

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

<p>Sumilla: Las controversias que surjan sobre temas relativos a adicionales de obra, por expresa disposición normativa, están prohibidas de ser sometidas al mecanismo del arbitraje, siendo los árbitros incompetentes para conocer tales cuestiones; y, si se pactara el sometimiento a arbitraje de tales cuestiones, tal convenio será nulo (pues su objeto será jurídicamente imposible), y si las partes se sometiesen al arbitraje para ventilarlo y no cuestionasen el laudo en tal extremo, en el proceso de anulación de laudo arbitral siendo la “materia” no arbitrable, el Colegiado Superior (judicial) podrá declarar de oficio la nulidad definitiva del laudo de acuerdo al Decreto Legislativo que norma el arbitraje.</p>
--

Lima, seis de marzo
de dos mil veinte.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número dos mil trescientos sesenta y uno - dos mil dieciocho, en audiencia pública de la fecha, efectuado el debate y la votación correspondientes, emite la siguiente sentencia: -----

I.- MATERIA DEL RECURSO: -----

-Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado Consorcio Vial San Marcos obrante a fojas quinientos cincuenta, contra la sentencia de vista de fojas quinientos dieciocho, de fecha veintiocho de marzo de dos mil dieciocho, emitida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada la demanda, y en consecuencia, nulo el laudo arbitral, materia de esta *litis*.-----

II. ANTECEDENTES: -----

-

2.1 DEMANDA:

Que, en el escrito de demanda presentado por Provías Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, sobre Anulación del Laudo Arbitral de fecha siete de junio de dos mil diecisiete, emitido por el Tribunal Arbitral en el proceso arbitral seguido por el Consorcio Vial San Marcos, la actora plantea como causales de anulación las siguientes: -----

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

1) La prevista en el artículo 63, inciso 1, literal b), del Decreto Legislativo número 1071 - Decreto Legislativo que norma el arbitraje, según la cual el laudo solo 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”*.-----

2) La prevista en el artículo 63, numeral 1, literal c), del Decreto Legislativo número 1071 - Decreto Legislativo que norma el arbitraje, el cual señala que el laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe *“(...) Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo”*.-----

3) La prevista en el artículo 63, numeral 1, literal e), del Decreto Legislativo número 1071 - Decreto Legislativo que norma el arbitraje, que establece que el laudo solo 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, tratándose de un arbitraje nacional”*. La demandante denuncia que se ha laudado sobre materias no susceptibles de arbitraje y al respecto señala que el Tribunal Arbitral resulta incompetente para emitir pronunciamiento sobre una materia como lo es la ampliación de plazo derivado de un adicional de obra, ya que el artículo 41 numeral 41.5 de la Ley de Contrataciones del Estado señala que la decisión de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

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.-----

4) La Entidad además denuncia que el laudo arbitral vulnera el derecho a la motivación, por cuanto el Tribunal Arbitral ha resuelto en contra de lo establecido expresamente por el artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme al cual la ampliación de plazo generada por la ejecución de un adicional de obra se otorga sin el reconocimiento de gastos generales, puesto que estos ya han sido pagados con el presupuesto adicional que los produce. También señala que al emitirse el referido laudo, se ha omitido la valoración de un medio probatorio consistente en el Asiento número 2068, documento que acredita que la obra concluyó dentro del plazo contractual, y por tanto, el contratista no requería que el plazo se amplíe y que se le reconozca adicional por dicha ampliación, la cual no fue necesaria.-----

