación del referido artículo 41 de la LCE. Y, por consiguiente, ha quedado en evidencia que la interpretación que

realizó la Sala Superior en la Resolución No. 10 del artículo 41 no es pertinente, ya que la lectura realizada por los jueces superiores se ha alejado de la función y finalidad de dicha disposición, incurriendo incluso en una interpretación que escapa de la real intención que ha tenido el legislador al regular la prohibición contenida en el artículo 41 de la LCE.

B. ¿LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 41 DE LA LCE, DEBE INTERPRETARSE DE MANERA RESTRICTIVA EN FUNCIÓN A LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LEGALIDAD?

Conforme se ha desarrollado en el apartado anterior, la regla general en la resolución de conflictos sobre contrataciones del estado es la arbitrabilidad. Asimismo, también hemos advertido que, a esta regla general, en las distintas normativas que se han existido hasta la actual, el legislador ha tenido a bien establecer una serie de excepciones, ello mediante disposiciones prohibitivas de la arbitrabilidad en ciertas materias de la contratación pública, como lo es **i)** el juicio de la entidad o de la Contraloría de aprobar o no los adicionales y su ejecución; y **ii)** las pretensiones sobre enriquecimiento indebido, indemnizaciones u otras que se vinculen en la falta de aprobación de adicionales o aprobación parcial por parte de la entidad o Contraloría.

Bajo ese contexto, debemos manifestar que cuando estamos frente a disposiciones normativas prohibitivas (que contrasten con una regla general en el derecho) deberán tener un tratamiento conforme a su naturaleza, es decir, aplicar la prohibición conforme al principio de legalidad y no más allá de lo que se ha regulado.

i) Las disposiciones prohibitivas, como aquellas que prohíben la arbitrabilidad de una materia controvertida, deben ser aplicadas bajo una interpretación restrictiva.

La norma prohibitiva, como su propio nombre lo señala, cuentan con una premisa que prohíbe hacer un acto, y esta prohibición siempre estará contenida en la

norma de manera expresa y literal, más aún si la prohibición es una excepción a una regla general.

Dicho lo anterior, cuando estemos ante una norma prohibitiva, esta deberá aplicarse desde una interpretación restrictiva (Rubio, 2014, p. 257), ello con la finalidad de que el mandato contenido en la norma sea ejecutado sólo en aquellos casos para los que la prohibición fue dispuesta y no más allá de dicho fin.

En relación al uso de la interpretación restrictiva para una norma prohibitiva, debemos tener presente que este resultado interpretativo tiene como regla que la norma interpretada solo se aplicará cuando no exista duda alguna sobre su mandato, y en el caso de coexistir dicha duda, la opción será no aplicar la norma interpretada (Rubio, 2014, p. 257).

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido, en diversas ocasiones, que en virtud al principio general de libertad, todo aquel sujeto de derecho es libre de realizar aquello que no se encuentre prohibido por ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda. En consecuencia, las limitaciones que una ley pueda disponer sólo pueden hacerse respetando el principio de legalidad, y su interpretación deberá realizarse bajo estándares exclusivamente restrictivos (Fundamento 8 de la Sentencia recaída en el Expediente No. 2235-2004-AA-TC).

Prosiguiendo con el análisis, el artículo 41 de la LCE, claramente, **es una disposición prohibitiva**, la cual excluye de someter a arbitraje el veredicto de la entidad o de la Contraloría de aprobar o no adicionales.

En ese sentido, bajo las premisas antes desarrolladas, advertimos que la prohibición de arbitrabilidad contenida en el artículo 41 de la LCE, deberá ser aplicada bajo una interpretación restrictiva, esto en vista que la disposición señalada configura una excepción a la regla general de la arbitrabilidad de materias controvertidas de contratación del estado.

Asimismo, en el ejercicio de aplicar el artículo 41 de la LCE, el juzgador deberá someterse a la literalidad de esta norma prohibitiva y bajo una interpretación restrictiva, donde tras la lectura de la norma no debe quedar duda alguna de su alcance, y en el supuesto que se advierta dicha duda, corresponderá que prevalezca la arbitrabilidad.

No obstante, la Sala Superior no tuvo en cuenta esta interpretación restrictiva de la norma prohibitiva, sino por el contrario, se evidencia que ha realizado una interpretación extensiva, incluso sin sustento alguno de por qué consideraron que la premisa normativa del artículo 41 de la LCE prohíbe que cualquier controversia vinculada a un adicional de obra, no pueda arbitrarse.

Ahora bien, en el supuesto negado que la Sala Superior haya tenido dudas en el contenido de dicha prohibición, lo correcto hubiese sido que prevalezca la arbitrabilidad, debido a que esta es la regla general en la LCE.

Sobre lo último indicado, es pertinente remitirnos a lo señalado por Massini (2013) cuando advierte que «El proceso de interpretación parte de los textos jurídicos en base a los cuales se indaga el correcto sentido de la norma, teniendo como referencias ciertas realidades de la práctica, logrando como resultado del proceso, una comprensión de un texto» (como se citó en Taboada, 2019, p. 155); sin embargo, el razonamiento antes descrito no ha sucedido, porque el juzgador al haber realizado una interpretación extensiva, se ha alejado de la intención del legislador al redactar dicha prohibición.

A ello debemos sumar que las partes nunca han cuestionado la competencia del fuero arbitral para resolver sus materias controvertidas, inclusive ello no fue una causal alegada en su demanda de anulación de laudo; lo que nos evidencia una razón más para creer que solo los jueces superiores actuaron basándose en una interpretación extensiva e inmotivada, debido a que para las partes, quedaba claro que la prohibición señalada en el artículo 41 de la LCE, no alcanzaba al reclamo de reconocimiento de gastos generales variables derivados de la

ampliación de plazo No. 2, en vista que esta se originó como consecuencia de la aprobación de un Adicional dispuesto por la propia Entidad.

En síntesis, resaltamos el hecho que la disposición contenida en el artículo 41 de la LCE, debe interpretarse bajo un criterio restrictivo debido a que estamos ante una norma prohibitiva y excepcional frente a un contexto general, que es la arbitrabilidad. Asimismo, evidenciamos que la Sala Superior debió aplicar el referido artículo bajo una lectura restrictiva y sistemática del supuesto de hecho prohibido y no ir más allá de lo regulado expresamente, y en el supuesto que haya tenido dudas sobre su aplicación, debió primar la arbitrabilidad de las materias controvertidas resueltas en el Laudo.

ii) Las disposiciones prohibitivas, como aquellas que prohíben la arbitrabilidad de una materia controvertida, deben ser aplicadas bajo el principio de la seguridad jurídica.

De una lectura sistemática de la referida norma, podemos advertir que esta **no prohíbe la arbitrabilidad de cualquier controversia vinculada a un adicional**, ni mucho menos prohíbe arbitrar controversias que estén vinculadas a un adicional aprobado.

Asimismo, a partir del ejercicio interpretativo restrictivo de la norma antes referida, tampoco evidenciamos que se encuentre prohibido de someter a arbitraje toda controversia vinculada a un adicional o controversias **derivadas de un adicional aprobado por la entidad o la Contraloría**.

Bajo esa línea, evidenciamos que la Sala Superior no habría considerado las herramientas jurídicas pertinentes a la hora de sancionar como nulo el Laudo Arbitral, en vista que no tomó en consideración el supuesto de hecho que se regula expresamente en el artículo 41 de la LCE, el cual podemos sintetizar como la no arbitrabilidad de controversias vinculadas a la aprobación o falta de aprobación de un adicional. Sino por el contrario, ha creado un nuevo supuesto de hecho no contemplado taxativamente en la norma, que es la no arbitrabilidad

de cualquier controversia derivada de una adicional (sin importar si el mismo se encuentra aprobado).

