

Exp. N° 1406-118-17
CONSORCIO HUALLAGA – PROVIAS NACIONAL

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: Consorcio Huallaga, conformado por Construcción y Administración S.A., Hidalgo E Hidalgo S.A. y Aramayo S.A.C. Contratistas Generales (en adelante, el Consorcio, el Contratista o el Demandante)

DEMANDADO: Provias Nacional (en adelante, Provias Nacional, la Entidad o el Demandado)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: Eduardo Ferrero Costa (Presidente)
Freddy Escobar Rozas (Árbitro)
Enrique Antonio Varsi Rospigliosi (Árbitro)

SECRETARIA ARBITRAL: Silvia Rodríguez Vásquez

Secretaria General de Conciliación y Arbitraje del Centro de Resolución de Conflictos de la Universidad Católica.

Resolución N° 15

En Lima, a los diecinueve días del mes de febrero del año dos mil diecinueve, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a la excepción de cosa juzgada formulada por Provias Nacional, dicta el siguiente laudo.

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.1 El Convenio Arbitral

De acuerdo a las disposiciones contenidas en la Cláusula Trigésimo Quinta del Contrato de Ejecución de Obra N° 090-2012-MTC/20 "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Juanjui – Tocache, Tramo: Campanilla – Juanjui" (en adelante, el CONTRATO) suscrito por las partes con fecha 25 de octubre de 2012, y en concordancia con el artículo 34° del Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante, el REGLAMENTO), el arbitraje será institucional y de derecho.

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral

El 25 de setiembre de 2017 se instaló el Tribunal Arbitral, integrado el doctor Eduardo Ferrero Costa (Presidente), el doctor Freddy Escobar Rozas (Árbitro) y el doctor Enrique Antonio Varsi Rospigliosi (Árbitro), en donde se fijaron las reglas aplicables al presente proceso.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación al presente proceso el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante, REGLAMENTO), el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, y su reglamento, y su modificatoria, y, en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, simplemente LA), las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas de derecho privado.

En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

III. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO

Con fecha 30 de octubre de 2017, el Consorcio presentó su demanda señalando como pretensiones las siguientes:

- Que se reconozca 19 días adicionales a los 42 días de prórroga que les fueron concedidos por la Entidad Contratante, a través de la Resolución Directoral N° 765-2013-MTC/20 –en adelante, la Resolución N° 765- correspondiente a la primera solicitud de ampliación de plazo y como consecuencia de ello se ordene pagar al Contratante el íntegro de los gastos generales variables derivados del período ampliado que se desprenden de dicha ampliación, el cual va del 28 julio de 2014 al 27 de setiembre del 2014, los mismos que ascienden a la suma neta de S/. 2'889,312.29 más el I.G.V. monto al que se deberá añadir los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación; y, por su mérito, dejar

sin efecto o inaplicar lo dispuesto en el primer resolutivo de la Resolución antes citada, en los extremos donde contravengan la pretensión aquí demandada.

- Asimismo, en su oportunidad, condenar a la demandada al reembolso de las costas y costos que se generen durante la tramitación y conclusión del presente proceso arbitral.

IV. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA PROVÍAS NACIONAL

Mediante el escrito presentado el 12 de diciembre de 2017, Provías Nacional contestó la demanda, solicitando que se declaren infundadas las pretensiones formuladas por el Consorcio.

V. DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA PLANTEADA POR PROVÍAS NACIONAL

Mediante el escrito presentado el 20 de noviembre del 2017, Provías Nacional formuló excepción de cosa juzgada respecto a la única pretensión de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

ANTECEDENTES:

5.1 Con fecha 25/10/2012, Provías Nacional suscribió con el Consorcio Huallaga el contrato de Ejecución de Obra N° 090-2012-MTC/20 para la ejecución de la obra: "Rehabilitación y Mejoramiento de la carretera de Juanjui- Tocache, Tramo: Campanilla - Juanjui", por un monto ascendente a S/ 169'782,756.62 y con un plazo de ejecución de 480 días calendario.

5.2 La obra inició el 05/04/2013, debiendo culminar contractualmente el 28/07/2014; pero debido a las ampliaciones de plazo otorgadas se trasladó el plazo contractual para el 26/12/ 2014 (ampliación de plazo N°5).

- Ampliación de plazo N° 1 por la aprobación del Adicional de Obra N° 2 y Deductivo Vinculante N° 2 (RD 765-2013-MTC/20) por 42 días calendario, que trasladó la fecha de término de la obra al 8 de setiembre del 2014
- Ampliación de plazo N° 2 por la aprobación del Adicional de Obra N° 3 y Deductivo vinculante N° 3 (RD 913-2013-MTC/20) por 50 días calendario, que trasladó la fecha de término de la obra al 28 de octubre del 2014
- Ampliación de plazo N° 3 por la aprobación del Adicional de Obra N° 4 (RD 977-2013-MTC/20) por 15 días calendario, que trasladó la fecha de término de la obra al 12 de noviembre del 2014.
- Ampliación de plazo N° 4 (RD 475-2014-MTC/20) que fue declarada improcedente.

- Ampliación de plazo N° 5 por la aprobación del Adicional de Obra N° 7 y Deductivo Vinculante N° 6 (RD 1059- 2014-MTC/20) por 44 días calendario, que trasladó la fecha de término de la obra al 26 de diciembre del 2014.

5.3 En los hechos, la obra concluyó antes del 8 de diciembre del 2014.

5.4 Asimismo, el contratista inició los siguientes arbitrajes:

EXPEDIENTE ARBITRAL N° (CENTRO DE ARBITRAJE PUCP)	TRIBUNAL ARBITRAL	MATERIA	LAUDO
377-56-13	Rómulo Morales Hervias (P) Weyden García (E) Jorge Rengifo (C)	AP 1	Laudo de fecha 05/05/2015, declaró improcedente la demanda del contratista.
506-87-14	Gonzalo García- Calderón (P) Juan Martínez (E) Carlos Ruska (C)	APs 2 Y 3	Laudo de fecha 19/05/2017, declaró fundada en parte la demanda del contratista
805-209-15	Carlos Cárdenas (P) Jorge Rengifo (C) Mario Castillo Freire (E)	Deductivo vinculantes	

5.5 A estos arbitrajes, se adiciona el presente proceso, en donde controvierte lo que fue negado en el primer arbitraje, expediente arbitral N° 377-56-13.

OBJETO DE LA DEMANDA

5.6 La demanda presentada por el Consorcio Huallaga contiene la siguiente pretensión:

1. Que, se reconozca 19 días adicionales a los 42 días de prórroga que nos fueron concedidos por la Entidad Contratante, a través de la Resolución Directoral N° 765 2013-MTC/20 en adelante, la Resolución N° 765- correspondiente a nuestra primera solicitud de ampliación de plazo y como consecuencia de ello se ordene pagar al Contratante el íntegro de los gastos generales variables derivados del 'período ampliado' que se desprenden de dicha ampliación, el cual va del 28 JUL 2014 al 27 SET 2014 ¹, los mismos que ascienden a la suma neta de S/2'889,312.29 más el I.G.V. (*), monto al que se le deberá añadir los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación; y, por su mérito, dejar sin efecto o inaplicar lo dispuesto en el primer resolutivo de la Resolución antes citada, en los extremos en donde contravengan nuestra pretensión aquí demandada.

Y, finalmente, en su oportunidad, condenar a la demandada al reembolso de las costas y costos que se generen durante la tramitación y conclusión del presente proceso arbitral.

- En ese sentido, Provías Nacional sostiene que existe cosa juzgada sobre la materia controvertida en el presente arbitraje y vulneración de la seguridad jurídica. Por tal motivo, plantea excepción de cosa juzgada respecto al único petitorio de la demanda.

EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

5.7 Provías Nacional manifiesta que, como señala el OSCE en la Opinión N° 001-2014/DAA, considerando que la normativa de contrataciones del Estado no contiene reglas específicas sobre las excepciones, en caso las partes o el Tribunal Arbitral no hayan dispuesto reglas específicas para la interposición de excepciones, oposiciones, objeciones o reconsideraciones en las controversias derivadas de los contratos bajo su ámbito, se deberán aplicar supletoriamente las disposiciones establecidas en la Ley de arbitraje, siempre que no vulneren las disposiciones especiales establecidas por la normativa de contrataciones del Estado.

5.8 Asimismo, agrega que el artículo 41, numeral 1, de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. El Tribunal Arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

5.9 Al respecto, Provías Nacional refiere que el artículo citado no detalla una lista taxativa o cerrada de excepciones, pues señala i) que se fundamentan en la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral, ii) pueden interponerse por no estar pactado en el arbitraje para resolver la materia controvertida, y iii) puede basarse en cualquier estimación que impida entrar en el fondo de la controversia (tal como la excepción de prescripción, caducidad, cosa juzgada o cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales).