2.2 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia de fecha veintiocho de marzo de dos mil dieciocho, la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima sostiene que en la primera pretensión de la demanda arbitral, el ahora Consorcio demandado pretendió que el Tribunal Arbitral otorgue gastos generales variables correspondientes a los días adicionales concedidos por ampliación de plazo, por cuanto el gasto general variable otorgado en el correspondiente presupuesto adicional de obra sería insuficiente, pretensión que según el Colegiado de mérito significaría una concreta petición de modificación del Presupuesto Adicional de Obra número 02, otorgado por Provías que dio origen a la Ampliación de Plazo número 11. En ese sentido, precisa la Sala de mérito que el Consorcio expresamente ha argumentado que el gasto general variable otorgado en el Presupuesto Adicional de Obra número 02 asciende a la suma de novecientos cincuenta y siete mil seiscientos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

dieciocho soles con ochenta y un céntimos (S/ 957,618.81), lo que *-según señala-* no es correcto, teniendo presente que en el contrato se acordó que el gasto general variable diario es igual a cuarenta y nueve mil novecientos cincuenta y cinco soles con once céntimos (S/ 49,955.11), más el Impuesto General a las Ventas (I.G.V), solicitando que a los gastos generales variables peticionados por la Ampliación de Plazo número 11 se le deduzca el monto que ya le fuera otorgado en el Presupuesto Adicional número 02, para así evitar “un doble pago”. Al respecto, la Sala Superior concluye que, se desprende de modo manifiesto que el Tribunal Arbitral *-por mandato expreso de la ley-* no era competente para conocer y resolver las pretensiones referidas, no obstante, en el laudo se declara competente y emite pronunciamiento sobre el fondo, declarando fundada la primera pretensión de la demanda arbitral, e infundada la primera pretensión de la reconvención. Asimismo, el Tribunal Arbitral tampoco era competente para pronunciarse sobre la primera pretensión principal de la reconvención formulada por Provías Nacional consistente en que el Tribunal Arbitral deniegue la solicitud de reconocimiento de mayores gastos generales por los ochenta y ocho días calendario, aprobados con la Ampliación de Plazo número 11, es decir, que se declara infundada la primera pretensión principal del Consorcio. En ese orden de ideas, el colegiado de mérito determina que el primer y quinto punto resolutivos, los cuales se pronuncian sobre la primera pretensión de la demanda arbitral y la primera pretensión de la reconvención respectivamente, deben ser declarados nulos por haber incurrido en causal de anulación prevista en el artículo 63, inciso 1, literal e), del Decreto Legislativo número 1071-Decreto Legislativo que norma el arbitraje. Finalmente, precisa que al establecerse la nulidad de los extremos del laudo antes cuestionado por recaer sobre materia que no era legalmente susceptible de someterse a arbitraje, carece de objeto analizar las otras causales invocadas previstas en el artículo 63, inciso 1, literales b) y c), del Decreto

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Legislativo número 1071 - Decreto Legislativo que norma el arbitraje, así como carece de objeto igualmente reenviar la causa a sede arbitral, teniendo las partes expedito su derecho para proceder conforme al artículo 65, inciso 1, literal e), de la ley acotada.-----

III. CAUSALES POR LAS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN: -----

-

Esta Sala Suprema por resolución del once de octubre de dos mil dieciocho, obrante a fojas cincuenta y nueve del cuadernillo de casación, ha declarado procedente el recurso por las siguientes causales: **I) Infracción normativa del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú.** El casante denuncia que la sentencia impugnada ha omitido analizar los argumentos planteados por el Consorcio, toda vez que, la controversia estaba referida a las ampliaciones de plazo, y no como afirma Provías Nacional a presupuestos adicionales de obra, cuyo trámite concluyó cuando esta última los aprobó; **II) Infracción normativa de los artículos VII del Título Preliminar y 50 inciso 6 del Código Procesal Civil.** Alega la parte impugnante que, la sentencia recurrida ha afectado el principio de congruencia en tanto no se ha pronunciado respecto a la argumentación del Consorcio emplazado sobre la arbitrabilidad de las pretensiones planteadas en el arbitraje, sustentada en que: **1.** No existe norma con rango de ley que establezca que la primera pretensión de la demanda arbitral y la primera pretensión de la reconvención sean materias no arbitrables; **2.** No se discute la aprobación de adicionales de obra, ni su presupuesto, sino gastos generales variables que no derivan de dicho adicional, sino de la ampliación de plazo número 11, que modificó la ruta crítica del contrato en su conjunto; **3.** La demandante pretende que la Sala Superior