En relación a lo señalado, debemos agregar que esta práctica genera **inseguridad jurídica** para los administrados, en atención a que la Sala Superior, encargada de revisar solicitudes de anulación de laudos, está introduciendo en nuestro ordenamiento, nuevos supuestos de no arbitrabilidad que nunca fueron prevista por el legislador en el histórico de la LCE, lo que se traduce en retirar de las competencias del fuero arbitral toda controversia que derive de adicionales de obra.

A ello debemos añadir que la DTN del OSCE, órgano responsable de interpretar las normas pertinentes del sector, también ha entendido que las excepciones a la arbitrabilidad en las contrataciones públicas solo son válidas para adicionales no aprobados o aprobados parcialmente.

Un ejemplo de ello es la Opinión No. 023-2018, donde la DTN ha indicado que las controversias derivadas de la ejecución de adicionales de obra que requieren aprobación previa de la Entidad o de la Contraloría no son arbitrables en virtud a lo regulado en la Ley de Contrataciones del Estado.

En línea con ello, la Opinión No. 137-2016 de la DTN también ha precisado que las entidades son las únicas competentes para aprobar la ejecución de prestaciones adicionales y su respectivo pago, lo que a su vez significa que estamos ante una prerrogativa pública, por lo que dicha decisión sobre adicionales no puede ser susceptible de someterse a arbitraje.

Al respecto, en atención con las opiniones mencionadas queda claro que la propia DTN también ha comprendido que la prohibición a la arbitrabilidad en la LCE solo es cuando se refiere a la decisión de aprobar o no un adicional, y en su defecto, cuando estemos ante pretensiones vinculadas a la falta de aprobación de un adicional de obra.

Por lo que queda descartado que la LCE pretenda prohibir cualquier pretensión vinculada a un adicional cuando incluso este ya se encuentre aprobado por la Entidad. Por tanto, una lectura diferente sería una clara afectación a la seguridad jurídica.

De otro lado, también es pertinentes remitirnos a la posición que ha venido adoptando la Corte Suprema, quien en diversas oportunidades no ha compartido la línea interpretativa que reflejó la Sala Superior en la Resolución No. 10 en cuestión.

Un ejemplo de ello es la Sentencia de Casación No. 3086-2015-LIMA, mediante la cual la Suprema casó la sentencia de vista que anuló un laudo arbitral bajo la causal de anulación E. Esta casación contiene en su análisis el razonamiento que un tribunal arbitral sí es competente para pronunciarse sobre pretensiones vinculadas a adicionales de obra aprobados, siempre y cuando no se cuestionen la decisión de la entidad o Contraloría de aprobar o no dicho adicional.

Adicional a ello, las propias Salas Superiores, a diferencia de la cuestionada, también ha tenido un razonamiento similar al de la Corte Suprema. Una muestra de ello es la Sentencia del Expediente No. 367-2018-0-1817-SP-CO-01, donde se ha expresado que cuando se invoque la causal de anulación E, el recurso debe sustentarse en una **ley que establezca de modo expreso** que alguna materia no es susceptible de arbitraje.

Precisamente, en el mencionado proceso, la Sala ha razonado indicando que los únicos supuestos no arbitrables son los contenidos de manera manifiesta en la LCE, por lo que no puede suponerse otro que no esté expresamente señalado en la ley, teniendo presente que la regla general en la contratación estatal es que las controversias son arbitrables. En ese sentido, la Sala falló precisando que cuando estamos ante pretensiones (pago de gastos generales de una ampliación de plazo) que deriven de adicionales ya aprobado, sí son arbitrables, ya que no están contenidos expresamente en la prohibición de la LCE.

Por consiguiente, debemos poner énfasis en señalar que la LCE tiene por regla general la arbitrabilidad, lo cual se fundamenta en la especialidad de la materia, y solo en casos excepcionales – como la decisión de la entidad o de la Contraloría General de aprobar o no adicionales – esta regla general se exceptúa. No siendo correcto afirmar que no puede arbitrarse controversias vinculadas a un adicional de obra aprobado por la Entidad, como ha ocurrido en el caso objeto de análisis.

Resaltamos el hecho que la Sala Superior en cuestión ha fallado sin considerar la seguridad jurídica, en vista que desde su razonamiento e interpretación a creado una nueva prohibición de arbitrabilidad que no está expresamente regulada. Dicho razonamiento no es correcto, en vista que es una norma prohibitiva, que debió ser leída restrictiva y sistemáticamente en virtud a la regla general en las contrataciones estatales, que es la arbitrabilidad de las controversias. En tal sentido, al encontrarse el presente caso ante un contexto donde lo que se reclama es el pago de mayores gastos generales de una ampliación de plazo, la cual está vinculada a un adicional aprobado previamente por la Entidad, sí es posible arbitrar dicha controversia, ya que en no se está cuestionando la decisión de la entidad de haber aprobar tal adicional, ni mucho menos estamos ante un adicional no aprobado o aprobado parcialmente.

Por consiguiente, somos de la postura que la Sala Superior en cuestión no tuvo un razonamiento acertado, alejándose esta de la realidad de la norma y su correcta interpretación, debido a que no correspondía anular de oficio el laudo en cuestión.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

- La Resolución No. 10 de la Sala Superior ha realizado una interpretación equivocada de la prohibición señalada en el artículo 41 de la LCE, en vista que ha señalado que cualquier pretensión vinculada a un adicional de obra no es materia arbitrable. Sin embargo, conforme se evidenció, la referida prohibición solo es aplicable cuando estamos en el supuesto de adicionales no aprobadas. Esto debido a que la intención del legislador y la finalidad de

la norma siempre fue proteger el erario del estado, y en consecuencia lo que se ha buscado prohibir es la discusión de cuestiones relativas a la falta de aprobación de adicionales, con el propósito de no conseguir por vía indirecta lo que por el camino directo está prohibido. Por ello, queda más que demostrado que lo correcto hubiese sido no declarar nulo el laudo en vista que las pretensiones sometidas a arbitraje estaban vinculadas a un adicional de obra previamente aprobado.

- Asimismo, la prohibición de la arbitrabilidad contenida en el artículo 41 de la LCE debe interpretarse bajo un resultado restrictivo conforme al principio de la seguridad jurídica. A ello, debemos adicionar que la regla general en la resolución de conflictos sobre contrataciones del estado es la arbitrabilidad, y las excepciones a dicha regla deben aplicarse estrictamente según lo regulado en las disposiciones correspondientes. En ese contexto, la Sala Superior erró al realizar una interpretación extensiva de la norma prohibitiva, al no considerar la taxatividad de la disposición y al no hacer prevalecer a la arbitrabilidad en caso haya tenido dudas sobre el alcance de la prohibición. Del mismo modo, debemos señalar que esta interpretación extensiva que realiza la Sala Superior genera un contexto que afecta la seguridad jurídica, debido a que estaría creando supuestos de no arbitrabilidad no previstos por el legislador. Por todo ello, es necesario que prevalezca la arbitrabilidad de las controversias relacionadas con adicionales de obra aprobados, y que se respete la taxatividad de la ley respecto a los supuestos que sí prohíbe arbitrar.

