

Caso Arbitral N° 0558-2021-CCL

Consortio San Camilo

vs.

Activos Mineros S.A.C.

LAUDO PARCIAL

Tribunal Arbitral

Marco Antonio Martínez Zamora (P)

Luis Farro Mendiola

Mario Linares Jara

Secretaria Arbitral

Fiorella Casaverde Cotos

Lima, 2 de septiembre de 2022

GLOSARIO DE TÉRMINOS

Términos		Abreviaturas
1.	Consorcio San Camilo	CONSORCIO
2.	Activos Mineros S.A.C.	ACTIVOS MINEROS
3.	Contrato N° GL-C-104-2017	El Contrato
4.	Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificado mediante Decreto Legislativo N° 1341	Ley de Contrataciones
5.	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF	Reglamento de Contrataciones
6.	Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje	Ley de Arbitraje
7.	Reglamento de Arbitraje del Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.	Reglamento de Arbitraje

Orden Procesal N°7

Lima, 02 de septiembre de 2022

VISTOS:

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y DEL TRIBUNAL ARBITRAL. -

La parte demandante es el CONSORCIO.

La parte demandada es ACTIVOS MINEROS.

El Tribunal Arbitral está conformado por el doctor Marco Antonio Martínez Zamora, en calidad de presidente y los doctores Luis Farro Mendiola y Mario Linares Jara, en calidad de Árbitros.

II. TIPO DE ARBITRAJE Y NORMATIVA APLICABLE A LA CONTROVERSIA. -

El presente es un arbitraje NACIONAL y de DERECHO, al cual se aplican las normas del Derecho peruano.

III. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO PARCIAL. -

- 3.1. En el presente Laudo Parcial, el Tribunal Arbitral se pronunciará, en primer lugar, sobre las Excepciones de Incompetencia y Cosa Juzgada deducidas por ACTIVOS MINEROS en su escrito de contestación a la demanda, de fecha 7 de marzo de 2022. Este escrito fue absuelto por el CONSORCIO mediante Escrito N° 11, de fecha 4 de abril de 2022, proveído por Orden Procesal N° 3, de fecha 18 de abril de 2022.
- 3.2. Asimismo, el Colegiado emitirá pronunciamiento sobre la procedencia de la Excepción de Caducidad planteada indirectamente como parte de los argumentos de fondo de la contestación de la demanda de ACTIVOS MINEROS y, posteriormente, desarrollada en la Audiencia Especial sobre excepciones (convocada mediante Orden Procesal N° 4), llevada a cabo el día 3 de junio de 2022, así como también en el Escrito N° 6, con la Sumilla: "*Alegatos finales respecto a las excepciones deducidas*" y el Escrito N° 17 con la Sumilla: "*Conclusiones finales sobre la Audiencia de Excepciones*", presentados por ACTIVOS MINEROS y el CONSORCIO, respectivamente.

IV. ANTECEDENTES. -

- 4.1. Con fecha 10 de enero de 2022, mediante Orden Procesal N°2, se aprobaron las reglas del proceso y el calendario procesal, además de

otorgar a la parte demandante un plazo de veinte (20) días hábiles para que presente su demanda arbitral.