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

analice el fondo de lo resuelto en el arbitraje, lo cual infringe el artículo 62 inciso 2 de la Ley; **4.** El artículo 41 inciso 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, no establece que el reclamo de gastos generales variables derivado de ampliaciones de plazo sea no arbitrable. Señala que la sentencia materia de casación incurre en vicios de motivación tales como: **a.** La Sala es incongruente por cuanto, por un lado, señala que no se puede analizar el fondo del asunto, sin embargo, analiza los hechos y el derecho aplicado para adoptar su propia interpretación sobre lo que habría pedido el Consorcio en el arbitraje; la Sala no ha analizado que los argumentos de la demandante son los mismos que formuló ante el Tribunal Arbitral y que fueron resueltos con la Resolución número 40, de fecha veintiuno de julio de dos mil diecisiete; la Sala no ha motivado por qué es que los argumentos de Provías Nacional no son los mismos que los previamente planteados y resueltos en sede arbitral; **b.** En el considerando décimo primero, la Sala Superior considera que, como la aprobación para la ejecución de adicionales de obra constituye materia no arbitrable, entonces **“temas relativos a adicionales de obra”** tampoco son arbitrales; sin embargo, cuál es la norma con rango de ley que extiende la inarbitrabilidad de los temas relativos a los que hace referencia la Sala; tal norma no ha sido citada, ni mucho menos analizada en la sentencia impugnada, por la sencilla razón que dicha norma no existe; **c.** En el considerando décimo séptimo, el Colegiado de mérito ha concluido que el Consorcio pretende se le otorgue gastos generales variables correspondientes a los días adicionales concedidos por ampliación de plazo *“(…) porque el gasto general variable otorgado en el correspondiente presupuesto adicional de obra es insuficiente. La pretensión señalada significa una concreta petición de modificación del Presupuesto Adicional de Obra número 02”*; sin embargo, el Consorcio jamás ha manifestado que su reclamo obedece a que el presupuesto adicional de obra es insuficiente, lo que ha ocurrido es que la Sala no analizó la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

posición del Consorcio por la cual el reclamo planteado en el arbitraje no deriva de ningún adicional de obra, sino que resulta del hecho que la ampliación de plazo modificó la ruta crítica del cronograma contractual, del cual derivan gastos que no tienen que ver con ningún otro concepto que el tiempo de ejecución del contrato en general; sin embargo, ello no ha sido analizado en la sentencia recurrida. Finalmente, sostiene que los argumentos expuestos por el Consorcio han sido dejados de lado por la Sala Superior, toda vez que, la sentencia impugnada se limitó a hacer referencia a ciertos dispositivos legales sin que se analice en concreto y se responda cada uno de los cuestionamientos expuestos precedentemente, lo cual es de vital importancia porque ha de influir en el fallo; **III) Infracción normativa por inaplicación del artículo 62 inciso 2 de la Ley de Contrataciones del Estado.** En la presente vista de fondo es necesario precisar que, conforme al contenido de la causal casatoria, lo denunciado es el artículo 62 inciso 2 del Decreto Legislativo número 1071 - Decreto Legislativo que norma el arbitraje, por lo que, en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el análisis casatorio se realizará sobre esta última norma citada. Refiere el recurrente que, pese a que la norma cuya infracción denuncia establece la prohibición de pronunciarse sobre el fondo de la controversia en el proceso de anulación de laudo arbitral, la Sala Superior se ha pronunciado sobre el fondo de lo decidido en el arbitraje y el criterio adoptado por el Tribunal Arbitral, en consecuencia, la Sala Superior ilegalmente ha realizado un nuevo análisis sobre lo discutido en sede arbitral; **IV) La infracción normativa del artículo 40 inciso 5 de la Ley de Contrataciones del Estado.** En la presente vista de fondo se precisa que, conforme al contenido de la causal casatoria, lo denunciado es el artículo 41 inciso 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por la Ley número 29873, por lo tanto, en aplicación de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