BIBLIOGRAFÍA

- Opinión de la Dirección Técnico Normativa del OSCE N° 112-2018/DTN
- Opinión de la Dirección Técnico Normativa del OSCE N° 137-2016/DTN
- Opinión de la Dirección Técnico Normativa del OSCE N° 023-2018/DTN

- Arrarte Arisnabarreta, A. M., y Paniagua Guevara, C. (2007). Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra. *Advocatus*, (016), pp 181 – 200.
- Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. (2009) *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Palestra Editores.
- Castillo Freyre, M., y Sabroso Minaya, R. (2011). El arbitraje y los adicionales de obra. *Derecho PUCP*, (66), 319-333, Lima.
- Campos Medina, Alexander (2004). “Limitación de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición de arbitrar o licencia para incumplir?”. Arbitraje On Line. Boletín Jurídico del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, N° 4.
- Chipana Catalán, Jhoel (2021) “*Las materias no arbitrales en la contratación estatal: certezas normativas y dudas conceptuales*”. Extraído de Enfoque Derecho <https://enfoquederecho.com/las-materias-no-arbitrales-en-la-contratacion-estatal-certezas-normativas-y-dudas-conceptuales/#_ftn3>
- Cristóbal Támara, T. (2020) El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 12(14), pp. 249 – 266.
- Jiménez Vargas-Machuca, R. (2013). La arbitrabilidad de las obras adicionales en la contratación pública. *Advocatus*, (028), pp. 121 – 143.
- Orbegoso Silva, M (2020). El Principio de Legalidad: Una aproximación desde el Estado Social de Derecho. *Ius Et Veritas* No. 60, pp. 198 – 209
- Rubio, M (2014). *El sistema jurídico: Introducción al Derecho*. Décima edición, aumentada. Fondo Editorial PUCP.

- Taboada Mier, J (2019). Para ti nada es suficiente. Propuesta para la correcta revisión de la motivación en el recurso de anulación. Editorial Estudio Mario Castillo Freyre / Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú / Universidad Católica San Pablo / Asociación Iberoamericana de Derecho Privado.
- Wong, Julio, Gino Rivas, Julio Olortegui y Sandra Móntes (2022). Estudio de anulación de laudos 2022. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
- Villavicencio Benites, L. F. (2019). El equilibrio económico financiero del contrato y las prestaciones adicionales en las contrataciones del Estado: A propósito de las materias no sujetas a los mecanismos de solución de controversias. *Revista De Derecho Administrativo*, (18), 161-187.
- García, L. (2017). Arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa en la contratación pública. *Revista Derecho y Cambio Social*, N° 49, pp. 1 – 11
- Sentencia recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA-TC emitida el 18 de febrero del 2015.
- Sentencia de Casación N° 3086-2015-LIMA
- Resolución N° 9 del Expediente N° 367-2018-0-1817-SP-CO-01 de fecha 17 de abril de 2019.
- Resolución N° 16 del Expediente N° 056-2014-0-1817-SP-CO-01 de fecha 06 de mayo de 2015.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE

SEDE LA MAR,
Vocal: ROSSELL MERCADO Juan Manuel FAU 20546303951 soft
Fecha: 22/12/2022 18:34:16, Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial:
LIMA / COMERCIALES, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE

SEDE LA MAR,
Vocal: PRADO CASTAÑEDA Ana Marily FAU 20546303951 soft
Fecha: 28/12/2022 14:37:15, Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial:
LIMA / COMERCIALES, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE

SEDE LA MAR,
Vocal: CIEZA ROJAS Juan Carlos FAU 20546303951 soft
Fecha: 23/12/2022 10:44:10, Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL, D. Judicial:
LIMA / COMERCIALES, FIRMA DIGITAL



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SEGUNDA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

Las controversias que surjan sobre temas relativos a adicionales de obra o vinculados a éstos, por disposición normativa están prohibidas de ser sometidas al mecanismo del arbitraje, siendo los árbitros incompetentes para conocer tales cuestiones. Esta causal de anulación está prevista en el literal e) del numeral 1 del artículo 63° de la Ley de Arbitraje, la que puede ser apreciada de oficio.

EXPEDIENTE N° 00291-2021-0-1817-SP-CO-02

Demandante : GOBIERNO REGIONAL DE SAN MARTÍN
Demandado : CONSORCIO BELLAVISTA
Materia : ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

RESOLUCIÓN NÚMERO DIEZ

Miraflores, dieciséis de noviembre de dos mil veintidós

VISTOS:

1.- OBJETO DEL RECURSO

Es materia de pronunciamiento la demanda de Anulación del Laudo Arbitral interpuesta por el Gobierno Regional de San Martín, contra el laudo contenido en la resolución N° 74 de fecha 12 de marzo de 2021, emitido por el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Augusto Eguiguren Praeli (en calidad de Presidente), María Jesús Bustos de la Cruz y Enrique Varsi Rospigliosi, en el proceso arbitral seguido contra el Consorcio Bellavista.

Interviene como magistrado ponente el **Sr. Rossell Mercado**.

2.- FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

CAUSAL B

La Entidad invoca como causal de anulación aquella prevista en el artículo 63, numeral 1, literal **b)** del Decreto Legislativo N.° 1071, según la cual el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe **“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 otra razón, hacer valer sus derechos”**. (Énfasis agregado)

Respecto a esta causal, la Entidad denuncia que el laudo arbitral contiene una

motivación defectuosa, vulnerando de ese modo su derecho a la motivación de las resoluciones, derecho que a su vez forma parte del derecho al debido proceso. Al respecto, señala los siguientes argumentos:

Primer vicio o defecto de motivación: Motivación aparente e incongruente.

1) Refiere que la excepción de caducidad planteada contra la primera, segunda y tercera pretensión fue declarada infundada a través del primer punto resolutivo del laudo, bajo una motivación aparente e incongruente, toda vez que, en su opinión, el Tribunal Arbitral no resolvió dicha excepción, ya que si bien en la parte introductoria del laudo, estableció que la ley aplicable a la controversia es el Decreto Legislativo N° 1017; sin embargo, al momento de pronunciarse sobre la excepción de caducidad, dicho Colegiado se limitó a establecer que el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento no resultan ser aplicables a la controversia, lo que resulta ser incongruente. Asimismo, alega que se omitió señalar cuál resultaba ser la norma aplicable, ni resolvieron la excepción aplicando dicha norma.

Segundo vicio o defecto de motivación: Motivación aparente.

2) Que, respecto a la primera pretensión principal (vinculada al segundo extremo resolutivo del laudo), refiere que el Tribunal Arbitral procedió a analizar cuál era el alcance interpretativo del artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, considerando luego que, de una interpretación coherente y sistemática del referido reglamento, se ha estructurado que en el caso de obras existan tres tipos de gastos generales variables (los cuales son identificados con los literales i), ii) y iii). Además, señala que en el pie de página N° 13, dicho Colegiado indicó que la tipificación del gasto general variable del “periodo ampliado” derivado de una “ampliación de plazo” se encontraba contenido en el primer párrafo del artículo 202 del RLCE; y, así, los árbitros introdujeron el concepto de “periodo ampliado” como un concepto nuevo y diferente al concepto de “ampliación de plazo” que rige en las contrataciones con el Estado, desarrollándose luego una argumentación dirigida a justificar un doble pago de gastos generales variables, la cual no considera situación de hecho alguna, ni partidas ejecutadas, ni ruta crítica, ni el hecho que el adicional N° 1 aprobado pro Resolución Gerencial N° 187-2013- GRSM-PEHCBM traía aprobado su propio gasto general variable ascendente a S/ 1'143,344.41.

Luego, los árbitros invirtieron la carga de la prueba y concluyeron que no se había acreditado (por parte de la Entidad) que en el periodo de 60 días, comprendido entre el 22 de octubre al 20 de diciembre del 2014, se programaron única y exclusivamente los trabajos correspondiente al adicional de obra que sirvió de causal para la ampliación de plazo antes citada, cuando en todo caso lo que correspondía era que el Contratista acredite ello, verificándose así que la decisión se basó en un supuesto y no en un hecho

probado.

