

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL**

Exp. N° 3015-2003

Lima, dos de junio del dos mil cuatro.-

VISTOS:

Interviniendo como Vocal ponente el Señor Ferreira Vildózola, con el expediente arbitral remitido por el Secretario del Proceso Arbitral seguido entre Corporación Sagitario Sociedad Anónima con la Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima Sociedad Anónima -EMAPE S.A.- (Proceso Arbitral número cero cero uno-dos mil dos);

RESULTA DE AUTOS:

Que, la Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima (EMAPE) interpone ante esta Sala de la Corte Superior de Lima Recurso de Anulación contra el Laudo Arbitral emitido con fecha veinte de agosto del dos mil tres y su respectiva aclaración de fecha ocho de setiembre del dos mil tres, estando constituido el Tribunal Arbitral por los doctores Aurelio Moncada Jiménez; Luis Alfredo León Segura y el Ingeniero Federico Roldán Arrogas, resultado del proceso arbitral, en los seguidos por Corporación Sagitario Sociedad Anónima con la Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima -EMAPE-, sobre Obligación de Dar Suma; invocando como motivos de anulación el recurso de su propósito dos causales:

I.- La contenida en el inciso segundo del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje 26572 pues sostiene no haber podido hacer valer sus derechos, habiéndose perjudicado sustancialmente su derecho de defensa sustentando las infracciones en los siguientes fundamentos:

- 1.- Que el Laudo Arbitral habría perjudicado de manera manifiesta su derecho de defensa, en tanto se adoptan criterios contrarios a la literalidad de la ley 26850 y de su Reglamento respectivo contenido en el Decreto Supremo número 039-98-PCM, conllevando aquella situación, según refiere, a una evidente afectación al principio de congruencia propio de toda resolución, así como resolviendo en contra de todo lo actuado en el referido proceso arbitral.
- 2.- Que los criterios aplicados en el referido Tribunal implican que el Laudo Arbitral contraviene las normas que garantizan el derecho de un debido proceso aplicables a los procesos arbitrales conforme lo dispone el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado.

3.- Que por tal razón, agrega la demandante, resulta de aplicación lo dispuesto en el inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil en tanto por un lado según el Tribunal Arbitral resultaban piezas legales para la solución de la controversia arbitral las disposiciones contenidas en la Ley 26850 y su Reglamento, sin embargo el propio Tribunal inaplica la citada norma y su reglamento arribando a conclusiones absolutamente contrarias a las normas precitadas.

4.- Que el presente recurso, según refiere, no pretende la revisión del fondo de lo resuelto por el Laudo Arbitral, sino que esta Sala se persuada que a pesar que el Tribunal Arbitral señala que va a aplicar una determinada norma para resolver la controversia, una vez que se recurre a esta norma verifica que su contenido literal resulta ser contrario de lo señalado por el Laudo Arbitral.

II.- La infracción prevista en el inciso tercero del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje veintiséis mil quinientos setenta y dos, referido a que la composición del Tribunal Arbitral no se ajustado al convenio de las partes, por cuanto de acuerdo a lo previsto en el artículo veinticinco de la Ley veintiséis mil quinientos setenta y dos, *“El nombramiento de árbitro de derecho debe recaer en abogados”*, no pudiendo modificarse ni desnaturalizarse dicha norma por una de rango inferior, por lo cual el Ingeniero Federico Roldán Arrogas debió apartarse del proceso, como fue solicitado en el proceso arbitral.

Detallando en extenso ambas causales tenemos:

PRIMERA CAUSAL:

CAUSAL DE ANULACION PREVISTA EN EL INCISO 2) DEL ARTICULO 73º DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE 26572

Refiere la entidad accionante que es el propio Laudo Arbitral el acto procesal que perjudica de manera manifiesta su derecho de defensa, en tanto que se adoptan criterios contrarios a la literalidad de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta -Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado- y de su respectivo Reglamento, aprobado por el Decreto supremo número cero treinta y nueve-noventa y ocho-PCM, lo que conllevaría aquella situación a una evidente afectación al principio de congruencia, propia de toda resolución y resolviendo en contra de lo actuado en el referido proceso; en tal sentido la falta de congruencia invocada se verificaría en los siguientes fundamentos:

- a) Que el Tribunal Arbitral en el numeral 10.8 del rubro “Consideraciones sobre el Fondo de Controversia” señala que según las normas precitadas, existirían únicamente dos sistemas de contratación: a precios unitarios y a suma alzada sin embargo, ello no se condice con el texto literal del artículo veintisiete del Decreto Supremo número cero treinta y nueve-noventa y ocho-PCM, que dispone que en los procesos de selección, la entidad deberá determinar en las bases el Sistema de Adquisición y Contratación, en función a la naturaleza y al objeto principal del contrato. Dichos sistemas

podrán ser el de suma alzada y el de precios unitarios, tarifas o porcentajes. Señalan los demandantes que el contenido literal de dicha norma es permisivo y no imperativo, permitiéndose que se puedan utilizar además otros sistemas de contratación, con lo cual se concluye que no son los únicos sistemas de contratación, como afirma el Tribunal;

- b) Precisa la empresa demandante que en el numeral 10.8 del rubro “Consideraciones sobre el fondo de la Controversia” el Tribunal Arbitral al señalar que las Bases y los Términos de referencia resultaban contrarias a la Ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta y su respectivo Reglamento, en cuanto al hecho de que las mismas no podían establecer que las valorizaciones y los adicionales puedan ser pagadas hasta el monto tope fijado presupuestalmente, habría incurrido en una incongruencia extra petita, dejando sin efecto la absolucón de consultas de las bases, particularmente la de la Compañía China Electric Power Technology Import & Export Corporation en sus consultas número siete y catorce, debiendo tenerse presente que de acuerdo al artículo setenta y nueve del Reglamento de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, forman parte del contrato: ..., iv) la absolucón de consultas;
- c) Asimismo, refiere la demandante, que el Tribunal Arbitral en el numeral 10.8 del rubro “Consideraciones Sobre el Fondo de la Controversia” al afirmar que las bases y los términos de referencia no podían establecer que las valorizaciones y los adicionales puedan ser pagadas hasta el monto tope fijado presupuestalmente, deja sin efecto los numerales 17.2 y 17.3.3 de las bases de la licitación, resolviendo así un punto no controvertido, y por tanto, de forma extra petita, siendo que según lo dispone el artículo setenta y nueve del Reglamento de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, forman parte del contrato: 1) Las bases de la licitación; asimismo, sustenta la incongruencia en la infracción al artículo tercero de la ley veintiséis mil ochocientos cincuenta en cuanto dispone que entre los principios que rigen toda contratación y adquisición del Estado se encuentra el del trato justo e igualitario, el mismo que se vería afectado por lo resuelto por el Tribunal, en virtud a que los otros postores que han participado en el proceso de selección, han tenido presente la citada consulta y su absolucón, y que sus propuestas fueron efectuadas en función a tan determinante hecho. Tal situación conllevaría a la nulidad del proceso y del contrato mismo, por lo cual, el Tribunal Arbitral, a través de tan incongruente razonamiento, estaría otorgando derechos provenientes de un acto jurídico nulo de pleno derecho;
- d) Que, en el numeral 10.10 del rubro “Consideraciones sobre el Fondo de Controversia” del referido Laudo, se señala contrariamente a lo dispuesto por la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta y su Reglamento, que los artículos veintiocho y veintinueve del citado Reglamento, establecerían que el “Sistema de Precios Unitarios con Tope Máximo” no existiría legalmente a tenor de lo dispuesto por los indicados artículos, sin embargo, el artículo veintiocho únicamente se limita a definir los Sistemas de Contratación a suma alzada y a precios unitarios, no pudiendo aplicarse dicha norma sin