realizará el análisis casatorio sobre esta última norma citada. Sostiene el casante que, no obstante que la norma cuya infracción denuncia solo regula tres supuestos de inarbitrabilidad, la Sala Superior interpreta dicha norma agregando un supuesto que la misma no contempla, pues en ninguna parte indica que no serán arbitrables los temas relativos a adicionales de obra, y como consecuencia de ello, concluye que los gastos generales variables ocasionados por la Ampliación del Plazo número 11 no son arbitrables, con lo cual se infringe flagrantemente los principios de inevitabilidad del arbitraje y pro arbitraje, que ordenan e imperan en la normativa de contrataciones con el Estado, tal como lo ha determinado la Casación número 617-2013 Lima, a la que se remite; **V) La infracción normativa del artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.** Alega que la inarbitrabilidad conlleva a infringir la norma denunciada, en tanto que en los gastos generales variables ocasionados por ampliaciones de plazo, no importa que estos últimos deriven de adicionales de obra o de cualquier otro supuesto, pues sí son arbitrables, ya que se sustentan en la modificación de la ruta crítica del cronograma de la obra, o lo que es lo mismo, en la variación del plazo de la obra. Indica que estos gastos generales variables responden al hecho que el plazo del contrato original se ha modificado, y ello ocasiona gastos que no tienen ninguna relación con el adicional de obra, sino con la obra en su conjunto. Acota que la Sala, en el considerando décimo séptimo, sostiene que el Consorcio pretende se le otorgue gastos generales variables correspondientes a días adicionales concedidos en la ampliación de plazo *“(…) porque el gasto general variable otorgado en el correspondiente presupuesto adicional de obra es insuficiente. La pretensión señalada significa una concreta petición de modificación del Presupuesto Adicional de Obra número 02”*, conclusión que es ocasionada por la inaplicación del artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, según el cual *“las ampliaciones de plazo en los*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos". Agrega que, la Sala Superior ha olvidado que el artículo cuya infracción denuncia es una norma de cálculo que fue aplicada al caso, pues el monto otorgado al Consorcio en el laudo, surge de la multiplicación de días otorgados en la ampliación de plazo, por el gasto general variable diario otorgado en la ampliación de plazo, por el gasto general variable diario que fluye del contrato y, al resultado, restarle el gasto general variable reconocido en el presupuesto adicional, análisis que fue realizado por el Tribunal Arbitral en el laudo, por lo que este constituye la adopción de un criterio de fondo que no puede ser reexaminado por el Poder Judicial. Indica que, por lo tanto, no es que el Consorcio haya buscado modificar el Presupuesto Adicional de Obra número 02, todo lo contrario, el Consorcio no ha cuestionado tal presupuesto, sino que busca que se le reconozcan gastos generales variables que no tienen vinculación con el adicional sino con la variación del tiempo de ejecución de la obra en general. Agrega que, el Consorcio no busca modificar el presupuesto del adicional, tal es así que al monto que se le otorgue por los gastos generales variables reclamados en el arbitraje, se le restará el monto aprobado en dicho presupuesto. Esto es lo que la Sala no ha advertido por inaplicación del referido artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.----- **IV. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE.**- Es necesario determinar si con la expedición de la sentencia de vista, se han vulnerado los derechos fundamentales del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva, por adolecer la impugnada de motivación razonada y suficiente, y vulnerar el principio de congruencia, por lo que, este Supremo Tribunal ha de verificar si la Sala de mérito ha incurrido en tales vicios procesales, y descartado ello, determinar si con la decisión arribada