- 4.2. En dicha orden se dispuso que cualquier plazo determinado se computa desde el día hábil siguiente a la fecha de recepción de los correos electrónicos, sin necesidad de pronunciamiento previo del Tribunal Arbitral, y vence el último día hábil del plazo.
- 4.3. Con fecha 7 de febrero de 2022, el CONSORCIO presentó su demanda arbitral, en la cual presentó 14 pretensiones (8 principales, 4 subordinadas y 2 accesorias) sobre ampliación de plazo, mayores gastos generales, penalidades, pago, modificaciones a expediente técnico, y costas y costos. Asimismo, con fecha 8 de febrero de 2022, dicha parte adjuntó la documentación correspondiente a los anexos de la demanda arbitral.
- 4.4. Con fecha 7 de marzo de 2022, ACTIVOS MINEROS presentó su escrito de contestación a la demanda, solicitando que la demanda interpuesta por el CONSORCIO sea desestimada en todos sus extremos. En dicho escrito, además, dedujo las Excepciones de Incompetencia y Cosa Juzgada.
- 4.5. Con fecha 4 de abril de 2022, mediante Escrito N°11, con la Sumilla: "*Absolvemos excepciones presentadas*", el CONSORCIO absolvió las Excepciones de Incompetencia y de Cosa Juzgada deducidas por ACTIVOS MINEROS.
- 4.6. Con fecha 18 de abril de 2022, mediante Orden Procesal N°3, el Tribunal Arbitral tuvo presente los escritos de demanda arbitral y contestación de la demanda arbitral. Asimismo, fijó las cuestiones que serán materia de pronunciamiento y dispuso que las excepciones se resolverían en forma conjunta con el laudo final.
- 4.7. Con fecha 19 de abril de 2022, ACTIVOS MINEROS formuló recurso de reconsideración contra la Orden Procesal N°3, señalando, de acuerdo con el artículo 188 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, que las excepciones deben resolverse antes que se fijen los puntos controvertidos.
- 4.8. Con fecha 27 de abril de 2022, mediante Orden Procesal N°4, el Tribunal Arbitral, dejó sin efecto la Orden Procesal N°3 en el extremo de la oportunidad para resolver las excepciones y dispuso que las excepciones serían resueltas mediante un laudo parcial. Asimismo, dispuso citar a las partes a una Audiencia Especial sobre Excepciones para el día 3 de junio de 2022 a las 9.00 a.m. vía Zoom, luego de lo cual se establecería el plazo para la emisión del laudo parcial.
- 4.9. Con fecha 3 de junio de 2022, a las 9:00 a.m., se llevó a cabo la Audiencia Especial sobre Excepciones, oportunidad en la cual tanto ACTIVOS MINEROS como el CONSORCIO presentaron sus posiciones

de manera oral. En esta oportunidad se otorgó a ambas partes un plazo de 5 días hábiles para presentar sus conclusiones.

- 4.10. Cabe señalar que, durante el desarrollo de la audiencia, ACTIVOS MINEROS precisó que, además de las Excepciones de Incompetencia y Cosa Juzgada, dedujo la Excepción de Caducidad.
- 4.11. Con fecha 10 de junio de 2022, ACTIVOS MINEROS, presentó el Escrito N°6 con la Sumilla: "*Alegatos finales respecto a las excepciones deducidas*". En esta misma fecha, el CONSORCIO presentó el Escrito N°17 con la Sumilla: "*Conclusiones finales sobre la Audiencia de Excepciones*".
- 4.12. Con fecha 16 de junio de 2022, mediante Orden Procesal N°6, el Tribunal resolvió tener por presentados el Escrito N°6 de ACTIVOS MINEROS y el Escrito N°17 del CONSORCIO, con conocimiento de las partes. Asimismo, en dicha misma decisión fijó el plazo para emitir el laudo parcial que resolverá las excepciones, en cincuenta (50) días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39° del Reglamento de Arbitraje 2017 de la Cámara de Comercio de Lima.
- 4.13. Teniendo en cuenta las actuaciones arbitrales anteriormente detalladas, el colegiado emitirá pronunciamiento sobre las excepciones deducidas por ACTIVOS MINEROS, análisis en el cual se incluirá la procedencia de la Excepción de Caducidad planteada indirectamente como parte de los argumentos de fondo de la contestación de la demanda de ACTIVOS MINEROS y, posteriormente, desarrollada en la Audiencia Especial sobre excepciones (convocada mediante Orden Procesal N°4) llevada a cabo el día 3 de junio de 2022, así como también en el Escrito N°6, con la Sumilla: "*Alegatos finales respecto a las excepciones deducidas*" y el Escrito N°17 con la Sumilla: "*Conclusiones finales sobre la Audiencia de Excepciones*" presentados por ACTIVOS MINEROS y el CONSORCIO, respectivamente.
- 4.14. Dentro del plazo establecido, se procede a emitir el presente laudo arbitral, en los términos que se exponen a continuación.