tenerse en cuenta el artículo veintisiete de la misma que señala que *los sistemas podrán ser el de suma alzada y el de precios unitarios, tarifas o porcentajes*, así como el artículo veintinueve del Reglamento, que establece que *“Además de las modalidades que puedan ser definidas por la Entidad en las bases, éstas podrán adoptar una o varias de las siguientes modalidades: ...”*, de lo que se advierte una normatividad permisiva contraria al criterio del Tribunal Arbitral, desconociendo dicho Tribunal esta norma a pesar que se encuentra dentro del ámbito de las normas que el mismo señala como fundamentales para resolver esta controversia;

- e) Que, la definición que en el segundo párrafo del numeral 10.11 del rubro “Consideraciones sobre el Fondo de la Controversia” da el Tribunal Arbitral sobre presupuesto adicional no se encuentra en la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta y su Reglamento, lo cual se verifica con lo señalado en el numeral 3.1 de la resolución número veintiuno que resuelve el recurso de aclaración del Laudo Arbitral y en donde se señala que tratándose de un arbitraje de derecho se encontrarían autorizados a citar no sólo el articulado legal, sino también temas doctrinarios, de principios generales del derecho y afines. Asimismo, refiere la demandante que en los numerales 10.12, 10.13 y 10.14 del mismo rubro denominado “Consideraciones sobre el Fondo de la Controversia” el Tribunal Arbitral se ha basado en la Resolución de Contraloría N° 260-2000-CG, que no se encontraba vigente a la fecha de suscripción del contrato que origina la presente litis y del cual el referido Tribunal concluye que el concepto de mayores metrados se encuentra vinculado al de presupuesto adicional y que la aprobación previa se trataría *“10.13 (.....) evidentemente de una norma relacionada con el control gubernamental, la misma que es de aplicación para las entidades, aun cuando la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no haya dispuesto ni previsto, que los mayores metrados deban ser materia de presupuestos adicionales. 10.14. Ello no implica que se pueda obligar a un contratista, a prever la ejecución de los mayores metrados que deben reconocerse y pagarse en la liquidación final, conforme a la legislación vigente, para cumplir con una norma de control que solamente obliga a la entidad (...)”*. Sin embargo, según la accionante, sí existía normatividad legal aplicable y a la que se sometieron en las Bases los postores, como la Resolución de Contraloría número 125-98-CG concordante con la Resolución de Contraloría número 260-2000-CG, que definen expresamente el concepto de presupuesto adicional, estableciendo que comprende tanto obras complementarias como mayores metrados, señalando además que constituye requisito indispensable par su ejecución y posterior pago la autorización de la entidad -la misma que no ocurrió en autos-. Por lo que al no haberse declarado la ilegalidad de esas normas de Contraloría, el Tribunal Arbitral se encontraba obligado a aplicarlas, y al no hacerlo implica una infracción del mandato del inciso tres del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil. Con ello queda claro, según la demandante, que de un lado el Tribunal Arbitral invoca una norma inaplicable al caso de autos y de otro lado adopta criterios determinados de acuerdo a las circunstancias, provocando esa contradicción e incongruencia

manifiesta lo que justifica su recurso de Anulación propuesta; teniendo presente sobre este punto que en el numeral 10.4 del rubro “Consideraciones sobre el Fondo de la Controversia” al señalar el Tribunal Arbitral que *“igualmente las disposiciones de otra índole legal, incluso las relacionadas con el Procedimiento Administrativo General y las del Sistema Nacional de Control, no consideradas expresamente en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, no pueden prevalecer sobre sus disposiciones específicas”*, estaba desestimando toda importancia y relevancia a las normas de Contraloría antes citadas y acto seguido y en el mismo Laudo le da importancia y fundamenta su decisión en otras normas de Contraloría que no resultaban aplicables al caso de autos y a las que les da un sentido que no se condice con el texto literal mismo de la norma que invoca y que en todos los casos exigía y exige como requisito indispensable para el pago de todo presupuesto adicional la autorización previa para la ejecución;

- f) Señalan además que en el numeral 10.17 del rubro “Consideraciones sobre el Fondo de la Controversia”, el Tribunal Arbitral señala que *“No reconocer el total de los metrados realmente ejecutados y que sirvieron para lograr el objetivo del contrato, sería amparar un enriquecimiento sin causa, pues la propietaria de la obra se estaría beneficiando por un trabajo ejecutado.....”*, de lo que se advierte que lo que el Tribunal Arbitral ha resuelto no es un reclamo contractual como ha sido solicitado por Corporación Sagitario, sino una figura distinta cual es una indemnización proveniente de enriquecimiento sin causa, contra la cual no se han defendido al no haber sido demandada;
- g) Por último, respecto de esta primera causal, la demandante cuestiona el hecho que en el rubro 10.24 del rubro “Consideraciones Sobre el Fondo de la Controversia” se haya conceptualizado a las costas y costos como la *“sanción para aquel litigante que acude a un proceso y observa una conducta procesal maliciosa y de falta de colaboración para la resolución de los puntos de la controversia”*, señalando que dicha definición no se condice con lo señalado por los artículos cuatrocientos diez y siguientes del Código Procesal Civil, y mas bien correspondería a la definición de multa por lo que resulta evidente que el Tribunal ha resuelto sin tener presente la normatividad aplicable al caso de autos.

SEGUNDA CAUSAL:

CAUSAL DE ANULACION PREVISTA EN EL INCISO 3) DEL ARTICULO 73º DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE 26572

Que, dentro de esta causal acusa la demandante infracción conforme a lo dispuesto por el inciso tercero del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje, en cuanto a que la composición del Tribunal Arbitral no se habría ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal, de la que las partes no pudieran apartarse,

o a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición, habiendo sido la omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considera afectada, sin ser subsanado oportunamente, toda vez que:

- a) Del artículo cuarenta y uno “b)” de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, se desprende que cuando en los contratos de obra -como el presente caso- la ejecución o interpretación del contrato en los casos de Licitación Pública y Concurso Público, en caso de discrepancias entre las partes, ésta será definida mediante arbitraje que se sujetará a lo establecido en la Ley General de Arbitraje veintiséis quinientos setenta y dos;
- b) El artículo veinticinco de la Ley veintiséis mil quinientos setenta y dos establece que *“El nombramiento de árbitro de derecho debe recaer en abogados”*, por lo que el artículo ciento cuarenta y tres del Reglamento del Decreto Supremo 039-98-PCM, que dispone que *“Para ser designado árbitro, conciliador o perito se requiere: d) Contar con título profesional, y que en caso de arbitraje, el árbitro unipersonal o el Presidente del tribunal deberá ser abogado”*, no puede modificar ni desnaturalizar la norma de rango superior, y por tanto, debe interpretarse que la disposición del artículo ciento cuarenta y tres se refiere a título profesional de abogado, por cuanto siempre será arbitraje de derecho. Por ello, el Ingeniero Federico Roldán Arrogas debía apartarse del proceso, conforme así lo solicitaron en el proceso arbitral;