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

por la instancia, se ha incurrido en la infracción normativa de las denuncias de carácter material.-----

V.- CONSIDERANDO: -----

PRIMERO.- El recurso de casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme se señala en el artículo 384 del Código Procesal Civil. En materia de casación es factible el control de las decisiones jurisdiccionales, con el propósito de determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan los derechos fundamentales a un debido proceso y a una tutela jurisdiccional efectiva. Entonces, esta Sala Suprema se encuentra facultada para analizar las infracciones denunciadas por el Consorcio impugnante, y que puedan incidir en la decisión cuestionada, a fin de determinar si la Sala Superior ha resuelto o no conforme a la normatividad jurídica aplicable al caso de autos, a los parámetros contenidos en la jurisprudencia, doctrina jurisprudencial y precedentes de este poder del Estado y del Tribunal Constitucional, y conforme al Derecho Convencional.-----

SEGUNDO.- Como se ha precisado, este Tribunal Supremo ha declarado procedente el recurso de casación por las causales procesales de infracción normativa del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, y de los artículos VII del Título Preliminar y 50 inciso 6 del Código Procesal Civil, por lo que, dados los efectos nulificantes de las causales procesales citadas, en caso de configurarse, corresponde empezar el análisis del recurso, a partir de las mismas; y de ser el caso, de no verificarse los vicios procesales denunciados, analizar las causales *in iudicando* igualmente declaradas procedentes. Sobre el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

derecho fundamental del debido proceso, el Tribunal Constitucional¹ ha sostenido *-en reiterada jurisprudencia-* que se trata de un derecho continente puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. En ese sentido, dicho órgano jurisdiccional ha afirmado que: *“(...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en el puedan encontrarse comprendidos”*². Entonces, la vulneración del derecho fundamental del debido proceso se verifica cuando, en el desarrollo del proceso, los jueces no respetan los derechos procesales de las partes, se obvian o alteran actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no es efectiva y/o los órganos jurisdiccionales dejan de motivar sus resoluciones.--

TERCERO.- Entonces, ante el pedido de tutela, es deber de los jueces observar el debido proceso e impartir justicia dentro de los estándares mínimos que su naturaleza impone; así, mientras que la tutela jurisdiccional efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia, como la eficacia de lo decidido en la sentencia, el derecho al debido proceso en cambio significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso, entre ellas, el de motivación de las resoluciones judiciales. Finalmente, con relación al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas, conforme lo reconoce el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que

¹ Expediente N° 03433-2013-PA/TC. Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, de fecha 18 de marzo de 2014. En los seguidos por Servicios Postales del Perú S.A. – SERPOST S.A. Fj. 3

² Expediente N° 7289-2005-PA/TC. Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, de fecha 3 de mayo de 2006. En los seguidos por Princeton Dover Corporation Sucursal Lima-Perú. Fj. 5.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a las leyes, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.-----