5.10 De esta manera, señala Provías Nacional que las excepciones, también denominadas como objeciones por la Ley de Arbitraje, constituyen una especial manera de ejercer el derecho de contradicción o defensa, pues son herramientas procesales que emplean las partes a fin de cuestionar la viabilidad del arbitraje e impedir la continuidad de algunas o todas las actuaciones arbitrales, sin cuestionar, necesariamente, el fondo de la controversia.

5.11 Asimismo, la Entidad señala que la absolución de excepciones en la vía arbitral está estrechamente ligada al ejercicio del competence- competence de los árbitros, en virtud del cual estos son los competentes para pronunciarse sobre los alcances de su propia competencia, ya sea a partir de la valoración de los vicios de fondo o forma que se aleguen en torno a la validez y/o eficacia del convenio arbitral, o desde la evaluación de los elementos de juicio que comprometan su autoridad para resolver la materia controvertida.

5.12 Ahora bien, respecto a la excepción de cosa juzgada, Provías Nacional resalta la posición de la Primera Sala Comercial de Lima en la Resolución N° 14, de fecha 17/08/2011, recaída en el Exp. N° 54-2011, sobre proceso de anulación de laudo seguido por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones contra JCC Contratista Generales EIRL, por la que se declaró nulo el Laudo Arbitral en mayoría de fecha 04/01/2011 por la causal de materia no susceptible de arbitraje (cosa juzgada):

Exp. N° 1406-118-17

[illegible]

5.13 Al respecto, Provías Nacional señala que la única pretensión principal presentada por el Consorcio Huallaga, se trata de una pretensión idéntica a otra ya resuelta previamente en otro proceso arbitral. Así pues, tanto en el Expediente N° 377-56-13, como en el presente proceso, se ha sometido a controversia la solicitud de ampliación de plazo N° 1, peticionándose se deje sin efecto la Resolución Directoral N° 765-2013-MTC/20; además agrega que las pretensiones en ambos arbitrales son casi idénticas:

[illegible]

5.14 En ese sentido, Provías Nacional sostiene que existe la triple identidad que exige la cosa juzgada, entre el presente proceso arbitral y el arbitraje tramitado en el Expediente N° 377-56-13, resuelto mediante el laudo, de fecha 5 de mayo de 2015, por el Tribunal Arbitral conformado por los doctores Rómulo Martín Morales Hervias (Presidente), Jorge Félix Rengifo Herrera (árbitro) y Weyden García Rojas (árbitro).

5.15 En el citado Laudo Arbitral de fecha 05/05/2015, Provías Nacional señala que el Tribunal Arbitral resolvió declarar improcedente la demanda por materia no arbitrable, declarándose incompetente para conocer la materia controvertida vinculada a la solicitud de ampliación de plazo N° 1, por estar relacionada con un adicional de obra, y dejó a salvo el derecho del contratista de recurrir al Poder Judicial:

9.18. En ese contexto, este Tribunal Arbitral estima que la pretensión principal es improcedente porque no es materia arbitrable pero deja a salvo el derecho del Contratista para pedir en la vía Jurisdiccional correspondiente la revisión de la Resolución Directoral N° 765-2013-MTC/20, toda vez que este Tribunal Arbitral está sujeto a la restricción prevista en el numeral 41.5 del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado. Específicamente en sede arbitral no puede cuestionarse los alcances o términos en los que ha sido aprobado un adicional de obra cuando el monto no supera el 15% del monto del contrato original.

9.19. Por lo expuesto este Tribunal Arbitral estima que la primera pretensión principal es IMPROCEDENTE por los fundamentos expuestos.

5.16 No obstante, Provías Nacional manifiesta que el Contratista de forma temeraria y de mala fe ha solicitado el presente arbitraje, vulnerando la autoridad de la cosa juzgada del Laudo Arbitral de fecha 05/05/2015. Asimismo, precisa que dicho laudo fue cuestionado por el Contratista mediante recurso de anulación, el cual fue declarado infundado por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución N° 12, de fecha 26 de enero de 2016, en el Expediente N° 00226-2015-0-1817-SP-CO-02. En dicha resolución, –indica la Entidad– el mencionado órgano jurisdiccional concluyó que no se había afectado el derecho a la debida o adecuada motivación con el laudo en mención.

5.17 Finalmente, Provías Nacional precisa que el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 9 de la STC N° 1939-2011-PA/TC CUSCO que “mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas a

través de medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque han transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó¹.

VI. DE ESCRITO DE ABSOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

El 12 de diciembre del 2017, el Consorcio absolvió la excepción de cosa juzgada formulada por Provías Nacional, bajo los siguientes argumentos:

6.1 El Consorcio señala que, si bien es cierto existe el laudo del expediente N° 377-56-13 y que en dicho arbitraje se discutió una pretensión "casi" idéntica (más no idéntica como sostiene Provías Nacional) a la que se discute en el presente proceso, el referido laudo, más allá de ello, no contiene un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones que se discutieron en el referido arbitraje. En ese sentido, señala:

- Respecto al "laudo" antes mencionado recae lo que comúnmente se denomina como "cosa juzgada formal"¹, ello en atención a que en el laudo se declaró improcedente las pretensiones formuladas por el Consorcio, situación que no impide que el recurrente pueda, en ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, volver a plantear un nuevo arbitraje sobre tales pretensiones a los fines de obtener un pronunciamiento de fondo, tal como el que se planteó en el presente caso.
- La consecuencia directa de que una decisión tenga solamente la calidad de cosa juzgada formal, es que no existe ningún impedimento para que las mismas pretensiones puedan ser planteadas en otro proceso².
- El hecho que se haya expedido una sentencia en el Poder Judicial en la que declara precisamente la validez formal del "laudo" arriba citado, no altera en nada en que se encuentre frente a un laudo que contiene una decisión que ha adquirido solo la calidad de "cosa juzgada formal".

6.2 Al respecto, el Consorcio señala que la "cosa juzgada", conforme a nuestro ordenamiento jurídico procesal y a la regulación de las excepciones procesales, se identifica con los efectos sustanciales que despliega un pronunciamiento de fondo (mediante una declaración de certeza) sobre un determinado conflicto de intereses que no está sujeto a ningún medio de impugnación procesal.

¹ El Consorcio señala que la "Cosa juzgada formal" se entiende como aquella calidad que obtiene una decisión que no resuelve la materia controvertida, es decir, el fondo de la controversia; por lo que es una decisión que no ataca directamente a las pretensiones que son materia del proceso.

² El Consorcio señala que así puede leerse en la opinión jurídica fundamentada emitida por el profesor Giovanni Priori Posada, cuyo informe presentó en el presente proceso el 18 de diciembre de 2017

6.3 Al respecto, el Consorcio indica que Emilio Betti señala lo siguiente:

"la cosa juzgada es la fuerza vinculante que la sentencia despliega (...). Ella consiste en el valor normativo que la decisión asume, sea como regla ya indiscutible para las partes en sus relaciones entre ellas, sea como criterio obligatorio para el juez en cualquier juicio futuro sobre el mismo objeto. Presupuesto necesario para que la decisión adquiera valor normativo es que la sentencia haya sido el fruto de un proceso deviniendo en definitiva e irrevocable como un pronunciamiento judicial (...) La cosa juzgada propiamente dicha presupone, por tanto, la preclusión de todos los medios de ataque esperables contra la sentencia" (BETTI, Emilio "Cosa Giudicata" en Enciclopedia Italiana, Instituto de la Enciclopedia Italiana fondato da Giovanni Treccani, Roma, 1931)

6.4 Es decir, el Consorcio sostiene que la denominada "cosa juzgada formal" -que se concreta en el momento en que un pronunciamiento es inimpugnabile dentro de un proceso- es solo un presupuesto de la "cosa juzgada material o sustancial", que tiene como necesario correlato un pronunciamiento de fondo, sin el cual no puede hablarse propiamente de cosa juzgada. Así pues, la excepción de cosa juzgada se apoya en la "cosa juzgada material o sustancial", que resulta siendo la que refleja la dinámica del instituto en su proyección sustantivo-procesal.

6.5 En este sentido, manifiesta el Consorcio que aunque procesalmente se pueda hablar de "cosa juzgada formal", aunque esta no tenga una declaración de certeza (cuando por ejemplo el juez decide no pronunciarse sobre el fondo por incompetencia), no se debe confundir este fenómeno meramente procesal-formal con la autoridad que puede asumir una declaración de certeza de fondo, autoridad denominada "cosa juzgada sustancial o material"³.