ARGUMENTOS SOSTENIDOS POR LA DEMANDA

I.- NULIDAD DEL AUTO ADMISORIO

Argumentos

- a) Que la demandada Corporación Sagitario S.A., mediante escrito de fojas ciento cuarenta y cinco a ciento cincuenta y uno, de fecha cinco de diciembre del dos mil tres, se apersona a la instancia solicitando se declare la nulidad de la resolución que admite a trámite el recurso de anulación de Laudo, toda vez que la misma vulneraría lo establecido en el artículo setenta y uno de la Ley General de Arbitraje, en cuanto al plazo de interposición del recurso, y el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, sosteniendo que cuando dispone el artículo setenta y uno de la Ley General de Arbitraje que *“cuando se hubiere solicitado la corrección, integración o aclaración del laudo, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los diez días de notificada la resolución correspondiente”*, debe entenderse por “resolución correspondiente” la que resuelve corrigiendo, integrando o aclarando el laudo arbitral, y no la que desestima (declara infundada o improcedente, entre ellas, por extemporánea), como es en el presente caso, por lo cual, el plazo de diez días se computa a partir del día siguiente de notificado el laudo arbitral, salvo que hubiere sido corregido, integrado o aclarado, que no es este caso, por lo expuesto, al haberse notificado a EMAPE con el Laudo con fecha

veinticinco de agosto del dos mil tres, y presentada la demanda de anulación de Laudo con fecha veintiséis de setiembre del dos mil tres, se habría sido solicitado ésta de manera extemporánea;

- b) Que como segunda razón que sustenta la extemporaneidad alegada, señala la demandada que al haberse solicitado la aclaración el dos de setiembre del dos mil tres, cuando el Laudo fue notificado a EMAPE el veinticinco de agosto del mismo año, habrían transcurrido seis días hábiles, es decir, que fue presentado el recurso de aclaración de manera extemporánea, fuera del plazo establecido en el artículo cincuenta y cinco de la Ley General de Arbitraje, por lo cual habría incurrido en una nulidad insalvable y de pleno derecho, ante lo cual, el plazo para interponer el recurso de anulación de Laudo Arbitral debió computarse a partir de la notificación a EMAPE de la resolución número veinte que declara infundada su solicitud de aclaración presentada por Corporación Sagitario S.A., que fue el cuatro de setiembre del dos mil tres, y a partir de ahí correr el plazo de diez días para interponer el recurso de anulación, y habiendo presentado éste con fecha veintiséis de setiembre del dos mil tres, esto es, al décimo sexto día hábil posterior a la notificación de la resolución número veinte, se debió denegar la admisión a trámite del presente Recurso de Anulación de Laudo Arbitral y proceder a declarar la nulidad de todo lo actuado en este proceso al amparo del artículo ciento setenta y uno del Código Procesal Civil;

II.- CONTESTACION DE LA DEMANDA

Respecto de la Primera Causal

Argumentos

- a) Que, por escrito de fecha veintidós de diciembre del dos mil tres, Corporación Sagitario, absolviendo el traslado conferido por la resolución número dos de fecha catorce de noviembre del dos mil tres, contesta el recurso de Anulación de Laudo, manifestando que respecto a la primera causal invocada por EMAPE, referida la causal prevista en el inciso dos del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje, por no haber podido hacer valer sus derechos, perjudicándose de manera manifiesta su derecho de defensa, manifiesta la demandada en primer lugar, que de acuerdo al artículo sesenta y uno de la Ley General de Arbitraje, el objeto del recurso de anulación es la revisión de la validez del Laudo por las causales taxativamente enumeradas en el artículo setenta y tres, estando prohibido bajo responsabilidad revisar el fondo de la controversia, señalando además, que la naturaleza jurídica de este recurso es la de ser una instancia de revisión, y no una segunda instancia o instancia de apelación;
- b) Que, en cuanto a la denuncia del Laudo por vulneración del principio de congruencia de toda resolución, señala que este principio exige la identidad jurídica entre lo resuelto por el Juez en la sentencia, y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes, lo cual no se ha violado en el Laudo

cuya anulación se pretende, ya que el objeto de la pretensión fue el pago de presupuestos adicionales, y el Laudo, respondiendo a esa pretensión, declaró fundada en parte la demandada; señala además que de declararse fundada la demanda por esta causal, lo que se estaría haciendo es remitir los autos a los árbitros para que vuelvan a laudar, con la obligación de interpretar de manera distinta;

- c) EMAPE no habría dado cumplimiento oportuno del requisito para invocar esta causal, en el sentido de que la omisión o incumplimiento con el que se afecta el derecho de defensa debe ser objeto de reclamo expreso en su momento, por la parte que se considere afectada, de acuerdo al numeral dos del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje, como efectivamente se hizo con el recurso de aclaración, sin embargo, éste fue presentada de manera extemporánea y en consecuencia, es nulo e inexistente, ya que de acuerdo al artículo cincuenta y cinco de la Ley citada, las partes pueden solicitar aclaración del Laudo, dentro de los cinco días de la notificación del laudo, habiendo sido notificada EMAPE el veinticinco de agosto del dos mil tres, y solicitando la aclaración el dos de setiembre del dos mil tres, fue, al sexto día hábil de notificada con el Laudo Arbitral, por lo que además, no sería procedente admitir la anulación del recurso invocando esta causal;

Respecto de la Segunda Causal

Argumentos

- a) En cuanto a la segunda causal invocada por EMAPE, referente a que la composición del Tribunal Arbitral no se habría ajustado al convenio de las partes, ya que en su composición existió un profesional no abogado, dicho árbitro fue nombrado precisamente por EMAPE, debiendo tenerse en cuenta el principio de que carece de interés para reclamar la nulidad el que la ha cometido a sabiendas del vicio que invalidaba el acto, y estando además a lo señalado en el artículo ciento setenta y cinco del Código Procesal Civil, que señala que el pedido de nulidad será declarado inadmisibles o improcedentes cuando se formule por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio, por lo que EMAPE, no está legitimado ni tiene interés para la acción de Anulación de Laudo por esta causal;

Que en consecuencia encontrándose expedita la causa para resolver este Superior Colegiado procede ha expedir sentencia; y **CONSIDERANDO**;

PRIMERO: Que, en primer orden, corresponde analizar el cuestionamiento a la composición del Tribunal Arbitral en cuanto a la infracción invocada del inciso tercero del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje; al respecto debe tenerse en cuenta que la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, número veintiséis mil ochocientos cincuenta, resulta aplicable de manera prevalente al caso de acuerdo a lo establecido en el artículo cuarto de esa misma norma que dispone su especialidad y prevalencia de ella y su

reglamento en materia de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sobre normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que fueran aplicables;