CONSIDERANDOS:

V. CUESTIONES PRELIMINARES

- 5.1. Antes de resolver la materia controvertida, corresponde al Tribunal Arbitral confirmar que:
 - i) El Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo con el convenio arbitral celebrado por las partes y a la normativa de las Contrataciones del Estado;
 - ii) El CONSORCIO presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto;

- iii) ACTIVOS MINEROS fue debidamente emplazado con la demanda y, en efecto, presentó su escrito de contestación a la demanda;
- iv) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios;
- v) Las partes tuvieron oportunidad de informar oralmente ante el Tribunal Arbitral en la audiencia convocada con tal fin;
- vi) El análisis del presente caso y las conclusiones a las que arribe el Tribunal Arbitral, serán efectuadas de conformidad con la documentación probatoria aportada por las partes, así como de la información que, de modo indubitable, se desprende de los actuados que obran en el expediente del caso, habiéndose tenido en cuenta en su integridad, aún en caso de no ser expresamente mencionada en el análisis;
- vii) Los hechos a los que se refiere el análisis del caso son los establecidos en los Vistos, en concordancia con la información que obra en el expediente del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápite del presente Laudo Arbitral;
- viii) El Tribunal Arbitral, conforme lo establecido en el Artículo 139, numeral 1, de la Constitución Política del Perú, ejerce función jurisdiccional y, por lo tanto, no se encuentra subordinado a ningún órgano administrativo o de cualquier otra índole, ejerciendo sus funciones con absoluta independencia, en el marco de las competencias que son propias a su naturaleza;
- ix) En el análisis de las pretensiones, el Tribunal Arbitral se ha reservado el derecho de seguir el orden que estima más conveniente para la solución de las controversias contenidas en los puntos controvertidos del presente caso arbitral;
- x) El Tribunal Arbitral procede a emitir el Laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

5.2. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de éstos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

VI. NORMA APLICABLE

- 6.1. De acuerdo con la fecha de convocatoria del procedimiento de selección del cual deriva el CONTRATO objeto de análisis en el presente caso arbitral, la norma aplicable es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por la Ley N°30225, modificada por el Decreto Legislativo N°1341 (en adelante, LEY), y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N°350-2015-EF, modificado por Decreto Supremo N°056-2017-EF (en adelante, el REGLAMENTO).
- 6.2. Ambos cuerpos normativos son las aplicables para todos los contratos suscritos como consecuencia de los procedimientos de

selección convocados entre el 03 de abril de 2017 y el 29 de enero de 2019 inclusive, como en el presente caso.

Asimismo, resulta aplicable el Decreto Legislativo N°1071, Ley de Arbitraje vigente.

VII. ANÁLISIS

- 7.1. El objeto del presente Laudo Parcial es resolver las excepciones deducidas por ACTIVOS MINEROS respecto de diversas pretensiones planteadas por el CONSORCIO. Tal como veremos a continuación, estas excepciones son las de incompetencia, cosa juzgada y caducidad.
- 7.2. En este punto, es necesario efectuar una precisión sobre los alcances de las excepciones deducidas, específicamente en lo que concierne a la cuarta pretensión principal y su primera excepción accesoria, respecto de las cuales la parte que las deduce se refiere a ellas como de cosa juzgada, pero mencionando igualmente que se trataría de supuestos de caducidad.
- 7.3. A efectos de establecer con precisión los términos de la decisión del Tribunal resulta pertinente tener en cuenta lo siguiente:
 - a) Inicialmente, ACTIVOS MINEROS, mediante escrito de contestación de la demanda, dedujo las excepciones de Incompetencia (o competencia) y Cosa Juzgada, estableciendo el siguiente orden entre excepciones y pretensiones cuestionadas.

Orden (inicial) de las excepciones deducidas

Excepción de Competencia. -

- Séptima Pretensión Principal.
- Pretensión Subordinada a la Séptima Pretensión Principal.

Excepción de Cosa juzgada. -

- Cuarta Pretensión Principal
- Primera Pretensión Accesorio a la Cuarta Pretensión Principal
- Quinta Pretensión Principal.
- Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal
- Sexta Pretensión Principal
- Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal

Ello a que pese que en el propio escrito en el que se deducen tales excepciones, se hace referencia **también** a la situación de la cuarta pretensión principal y su primera accesoria, como pretensiones en las que se habría incurrido en caducidad.