6.6 Concluye el Consorcio, señalando que el pronunciamiento jurisdiccional-arbitral vertido en el "laudo" antes citado, no constituye propiamente cosa juzgada (sustancial o material) aunque éste haya sido materia de "revisión" por el Poder Judicial, a través de un recurso de anulación del laudo, en términos de validez formal, pues el pronunciamiento contenido en el "laudo" nunca tuvo un pronunciamiento de fondo, razón por la cual considera que no se puede impedir a través de la excepción deducida por la Entidad, el inicio de un nuevo proceso arbitral dirigido a obtener, en suma, tutela jurisdiccional efectiva.

³ REDENTI, Enrico *Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Tomo I, EJE, Buenos Aires, 1957, p. 63-64

VII. DE LA OPINIÓN JURÍDICA PRESENTADA POR EL CONSORCIO

Mediante el escrito de fecha 18 de diciembre de 2017, el Consorcio presentó el informe que contiene la opinión jurídica del profesor Giovanni Priori Posada sobre la cosa juzgada formal y material, en el cual se señala lo siguiente:

RESUMEN EJECUTIVO

- 7.1 Para el profesor Giovanni Priori Posada el laudo arbitral emitido el 5 de mayo del 2015, que resuelve declarar improcedente la primera pretensión principal de la demanda arbitral interpuesta, no tiene calidad de cosa juzgada material. Por lo que, al no haberse pronunciado sobre el fondo de la controversia, las pretensiones del proceso pueden volver a plantearse en un futuro.

CONSULTA REALIZADA

- 7.2 Determinar si el pronunciamiento sobre la improcedencia de la pretensión constituye cosa juzgada y, por lo tanto, si ello impide volver a formular dicha pretensión en un nuevo arbitraje.

ANÁLISIS

La cosa juzgada

- 7.3 Couture define la cosa juzgada como aquella autoridad y eficacia que se otorga a una decisión judicial cuando no se interpone contra dicha decisión algún medio impugnatorio que pueda modificarla⁴.
- 7.4 La figura de la cosa juzgada es una calidad que otorga la jurisdicción a aquellas decisiones definitivas que no pueden ser modificadas, con la finalidad de brindar seguridad jurídica respecto de las mismas.
- 7.5 Según Ana María Arrarte:

*"(..) La cosa juzgada no es un efecto más o un efecto autónomo de las decisiones judiciales, es una autoridad que el Estado le da aquellas otorgándoles carácter definitivo y en consecuencia inmutable, en aras de la seguridad jurídica"*⁵

⁴ COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial Depalma. Buenos Aires: 1978. Pág. 401

⁵ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Apuntes sobre los alcances de la autoridad de cosa juzgada en el proceso civil peruano. En: Proceso & Justicia, No 1. Lima 2001. Pág. 6

7.6 La autora también señala que existen dos tipos de cosa juzgada: la formal y la material. Respecto a la cosa juzgada formal se indica lo siguiente:

"Es la autoridad que tendrá las decisiones judiciales respecto de las cuales operó preclusión, es decir, ya no existe posibilidad de impugnación, volviéndose inmutables, pero solo dentro del proceso en el que fueron emitidas. Es decir, la autoridad de cosa juzgada formal sólo rige internamente, lo que no obsta a que la materia que fue controvertida y resuelta (...) pueda ser planteada nuevamente y de manera válida en un proceso posterior"

"(...) adquirirá la autoridad de cosa juzgada formal, las decisiones que se pronuncian sobre la validez de la relación procesal, el auto que declara la inadmisibilidad de la demanda o su improcedencia por defecto en un presupuesto procesal (...) en tanto no impidan que se demande nuevamente. Así, esta modalidad de cosa juzgada recaerá si tenemos un proceso en el que se declaró la improcedencia de la demanda por ejemplo (...) porque el juez no tenía la competencia para conocer válidamente del caso"⁶

7.7 En otras palabras, la cosa juzgada formal es aquella calidad que obtiene una decisión que no resuelve la materia controvertida. Es decir, aquella decisión que no se pronuncia sobre el fondo de la controversia, que no ataca directamente la o las pretensiones que son materia del proceso. En tal sentido, la consecuencia directa de que una decisión tenga calidad de cosa juzgada formal, es que no existe ningún impedimento para que las mismas pretensiones puedan ser planteadas en otro proceso.

7.8 En cuanto a la cosa juzgada material, esta es aquel tipo de cosa juzgada sobre el que no cabe recurso impugnatorio alguno y que además, implica obligatoriedad de la decisión también casos futuros⁷.

7.9 Juan Monroy Gálvez señala que "(...) la material, es la fuerza y autoridad de una sentencia que permite hacerla valer como asunto resuelto definitivamente en cualquier otro proceso y aún ante cualquier otra autoridad, sea judicial o no."⁸

7.10 En este caso, el profesor Giovanni Priori señala que estamos ante una decisión que se pronuncia sobre el fondo de la controversia y que responde a cada una de las pretensiones planteadas en el proceso.

⁶ GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid: 1968. Págs. 547-549.

⁷ COUTURE, Eduardo. Ob. cit. Pág. 403

⁸ MONROY GALVEZ, Juan. Temas de Proceso Civil. Ed Studium. Lima 1987. Págs. 161-162

7.11 En las palabras del profesor Juan Montero Aroca, la cosa juzgada material está constituida únicamente por las sentencias sobre el fondo. La cosa juzgada se sustenta en la irrevocabilidad de la decisión que contiene la sentencia y en la forma en la que esta decisión vincula a procesos futuros sobre la misma controversia. Es decir, aquellas decisiones que se pronuncian sobre la existencia o inexistencia de aquel efecto jurídico que se pretende en el proceso. La cosa juzgada material, a diferencia de la formal, tiene efectos externos.⁹

7.12 Sin embargo, respecto de este último punto, el Profesor Giovanni Priori señala que existen pronunciamientos que ponen fin al proceso que no atacan directamente a las pretensiones del proceso, pero que aun así impiden un nuevo pronunciamiento sobre ellas, como se verá continuación.

Los efectos de la cosa juzgada

7.13 El profesor Giovanni Priori señala que la doctrina distingue dos tipos de efectos de cosa juzgada. Por un lado, los efectos perentorios simples, y por otro los efectos perentorios complejos.

7.14 Respecto a los primeros, estos consisten en pronunciamientos sobre efectos formales que ponen fin al proceso pero que no impiden que las pretensiones puedan ser nuevamente reclamadas en un proceso futuro. Es decir, estamos ante una decisión con calidad de cosa juzgada formal.

7.15 Con respecto al segundo efecto, este es llamado efecto perentorio complejo. La misma autora define estos efectos de la siguiente manera:

*"En este presupuesto, la resolución judicial es un acto que se pronuncia sobre aspectos formales de la relación procesal poniéndole fin, pero afectando también la posibilidad de que la pretensión pueda ser nuevamente intentada"*¹⁰

7.16 De este modo entonces, Giovanni Priori señala que, al suponer una decisión que produce como efecto el hecho que una pretensión no pueda volver a plantearse en proceso, surge también respecto de este tipo de decisiones los efectos de la cosa juzgada:

(...) tendrá autoridad de cosa juzgada material no solo las sentencias que se pronuncien sobre el fondo, es decir sobre las pretensiones demandadas, sino también aquellos autos que pronunciándose sobre la forma tengan efectos

⁹ MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional. Tomo II. Editorial Bosch S.A. Barcelona Pág. 438.

¹⁰ ARRATE ARISNABARRETA, Ana María. OB. Cit. Pág. 17

perentorios complejos, es decir, en tanto impiden que la pretensión contenida en ese proceso se vuelva a plantear, pues, por los términos de su contenido, no agotan su importancia en el ámbito del proceso en que fueron proferidas."¹¹

- 7.17 Así, son ejemplos de resoluciones con efectos perentorios complejos: la resolución que ampara la excepción de prescripción o aquella que dispone ponerle fin al proceso por haber operado la caducidad. También lo es el caso de la resolución que declara improcedente una demanda por falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, o aquella en la que se ampara la excepción de cosa juzgada. Como se aprecia, se tratan de resoluciones que declaran improcedente la demanda por la infracción a una norma de carácter procesal que resulta ser de tal naturaleza que termina afectando la pretensión misma.

Sobre qué resoluciones recae la cosa juzgada

- 7.18 Giovanni Priori señala que la cosa juzgada material recae sobre aquellas resoluciones que ponen fin a la controversia. Asimismo, resalta que son "resoluciones que ponen fin a la controversia" tanto aquellas decisiones judiciales que se pronuncian sobre el fondo poniendo fin a la controversia, como a los laudos arbitrales que cumplen la misma función.

- 7.19 Ello se encuentra regulado en la propia Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071)¹²:

Artículo 59.- Efectos del laudo

1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.

3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67.