Así, luego de hacerse mención de los artículos 200, 202, 203 y 2017 del RLCE, refiere que la pretensión del Contratista no tenía asidero legal, como tampoco la decisión de los árbitros, ya que correspondía que éstos no solo expresen las herramientas técnicas y definiciones existentes para resolver las controversias, sino que también resultaba necesario que se expongan cuáles fueron los medios de prueba con los que arribaron a su decisión; lo que no ha ocurrido en el presente caso.

Tercer vicio o defecto de motivación: Motivación aparente.

3) Que, respecto a la segunda pretensión principal (vinculada al tercer extremo resolutivo del laudo), los árbitros delimitando la controversia señalando que se limitarían a definir si correspondía o no pagar al Contratista los gastos generales variables a pesar de la reducción del que fue objeto la obra prevista en el expediente técnico. En ese sentido, refirieron que el único supuesto legal para deducir los gastos generales se daba cuando, como consecuencia directa de una reducción de los alcances técnicos de la prestación, el plazo del contrato se reducía al haberse modificado y afectado la ruta crítica; empero, luego de señalar el presupuesto legal, los árbitros directamente concluyeron que se había constatado que la Entidad no había acreditado ni sustentado técnicamente lo antes mencionado, sin haber señalado cuál es el análisis que realizaron para llegar a dicha conclusión, ni qué documentos analizados les permitieron arribar a dicha conclusión.

Asimismo, afirma que los árbitros señalaron que existía evidencia concreta y concluyente que, a pesar de los deductivos aprobados por la Entidad, el plazo del contrato no se redujo, sino que más bien aconteció lo contrario, esto es, el plazo contractual se amplió o extendió, lo que estaría probado por la ampliación de plazo cuyos gastos generales variables han sido reclamados por el Contratista en la primera pretensión principal antes analizada. Sin embargo, la Entidad manifiesta que los árbitros no han expuesto qué medios probatorios han valorado, ni cuál es el análisis para arribar a la conclusión antes mencionada, y peor aún, confunden el hecho que por diversas circunstancias el contrato haya sufrido ampliaciones de plazo, con el hecho que en virtud de los deductivos el plazo de ejecución contractual haya sufrido variación o, más específicamente, se haya reducido; por lo que, los árbitros estarían mezclando una cosa por otra y están omitiendo todo análisis de la específica reducción del plazo contractual en virtud de cada una de las resoluciones gerenciales que aprobaron los diversos deductivos.

Además, la Entidad refiere que los árbitros al determinar la ineficacia de los descuentos de los Gastos Generales Variables (GGV) efectuados en los presupuestos deductivos, se han pronunciado sobre una materia no

demandada, pues el Consorcio no demandó la ineficacia de las resoluciones gerenciales que aprobaron los distintos presupuestos deductivos, sino el reconocimiento de los GGV descontados mediante los distintos presupuestos deductivos. Finalmente, refiere que los deductivos y los adicionales de obra tienen su correspondencia con los menores o los mayores metrados que deban ejecutarse o no en una obra, cuestión que se determina de manera técnica en el proceso constructivo de la obra, y tienen su correlato en el presupuesto general de la obra, la cual debe mantener un equilibrio económico y financiero; por lo cual, con lo resuelto por los árbitros se desestructura el presupuesto general de la obra, el cual se ha ido ajustando con cada deductivo y con cada adicional que ha ocurrido en el curso del proceso constructivo.

3.- TRÁMITE DEL PROCESO

3.1. Por resolución N° 1 de fecha 02 de noviembre de 2020, se resolvió admitir a trámite la demanda de Anulación Parcial de Laudo Arbitral interpuesta por la Entidad, conforme a la causal contemplada en el literal b) del numeral 1 del artículo 63° de la Ley de Arbitraje, bajo los fundamentos de hecho y derecho expuestos.

3.2. Mediante resolución N° 3 de fecha 13 de setiembre de 2021, se tuvo por apersonado al demandado Consorcio Puente Tumbes, y tener por absuelto el traslado del recurso de anulación en los términos expuestos en su escrito.

CONSIDERANDO:

FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPERIOR

PRIMERO: Cabe resaltar que nuestro ordenamiento jurídico a través del Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje, delimita expresamente la intervención de la justicia ordinaria estatal (Poder Judicial), sólo a través del recurso de anulación de laudo arbitral, tal como lo dispone el numeral 1) del artículo 64° de la anotada Ley, que a la letra señala que ***“El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo...”***.

SEGUNDO.- A su vez como correlato de la coexistencia de la impartición de justicia alternativa pactada, el legislador le ha otorgado a este recurso, un carácter excepcional y sumarísimo, el cual se desprende de la Ley de Arbitraje en mención, razón por la cual el numeral 1) de su artículo 62° prescribe que ***“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”***. Estas causales que justificarían someter la decisión de los árbitros

a un juicio de validez por parte del órgano jurisdiccional competente y por consiguiente, permitirían la anulación de la actuación arbitral, están referidas a la tutela del derecho al debido proceso arbitral, a la tutela del orden público y a la reserva judicial de los asuntos extraídos de la libre disposición de los particulares o no pronunciamiento sobre materias no arbitrables.

TERCERO.- Asimismo el numeral 2) del artículo 62 de la referida ley establece imperativamente que *“El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. **Está prohibido bajo responsabilidad, 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**”*. Al respecto, cabe resaltar que el recurso de anulación constituye una pretensión impugnativa que activa el sistema de revisión judicial del arbitraje, donde la ley especial establece los límites de la labor del órgano jurisdiccional competente, el cual ve restringida su función a las causales taxativamente contempladas en la norma e invocadas por la parte recurrente, encontrándose impedido de someter a evaluación el criterio adoptado por los árbitros al decidir el fondo de la controversia, tal como lo precisa la norma acotada, puesto que si se permitiera que en sede judicial analizar el fondo de la controversia, se contravendría la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral, donde expresamente renunciaron a la jurisdicción estatal y se sometieron a la competencia de los árbitros para la solución de sus conflictos.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

CUARTO.- En el caso que nos ocupa la controversia planteada deriva del Contrato de Obra N° 074-2012-GRSM-PEHCBM/PS: “Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Departamental SM-102, Tramo San José de Sisa-Agua Blanca - San Pablo - Emp. PE-5N (Dv. Bellavista), Provincias El Dorado y Bellavista – Región San Martín.

Fluye de las actuaciones arbitrales que la demanda arbitral fue interpuesta por el Consorcio Bellavista.

QUINTO.- De la revisión de autos, se advierte que en función del escrito de demanda arbitral presentado con fecha 9 de mayo de 2016 por el Consorcio, se establecieron los siguientes puntos controvertidos:

*“**Primer Punto Controvertido.**- Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral reconozca y ordene pagar al PROYECTO los gastos generales variables diarios correspondientes al periodo ampliado, ascendente a 60 días calendario, el cual se encuentra comprendido entre el 22 de octubre de 2014 al 20 de diciembre de 2014, derivado de la segunda solicitud de ampliación de plazo por una suma ascendente a S/ 1'734,810.00, monto al que deberá añadirse el IGV, así como los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación, debiéndose incluir este monto a la liquidación final de la obra.*

Igualmente, los árbitros deberán dejar sin efecto o declare inaplicable o no oponible o inválida la Resolución Gerencial N° 237-2015-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 12 de junio de 2015, a través de la cual el PROYECTO aprueba la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra N°

074-2012-GRSM-PEHCBM/PS, para la ejecución de la obra: "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera departamental SM-102, tramo San José de Sisa – Agua Blanca – San Pablo – EMP.PE-5N (DV. Bellavista), Provincias El Dorado y Bellavista – Región San Martín" (en adelante, CONTRATO), que es materia del presente arbitraje, en los extremos en donde se contraponga a la presente pretensión.