SEGUNDO: Que, en ese mismo sentido regula el artículo cincuenta y tres de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, modificado por Ley número veintisiete mil trescientos treinta, del veintiséis de julio del dos mil, al establecer que “los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia”, de lo que se desprende que la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento resultan de aplicación prioritaria a este caso. Que por lo demás en cuanto al argumento sostenido por la demandante en cuanto a que la Ley 27330 no resultaba aplicable al caso de autos por cuanto dicha norma no se encontraba vigente a la fecha de celebración del contrato, cabe señalar que dicho cuestionamiento fue objeto de recurso de reposición al interior del proceso Arbitral, el mismo que fue declarado infundado por Resolución de fecha quince de abril del dos mil tres, con lo que se entiende que la accionante hizo valer su derecho en forma oportuna e irrestricta, por lo que el cuestionamiento hoy planteado supondría revisar los argumentos que motivaron a los árbitros para desestimar lo solicitado; controversia que por lo demás resulta ajena a la naturaleza del presente proceso en aplicación de lo previsto en el artículo sesenta y uno de la Ley General de Arbitraje. Asimismo siendo que el reglamento de dicha Ley vigente al momento de la celebración del contrato de obra, de fecha dos de febrero de dos mil uno al disponer en su artículo ciento cuarenta y tres, que para ser designado árbitro, conciliador o perito se requiere: “Inciso d: Contar con título profesional. En caso de arbitraje, el árbitro unipersonal o el Presidente del Tribunal deberá ser abogado”; se puede inferir validamente la posibilidad de que los otros árbitros no sean abogados, sin establecer exigencia en el sentido de que el Tribunal esté integrado exclusivamente por abogados, debiendo además tenerse en cuenta que en la Cláusula de Solución de Controversias, llamada “Cláusula Arbitral” del contrato de Ejecución de Obra materia de autos, las partes convienen que a falta de acuerdo en la designación de los árbitros o ante la rebeldía de una de las partes en cumplir con dicha designación, la misma sería efectuada por el CONSUCODE conforme a las disposiciones de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, o las reglas procesales del Centro de Arbitraje al cual se hubiesen sometido las partes, de lo que se advierte que para la designación de los árbitros, las partes por libre acuerdo han dispuesto que la designación de árbitros se hará conforme a la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta.

TERCERO: Que, teniendo presente, lo anteriormente expuesto, resulta pertinente señalar que en el Oficio número 461-2003-GCA-CONSUCODE, del diecinueve de marzo del dos mil tres, el propio CONSUCODE se pronuncia sobre el sustento legal de la designación de un árbitro no abogado en un Tribunal Arbitral de Derecho, cuando señala a) El Sistema Jurídico de Arbitraje Administrativo cuenta con características especiales, a diferencia del Arbitraje privado, debidamente garantizadas por el Derecho Público, en virtud al principio de especialidad y legalidad de la normativa de contrataciones y

adquisiciones del Estado, estando consagrado legalmente el primero de estos principios en el artículo cuarto de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta; b) El artículo cincuenta y tres de la citada norma fue modificado por la Ley veintisiete mil trescientos treinta del veintiséis de julio del dos mil, introduciendo en su artículo primero el último párrafo del artículo cincuenta y tres, disponiendo que “Los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia”; c) En ese sentido y en cuanto a la conformación del Tribunal Arbitral, existe normativa expresa en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo número 039-98-PCM, sin perjuicio de que la misma Ley veintiséis mil quinientos setenta y dos, brinde tutela en diversos artículos a la prevalencia de normas reglamentarias a que se hayan sometido las partes, como es el caso del inciso dos del artículo veintiocho de la acotada; d) Conforme al derecho público y al interés público por éste tutelado, la normatividad sobre contrataciones y adquisiciones del Estado resulta aplicable de manera relevante y preeminente en los casos de controversias cuyos supuestos de arbitrabilidad se encuentren previstos en la misma, en particular en la etapa de ejecución de los contratos que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; e) Se ha previsto en la normativa de Contrataciones Públicas que el arbitraje será siempre de derecho, poniendo a disposición de las partes contratantes una gama de alternativas para la integración de los Tribunales arbitrales de derecho, dependiendo ello, en primer lugar del acuerdo de voluntades existente entre las partes, con base en el convenio arbitral, y a falta de acuerdo, la designación del número de árbitros dependerá del tipo contractual correspondiente, siendo posible en el caso de conformación de Tribunal Arbitral, que esté conformado por un abogado y hasta por dos profesionales no abogados, con la condición de que el abogado presida el Tribunal Arbitral; f) El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma de orden público aplicable al asunto materia de análisis, señala taxativamente en su artículo 143-d que “El árbitro unipersonal o el presidente del Tribunal deberá ser abogado”. Dicho mandato es imperativo, y constituye la base técnica para comprender el sentido especializado del arbitraje regulado por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; g) La norma referida no precisa un mandato legal expreso e imperativo en el sentido que los tribunales Arbitrales deben estar integrados siempre por tres abogados, y en consecuencia, siguiendo el principio de especialidad y legalidad tutelado por las normas de derecho público, y atendiendo a que no cabe distinguir donde la normativa no lo hace, se permite que dichos Tribunales Arbitrales puedan ser integrados de manera híbrida, hasta por dos profesionales no abogados, pero siempre presididos por un árbitro abogado, lo que no contraviene en absoluto el artículo veinticinco de la Ley General de Arbitraje, ya que en el caso de árbitro único o de presidente del Tribunal Arbitral, se trata de árbitros de derecho;

CUARTO: Que, respecto de este tema no está demás recordar que el criterio manejado por el CONSUCODE señalado precedentemente, se reafirma una vez más cuando por Oficio número 053-2003-CONSUCODE-GCA establece la legalidad de la procedencia de la participación de uno o más profesionales no

abogados como miembros no Presidentes de un Tribunal Arbitral constituido para resolver controversias en materia de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y cuya naturaleza especial se encuentra consagrada por la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta y su Reglamento.

QUINTO: Que, a mayor abundamiento, cabe señalar que la Ley veintiséis mil quinientos setenta y dos, en su artículo veintinueve señala que las partes pueden dispensar las causas de recusación que conocieran, y en tal caso no procederá recusación o impugnación del Laudo por tales motivos, disponiéndose en el artículo treinta de la misma ley que, en caso de recusación a un árbitro por la parte que lo designó, sólo podrá invocar causales que hayan sobrevenido a su nombramiento, lo cual no se da en el caso de autos en que se le recusa por ser ingeniero, calidad que era conocida por EMAPE, tal como incluso lo sostiene el propio árbitro recusado, conforme se advierte de su escrito de absolución de recusación presentada, por lo que dicha recusación no resulta procedente, ni la anulación de laudo por este motivo, y estando además a lo dispuesto por artículo ciento setenta y cinco del Código Procesal Civil, no procede el pedido de nulidad cuando se formula por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio, en el entendido que fue la propia demandante quien designó como árbitro al mismo que hoy cuestiona, por lo que no puede argumentar aquella como un error de interpretación cuando se entiende que para solicitar un Laudo Arbitral las partes deben conocer y entender la normatividad pertinente al caso en concreto;