- 7.20 Sin embargo, Giovanni Priori indica que también pueden adquirir la calidad de cosa juzgada aquellas resoluciones que, sin pronunciarse sobre el fondo, atacan

¹¹ Ídem

¹² Giovanni Priori señala que el Tribunal Constitucional también ha reconocido la calidad de cosa juzgada de los laudos arbitrales en la sentencia recaída en el expediente N°0164-2013: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01064-2013-AA.html>

las pretensiones en forma, impidiendo que estas puedan ser planteadas nuevamente en un proceso futuro.

*"(...) pueden existir autos que se pronuncian sobre la forma y tengan efectos perentorios complejos, con lo cual su importancia trasciende y es oponible fuera del proceso en el que se dictaron, debiendo tener autoridad de cosa juzgada. En lo que respecta a las sentencias, consideramos que, en principio también deben tener esta calidad, pero sólo en tanto se pronuncien sobre las pretensiones demandadas, es decir sobre el fondo"*¹³

7.21 Por otro lado, indica que la cosa juzgada formal recae sobre aquellas decisiones que no emiten pronunciamiento alguno sobre el fondo, pero que deciden sobre cuestiones de forma con efectos perentorios simples. Esto quiere decir, que no impiden que la pretensión o las pretensiones de la controversia vuelvan a ser discutidas en otro proceso arbitral.

7.22 Giovanni Priori señala que un ejemplo que se ajusta precisamente a la consulta realizada es el que ofrece Ana María Arrarte:

*"(...) este sería el caso de las resoluciones que declaran la improcedencia de la demanda por efectos de capacidad o representación en el lado activo (...) por incompetencia, etc."*¹⁴

7.23 De esta manera, Giovanni Priori concluye en que estas decisiones cuentan con calidad de cosa juzgada formal, pero no material. Por lo tanto, si bien son inimpugnables en el mismo proceso, esto no impide que se pueda iniciar un proceso distinto con las mismas pretensiones.

El pronunciamiento sobre la primera pretensión principal contenida en el laudo bajo análisis ¿Constituye cosa juzgada?

7.24 La consulta versa principalmente sobre la calidad que tiene la decisión contenida en el laudo bajo comentario, respecto de la primera pretensión principal de la demanda arbitral.

7.25 La pretensión fue la siguiente:

- Primera pretensión Principal: Que, se le reconozca 19 días adicionales a los 42 días de prórroga que les fue concedido por la Entidad, a través de la Resolución Directoral N° 765-2013-MTC/20, correspondiente a su primera solicitud de ampliación de plazo y como consecuencia de ello, se ordene pagar al demandado

¹³ ARRAARTE ARINSNABARRETA, Ana María. Ob. Cit. Pág. 19

¹⁴ ARRAARTE ARINSNABARRETA, Ana María. Ob. Cit. Pág. 16

el íntegro de los gastos generales variables derivados de ésta, los mismos que ascienden a la suma neta de S/. 2'889,312.29 más IGV; monto al que se le deberá añadir los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación; y por ende, dejar sin efecto o inaplicar lo dispuesto en el primer resolutivo de la Resolución antes citada, en los extremos en donde contravengan su presente pretensión.

7.26 A través del laudo emitido el 5 de mayo del 2015, el Tribunal Arbitral decidió declarar improcedente la pretensión principal de la demanda, pues consideró que la materia contenida en dicha pretensión no puede ser sometida a arbitraje. Por lo tanto, el Tribunal sería incompetente para resolver o pronunciarse sobre dicha pretensión.

7.27 Al respecto Giovanni Priori señala que esta decisión no tendría la calidad de cosa juzgada material, pues no ha resuelto la materia controvertida. No se ha pronunciado sobre el fondo de la controversia ni ha realizado un análisis del mismo, sino que ha emitido una decisión que no ataca directamente a las pretensiones que son materia del proceso.

7.28 La declaración de incompetencia del Tribunal no pone fin a la controversia, no la resuelve. Por lo tanto, al tener calidad de cosa juzgada formal, las pretensiones planteadas en el proceso pueden ser interpuestas en un proceso arbitral futuro.

7.29 Ahora bien, indica Giovanni Priori que el hecho que se haya expedido una sentencia por el Poder Judicial en la que declara validez del laudo arbitral, no altera en nada dicha conclusión. Ello debido a que el recurso de anulación de laudo arbitral es un medio de impugnación judicial de laudos arbitrales que se pueden plantear ante causales específicas, verificando si, conforme a ellas, el laudo es válido o inválido. En ese sentido, la resolución expedida por el Poder Judicial solo estableció que las causales invocadas no se presentan (en el caso de debida motivación) y respecto de los demás señaló que no correspondía pronunciarse puesto lo que se le estaba pidiendo no era causal de anulación, sino más bien era un cuestionamiento de fondo y que los argumentos expuestos en el recurso de anulación no suponen la configuración de ninguna de las causales señaladas en la ley. De este modo, Giovanni Priori concluye que el laudo expedido es válido, pero de modo alguno puede señalarse que él configure un caso de cosa juzgada material, en la medida que el pronunciamiento expedido por el Tribunal Arbitral de modo alguno afecta la pretensión planteada en la demanda arbitral.

Conclusión:

7.30 Giovanni Priori concluye que el laudo arbitral bajo comentario no constituye cosa juzgada material, sino formal. Ello en consecuencia de que la decisión del

Tribunal Arbitral no se haya pronunciado sobre el fondo de la controversia, sino únicamente sobre razones de competencia del propio tribunal.

7.31 En tal sentido, señala que no se ha resuelto la controversia por sí misma, las pretensiones planteadas en la demanda no han sido materia de pronunciamiento de fondo.

7.32 Por lo tanto, si bien la decisión del Tribunal no puede ser materia de algún recurso de impugnación dentro del mismo proceso, esto no impide que las pretensiones materia de dicho proceso puedan ser materia de un futuro arbitraje en las que se vuelvan a discutir, en virtud a que el único mecanismo de solución de controversia fijado en la normativa de contratación pública, es el arbitraje.

VIII. DE LA ABSOLUCIÓN DE PROVÍAS NACIONAL AL INFORME JURÍDICO PRESENTADO POR EL CONSORCIO:

Mediante escrito presentado el 17 de enero del 2018, Provías Nacional absolvió el informe jurídico presentado por el Consorcio, respecto de la excepción de cosa juzgada, señalando lo siguiente:

8.1 Tanto en el primer arbitraje como en el presente el Consorcio somete a controversia la solicitud de ampliación de plazo N° 1, peticionando se deje sin efecto la Resolución Directoral 765-2013-MTC/20.

8.2 El demandante en el escrito de fecha 12/12/2017 no niega que exista cosa juzgada, pues de la comparación de las pretensiones de ambos arbitrajes se evidencia la Triple Identidad.

8.3 Lo que alega el Contratista en el citado escrito es que el laudo en cuestión tiene solamente calidad de cosa juzgada formal y que, por lo tanto, no existe impedimento para que las mismas pretensiones que planteó en el primer arbitraje puedan ser planteadas en este arbitraje.

8.4 Esa es también la conclusión de la opinión jurídica del profesor Giovanni Priori Posada, que presentó el Consorcio como sustento de su posición.

8.5 Al respecto, Provías Nacional señala que, si bien la doctrina diferencia entre cosa juzgada formal y material; lo es también que, tal como señala el profesor Juan Montero Aroca, la cosa juzgada formal supone: un efecto negativo sobre que las partes no puedan pedir y el Tribunal no puede decidir en contra de lo ya decidido; y, (ii) un efecto positivo para que todas las peticiones posteriores de las partes han de partir de la existencia de lo ya decidido.

8.6 Entonces, señala la Entidad que partiendo solamente del efecto positivo de la cosa juzgada formal debe considerarse lo decidido en el laudo, no sólo en su parte resolutive sino también considerativa.

8.7 Además, indica que, en el referido laudo, el Tribunal Arbitral resolvió declarar improcedente la demanda por materia no arbitrable, declarándose incompetente para conocer la materia controvertida vinculada a la solicitud de ampliación de plazo N° 1, por estar relacionada con un adicional de obra, y dejó a salvo el derecho del contratista para recurrir al Poder Judicial:

9.18 En ese contexto, este Tribunal Arbitral estima que la pretensión principal es improcedente porque no es materia arbitrable pero deja a salvo el derecho del Contratista para pedir en la vía Jurisdiccional correspondiente la Revisión de la Resolución Directoral N° 765-2013-MTC/20, toda vez que este Tribunal Arbitral está sujeto a la restricción prevista en el numeral 41.5 del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado. Específicamente en sede arbitral no puede cuestionarse los alcances o términos en los que ha sido aprobado un adicional de obra cuando el monto no supera el 15% del monto del contrato original.

9.19. Por lo expuesto este Tribunal Arbitral estima que la primera pretensión principal es IMPROCEDENTE por los fundamentos expuestos.