Segundo Punto Controvertido.- Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral reconozca y ordene al PROYECTO pagar al CONSORCIO el íntegro de los gastos generales variables que fueron descontados a este, a través de los distintos Presupuestos Deductivos aprobados durante la ejecución de la obra hasta su liquidación, reclamo que asciende a la suma de S/ 5'1914,428.92 más IGV, reajustes y utilidad, así como los intereses que les son aplicables hasta la fecha efectiva de su cancelación, debiéndose incluir este monto a la liquidación final de la obra.

Igualmente, los árbitros deberán dejar sin efecto o declarar inaplicable o no oponible o inválida:

- a. Las Resoluciones Gerenciales N° 207-2013, 586-2013, 599-2013, 613-2013, 695-2013, 774-2013, 896-2013, 570-2014, 295-2014, 374-2014, 650-2014 y 653-2014-GRSM-PEHCBM/GG, a través de las cuales la Entidad Contratante decidió aprobar los Presupuestos Deductivos N° 01, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, así como el deductivo de cierre, en los extremos en donde se contraponga a la presente pretensión; y,
- b. La Resolución Gerencial N° 237-2015-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 12.JUN.2015, a través de la cual el PROYECTO aprueba la Liquidación del CONTRATO, en los extremos en donde se contraponga a la presente pretensión.

Tercer Punto Controvertido.- Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene que el PROYECTO pague al CONSORCIO la valorización de un monto equivalente a la suma neta ascendente a S/ 3'970,276.59 más IGV, reajustes, gastos generales, utilidad e intereses hasta la fecha efectiva de su cancelación, en concordancia con los planos y metrados post construcción que fueron elaborados conjuntamente y suscritos por el CONSORCIO y el Jefe de Supervisión y por su mérito ordenar al PROYECTO incluir este monto a la liquidación final de la obra.

Igualmente, los árbitros deberán dejar sin efecto o declarar inaplicable o no oponible o inválida la Resolución Gerencial N° 237-2015-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 12.JUN.2015, a través de la cual el PROYECTO aprueba la Liquidación del CONTRATO, en los extremos en donde se contraponga a la presente pretensión.

Cuarto Punto Controvertido.- Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al PROYECTO proceder con la devolución de la carta fianza de fiel cumplimiento del CONTRATO, así como asuma el total de los costos financieros ocasionados por las sucesivas renovaciones de la referida fianza, desde la fecha de recepción de la obra hasta su devolución final, más los intereses que legalmente correspondan, cuyo monto total será liquidado y acreditado al momento en que el CONSORCIO solicite la devolución de la fianza antes citada."

Luego, mediante escrito presentado con fecha 16 de agosto de 2016, la Entidad dedujo excepción de caducidad contra las tres primeras pretensiones principales; y, luego, con fecha 23 de febrero de 2018, se presentó las siguientes pretensiones reconvenidas:

"Primera Pretensión Reconvenida.- Establecer que los Presupuestos Deductivos N° 01, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, fueron formulados y presentados por la Contratista para su aprobación, y por lo tanto, la contratista no se puede desvincular de tales propuestas en aplicación de la teoría de los actos propios.

Segunda Pretensión Reconvenida.- Que el Tribunal Arbitral establezca los gastos generales variables de la obra materia del Contrato de Obra N° 074-2012-GRSM-PEHCBM/PS: "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera departamental SM-102, tramo San José de Sisa – Agua Blanca – San Pablo – EMP.PE-5N (DV. Bellavista), Provincias El Dorado y Bellavista – Región San Martín", que deban reconocerse y pagarse, de tal forma que se respeten los términos económicos contractuales y no se produzca enriquecimiento sin causa para ninguna de las partes; dejándose sin efecto lo actuado sobre gastos generales variables, tanto en los presupuestos adicionales, así como en los presupuestos deductivos, de tal forma que el gasto general variable establecido por el Tribunal Arbitral sea el que considere en la liquidación del contrato."

Constituyendo los extremos resolutivos del laudo materia de anulación respecto

de dichos puntos controvertidos, los siguientes:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADAS** las excepciones de caducidad formuladas por el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo contra la primera, segunda y tercera pretensión demandada por el Consorcio Bellavista, por los fundamentos que han sido expuestos en el presente laudo.

SEGUNDO: En mayoría, con los votos de los árbitros Augusto Eguiguren Praeli y Enrique Varsi Rospigliosi, Declarar **FUNDADA** la primera pretensión formulada por el Consorcio Bellavista contenida en su escrito de demanda, por las consideraciones que han sido expuestas en el presente laudo, por tanto, **(a)** el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo debe reconocer y pagar al demandante los gastos generales variables diarios correspondientes al período ampliado derivado de la segunda solicitud de ampliación de plazo por una suma ascendente a S/. 1'734,810.00, monto al que deberá añadirse el IGV, así como los reajustes e intereses legales hasta la fecha efectiva de su cancelación, debiéndose incluir este monto a la liquidación final de la obra; y, **(b)** dejar sin efecto e inaplicable la Resolución Gerencial N° 237-2015-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de junio de 2015, por la que entidad demandada aprueba la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra N° 074-2012-GRSM-PEHCBM/PS: "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera departamental SM-102, Tramo San José de Sisa-Agua Blanca-San Pablo-EMP-PE-SN (D.V. Bellavista) Provincias El Dorado y Bellavista-Región San Martín", en los extremos en donde se contraponga a la presente decisión.

TERCERO: En mayoría, con los votos de los árbitros Augusto Eguiguren Praeli y Enrique Varsi Rospigliosi, Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión formulada por el Consorcio Bellavista contenida en su escrito de demanda, por las consideraciones que han sido expuestas en el presente laudo, por tanto, **(a)** el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo debe reconocer y pagar al demandante el íntegro de los gastos generales variables que fueron descontados a éste, a través de los distintos Presupuestos Deductivos aprobados durante la ejecución de la obra hasta su liquidación, por una suma ascendente a S/. 5'154,428.92 más IGV y reajustes, así como los intereses legales hasta la fecha efectiva de su cancelación, debiéndose incluir éste monto a la liquidación final de la obra; y, **(b)** dejar sin efecto e inaplicable las Resoluciones Gerenciales N° 207-2013, 586-2013, 599-2013, 613-2013, 695-2013, 774-2013, 896-2013, 570-2014, 295-2014, 374-2014, 650-2014 y 653-2014-GRSM-PEHCBM/GG, a través de las cuales la Entidad Contratante decidió aprobar los Presupuestos Deductivos N° 01, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, así como el deductivo de cierre, en los extremos en donde se contraponga a la presente decisión; debiéndose también dejar sin efecto e inaplicable la Resolución Gerencial N° 237-2015-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de junio del 2015, a través de la cual el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo aprueba la liquidación del contrato, en los extremos en donde se contraponga a la presente decisión.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión formulada por el Consorcio Bellavista contenida en su escrito de demanda, por las consideraciones que han sido expuestas en el presente laudo, por tanto, **(a)** el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo debe pagar al demandante la valorización de un monto equivalente a la suma neta ascendente a S/. 3'970,276.59 más IGV, reajustes, gastos generales, utilidad e intereses legales hasta la fecha efectiva de su cancelación, y por su mérito ordenar a la entidad contratante incluir éste monto a la liquidación final de la obra; y, **(b)** dejar sin efecto e inaplicable la Resolución Gerencial N° 237-2015-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de junio de 2015, a través de la cual la entidad aprueba la Liquidación del contrato, en los extremos en donde se contraponga a la presente decisión.