SEXTO: Que, respecto de este mismo punto se advierte que según el expediente arbitral anexado, EMAPE nombró como árbitro en la calidad profesional al Ingeniero Federico Roldán Arrogas, conforme consta del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha veintisiete de diciembre del dos mil dos y notificada a las partes mediante Resolución de fecha treinta de diciembre del mismo año, no evidenciándose que se haya dejado constancia de alguna observación oportuna a la referida designación, Que asimismo se debe señalar que si bien mediante Recurso de fecha seis de enero del dos mil tres, EMAPE impugna el Acta de Instalación lo hace por razones diferentes a la calidad profesional del referido árbitro, siendo esta la primera oportunidad que tenía para formular su reclamo deduciendo la nulidad del Acta de Instalación por la causal que hoy invoca, en tal sentido se evidencia que EMAPE, no fue oportuno en presentar su reclamo conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje; advirtiéndose incluso que EMAPE no recusó en su momento al árbitro designado por ellos conforme a la regla prevista en el literal a) del artículo ciento cuarenta y ocho del Reglamento de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, concordante con lo dispuesto en el artículo treinta y uno de la Ley General de Arbitraje por el que se establece que la recusación debe realizarse inmediatamente después de conocida la causa; evidenciándose por el contrario del estudio del expediente arbitral que la recusación por parte de EMAPE respecto del árbitro designado por ellos mismos, se produjo con posterioridad a los sesenta días de producida la notificación de la designación del referido árbitro, contraviniendo con ello la normatividad precedentemente señalada;

SÉPTIMO: Que, sobre este mismo punto no está demás incidir en el hecho que el artículo cincuenta y tres de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, señala taxativamente que el arbitraje se regirá por el reglamento correspondiente, esto es, el Decreto Supremo 039-98-PCM, lo que evidencia una remisión legal expresa que opera desde una norma legal con rango de ley y de Derecho Público, hacia el Reglamento, un Decreto Supremo, también de Derecho Público, entendido como acto de ejercicio de poder. En ese entendido una remisión legal también puede producirse en sede privada donde por lo demás resulta evidente que el Estado es el protagonista al actuar sobre la base de una Razón de Estado.

OCTAVO: Que, estando a la observación antes mencionada y en virtud del principio de especialidad y especificidad tutelados por la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, y sobre la base del principio de derecho que señala que en un mismo ámbito jurídico, no cabe distinguir donde la ley no distingue, es legalmente factible contar con un tribunal arbitral que esté integrado hasta por dos árbitros no abogados, configurando así un arbitraje de derecho, en la medida que se cumplan las formalidades legales administrativas, inherentes a este tipo de arbitraje:

NOVENO: Que, de otro lado el mismo marco normativo mantiene una determinación jurídica a favor del arbitraje de derecho, en orden a que el actuar del Estado constituye una expresión del principio de legalidad y por ende, las contrataciones y las controversias derivadas de las mismas, se encuentran sujetas al marco normativo por exclusivas consideraciones de Derecho Público. Sin embargo debemos reiterar una vez más que la Presidencia del Tribunal Arbitral siempre debe ser ejercida por un abogado lo que concuerda por lo demás plenamente con la Ley de Arbitraje, en lo que concierne a las atribuciones del Presidente del Tribunal Arbitral, artículo cuarenta y siete - Decisión del Presidente del Tribunal Arbitral y designación del dirimente-; consecuentemente el marco normativo garantiza que este Tribunal produzca un laudo de derecho cumpliendo en todos sus extremos con los requisitos de forma a que se refiere el artículo cincuenta de la Ley General de Arbitraje y sin que ello implique la desnaturalización de la lógica labor deliberativa de los árbitros, con la finalidad de lograr la apropiada solución a la controversia;

DÉCIMO: Que, este mandato del reglamento promueve entonces la especialización en este tipo de arbitrajes y armoniza a su vez en su integridad, con el artículo tercero de la Ley General de Arbitraje, que señala que el arbitraje es de derecho, cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable y debiendo el laudo correspondiente adoptar *in fine* las formalidades legalmente establecidas;

DÉCIMO PRIMERO: Que, además dada la remisión legal contenida en el artículo cincuenta y tres de la ley, norma de Derecho Público, cabe concluir que, en virtud de los principios de especialidad y especificidad antes mencionados que inspiran el artículo cuarto de la misma ley, el reglamento no

se encuentra en colisión con el artículo veinticinco de la Ley General de Arbitraje, cuando ésta regula lo concerniente a la calificación legal de árbitros, pues en este aspecto, el marco normativo obedece principalmente la *ratio legis* de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado veintiséis mil ochocientos cincuenta (Ley Administrativa) y sólo secundariamente a la *ratio legis* de la Ley General de Arbitraje. En el primer caso se introducen otros elementos para estructurar la calificación legal en mención y, además de ello, resalta la importancia de la finalidad pública que entraña el marco normativo materia de análisis, mientras que en el segundo caso y en razón de la respectiva naturaleza normativa, el bien jurídico tutelado es de carácter privado y si las partes no pactan dentro de los márgenes que les concede la Ley General de Arbitraje, entonces ésta será de obligatorio cumplimiento;

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en ese entendido, los abogados dentro de estos tribunales arbitrales establecidos de conformidad con el marco normativo en materia de contrataciones y adquisiciones se encuentran en la obligación legal y moral de hacer cumplir la ley aplicable para la solución de la controversia, contando además con la ventaja de poder integrar, dentro del propio tribunal arbitral, a otros profesionales que aporten su criterio especializado. Ello pues implica preservar en la solución de la controversia, la vigencia de las normas especializadas y específicas de Derecho Público. De ahí el rol relevante de los árbitros abogados en este tipo de arbitraje administrativo;

DÉCIMO TERCERO: Que, por lo expuesto en este punto no resulta válido pretender que los arbitrajes de derecho, en el marco normativo de contrataciones y adquisiciones, necesariamente tengan que ser llevados a cabo por árbitros abogados, en el caso de los tribunales integrados por tres miembros, especialmente cuando es evidente que el marco normativo de Derecho Público que regula este tema, ha optado de manera expresa por la posibilidad que se adopte una fórmula híbrida en la conformación de los tribunales arbitrales, la misma que se impone con base en los principios de especialidad, especificidad y legalidad tantas veces mencionada;

DÉCIMO CUARTO: Que, por último el criterio antes esbozado ha sido recogido en la Jurisprudencia de la Tercera Sala Civil de Lima en resolución recaída en el expediente número 1510-2002 expedida con fecha ocho de mayo del dos mil tres, en el que se precisa que en virtud del principio de especialidad y estando a lo establecido en la Ley General de Arbitraje, no constituye causal de anulación de los laudos arbitrales el que los tribunales arbitrales que actúen conforme el marco normativo se encuentren integrados por profesionales no abogados, con exclusión del presidente del tribunal arbitral; criterio que si bien no resulta de observancia obligatoria, sin embargo constituye un comentario adicional a fin de reforzar los fundamentos precedentemente expuestos;