CUARTO.- En cuanto a las causales procesales, en esencia, el Consorcio casante sostiene que la Sala de mérito ha omitido analizar la arbitrabilidad de las pretensiones planteadas en el arbitraje, lo que evidenciaría una motivación insuficiente de la decisión, así como la afectación del principio de congruencia, por cuanto no existe norma con rango de ley que establezca que la primera pretensión de la demanda arbitral y la primera pretensión de la reconvencción sean materias no arbitrables. Más aún que, el Colegiado de mérito, por un lado señaló que no se puede analizar el fondo del asunto, sin embargo, lo hizo para adoptar su propia interpretación sobre lo que habría pedido el Consorcio en el arbitraje, limitándose a hacer referencia a ciertos dispositivos legales. Al respecto, este Supremo Tribunal, contrario a lo expuesto por el casante, constata de la recurrida que el Colegiado Superior ha desarrollado ampliamente en la sentencia en cuestión la fundamentación sobre la arbitrabilidad objetiva de las materias sometidas a conocimiento arbitral, precisando que, conforme al inciso 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo número 1071 - Decreto Legislativo que norma el arbitraje, pueden someterse a arbitraje solo las controversias sobre materia de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales lo autoricen. En ese sentido, la Sala Superior ha sostenido que, de conformidad con el artículo 41 del Decreto Legislativo número 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por la Ley número 29873, y el artículo 207 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo número 184-2008-EF, la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República, de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales de obra hasta por el quince por ciento (15%) o superiores a este porcentaje hasta el cincuenta por ciento (50%), respectivamente, no puede ser sometidas a arbitraje; ***así, las controversias que surjan sobre temas relativos a adicionales de obra, por expresa disposición normativa, están prohibidas de ser sometidas al mecanismo del arbitraje, siendo los árbitros incompetentes para conocer tales cuestiones; y, si se pactara el sometimiento a arbitraje de tales cuestiones, tal convenio sería nulo (pues su objeto sería jurídicamente imposible), y si las partes se sometiesen al arbitraje para ventilarlo y no cuestionasen el laudo en tal extremo, en el proceso de Anulación de Laudo Arbitral, siendo la “materia” no arbitrable, el Colegiado Superior (judicial) podrá declarar de oficio la nulidad definitiva del laudo de acuerdo a la Ley de Arbitraje.----***

QUINTO.- Nótese de la sentencia en cuestión que la Sala Superior, luego de efectuar la interpretación de las normas citadas en el considerando que precede, las aplica al presente caso, precisando en el décimo séptimo y décimo octavo considerandos que, por mandato expreso de la ley, el Tribunal Arbitral no era competente para conocer y resolver las pretensiones ventiladas en sede arbitral, no obstante, lo hizo, concluyendo el Colegiado de mérito que el primer y quinto puntos resolutive, que se pronuncian sobre la primera pretensión de la demanda arbitral y la primera pretensión de la reconvención, respectivamente, deben ser declarados nulos por haber incurrido en causal de anulación prevista en el artículo 63 inciso 1 literal e) del Decreto Legislativo número 1071 que regula el arbitraje, declarando a su vez que carece de objeto ingresar a analizar la otras causales invocadas en la demanda de autos, teniendo las partes expedito su derecho para proceder conforme al artículo 65 inciso 1 literal e) de la ley acotada. En este sentido, esta Sala Suprema ha verificado que la sentencia materia de casación se encuentra suficientemente

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

motivada, la que se sustenta en las normas que aplica a la presente controversia de derecho, lo que evidencia que se han resguardado los derechos fundamentales del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva, razones por las cuales las causales de carácter procesal devienen en infundadas.-----

SEXTO.- Con relación a la causal de **infracción normativa del artículo 62 inciso 2 del Decreto Legislativo número 1071 - Decreto Legislativo que norma el arbitraje**, este Supremo Tribunal conviene en precisar que efectivamente conforme a la norma denunciada, a través del recurso de Anulación de Laudo Arbitral, se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo, encontrándose prohibido el órgano jurisdiccional, bajo responsabilidad, de 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, verificándose **-una vez más-** que la Sala Superior se ha limitado a emitir pronunciamiento sobre la arbitrabilidad de las pretensiones de la demanda y de la reconvención planteadas en sede arbitral, sin emitir pronunciamiento sobre el fondo de lo controvertido en dicha sede, deviniendo en infundado este extremo del recurso casatorio.-----

SÉTIMO.- Respecto a las causales de **infracción normativa del artículo 41 inciso 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, modificada por la Ley número 29873, y del artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**, es de precisar en primer término que, la presente controversia deriva del Contrato de Ejecución de Obra número 075-2013-MTC/20, para la ejecución de la obra Mejoramiento de la Carretera San Marcos - Cajabamba - Sausococha, tramo: San Marcos - Cajabamba, el cual deriva de la Licitación Pública número 0033-2012-MTC, de fecha veintidós de julio de dos mil trece, advirtiéndose de la primera pretensión principal de la demanda