8.8 Sin embargo, la Entidad señala que en el informe jurídico del profesor Giovanni Priori Posada no se realiza un análisis respecto del efecto positivo de la cosa juzgada formal del laudo que determinó no sólo la improcedencia de lo petitionado sino también la incompetencia del Tribunal por materia no arbitrable, dejando a salvo el derecho del contratista para petitionarlo en la vía jurisdiccional.

8.9 Manifiesta Provías Nacional que la razón de ser de la cosa juzgada formal debe buscarse en la seguridad jurídica. Al valor justicia puede convenirle que en cualquier momento pudiera volverse a decidir sobre lo ya decidido, con la esperanza de lograr que en un proceso se revise sobre lo ya decidido, pero esa posibilidad significaría el desarrollo de procesos en el que nunca podría estarse seguro de la estabilidad de lo ya resuelto, sobre todo cuando se ha determinado que lo petitionado es una materia no arbitrable.

8.10 Por ello, Provías Nacional manifiesta que el nuevo proceso arbitral resulta temerario y denota la mala fe del contratista por vulneración a la autoridad de cosa juzgada del acotado Laudo Arbitral de fecha 05/05/2015, pues más allá que se haya declarado improcedente la demanda en el mismo se resolvió que lo solicitado era una materia no arbitrable y, por tanto, existía y existe incompetencia de cualquier Tribunal Arbitral para conocer de la presente controversia.

8.11 Finalmente, Provías Nacional resalta que en el laudo en cuestión el Tribunal advirtió de oficio que se encontraba frente a una materia no susceptible de arbitraje y, por tanto, se encontraba plenamente facultado para declararse incompetente y declarar improcedente la demanda. Añade que, cualquier cuestionamiento sobre ésta decisión del Colegiado debió ser planteado por el Consorcio a través del recurso de anulación de laudo conforme al artículo 41.4° del Decreto Legislativo N° 1071. En suma, Provías Nacional reitera que la improcedencia de la demanda es porque el Tribunal se declaró incompetente.

8.12 Por lo expuesto precedentemente, Provías Nacional concluye que:

- a) Existe cosa juzgada respecto de lo peticionado en el presente arbitraje. El Laudo Arbitral de fecha 05/05/2015 ha quedado firme, dejando a salvo el derecho del contratista de recurrir a la vía jurisdiccional.
- b) La improcedencia de la demanda no es óbice para que el contratista plantee un nuevo arbitraje. Sin embargo, cuando ya un Tribunal Arbitral se ha declarado incompetente y determinado que lo solicitado no es materia arbitrable, no puede plantearse un nuevo proceso arbitral sobre lo mismo.
- c) La opinión jurídica del profesor Giovanni Priori Posada resulta sesgada y parcializada, pues no analiza el efecto positivo de la cosa juzgada formal que establece que para todas las peticiones posteriores de las partes, las mismas han de partir de la existencia de lo ya decidido.

Tampoco se esgrime opinión alguna sobre la declaración de incompetencia del Tribunal y sus efectos, así como lo de la materia no arbitrable.

d) En el citado laudo ya se decidió que el contratista debe recurrir a un proceso judicial para reclamar lo que en el presente proceso solicita, por constituir materia no arbitrable. Ese es el punto de partida y, por tanto, la consecuencia del efecto positivo de la cosa juzgada formal.

IX. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha 1 de marzo de 2018, se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos con la asistencia de las partes, fijándose como puntos controvertidos los siguientes:

Respecto del escrito de demanda presentado el 30 de octubre de 2017; así como la contestación de demanda presentada el 12 de diciembre de 2017:

- **Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que se reconozca 19 días adicionales a los 42 días de prórroga que fueron concedidos por la Entidad Contratante, a través de la Resolución Directoral N° 765-2013-MTC/20 —en adelante, la Resolución N° 765— correspondiente a la primera solicitud de ampliación de plazo y como consecuencia de ello se ordene pagar al Contratante el íntegro de los gastos generales variables derivados del período ampliado que

se desprenden de dicha ampliación, el cual va del 28 julio de 2014 al 27 de setiembre del 2014, los mismos que ascienden a la suma neta de S/. 2'889,312.29 más el I.G.V. monto al que se deberá añadir los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación; y, por su mérito, dejar sin efecto o inaplicar lo dispuesto en el primer resolutivo de la Resolución antes citada, en los extremos donde contravengan nuestra pretensión aquí demandada.

- **Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no condenar a la demandada al reembolso de las costas y costos que se generen durante la tramitación y conclusión del presente proceso arbitral.

X. AUDIENCIA ESPECIAL

Con fecha 8 de marzo de 2018, se llevó a cabo la Audiencia Especial con la presencia de los miembros del Tribunal Arbitral y las partes, con la finalidad de que éstas expongan su posición sobre las excepciones de cosa Juzgada e incompetencia planteadas por Provías Nacional el 20 de noviembre de 2017.

XI. PLAZO PARA LAUDAR

Mediante resolución N° 12, de fecha 21 de noviembre de 2018, el Tribunal Arbitral declaró el cierre parcial de las actuaciones arbitrales y fijó el plazo de treinta (30) días, prorrogables por treinta (30) días adicionales, para emitir el laudo arbitral parcial respecto de la excepción de cosa juzgada formulada por Provías Nacional el 20 de noviembre de 2017.

Asimismo, en la referida resolución, se precisó que la excepción de incompetencia formulada por la Entidad sería dilucidada por el Tribunal Arbitral en el laudo final.

XII. PRÓRROGA DEL PLAZO PARA LAUDAR

Mediante la Resolución N° 14, de fecha 3 de enero de 2019, el Tribunal Arbitral consideró conveniente hacer uso del derecho de la prórroga y amplió el plazo para la emisión del laudo parcial en treinta (30) días hábiles adicionales, contado a partir del día hábil siguiente de vencido el término original.

XIII. CONSIDERANDOS:

Sobre la excepción de cosa juzgada e incompetencia

- 13.1. En atención a que en el presente proceso arbitral se han presentado las excepciones de cosa juzgada y de incompetencia y que ambas, en atención al Tribunal Arbitral anterior que conoció la controversia, son conexas, pues en caso amparar la excepción de incompetencia en atención de lo que resolvió *ex ante* otro Tribunal se estaría adoptando los criterios tomados por aquel en tanto se declaró

incompetente para conocer la materia, este Tribunal Arbitral actual ve a bien realizar un análisis conjunto de ambas solicitudes, considerando que este análisis conjunto facilita la comprensión del caso que nos convoca y que ello no vulnera los intereses de ninguna de las partes, por contrario, facilita la decisión clara sobre la *litis*.

- 13.2. PROVIAS NACIONAL [en adelante, PROVIAS] sustenta la excepción de cosa juzgada interpuesta, alegando principalmente lo siguiente:

«...la única pretensión principal presentada por el CONSORCIO HUALLAGA, se trata de una pretensión idéntica a otra ya resuelta previamente en otro proceso arbitral»¹⁵.

- 13.3. Agrega PROVIAS que en el arbitraje anterior se sometió a controversia ante dicho Tribunal Arbitral¹⁶ la solicitud de ampliación de plazo N°1 del Contrato, peticionándose se deje sin efecto la Resolución Directoral N°765-2013-MTC/20; lo cual ha sido nuevamente planteado como pretensión en el proceso arbitral actualmente en curso. Sostiene además que el laudo arbitral anterior fue impugnado ante el Poder Judicial, impugnación que no prosperó y que, por lo tanto, dicho Laudo adquirió el carácter de cosa juzgada.

- 13.4. El CONSORCIO absuelve la excepción de cosa juzgada, reconociendo la existencia del proceso arbitral anterior y del laudo que le puso fin, e indicando que dicha decisión arbitral no contiene una decisión de fondo respecto de la materia ahí planteada. EL CONSORCIO hace referencia a la distinción sobre la cosa juzgada material o sustancial de la cosa juzgada formal, argumentando que el laudo anterior ostenta la calidad de «cosa juzgada formal». Agrega que, por tratarse de un pronunciamiento sobre un elemento formal – procesal, entonces no existiría impedimento para que las mismas pretensiones puedan ser planteadas en un nuevo proceso, como lo es este arbitraje.

- 13.5. En su escrito de absolución de excepciones presentado con fecha 12 de diciembre de 2017 [punto N°2], el CONSORCIO también señala que la pretensión discutida en el primer arbitraje es «casi idéntica» a la pretensión planteada en este arbitraje, dando a entender que no serían pretensiones idénticas. Sin embargo, no fundamenta en qué radicaría la diferencia entre ambas pretensiones.