QUINTO: En mayoría, con los votos de los árbitros Augusto Eguiguren Praeli y Enrique Varsi Rospigliosi, Declarar **FUNDADA** la cuarta pretensión formulada por el Consorcio Bellavista contenida en su escrito de demanda, por las consideraciones que han sido expuestas en el presente laudo, por tanto, el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo debe proceder con la devolución de la carta fianza de fiel cumplimiento del CONTRATO, así como asumir el total de los costos financieros ocasionados por las sucesivas renovaciones de la referida fianza, desde la fecha de recepción de la obra hasta su devolución final, más los intereses legales correspondientes.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión reconvenida formulada por el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo, por las consideraciones que han sido expuestas en el presente laudo.

SETIMO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión reconvenida formulada por el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo, por las consideraciones que han sido expuestas en el presente laudo.

OCTAVO: En mayoría, con los votos de los árbitros Augusto Eguiguren Praell y Enrique Varsí Rospigliosi, se **ORDENA** que el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo, por las consideraciones que han sido expuestas en el presente laudo, pague y/o reembolse a favor del Consorcio Bellavista el monto total que por concepto de gastos arbitrarios de honorarios del Tribunal Arbitral y Gastos Administrativos de la Secretaría Arbitral fueron asumidas por el citado Consorcio.

RESPECTO A LA CAUSAL “B”

SEXTO.- Debe anotarse que en muchas ocasiones los cuestionamientos al laudo arbitral se presentan bajos subterfugios concernientes a la ausencia de motivación o a una motivación defectuosa, cuando lo que en realidad cuestiona la parte es el fondo de lo decidido por el árbitro. Así, bajo dichos argumentos se plantea, en realidad, la posibilidad de revisión, por el órgano jurisdiccional, del laudo arbitral. Al respecto, la doctrina ha señalado lo siguiente:

“Consideramos que el deber de motivar implica incluir una motivación y no darle una calidad determinada a la misma, salvo, claro está, un acuerdo distinto entre las partes, sea de manera directa o a través del sometimiento a un Reglamento Arbitral que así lo exija. El artículo 62° de la Ley Arbitral claramente indica que los jueces no pueden revisar la calidad de la motivación ni calificar la misma por la vía de anulación. Pero como está redactada la norma no cierra el camino a que el Juez defina la existencia de una motivación, sin entrar a calificar las bondades o defectos de la misma. Dicho de otra manera, el juez puede ver de fuera si la motivación existe, pero no puede ver la motivación desde dentro y calificar si es adecuada. De esa manera se da pleno sentido a una norma como el artículo 56° que obliga a motivar y a otra norma como el artículo 62° que prohíbe al juez revisar la motivación. Como dijimos el artículo 62° preserva que las anulaciones no se conviertan en apelaciones. La interpretación que sostenemos cuida que eso sea así.”

Por consiguiente, cuando del recurso de anulación se advierta un cuestionamiento al razonamiento intrínseco del Tribunal Arbitral respecto del fondo de la controversia analizada, dicho recurso (demanda) será declarado infundado, pues no existe espacio en este proceso judicial de anulación de laudo para pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión, así como para revisar los criterios o motivaciones del árbitro expuestos en el laudo arbitral, conforme a lo prescrito por el numeral 2 del artículo 62 del Decreto Legislativo N° 1071. Por el lo, corresponde revisar los fundamentos de la demanda interpuesta y si éstos realmente evidencian una vulneración al derecho de motivación o, en realidad, pretenden un pronunciamiento sobre el fondo de lo decidido en el arbitraje.

¹ SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZALES, Alfredo. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Tomo II, p. 629 y 630

SÉTIMO.- En lo que concierne al agravio reseñado por la Entidad demandante, y que figura consignado como ítem **1)** en la presente resolución, cabe tener presente que mediante la resolución N° 78 de fecha 08 de junio de 2021, al pronunciarse respecto a la solicitud de rectificación sobre lo resuelto con relación a la excepción de caducidad formulada por la Entidad, el Tribunal Arbitral señaló que la supuesta “incongruencia” alegada por dicha parte, se trató de un **mero error material o de una mera equivocación que en nada enervaba la plena validez del laudo**, el cual fue señalado en los numerales 164 y 165 del lado, al referir que el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento no eran aplicables al caso concreto, cuando en realidad quiso decir que la Ley N° 29873 (que modificó el Decreto Legislativo N° 1017) no era aplicable ni regía el presente contrato. Asimismo, el Tribunal Arbitral indicó que se ratificaba en lo expresado en el ítem III “Ley Aplicable” del Laudo, esto es, que el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento (vigentes al momento en el que se convocó la Licitación Pública N° 4-2012-GRSM -PEHCBM/CE², del que se derivó el contrato suscrito por la Entidad y el Consorcio) eran aplicables al caso concreto.

7.1. Además, dicho Colegiado estimó pertinente recordar bajo qué argumento la Entidad formuló su excepción de caducidad en contra de la primera pretensión. Así, refirió que en el ítem “Fundamentos de derecho” de su contestación de demanda (ver numeral 1.3), sostuvo que la materia pretendida fue oportunamente resuelta mediante la Resolución Gerencial N° 187-2013-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 26 de marzo de 2013, la cual aprobó la ampliación de plazo de N° 2 por sesenta (60) días sin reconocimiento de mayores gastos generales variables, por lo que dado el tiempo transcurrido desde dicha fecha, la Entidad asevera que la decisión se encontraría consentida. En esa línea, a través del numeral 1.3.6 y 1.3.7 de la contestación de la demanda, la Entidad invocó la aplicación de la Ley N° 29873 (que modificó el Decreto Legislativo N° 1071), ya que a través de su artículo 52°, numeral 52.2, se establecía un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles para los casos en los que la materia en controversia se refiera, entre otros, a la ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago.

No obstante ello, dicho Colegiado señaló que, conforme ha sido aceptado por la propia Entidad en su solicitud contra laudo, y también mencionado por el Tribunal en el literal b) del numeral 171 del laudo, la **Ley N° 29873** es la que establece el plazo de caducidad invocada por la Entidad, **norma que recién entró en vigencia a partir de setiembre del año 2012**; por lo que, debía tenerse en cuenta que en la Tercera Disposición Complementaria Final de dicha

² Dicha licitación, tal como ha sido señalada por la misma Entidad y por el Tribunal, fue convocada el 19 de junio de 2012.

Ley, se dispuso expresamente que ésta sería “aplicable a las contrataciones cuyos procesos de selección se convoquen a partir de su entrada en vigencia”. Por lo tanto, teniendo en cuenta que no era un hecho controvertido que la convocatoria de la Licitación Pública N° 4-2012-GRS M-PEHCBM/CE –que dio origen al contrato suscrito entre las partes- aconteció con fecha anterior a la entrada en vigencia de dicha Ley (pues la referida convocatoria se dio en junio del año 2012), el Tribunal Arbitral consideró que resultaba claro que era jurídicamente imposible pretender su aplicación al caso concreto; y que, para resolver la excepción deducida por la Entidad, correspondía invocar los artículos 52 y 42 de la ley aplicable, como es el caso del Decreto Legislativo N° 1017, antes de su modificación acontecida en setiembre del año 2012.