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

arbitral que el Consorcio casante peticionó que se reconozca y se ordene que la ahora demandante pague la suma de cuatro millones doscientos noventa y siete mil veintiocho soles con cuarenta y seis céntimos (S/ 4'297,028.46), incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), por concepto de mayores gastos generales variables correspondientes a la Ampliación del Plazo número 11, por cuanto en el Presupuesto Adicional de Obra número 02, que dio origen a tal ampliación de plazo, la actora solo le habría otorgado un gasto general variable ascendente a novecientos cincuenta y siete mil seiscientos dieciocho soles con ochenta y un céntimos (S/ 957,618.81), cuando de acuerdo a lo pactado, el gasto general variable diario correspondía al monto de cuarenta y nueve mil novecientos cincuenta y cinco soles con once céntimos (S/ 49,955.11), más el impuesto indicado. ***Entonces, con la primera pretensión de la demanda arbitral, el casante pretendía que se le otorgue gastos generales variables correspondientes a los días adicionales concedidos por la ampliación de plazo, porque el gasto general variable otorgado en el Presupuesto Adicional de Obra, a su entender, era insuficiente, lo que evidencia una concreta petición de modificación del Presupuesto Adicional de Obra número 02 otorgado por la actora, que dio origen a la Ampliación de Plazo número 11.***-----

OCTAVO.- A lo expuesto, esta Sala Suprema considera relevante precisar que inclusive el Consorcio recurrente solicitó expresamente en la demanda arbitral que a los gastos generales variables peticionados por la Ampliación de Plazo número 11, se le deduzca el monto que ya le fuera otorgado en el Presupuesto Adicional número 02, para así evitar ***“un doble pago”***, lo cual genera convicción en este Colegiado respecto a que el Tribunal Arbitral no era competente para conocer y resolver lo pretendido en dicha sede, sin embargo, lo hizo, en contra de lo expresamente establecido en la ley, declarando -

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

contrario a derecho- fundada la primera pretensión de la demanda arbitral, e infundada la primera pretensión de la reconvención, esta última para la que tampoco era competente, pues la ahora actora pretendía que el Tribunal Arbitral deniegue la solicitud de reconocimiento de mayores gastos generales por los ochenta y ocho días calendario aprobados con la Ampliación de Plazo número 11; en conclusión, el primer y quinto punto resolutive del laudo arbitral *sub litis*, que se pronuncian sobre la primera pretensión de la demanda arbitral y la primera pretensión de la reconvención, son nulos, por haber incurrido en la causal de anulación prevista en el artículo 63, inciso 1, literal e), del Decreto Legislativo número 1071 que norma el arbitraje, toda vez que resuelven una materia que, conforme a ley, se encontraba excluida de someterse a arbitraje, deviniendo en infundadas las causales en análisis.-----

Por las razones expuestas, y en aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandado Consorcio Vial San Marcos a fojas quinientos cincuenta, contra la sentencia de vista de fojas quinientos dieciocho, de fecha veintiocho de marzo de dos mil dieciocho, emitida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada la demanda, y en consecuencia nulo el laudo arbitral; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Provías Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra el Consorcio Vial San Marcos, sobre Anulación de Laudo Arbitral; y *los devolvieron*. Integran esta Sala Suprema los Jueces Supremos Ordóñez Alcántara y Salazar Lizárraga por licencia de los Jueces Supremos Romero Díaz y Ruidías Farfán. Ponente Señor Lévano Vergara, Juez Supremo.-

S.S.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2361-2018
LIMA
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

CABELLO MATAMALA

SALAZAR LIZÁRRAGA

ORDÓÑEZ ALCÁNTARA

AMPUDIA HERRERA

LÉVANO VERGARA

Mcc/Csc/Eev