- 13.6. Al respecto, y luego de analizar lo actuado en este proceso, consideramos que la pretensión planteada en el primer arbitraje, y la pretensión arbitral planteada en este segundo arbitraje son idénticas entre sí. Para ello, resulta ilustrativo contrastarlas, tal y como fueron textualmente planteadas tanto en el primer arbitraje como en el arbitraje en curso:

¹⁵ Escrito de PROVIAS NACIONAL el 20 de noviembre de 2017, por el cual deduce excepciones, punto N°7, página 4 de 9.

¹⁶ Proceso Arbitral N° 377-56-13, conformado por Rómulo Morales Hervías (P), Weyden García y Jorge Rengifo, laudado el 05.05.15.

ARBITRAJE DEL LAUDO DE FECHA 05/05/2015	ARBITRAJE ACTUAL
<p>Segunda Pretensión Principal: Que, en su oportunidad, se condene al demandado al reembolso de las costas y costas que se generen durante la tramitación y conclusión del presente procedimiento.</p>	<p>Y, finalmente, en su oportunidad, condenar a la demandada al reembolso de las costas y costas que se generen durante la tramitación y conclusión del presente proceso arbitral.</p>

13.7. Del cuadro anterior se advierte que el contenido de la pretensión del arbitraje anterior resulta idéntico al contenido de la pretensión formulada en este arbitraje.

13.8. Asimismo, este Tribunal Arbitral ha verificado que el laudo arbitral emitido en el arbitraje anterior¹⁷, resuelve declarando improcedente la pretensión principal ahí planteada¹⁸ y determina que la materia sometida a arbitraje por el CONSORCIO no podía ser sometida a arbitraje, al amparo del numeral 41.5 del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado¹⁹. Textualmente, el numeral 9.18 de dicho Laudo Arbitral señala:

9.18. En ese contexto, este Tribunal Arbitral estima que la pretensión principal es improcedente porque no es materia arbitrable pero deja a salvo el derecho del Contratista para pedir en la vía Jurisdiccional correspondiente la revisión de la Resolución Directoral N° 765-2013-MTC/20, toda vez que este Tribunal Arbitral está sujeto a la restricción prevista en el numeral 41.5 del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado. Específicamente en sede arbitral no puede cuestionarse los alcances o términos en los que ha sido aprobado un adicional de obra cuando el monto no supera el 15% del monto del contrato original.

13.9. La decisión arbitral anterior, en efecto, no se pronuncia sobre el fondo de lo demandado por el CONSORCIO en el proceso arbitral anterior: no ampara la demanda declarándola fundada; ni la desestima declarándola infundada. Mas bien, como ya señalamos, el Tribunal Arbitral anterior declaró improcedente la pretensión por no constituir materia arbitrable, al amparo del numeral 41.5 del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado.

¹⁷ Expediente N°377-56-13 del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹⁸ Numeral 9.19. del Laudo Arbitral emitido en el proceso tramitado bajo el Expediente 377-56-13-PUCP.

¹⁹ Numeral 9.18. del Laudo Arbitral emitido en el proceso tramitado bajo el Expediente 377-56-13-PUCP.

13.10. Concluimos que la pretensión del arbitraje anterior y la pretensión planteada en este arbitraje son idénticas. Por lo tanto, cabe analizar si, el pronunciamiento del laudo arbitral anterior constituye o no un impedimento para que la misma pretensión pueda ser planteada en este proceso arbitral. Para ello, resulta necesario entender los alcances de aquello que fue resuelto y sus efectos.

13.11. Entre los principios y derechos de la función jurisdiccional recogidos por la Constitución Política del Perú se tiene el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, según el cual:

«No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral»²⁰. [resaltado agregado]

13.12. Por su parte, el artículo 62° de la Constitución Política, que regula la libertad de Contratar, dispone que:

«Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley». [resaltado agregado]

13.13. Asimismo, el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política recoge el Principio de Observancia del Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional, según el cual:

«Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación».

13.14. Integrando las tres normas arriba citadas, tenemos que la Constitución Política peruana reconoce la jurisdicción arbitral, como una jurisdicción distinta a la jurisdicción judicial, independiente por excepción, la cual se debe ejercer de acuerdo con los mecanismos previstos en el contrato celebrado entre las Partes (convenio arbitral) y en la ley.

13.15. En ejercicio de su libertad de contratar, y con respaldo en otras normas de nuestro ordenamiento, en el Contrato de Ejecución de Obra N°090-2012-MTC/20 celebrado entre PROVIAS y el CONSORCIO las Partes incorporaron un convenio arbitral y determinaron libremente cómo será ejercida dicha jurisdicción. Acordaron, entre otros, someter sus diferencias a arbitraje institucional, bajo la organización, administración, Reglamento y normas complementarias del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del

²⁰ Numeral 1 del artículo 139° de la Constitución Política Peruana.

Perú²¹. En consecuencia, aplican las disposiciones expresamente pactadas por las Partes en su convenio arbitral, y aquellas dispuestas legalmente.

13.16. Siendo así, y al amparo del convenio arbitral pactado por las partes, se instaló el proceso arbitral anterior, dentro del cual el Tribunal Arbitral anterior resolvió declarando la existencia de una prohibición de revisar en sede arbitral la pretensión que le fue planteada, al amparo de la norma referida en dicho laudo. Es decir, el Tribunal Arbitral anterior resolvió que la pretensión que le fuera sometida no es materia arbitrable por disposición legal, lo que significa que esa materia específica, la pretensión planteada por el CONSORCIO, no puede ser sometida a la jurisdicción arbitral).

13.17. Como la decisión arbitral anterior hace referencia a la incompetencia del Tribunal Arbitral por tratarse de una materia no arbitrable, cabe analizar con detalle en qué consiste la competencia, para luego analizar cómo debe entenderse respecto de la jurisdicción arbitral.

13.18. En el Derecho Procesal, la competencia constituye uno de los presupuestos procesales para una relación jurídica procesal válida. Es la calidad inherente al órgano jurisdiccional, «que consiste en la aptitud para ejercer válidamente la jurisdicción»²².

13.19. La determinación del juez competente en un proceso civil para una causa concreta se realiza según diversos criterios: (i) materia (se refiere a la especialización de los tribunales: civil, penal, laboral, contencioso administrativa y de familia²³); (ii) cuantía (valor económico del petitorio); (iii) grado (depende de las instancias del proceso); (iv) turno (determina los criterios de asignación de procesos a los diversos jueces a fin de garantizar el ordenado ingreso de procesos a un determinado despacho²⁴); y, (v) territorio. Es en aplicación de estos criterios, que se encuentran regulados en el Código Procesal Civil Peruano, que se determina cuál es el juez competente para cada caso concreto.

13.20. Sin embargo, en el caso de procesos arbitrales la competencia es definida por el propio Tribunal Arbitral (principio de *kompetenz-kompetenz*) de tal manera que tiene la posibilidad, reconocida por ley, de pronunciarse sobre su propia competencia, estando limitado solamente en aquellas controversias que la ley o las partes han excluido de su fuero. Pero incluso esta facultad tiene un límite, que puede ser establecido *ex lege* o por las propias partes: la arbitrabilidad de la materia objeto de controversia.

²¹ Contrato de Ejecución de Obra N°090-2012-MTC/20 celebrado entre PROVIAS NACIONAL y CONSORCIO HUALLAGA.

²² MONROY GÁLVEZ, Juan. "Las excepciones en el Código Procesal Civil Peruano". En Themis – Revista de Derecho. No. 27 – 28, pp. 122.

²³ PRIORI POSADA, Giovanni. La Competencia en el Proceso Civil Peruano. Revista Derecho & Sociedad No.22 (2004), pág 44

²⁴ PRIORI POSADA, Giovanni. La Competencia en el Proceso Civil Peruano. Revista Derecho & Sociedad No.22 (2004), pág 48.

13.21. La arbitrabilidad es la susceptibilidad del objeto de las pretensiones a fin de que pueda ser resuelto en un arbitraje. Así, por ejemplo, la Ley de Contrataciones con el Estado²⁵ establece en su artículo 41 que la decisión de la Entidad de aprobar o la ejecución de prestaciones adicionales no puede ser sometida a arbitraje.

13.22. Ahora bien, la jurisdicción responde a un concepto distinto y anterior a la competencia. Sobre el particular, es ilustrativa la definición de jurisdicción que propone PRIORI:

«La potestad jurisdiccional es aquélla atribuida constitucionalmente a algunos órganos del Estado por medio de la cual se busca la actuación del derecho objetivo al caso concreto a fin de lograr la efectiva tutela de las situaciones jurídicas de los particulares, la sanción de determinadas conductas antisociales⁴ y la efectividad del principio de jerarquía normativa, por medio de decisiones definitivas y ejecutables, con la finalidad de mantener la paz social en justicia»²⁶.