7.2. De ese modo, este Colegiado no advierte que se haya configurado el agravio alegado, toda vez que no existe incongruencia alguna ni motivación aparente, sino que, tal como ha sido referido por el Tribunal Arbitral, hubo un error material al momento de afirmar en los numerales 164 y 165 del lado que el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento no eran aplicables al caso concreto, cuando en realidad el Tribunal Arbitral se estaba refiriendo al hecho que la Ley N° 29873 (que modificó el Decreto Legislativo N° 1017) no era aplicable ni regía el presente contrato; siendo esta última la norma cuyo plazo de caducidad fue considerado por la Entidad; razón por la cual, no resulta atendible el agravio invocado por la Entidad.

RESPECTO A LA CAUSAL “E”

OCTAVO.- Que, en lo que concierne a la **Primera Pretensión Principal, Segunda Pretensión Principal, Primera Pretensión Reconvénida y Segunda Pretensión Reconvénida**, y que motivó al **segundo, tercer, sexto y séptimo extremo resolutivo, referidos al reconocimiento de los gastos generales variables derivados de la ampliación de plazo N° 2, por efecto de la aprobación del Presupuesto Adicional N° 1, llamado por el Contratista “periodo ampliado”; así como a la **restitución y pago de los gastos generales variables incluidos en los presupuestos deductivos aprobados por la Entidad**, cabe señalar que el Decreto Legislativo N.º 1071 –Ley de Arbitraje– establece como causal de anulación la prevista en el artículo 63, numeral 1, literal **e)** del Decreto Legislativo N.º 1071, según la cual el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: *Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre **materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje.*** Esta causal puede ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación, según lo dispone el numeral 3 del artículo 63 del mencionado decreto.**

Teniendo en cuenta ello, este Superior Colegiado considera adecuado iniciar el análisis de la validez del laudo materia de este proceso, **en función de la**

causal e), por cuanto involucra un estudio acerca de la arbitrabilidad objetiva de las materias sometidas a conocimiento arbitral; por ello se ha señalado que esta causal versa sobre la propia competencia del Tribunal Arbitral, **siendo tal la trascendencia de esta causal, que resulta ser la única susceptible de ser conocida de oficio**, como excepción a los principios dispositivo y de congruencia procesal.

Por tales razones, de considerar que en el laudo arbitral se ha decidido sobre materia no susceptible de arbitraje, carecerá de objeto ingresar a conocer la causal invocada.

NOVENO.- De acuerdo a la normativa aludida por este colegiado, el laudo sólo podrá ser anulado cuando se alegue y pruebe: *“Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional”*. Ilustrando la causal bajo estudio, Mario Castillo Freyre señala al respecto: *“(…) la norma sanciona la anulación de un laudo arbitral cuando en él el árbitro o **tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje**, y como consecuencia, la labor del operador, al analizar su aplicación, implicará, entonces, comprender los alcances de la regla establecida en la Ley de Arbitraje para determinar la posibilidad de someter a arbitraje un derecho determinado, (...) busca establecer qué derechos pueden ser objeto de un arbitraje y cuáles, por oposición, sólo pueden ser debatidos a través de un proceso judicial”³*.

DÉCIMO.- El artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071 dispone en su inciso 1) que: *“Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materia de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”*. De ello, se revela que existen materias pasibles de ser sometidas a arbitraje y otras que no, como aquellos supuestos que se refieran a materias que no resulten ser de libre disposición, de acuerdo a derecho o cuando expresamente la Ley, los Tratados o los Acuerdos Internacionales no los autorice.

DÉCIMO PRIMERO.- Ahora bien, es pertinente señalar que el Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 41° establece que :

“Artículo 41. Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

³ MARIO CASTILLO FREYRE y otro, Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia. Palestra Editores. Año 2006. Lima.

Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y 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. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Alternativamente, la entidad podrá resolver el contrato mediante comunicación escrita al contratista.

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República. (...)

El contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

Las discrepancias respecto a la procedencia de la ampliación de plazo resuelven de conformidad a lo establecido en el inciso b) del artículo 40 de la presente norma.”

[Énfasis agregado]

Por su parte, el Artículo 207 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, señala que, en los contratos de obra a precios unitarios, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional:

“Artículo 207.- Prestaciones adicionales de obras menores al quince por ciento (15%)

Sólo procederá la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.

(...)

En los contratos de obra a precios unitarios, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del contrato y/o precios pactados y los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual deberá realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado. Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto ofertado y el Impuesto General a las Ventas correspondiente. (...)

[Énfasis agregado]

Como se observa, el presupuesto adicional de obra comprende (o debe comprender) entre otros conceptos, los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional.

DÉCIMO SEGUNDO.- Acto seguido, corresponde señalar que los presupuestos adicionales de obra son costos no previstos en el presupuesto original de una obra pública, generados por una prestación adicional de obra, que son prestaciones de carácter excepcional que no se encuentran consideradas en el expediente técnico, ni en el contrato original, pero cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal, las prestaciones adicionales de obra se producen por expedientes técnicos mal elaborados, por conflictos sociales o por situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato.

DÉCIMO TERCERO.- De las normas transcritas fluye que la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República, de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales de obra hasta por el 15% o superiores a este porcentajes hasta el 50%, respectivamente, no pueden ser sometidas a arbitraje. Asimismo, las controversias que surjan sobre temas relativos a adicionales de obra, por expresa disposición normativa están prohibidas de ser sometida al mecanismo del arbitraje; por lo que, los árbitros son incompetentes para conocer tales cuestiones.

Y si se pactara el sometimiento a arbitraje de estas cuestiones, tal convenio sería nulo (pues su objeto sería jurídicamente imposible). Y si las partes se sometiesen al arbitraje para ventilar este conflicto a lo largo del proceso arbitral y no cuestionasen el laudo en ese extremo, en el recurso de anulación (en casos e llevase a dicha revisión formal por alguna otra causal), siendo la “materia” no arbitrable, el Colegiado Superior (judicial) podrá declarar de oficio la nulidad definitiva del laudo arbitral de acuerdo a la Ley de arbitraje.

DÉCIMO CUARTO.- De la revisión de actuados, se advierte que en la demanda arbitral, el Consorcio contratista formuló su primera pretensión principal solicitando que se le reconozca los gastos generales variables del “periodo ampliado” (que comprendió el periodo de 60 días, que iba del 22 de octubre al 20 de diciembre de 2014), derivado de la ampliación de plazo N° 2, pues -a diferencia de lo sostenido por la Entidad- los gastos generales variables que se encuentran contenidos en el presupuesto adicional N° 1, cuyo efecto sobre la ruta crítica del CAO generó precisamente el periodo ampliado de la ampliación de plazo N° 2, al margen que resultan siendo propios, exclusivos e inherentes del referido adicional, no corresponden al “periodo ampliado” que se deriva de la referida ampliación de plazo.

Asimismo, dicha parte señala luego que la Entidad contratante confunde los gastos generales variables contenidos en el adicional, con los gastos generales variables del “periodo ampliado”, siendo que ambos poseen ámbitos de aplicación distintos entre sí que han sido expresamente definidos por la propia

ley. Así pues, refiere que los primeros son propios, exclusivos e inherentes del adicional y que por sus alcances solo cubren los referidos gastos por el plazo programado para su ejecución, que en apreciación de las partes asume un plazo de 181 días calendario, los cuales van del 28 de febrero de 2013 al 27 de agosto de 2013; mientras que los segundos cubren los gastos generales que son propios de la extensión del plazo contractual o “periodo ampliado”, por un periodo de 60 días que van del día 22 de octubre de 2014 al 20 de diciembre de 2014, los mismos que no son cubiertos ni por los gastos generales contenidos en el adicional ni por los gastos generales del plazo originario del contrato.