DÉCIMO QUINTO: Que, corresponde conforme al estado del proceso emitir pronunciamiento en cuanto la nulidad deducida por la parte demandada. Al respecto señala la emplazada que del artículo setenta y uno de la Ley General de Arbitraje, debe entenderse por “resolución correspondiente” la que resuelve

corrigiendo, integrando o aclarando el Laudo Arbitral, y no la que desestima; sin embargo ello no se deduce del texto literal del citado artículo que establece que cuando se hubiere solicitado la corrección, integración o aclaración del laudo, el recurso de anulación correspondiente dentro de los diez días de notificada la resolución correspondiente, es decir, la resolución relativa a la solicitud efectuada, sea la que conceda la aclaración solicitada, o la que desestima dicha solicitud, estando al brocardo que reza *ubi lex non distinguit, non distinguit debemos*; en ese contexto, y habiéndose notificado la resolución que desestima la solicitud de aclaración a EMAPE con fecha doce de setiembre del dos mil tres, y presentado ésta su recurso de Anulación de Laudo Arbitral ante el Poder Judicial con fecha veintiséis de setiembre del mismo año, según se advierte del sello de recepción de la propia demanda de fojas noventa y seis, se encuentra la demandante dentro del plazo de los diez días establecidos en el artículo setenta y uno de la Ley General de Arbitraje;

DÉCIMO SEXTO: Que, en cuanto a la segunda razón que sustenta la extemporaneidad alegada, respecto a que desde la fecha de notificación a EMAPE del Laudo Arbitral a la solicitud de aclaración de fecha dos de setiembre del dos mil tres, habrían transcurrido seis días, y por tanto, presentando su aclaración fuera del plazo establecido en el artículo cincuenta y cinco de la Ley General de Arbitraje, incurriendo así en causal nulidad; y en lo referente a que el plazo para interponer el recurso de Anulación de Laudo Arbitral debió computarse a partir de la notificación a EMAPE de la resolución número veinte que declara infundada la solicitud de aclaración de Corporación Sagitario S.A.; se advierte del expediente arbitral que el recurso de aclaración presentado por EMAPE fue declarado improcedente, notificándose con dicha resolución a Corporación Sagitario S.A. el once de setiembre del dos mil tres, la cual contenía un análisis sobre el fondo, mas no una declaración de extemporaneidad del recurso, ante lo cual, Corporación Sagitario no formula medio impugnatorio alguno, siendo que incluso, con fecha tres de octubre del dos mil tres, presenta un escrito con la liquidación del Laudo, en el que tampoco hacen solicitud alguna para que se declare la extemporaneidad del recurso de aclaración de EMAPE, en ese sentido si la hoy demandada consideró que existía alguna nulidad debió formular su pedido en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo, que al no hacerlo así resulta de aplicación lo previsto en el tercer párrafo del artículo ciento setenta y dos del Código Procesal Civil, concordante con lo dispuesto en el artículo ciento setenta y seis de la norma procesal acotada, por lo que la nulidad formulada deviene en desestimable;

DÉCIMO SEPTIMO: Que, conforme a la cláusula décima sexta del Contrato de Ejecución de Obra número 016-2001-EMAPE-GG/Concurso Oferta con Financiamiento de Terceros que corre en el proceso arbitral, las partes decidieron que cualquier diferencia que surja o se relacione con la ejecución y/o interpretación del Contrato será resuelto de manera definitiva mediante Arbitraje de Derecho y conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, así como la Ley de Arbitraje;

DÉCIMO OCTAVO: Que, las partes en el ejercicio de su libertad de contratación designaron cada una a sus árbitros, recayendo el nombramiento por parte de Corporación Sagitario S.A. en el doctor Luis Alfredo León Segura y por parte de la Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima (EMAPE) en el Ingeniero Federico Roldán Arrogas quienes eligieron como Presidente del Tribunal al doctor Aurelio Moncada Jiménez;

DÉCIMO NOVENO: Que, tramitado el proceso conforme a su naturaleza los árbitros por unanimidad laudaron en favor de Corporación Sagitario Sociedad Anónima, ordenando a la Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima (EMAPE) el pago de los montos señalados en el Laudo Arbitral, y no encontrándose conformes con ello, Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima (EMAPE) acude en sede judicial solicitando la anulación del laudo, fundándose en lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje veintiséis mil quinientos setenta y dos y cuyos fundamentos se encuentran desarrollados en la parte expositiva de la presente resolución;

VIGÉSIMO: Que, la potestad de administrar justicia que le confiere la Constitución al Poder Judicial y su facultad de control de los laudos arbitrales que se le someten a su conocimiento, se encuentra enmarcada dentro de las normas señaladas en la Ley de Arbitraje, especialmente el artículo sesenta y uno, y setenta y tres de la norma antes acotada, dispositivos que determinan su legalidad y validez, convirtiéndose en marco de garantía contra posibles desbordes y extralimitaciones que puedan darse violentando el derecho de los justiciables; consecuentemente y estando los requisitos de admisibilidad cumplidos, corresponde emitir pronunciamiento respecto de los presentes autos;

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, conforme a lo dispuesto por el artículo sesenta y uno de la Ley General de Arbitraje veintiséis mil quinientos setenta y dos, contra los Laudos Arbitrales dictados en una sola instancia o contra los Laudos Arbitrales de segunda instancia procede la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo setenta y tres de la referida Ley, teniendo el recurso por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia y se resuelve declarando su validez o su nulidad, estando prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia;

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, a manera de referencia conviene recordar que la controversia entre las partes surgida en dicho proceso arbitral se resumió en los siguientes puntos controvertidos fijados en la Audiencia de Acuerdo Arbitral, Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, los mismos que fueron aceptados por la hoy demandante sin ninguna objeción: 1) Determinar de acuerdo a la cantidad de obra ejecutada y conforme al contrato y la ley, si procede reconocer a favor del demandante la suma de tres millones doscientos cuarenta y cinco mil veintiocho punto ochenta

nuevos soles (S/.3'245,028.80) incluido IGV, como saldo no reconocido en la Resolución número 044-2002-EMAPE/GT, de fecha catorce de noviembre del dos mil dos. Dicho monto se disgrega en dos conceptos: Mayores Metrados dos millones trescientos noventa y nueve mil trescientos veinte punto dieciocho nuevos soles (S/.2'399,320.18) incluido IGV y Adicionales de Obra ochocientos cuarenta y cinco mil setecientos ocho punto sesenta y dos nuevos soles (S/.845,708.62) incluido IGV. 2) Determinar si procede el reconocimiento y pago de intereses legales generados por la suma demandada. 3) Determinar si procede el reconocimiento y pago de los reajustes en los precios unitarios correspondientes a la fecha en que se interpuso la demanda hasta la fecha real del pago. 4) Establecer si procede la expresa condena de los gastos que pudo ocasionar el arbitraje por los honorarios al Tribunal Arbitral, gastos de administración y secretaria y los honorarios del profesional que asuma la defensa; consecuentemente conforme a la naturaleza del presente proceso corresponde a este Colegiado verificar si el referido Tribunal Arbitral ha ceñido su accionar dentro de los límites de los puntos controvertidos arriba señalados, verificando la existencia o no de alguna contravención al debido proceso, sin entrar a analizar como se dejó anotado, sobre aspectos de fondo de la controversia allí suscitada;