13.23. Diferenciando los conceptos de jurisdicción y competencia, señala PRIORI que:

«La jurisdicción precisa quiénes tienen, en general, esa potestad constitucionalmente atribuida, mientras que la competencia precisa quién, dentro de aquellos que tienen la potestad constitucionalmente atribuida, puede, según la ley, conocer válidamente un asunto en particular»²⁷.

13.24. Agrega el mismo autor que:

«Las reglas de competencia tienen por finalidad establecer a qué juez, entre los muchos que existen, le debe ser propuesta una litis. Por ello, la necesidad del instituto de la competencia puede ser expresada en las siguientes palabras: "Si fuera factible pensar, aunque fuera imaginativamente, acerca de la posibilidad de que existiera un solo juez, no se daría el problema a exponer ahora, puesto que jurisdicción y competencia se identificarían". Pero como ello no es posible, se hace preciso que se determinen los ámbitos dentro de los cuales puede ser ejercida válidamente, por esos varios jueces, la potestad jurisdiccional»²⁸.

13.25. Como ya señalamos, en el caso que nos atañe las partes acordaron vía un convenio arbitral, someter sus diferencias a la jurisdicción arbitral. Vía un convenio arbitral, contenido en el Contrato de Ejecución de Obra celebrado entre

²⁵ Decreto Legislativo N° 1017, modificado por la Ley N° 29873, norma vigente en la ejecución del Contrato.

²⁶ PRIORI POSADA, Giovanni. La Competencia en el Proceso Civil Peruano. Revista Derecho & Sociedad No.22 (2004), pág.38.

²⁷ PRIORI POSADA, Giovanni. La Competencia en el Proceso Civil Peruano. Revista Derecho & Sociedad No.22 (2004), pág.38.

²⁸ PRIORI POSADA, Giovanni. La Competencia en el Proceso Civil Peruano. Revista Derecho & Sociedad No.22 (2004), pág.39.

las Partes, éstas determinaron libremente someter sus diferencias a arbitraje institucional, bajo la organización, administración, Reglamento y normas complementarias del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú²⁹.

13.26. Y fue en ejecución de dicho acuerdo que se llevó adelante el arbitraje anterior y el Tribunal Arbitral anterior resolvió que la pretensión específica que le fue planteada (pretensión idéntica a la pretensión planteada en este arbitraje) no era materia arbitrable; y, por lo tanto, dicho Tribunal declaró improcedente la pretensión y dio por concluido dicho proceso arbitral. Como ya señalamos, estamos ante una decisión de forma, que no se pronuncia sobre la pretensión que fue planteada.

13.27. EL CONSORCIO alega que la decisión del Tribunal Arbitral anterior, tiene efectos perentorios simples; y, por lo tanto, no impide que la misma pretensión pueda ser sometida a un nuevo arbitraje, que sería el arbitraje en curso. Según esta posición, el laudo arbitral anterior no le impide al CONSORCIO interponer la misma pretensión a este segundo Tribunal Arbitral, e incluso, podría entenderse, ante futuros tribunales, y este Segundo Tribunal (y otros conformados posteriormente) no estaría impedido de pronunciarse sobre la arbitrabilidad o no de dicha pretensión, no obstante, existe un pronunciamiento arbitral previo al respecto, con carácter de cosa juzgada.

13.28. Como sustento de su posición, el CONSORCIO ofrece la opinión jurídica del Dr. Giovanni Priori Posada sobre los efectos de la cosa juzgada formal y material. Ahí, el Dr. Priori contrasta la diferencia entre los efectos perentorios simples y los efectos perentorios complejos, explicando que en el caso de decisiones con efectos perentorios complejos «... se tratan de resoluciones que declaran improcedente la demanda por infracción a una norma de carácter procesal que resulta ser de tal naturaleza que termina afectando la pretensión misma»³⁰.

13.29. Agrega el Dr. Priori que en el caso de efectos perentorios simples la decisión no impide que la pretensión vuelva a ser discutida en otro proceso. Acto seguido, se hace referencia a una cita bastante escueta de la Dra. Arrarte Arinsnabarreta, quien señala que la decisión que declara la improcedencia por incompetencia ostenta efectos perentorios simples. Cabe entonces analizar con mayor detalle cuáles son los verdaderos efectos de la decisión arbitral anterior, que resolvió que la pretensión que fue planteada es improcedente por estar referida a una materia que no puede ser sometida a arbitraje por mandato legal.

13.30. En el ámbito del Derecho Procesal, en efecto, la decisión que declara la improcedencia por incompetencia del juez ostenta efectos perentorios simples. Como ya señalamos, la competencia de un juez para resolver sobre una causa

²⁹ Contrato de Ejecución de Obra N°090-2012-MTC/20 celebrado entre PROVIAS NACIONAL y CONSORCIO HUALLAGA.

³⁰ Opinión jurídica del Dr. Giovanni Priori Posada sobre los efectos de la cosa juzgada formal y material ofrecida por el CONSORCIO HUALLAGA, página 6.

concreta se determina según diversos criterios que son: materia, cuantía, grado, turno y territorio.

13.31. Para ilustrar lo anterior, si un demandante interpone una causa civil ante un juez laboral; éste tendría que declararse incompetente por razón de la materia (especialidad), sin que ello afecte el derecho demandante de interponer su reclamo ante el juez competente (el juez civil). Igualmente, si un demandante interpone una apelación ante una instancia que no es competente para resolver dicha apelación, ello puede ser subsanado rectificando la instancia ante la cual la apelación debe ser interpuesta. Ambos ejemplos de incompetencia ilustran cómo la incompetencia se refiere a un defecto procesal subsanable que no afecta la pretensión de manera permanente, en tanto se trata de aplicar adecuadamente las normas que regulan la determinación del juez competente.

13.32. A esto se refiere ARRARTE cuando señala que la decisión de incompetencia no impide que la misma pretensión pueda volver a ser discutida en otro proceso, y de ahí que señale que las decisiones sobre incompetencia ostentan efectos perentorios simples. Se puede apreciar cómo en puridad, la competencia responde a un concepto inherente al Derecho Procesal, y específicamente, a los procesos judiciales.

13.33. Cabe ahora preguntarnos si, la decisión arbitral anterior, que declaró improcedente en sede arbitral la pretensión ahí planteada, luego de concluir que dicha pretensión contiene una materia que no puede ser sometida a arbitraje, ostenta los mismos efectos perentorios simples que el Derecho Procesal Civil reconoce para las decisiones de incompetencia judicial. O si, por el contrario, la decisión arbitral anterior ostenta efectos perentorios complejos, y como consecuencia, surge el impedimento de volverla a reclamarla ante este segundo Tribunal Arbitral.

13.34. Al respecto, en su Informe Jurídico el Dr. PRIORI señala:

«La declaración de incompetencia del Tribunal no pone fin a la controversia, no la resuelve. Por lo tanto, al tener calidad de cosa juzgada formal, las pretensiones planteadas en el proceso pueden ser interpuestas en un proceso arbitral futuro»³¹.

13.35. Es decir, según la opinión jurídica del Dr. Priori, la decisión arbitral anterior no vincula a este Tribunal, y este Tribunal podría volver a revisar si la pretensión que se nos ha planteado en este segundo proceso arbitral –pretensión idéntica a la pretensión planteada en el arbitraje anterior– constituye materia arbitrable o no, pudiendo este Tribunal determinar que se trata de materia arbitrable y acto seguido, pudiendo resolver sobre el fondo de la pretensión planteada. Estos efectos serían una consecuencia de la tesis que sostiene el CONSORCIO y la

³¹ Opinión jurídica del Dr. Giovanni Priori Posada sobre los efectos de la cosa juzgada formal y material ofrecida por el CONSORCIO HUALLAGA, página 8.

opinión del Dr. Priori, según la cual el laudo arbitral anterior ostenta la calidad de cosa juzgada formal con efectos perentorios simples.

- 13.36. Al respecto, el jurista español Jordi Nieva Fenoll explica con elocuente claridad, que las normas que regulan la cosa juzgada contienen un «... mínimo común denominador» que consiste en la «...prohibición de reiteración de juicios»³²:

«Y justamente, una vez hallado ese mínimo común denominador, nos encontramos a las puertas de una completa desmitificación de lo que ha sido la cosa juzgada y todas las categorías en las que la ciencia ha dividido su estudio, ya que todas consisten en lo mismo, en esa prohibición de reiteración de juicios». [subrayado agregado].