DÉCIMO QUINTO.- En ese sentido, se puede advertir que ha sido materia de controversia de arbitraje un aspecto vinculado al reconocimiento de los gastos generales variables derivados de la ampliación de plazo N° 2, por efecto de la aprobación del Presupuesto Adicional N° 1, el cual tuvo como origen la aprobación de un adicional de obra, contraviniéndose así los lineamientos normativos de la Ley de Contrataciones del estado y su Reglamento, según los cuales “no podrá someterse a arbitraje” las pretensiones referidas sobre aspectos vinculados o derivados de adicionales de obra; por lo que se ha configurado el supuesto contenido en la causal prevista en el artículo 63, numeral 1, literal “e” de la ley de Arbitraje.

Así, se desprende de modo manifiesto que el Tribunal Arbitral no era legalmente competente para conocer y resolver dicha pretensión; no obstante lo cual, en el laudo se declara competente y terminó pronunciándose sobre dicha pretensión.

DÉCIMO SEXTO.- Asimismo, cabe tener presente que en el Voto Disidente del Laudo Arbitral, presentado por la Árbitro María Jesús Bustos de la Cruz, se señaló que el asunto de fondo sobre el cual el Tribunal Arbitral debía pronunciarse estaba referido al reconocimiento de los gastos generales variables derivados de la ampliación de plazo N° 2, por efecto de la aprobación del Presupuesto Adicional N° 1, llamado por el Contratista como “periodo ampliado”, término que no se encuentra regulado en la Ley de Contrataciones del Estado ni en su Reglamento.

Además, luego de citar lo establecido en los artículos 202 y 203 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dicha árbitro hizo mención de la Opinión N° 139-2009/DTN que desarrolla la consulta formulada por Provias Nacional: “¿... y tratándose de un contrato de obra a precios unitarios, en una ampliación de plazo que se deriva de la ejecución de un presupuesto adicional de obra que cuenta con presupuesto específico, y donde ya se han incluido los mayores gastos generales que corresponden al presupuesto adicional de obra, el Contratista tendría derecho además al pago de mayores gastos generales por la ampliación de plazo que pudiese corresponder, por dicha causal, distintos de los incluidos en el mencionado presupuesto adicional de

obra?. De ser así, ¿en qué casos podría pagarse otros mayores gastos generales?; el Director Técnico Normativo concluye:

“3. CONCLUSIONES

3.1. *En la medida que en los contratos de obra a precios unitarios el presupuesto del adicional de obra incluye los gastos generales fijos y variables, en el supuesto que la aprobación de dicho adicional genere una ampliación de plazo, no corresponde el pago de mayores gastos generales”*

En atención de ello, la árbitro refirió que si en el presupuesto adicional de obra N° 1, los gastos generales no se aprobaron con todos los considerandos, correspondería que el reconocimiento del derecho se solicite en el Poder Judicial, conforme a lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado.

De ese modo, es que el segundo extremo resolutivo debe ser declarado nulo, por haberse incurrido en causal de anulación prevista en el literal e) del numeral 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071, en tanto se encuentran referidos a mayores gastos generales de una ampliación de plazo otorgada como consecuencia de la aprobación de un adicional de obra; careciendo de objeto ingresar a analizar la causal prevista en el literal b) de la misma norma.

DÉCIMO SÉTIMO.- Por otro lado, en lo que se refiere a la segunda pretensión principal, se solicitó que el Tribunal Arbitral reconozca y ordene a la Entidad pagar al Consorcio el íntegro de los gastos generales variables que fueron descontados a éste, a través de los distintos Presupuestos Deductivos aprobados durante la ejecución de la obra hasta su liquidación. Además, solicita que se deje sin efecto o declarar inaplicable o no oponible o inválidas las Resoluciones Gerenciales enumeradas por el Consorcio, a través de las cuales la Entidad decidió aprobar los Presupuestos Deductivos N° 01, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, así como el deductivo de cierre en donde se contraponga a esta pretensión; y, la Resolución Gerencial N° 23 7-2015-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 12 de junio de 2015, a través de la cual la Entidad aprobó la liquidación del contrato, en los extremos en donde se contraponga a esta pretensión.

Al respecto, cabe señalar que en el Voto Disidente del Laudo Arbitral, presentado por la Árbitro María Jesús Bustos de la Cruz, se consideró que el Consorcio reclamaba que la Entidad proceda a restituir y pagar los gastos generales variables incluidos en los presupuestos deductivos aprobados por esta última, en virtud a que dicha decisión infringió lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 202 del RLCE, siendo que en virtud a tal mandato legal el único supuesto normativo por el cual no correspondía su reconocimiento y pago se daba cuando el plazo del contrato se reducía como consecuencia directa e inmediata de un deductivo de obra (o reducción de prestaciones) aprobado por la Entidad, lo que afirmaba dicha parte que no se dio en el presente caso. Y, tras citar lo establecido en el artículo 207 del RLCE, la árbitro advirtió que en el

presente caso se aprobaron adicionales de obra, así como presupuestos deductivos vinculantes a los referidos adicionales, entre los cuales se controvertían los siguientes: N° 01, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12; los mismo que se habrían generado por la diferencia de metrados.

DÉCIMO OCTAVO.- En ese sentido, se puede advertir que ha sido materia de controversia de arbitraje presupuestos deductivos que **exclusivamente** tienen su origen en adicionales de obra aprobadas, contraviniéndose así los lineamientos normativos de la Ley de Contrataciones del estado y su Reglamento, según los cuales “no podrá someterse a arbitraje” las pretensiones sobre adicionales de obra; por lo que se ha configurado el supuesto contenido en la causal prevista en el artículo 63, numeral 1, literal “e” de la ley de Arbitraje.

En ese sentido, se desprende de modo manifiesto que el Tribunal Arbitral no era legalmente competente para conocer y resolver dicha pretensión; no obstante lo cual, en el laudo se declara competente y terminó pronunciándose sobre dicha pretensión.

DÉCIMO NOVENO.- De ese modo, es que al encontrarse vinculadas la segunda pretensión de la demanda, con la primera y segunda pretensión reconvenida, es que los extremos resolutivos tercero, sexto y séptimo deben ser declarados nulos, por haberse incurrido en causal de anulación prevista en el literal e) del numeral 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071, en tanto se encuentran íntimamente relacionadas a adicionales de obra y presupuestos deductivos.

VIGÉSIMO.- Por otro lado, no advirtiéndose que la Entidad recurrente haya alegado agravio alguno respecto a la tercera y cuarta pretensión principal, que fueron resueltas en el cuarto y quinto extremo resolutivo del laudo, es que carece de objeto emitir mayor pronunciamiento, más aún cuando los mismos no versan sobre materias no susceptibles de arbitraje.

Por tales razones y de conformidad con lo establecido en el numeral 2) del artículo 62 del Decreto Legislativo N° 1071, los integrantes de esta Sala Superior resuelven:

DECISIÓN:

- 1) Declarar **INFUNDADA** la demanda de Anulación del Laudo Arbitral interpuesta por el Gobierno Regional de San Martín, **respecto de los extremos resolutivos primero, cuarto, quinto y octavo**; declarándose **válidos** éstos.
- 2) Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de Anulación del Laudo

Arbitral interpuesta por el Gobierno Regional de San Martín; y, en consecuencia, **NULO y sin reenvío el segundo, tercero, sexto y sétimo extremo resolutivo del laudo arbitral** de fecha 12 de marzo de 2021.

En los seguidos por el Gobierno Regional de San Martín contra el Consorcio Bellavista, sobre Anulación de Laudo Arbitral. ***Notificándose.***

RM/mamm

ROSSELL MERCADO

PRADO CASTAÑEDA



CIEZA ROJAS