VIGÉSIMO TERCERO: Que, los demandantes alegan infracción del inciso segundo del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje veintiséis mil quinientos setenta y dos, señalando que no han podido hacer valer sus derechos, habiéndose perjudicado su derecho de defensa, al adoptar el Tribunal Arbitral criterios contrarios a la literalidad de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta y de su Reglamento, señalando en primer lugar, que del numeral 10.8 del rubro "Consideraciones sobre el Fondo de la Controversia", el Tribunal Arbitral haya hecho referencia a la existencia de sólo dos sistemas de contratación: a precios unitarios y a suma alzada, siendo que ello no se condice con el texto literal del artículo veintisiete del Decreto Supremo número cero treinta y nueve-noventa y ocho-PCM, que dispone que dichos sistemas *podrán ser* el de suma alzada y el de precios unitarios, tarifas o porcentajes, admitiendo que se puedan utilizar además, otros sistemas de contratación, con lo cual se concluye que no son los únicos sistemas de contratación como señala el Tribunal; asimismo, denuncian incongruencia en cuanto *al señalar* el Tribunal Arbitral que *las Bases y los Términos de referencia* resultaban contrarias a la Ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta y su Reglamento, referido al hecho de que las mismas no podían establecer que las valorizaciones y los adicionales puedan ser pagadas hasta el monto tope fijado presupuestalmente, habría incurrido en una incongruencia extra petita, al dejar sin efecto la absolución de consultas de las bases, que de acuerdo al artículo setenta y nueve del Reglamento de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, forme parte del contrato; de otro lado, denuncian incongruencia, por la infracción al principio del trato justo e igualitario, que se vería afectado por cuanto los otros postores que han participado en el proceso de selección formularon sus propuestas en función a tan determinante hecho, lo que conllevaría a la nulidad del proceso y del contrato mismo, por lo que, según la demandante, el Tribunal a través de tan incongruente razonamiento estaría

otorgando derechos provenientes de un acto jurídico nulo de pleno derecho; también, en cuanto que, al afirmar el Tribunal que las bases y los términos de referencia no podían establecer que las valorizaciones y los adicionales puedan ser pagadas hasta el monto tope fijado presupuestalmente, deja sin efecto los numerales 17.2 y 17.3.3 de las bases de la licitación, que forman parte del contrato, resolviendo así un punto no controvertido, y por tanto, de forma extra petita; del mismo modo, cuando el Tribunal señala que el Sistema de precios Unitarios con tope máximo” no existiría legalmente, cuando sí existe,” así como que la definición sobre presupuesto adicional no se encuentra en la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta y su Reglamento; y por último que se ha conceptualizado a las costas y costos como la sanción para aquel litigante que acude a un proceso y observa una conducta procesal maliciosa y de falta de colaboración para la resolución de los puntos de la controversia, cuando dicha definición no se condice con lo señalado por los artículos cuatrocientos diez y siguientes del Código Procesal Civil, y más bien correspondería a la definición de multa; sin embargo, con todas aquellas afirmaciones con las que el demandante pretende sustentar que se habría incurrido en causal de nulidad prevista en el inciso segundo del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje, no ha hecho sino formular objeciones al criterio de los árbitros, al señalar que “tan incongruente razonamiento” afectaría sus derechos, sin tener en cuenta que con ello se estaría pretendiendo efectuar una revisión respecto del fondo del asunto, cuando el inciso dos del artículo setenta y tres citado está limitado a vicios en la notificación u tras causas que impidan a las partes hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa; en tal sentido, de las argumentaciones vertidas, se advierte que lo que se pretende cuestionar es el criterio del Juzgador, lo cual no es pasible de revisión por esta vía, ya que la Anulación de Laudo está limitada a la inobservancia de aspectos formales, taxativamente señalados en el referido artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje, sin poder entrar a analizar el fondo de la materia bajo responsabilidad;

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en ese contexto y evidenciándose indebida invocación al principio de congruencia procesal, conviene al respecto realizar algunas precisiones. Que doctrinariamente se comprende a la congruencia como aquella exigencia de identidad que debe mediar entre la materia, partes y hechos de una litis y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirime. Debiendo destacar que el respeto a la congruencia reclama que todas las pretensiones deducidas por el demandante como también por la totalidad de las cuestiones llevadas a la controversia por la demandada, deben ser ponderadas y resueltas por el Juzgador. Tal exigencia comprende: a) la resolución de todas las pretensiones deducidas, es decir la prohibición de omitir la decisión de una pretensión oportunamente deducida; b) debe referirse nada más que a las pretensiones ejercitadas, esto es, no se puede resolver pretensiones no ejercitadas o exceder las deducidas; c) deben ser de resolución todas las cuestiones introducidas al debate por el demandado y nada más que ellas;

VIGÉSIMO QUINTO: Que, al respecto resulta oportuno destacar el comentario de algunos autores sobre el principio en comento. Así, para Devis Echeandía la congruencia en sede procesal, es el “principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes para que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones” (Hernando Devis Echeandía, Teoría General del Proceso, Tomo dos página quinientos treinta tres).

Jaime Guasp por su parte define a la congruencia como “(...) la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyan el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto”. GUASP, Jaime “Derecho Procesal Civil”, 3ª Edic. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, T.I. p. 517).

Asimismo según entiende Jorge W. Peyrano la congruencia “(...) es la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima”. Peyrano, Jorge W. “El Proceso Civil Principios y Fundamentos”. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 64);

VIGÉSIMO SEXTO: Que, de lo anteriormente expuesto se puede evidenciar por interpretación a contrario, que la incongruencia procesal constituye violación al derecho a un debido proceso, en tanto deja de lado los términos de la controversia o thema decidendum y llevan al proceso peticiones no discutidas por los justiciables;

VIGÉSIMO SEPTIMO: Que, en resumidas cuentas, debemos concluir respecto de este punto señalando que el principio de congruencia está referido a la exigencia de identidad jurídica entre lo resuelto en cualquier sentido por el Juez en la Sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes, y no debe aplicarse en el sentido dado por los demandantes que están referidos más bien a una supuesta incongruencia en el razonamiento del Juzgador con el contenido de la ley, y por cuanto adoptar una posición respecto de una norma legal no significa la afectación del derecho al debido proceso, ya que ello se hace en ejercicio de las facultades de las que están investidos los árbitros al conocer un caso, no habiendo acreditado la demandante en momento alguno que se le haya impedido hacer valer su derecho, o que se haya afectado su derecho de defensa.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, asimismo la accionante denuncia que en el numeral 10.17 del rubro “Consideraciones sobre el fondo de la Controversia”, el Tribunal Arbitral ha señalado que: “No reconocer el total de los metrados realmente ejecutados y que sirvieron para lograr el objetivo del contrato, sería amparar un enriquecimiento sin causa, pues la propietaria de la obra se estaría beneficiando por un trabajo no ejecutado...”. Que sobre este punto señalan la demandante que se advertiría que lo que el Tribunal Arbitral ha resuelto no es un reclamo contractual como ha sido solicitado por Corporación Sagitario S.A., sino una figura distinta cual es una indemnización proveniente de enriquecimiento sin causa, contra la cual no se han defendido al haber sido

demandada, y que por ello se habría incurrido en un vicio de congruencia; que no obstante lo expuesto por el accionante, debe tenerse en consideración que la remisión a enriquecimiento sin causa fue efectuada a modo de comentario, sin sustentarse en ese instituto para determinar la procedencia de la demanda en sede arbitral, más aún, teniendo en cuenta que acción por enriquecimiento sin causa es de carácter supletorio y subsidiario, y no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener el pago respectivo, por lo que al señalarse en el Laudo que de no pagarse los presupuestos adicionales EMAPE estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa, simplemente se está refiriendo a la existencia de una acreencia por parte de Corporación Sagitario S.A. que debe ser pagada;