- 13.37. Asimismo, sobre los efectos de la cosa juzgada, efecto positivo y negativo, que también han sido mencionados en el transcurso de este proceso arbitral, el mismo autor resalta la esencia misma de la cosa juzgada, la cual no debe ser dejada de lado como consecuencia de subcategorizaciones teóricas:

«Y la noción de cosa juzgada material encerró dentro de sí dos categorías que venían aún de algunos decenios más atrás, que son el efecto positivo y el efecto negativo de la cosa juzgada. Por si fuera poco, la doctrina fue acumulando los conceptos de firmeza, irrevocabilidad, invariabilidad, inmutabilidad, etc, creando una serie de categorías sobreabundantes que lo único que han hecho es oscurecer la noción inicial, que me disculpo por repetir una vez más: que la cosa juzgada no es más que una prohibición de reiteración de juicios». [subrayado agregado].³³

- 13.38. Nieva Fenoll, desarrolla también la aplicabilidad de la cosa juzgada a decisiones de forma –es decir aquellas que no resuelven sobre el fondo de la controversia– como es el caso que es materia de nuestro análisis:

«Ocupándome únicamente de las resoluciones más conflictivas, puede comprobarse cómo las resoluciones de contenido procesal, aquellas que inadmiten una demanda, por ejemplo, porque existía un defecto procesal, poseen efectos de cosa juzgada en un futuro juicio si el defecto procesal persiste, ya que no tiene sentido que el demandante eluda el juicio legítimo de un juez con el facilísimo expediente de acudir inmediatamente a otro a probar suerte. Resulta antieconómico y, por supuesto, contrario a la prohibición de reiteración de juicios propia de la cosa juzgada»³⁴. [subrayado agregado]

³² NIEVA FENOLL, Jordi, *La cosa juzgada: el fin de un mito*. Revista Peruana de Derecho Constitucional, Setiembre, 2006. Pág. 116

³³ Ibid., p. 118.

³⁴ Jordi Nieva Fenoll. *La cosa juzgada: el fin de un mito*. Revista Peruana de Derecho Constitucional. Setiembre 2006. Pág. 122.

- 13.39. La prohibición de la reiteración de juicios tiene una estrecha relación con el principio de seguridad jurídica que inspira a todo Estado de Derecho:

«(...) la seguridad jurídica es una norma jurídica que determina la adopción de comportamientos humanos que provoquen efectos que contribuyan a promover un estado de cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad del Derecho, cuya concreción depende de reglas abstractas o concretas. En otras palabras, la seguridad jurídica es una norma que determina la realización de un estado de hecho marcado, como ya he referido, por la capacidad de que el individuo realice dignamente una planificación estratégica jurídicamente informada y respetada de su acción»³⁵.

- 13.40. Existe una relación de co-dependencia que ya ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional, en la Resolución N° 3700-2013-PA/TC, estableciendo que la seguridad jurídica constituye uno de los principios que inspiran nuestra Constitución, y, por tanto, el Estado de Derecho:

«la predictibilidad de las conductas (...) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad»³⁶

- 13.41. De lo anterior, la garantía, en todo Estado de Derecho, de no reabrir asuntos ya resueltos en vía jurisdiccional, como bien lo resalta Nieva Fenoll:

«Cuando un juez ha fallado sobre un asunto concreto, nadie más debe fallar después, ni siquiera él mismo, en ninguna circunstancia, salvo que se produzcan las gravísimas circunstancias que las legislaciones suelen recoger como motivos de revisión de una sentencia, o de oposición de tercero»³⁷. [resaltado agregado].

- 13.42. Cabe señalar que la prohibición de reiterar juicios, que inspira a la institución de la cosa juzgada, está amparada en el numeral 2 del Artículo 139 de la Constitución Política del Perú recoge el Principio de Independencia en el Ejercicio de la Función Jurisdiccional, y otorga respaldo constitucional a la cosa juzgada, cuya parte pertinente señala que ninguna autoridad «... puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución». Se puede apreciar cómo la cosa juzgada constituye un derecho constitucional y tiene carácter definitivo e inmutable.

³⁵ ÁVILA, Humberto, *Teoría de la Seguridad Jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2012, p.153

³⁶ Resolución N° 3700-2013-PA/TC, ff. j.j.12.

³⁷ NIEVA FENOLL, Op. cit., p. 119.

13.43. Finalmente, el Laudo Arbitral anterior dejó a salvo del derecho del CONSORCIO de «...pedir en la vía Jurisdiccional correspondiente la revisión de la Resolución Directoral N°765-2013-MTC/20...»³⁸. En este extremo del laudo arbitral anterior, se resalta la posibilidad de que la pretensión vuelva a ser discutida, pero ante una jurisdicción distinta a la arbitral. Se aprecia pues cómo el defecto procesal identificado por el Tribunal Arbitral anterior afecta directamente la pretensión en tanto fue planteada ante la jurisdicción arbitral. En ese mismo sentido, se reconoce la posible existencia de una relación procesal válida, ante una jurisdicción distinta a la arbitral.

13.44. Por los fundamentos desarrollados líneas arriba, es opinión de este Tribunal Arbitral que los efectos de una decisión arbitral, que declara la incompetencia del Tribunal sustentada en que la materia que le ha sido sometida es materia no arbitrable, no pueden ser los mismos efectos de una decisión judicial en que un juez se declara incompetente para resolver una causa concreta. Y en esa línea, es opinión de este Tribunal que la posición del CONSORCIO HUALLAGA, sustentada en la Opinión Jurídica del Dr. Giovanni, resulta aplicable a los procesos judiciales, en tanto la declaración judicial de incompetencia de un juez identifica un defecto procesal subsanable que no afecte la pretensión de manera permanente (efectos perentorios simples).

13.45. Por el contrario, este Tribunal Arbitral considera que, la decisión arbitral anterior, que declaró la incompetencia del Tribunal sustentada en que la materia que le fue sometida es materia no arbitrable, advierte la existencia de un defecto que, si bien es formal, resulta insubsanable, afectando la pretensión de manera permanente. Es decir, nos encontramos ante una cosa juzgada formal con efectos perentorios complejos y, por tanto, a criterio de este Tribunal, no puede revisarse, menos subsanarse, la determinación del Tribunal Arbitral anterior respecto a la no arbitrabilidad de la pretensión ahí planteada, que es idéntica a la pretensión sometida a este arbitraje. Reabrir esta discusión resultaría contrario a los principios que inspiran la cosa juzgada y que ya han sido desarrollados líneas arriba.

13.46. Por los fundamentos antes expuestos, este Tribunal concluye que el Laudo Arbitral anterior declaró que la pretensión no puede ser sometida a arbitraje, y ese pronunciamiento es definitivo, inmutable, y por tanto prohíbe a este Tribunal a reabrir esa misma discusión, o pretender revisar lo ya resuelto en dicho extremo. Intentar hacerlo vulneraría el principio de la cosa juzgada reconocido constitucionalmente y los principios que inspiran dicha institución.

13.47. Por lo anterior, la decisión arbitral anterior, que ostenta la calidad de cosa juzgada formal con efectos perentorios complejos, tiene el efecto de imposibilitar jurídicamente al CONSORCIO a exigir nuevamente esa misma pretensión en otro proceso arbitral.

Sobre los costos y las costas

³⁸ Numeral 9.18. del Laudo Arbitral emitido en el proceso tramitado bajo el Expediente 377-56-13-PUCP.

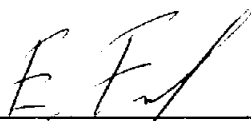
13.48. El Tribunal considera que ambas partes han tenido razones suficientes para litigar y llevar adelante el presente arbitraje y que no se trata de una acción arbitraria, temeraria o maliciosa de ninguna de ellas. Además, considera que la conducta de ambas en el desarrollo del mismo ha sido correcta, por lo que concluye que los costos y gastos arbitrales deben ser asumidos en partes iguales por ellas, con excepción de los costos y gastos de su propia defensa que deben ser asumidos por cada una de las partes.

XIV. LAUDA:

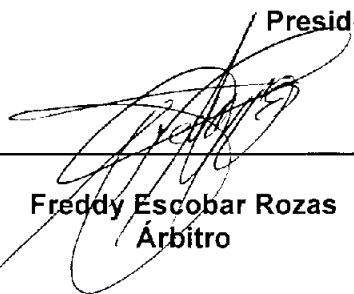
En virtud de los fundamentos precedentes, este Tribunal Arbitral decide, por UNANIMIDAD:

PRIMERO: Declarar fundada la excepción de Cosa Juzgada interpuesta por PROVIAS NACIONAL por los fundamentos desarrollados en el presente Laudo.

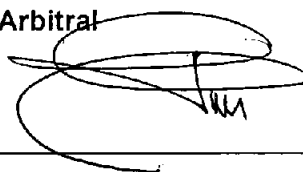
SEGUNDO: Declarar que cada una de las partes asumirá sus propios gastos arbitrales y el 50% de los costos comunes.



Eduardo Ferrero Costa
Presidente del Tribunal Arbitral



Freddy Escobar Rozas
Árbitro



Enrique Antonio Varsi Rospigliosi
Árbitro