VIGÉSIMO NOVENO: Que, a mayor abundamiento se debe acotar que el hecho que en el Laudo cuya anulación se pretende se haya invocado enriquecimiento sin causa, no evidencia que dicho elemento se haya constituido en argumento sustancial para definir el referido Laudo Arbitral, toda vez que resultaba un argumento complementario sin constituir la ratio decidendi del Laudo, por lo que deviene en desestimable el cuestionamiento planteado por la demandante, advirtiéndose por lo demás del Laudo en referencia que se ha resuelto dentro de los alcances de lo solicitado en el escrito de demanda que corre a fojas treinta y siete del expediente arbitral, ya que habiendo solicitado el pago de presupuestos adicionales por la suma de tres millones doscientos cuarenta y cinco mil veintiocho nuevos soles, con ochenta céntimos de nuevo sol, incluido IGV, disgregados en dos millones trescientos noventa y nueve mil trescientos veinte nuevos soles, con dieciocho céntimos de nuevo sol por mayores metrados, y ochocientos cuarenta y cinco mil setecientos ocho nuevos soles con sesenta y dos céntimos de nuevo sol por Adicionales de Obra, se ha declarado fundada la demanda sólo en parte, concediéndose por mayores metrados, la suma de un millón quinientos treinta mil ciento cincuenta y ocho nuevos soles, con treinta y cuatro céntimos de sol, más reajustes de precios, intereses legales e IGV, declarándose infundada la demanda en el extremo que solicita Adicionales de Obra, por lo que no se advierte que se hayan excedido los árbitros de lo solicitado, evidenciándose mas bien que el Tribunal Arbitral ha comprendido su accionar respecto de este punto dentro de los límites fijados en los puntos controvertidos ya señalados;

TRIGÉSIMO: Que, asimismo, el hecho que el pago de mayores metrados ejecutados y reclamado por Corporación Sagitario S.A., se haya tratado como la ejecución de una obra a precios unitarios, con la calidad de pagos a cuenta con determinación de su monto en la liquidación respectiva, evidencia que el Tribunal Arbitral ha resuelto dentro de lo previsto en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado veintiséis mil ochocientos cincuenta y su respectivo reglamento, tanto mas, si lo pretendido por la accionante resulta tener incidencia sobre el fondo de los hechos allí suscitados, por lo que no resulta compatible con la naturaleza de la presente demanda sobre Anulación de Laudo Arbitral donde por disposición expresa del numeral sesenta y uno de la Ley veintiséis mil quinientos setenta y dos -Ley General de Arbitraje- se

encuentra prohibida la revisión del fondo de la controversia suscitada en el proceso arbitral;

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, asimismo respecto a que el Tribunal Arbitral no habría tomado en consideración la absolución de las consultas de las bases sobre pagos de presupuestos adicionales por cuanto según refiere, formaría parte integrante del contrato según el numeral setenta y nueve del Reglamento de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta, así como no habría tomado en cuenta las resoluciones de Contraloría números 125-98-CG Y 260-2000-CG sobre presupuesto adicional respecto de pago de mayores metrados; debe considerarse, respecto del primer punto, que el Tribunal Arbitral ha actuado con sujeción a las disposiciones de la Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta y su reglamento respectivo al resultar dichas normas aplicables conforme al principio de especialidad y en atención a lo acordado en la Cláusula décima sexta del Contrato de Ejecución de Obra número 016-2001-EMAPE-GG, no advirtiéndose en cuanto a este punto contravención a su derecho de defensa; respecto del segundo punto cabe señalar que la referencia al termino de mayores metrados aparecida en la Resolución de Contraloría surge relacionado al tema de presupuesto adicional sólo para fines del control gubernamental mas no como requisito previo para su pago, Que sin embargo no obstante lo expuesto, se advierte que los argumentos esgrimidos por la demandante guardan relación con el fondo del asunto dilucidado en el referido Proceso Arbitral, mas no así con las causales de anulación arbitral a que se contrae el numeral setenta y tres de la Ley General de Arbitraje por lo que este punto debe igualmente ser desestimado;

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, para concluir sobre este punto no está demás recordar algo concluyente a) No compete apreciar en este proceso si hubo indebida valoración de los medios probatorios, al estar limitado el proceso de Anulación solo a las causales enunciadas en el artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje; b) Merituar si hubo indebida valoración de la prueba implica revisar el contenido del Laudo en cuanto al fondo de lo decidido por los árbitros, lo que está vedado en sede judicial, conforme al señalado artículo sesenta y uno de la Ley General de Arbitraje;

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, consecuentemente, habiéndose fijado los puntos controvertidos respecto de las alegaciones y contradicciones y siendo que las partes así lo han aceptado, el Laudo no adolece de los defectos y vicios que se le acusa, teniendo en cuenta lo expresado por Trazegnies cuando refiere que “La litis contestatio se forma en un arbitraje cuando las partes definen la materia controvertida en el convenio arbitral, o a falta de tal definición o como complemento de ella, cuando las partes presentan sus pretensiones al árbitro”. En tal sentido debemos tener en cuenta que el convenio ha señalado específicamente que las discrepancias que surjan o se relacionen con la ejecución y/o interpretación de este convenio será resuelto de manera definitiva mediante Arbitraje de Derecho y conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, así como la Ley de Arbitraje. Que en ese entendido, se advierte que las pretensiones y

contradicciones de las partes se han plasmado en los puntos controvertidos ya citados, cuya resolución en el Laudo no ha escapado a nada que no sea específicamente lo que la parte agraviada a impetrado y probado;

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, por tales razones, en aplicación de los artículos veintiocho, veintinueve, treinta y setenta y tres, incisos dos y tres de la Ley General de Arbitraje número veintiséis mil quinientos setenta y dos; cuarenta y uno y cincuenta y tres de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado número veintiséis mil ochocientos cincuenta, ciento cuarenta y tres, inciso “d” del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, vigente a la fecha de celebración del contrato de obra, ciento setenta y dos, tercer párrafo, ciento setenta y cinco y ciento setenta y seis del Código Procesal Civil, y no adviniéndose de los presentes actuados contravención a los derechos invocados como causales de anulación del tantas veces citado Laudo Arbitral a que se contrae el inciso segundo y tercero del artículo setenta y tres de la Ley General de Arbitraje veintiséis mil quinientos setenta y dos la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima;

FALLA:

Declarando: INFUNDADA la nulidad deducida por escrito de fojas ciento cuarenta y cinco a ciento cincuenta y uno e **INFUNDADO** el recurso de anulación de laudo arbitral, en consecuencia en aplicación de lo dispuesto en el artículo sesenta y uno de la Ley General de Arbitraje veintiséis mil quinientos setenta y dos, se declara la validez del Laudo Arbitral de Derecho de fecha veinte de agosto del dos mil tres así como su Aclaración de fecha ocho de setiembre del dos mil tres, expedido por el Tribunal presidido por el Doctor Aurelio Moncada Jiménez, y conformado además por los señores Luis Alfredo León Segura y Federico Roldán Arrogas; en el proceso arbitral seguido por Corporación Sagitario S.A. con Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima -EMAPE-, sobre pago de presupuestos adicionales.

FERREYRA VILDOZOLA
WONG ABAD
TORRES VENTOCILLA