- b) En efecto, durante la Audiencia Especial de Excepciones, de fecha 3 de junio de 2022, y Escrito N° 6, con la Sumilla: "*Alegatos finales*

respecto a las excepciones deducidas", ACTIVOS MINEROS precisó que se estarían interponiendo 3 tipo de excepciones, precisando su orden conforme al siguiente detalle:

Orden de excepciones por pretensiones (final)

Excepción de Competencia. –

- Séptima Pretensión Principal.
- Pretensión Subordinada a la Séptima Pretensión Principal.

Excepción de Cosa juzgada. –

- Quinta Pretensión Principal.
- Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal
- Sexta Pretensión Principal
- Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal

Excepción de Caducidad. –

- Cuarta Pretensión Principal
- Primera Pretensión Accesorio a la Cuarta Pretensión Principal

7.4. Ahora bien, sin perjuicio de que, como parte de la controversia, se viene discutiendo sobre la validez de incorporar la excepción de caducidad, el Tribunal precisa que la relación entre pretensiones cuestionadas y excepciones será el establecido en la Audiencia Especial de Excepciones y el Escrito N° 6, con la Sumilla: "*Alegatos finales respecto a las excepciones deducidas*" de ACTIVOS MINEROS.

7.5. Debe tenerse en cuenta que el CONSORCIO ha podido ejercer su derecho de defensa sobre este extremo, como se aprecia de su escrito de alegatos. Más aún, de la propia lectura integral del pedido formulado por ACTIVOS MINEROS, queda claro que no se trata de una modificación de las pretensiones de excepción planteadas, sino una precisión sobre las mismas.

Para ello, debe tenerse en cuenta – además, que la caducidad es de orden público y, en caso de darse el supuesto correspondiente, es obligación de quien resuelve proceder a su declaratoria, incluso si no hubiera sido invocada por la parte interesada.

7.6. Así, procederemos a analizar, en ese orden:

- i) La excepción de incompetencia;
- ii) La excepción de cosa juzgada
- iii) La excepción de caducidad

SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

7.7. A partir de las posiciones escritas de las partes, así como de los informes orales y respuestas que brindaron durante la Audiencia

Especial sobre Excepciones de fecha 3 de junio de 2022, realizada a través de la plataforma virtual Zoom, la controversia sobre excepción de incompetencia, se resume en los términos que se exponen en los acápites siguientes.

7.8. **Posición de ACTIVOS MINEROS en su escrito de contestación a la demanda**

- a) ACTIVOS MINEROS, mediante escrito de contestación de la demanda, deduce excepción de incompetencia respecto de la séptima pretensión principal y la primera pretensión subordinada a la séptima pretensión principal. Dichas pretensiones establecen lo siguiente:

“SETIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL. – Que, su Tribunal Arbitral apruebe el pago por la suma de S/1'534,002.18 soles, así como el plazo de 36 días, correspondiente a la incidencia en costo y plazo del análisis de precio unitario en el insumo de la partida de topsoil (tierra de cultivo) respecto a la modificación al Expediente Técnico de la Prestación Adicional de Obra N°04 solicitado por el Contratista.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SETIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que, la Entidad reformule y apruebe las modificaciones al Expediente Técnico de la Prestación Adicional de Obra N°04, toda vez que la incidencia del análisis de precio unitario en el insumo de la partida de topsoil (tierra de cultivo) no es suficiente para cubrir el área por metro cuadrado que señala el Expediente”.

- b) Como veremos en las siguientes líneas, la posición de ACTIVOS MINEROS se centra en que, mediante las pretensiones anteriores, el CONSORCIO estaría solicitando al Tribunal que apruebe o reformule conceptos económicos y plazos no aprobados por ACTIVOS MINEROS y vinculados a una Prestación Adicional aprobada, decisión que no estaría dentro de su competencia conforme lo establece el artículo 45 de la Ley de Contrataciones.
- c) Para desarrollar lo mencionado, en primer lugar, ACTIVOS MINEROS alega que el CONSORCIO, mediante ambas pretensiones, está solicitando que el Tribunal modifique los alcances del Expediente Técnico de la Prestación Adicional de Obra N° 4 en el extremo del precio y el plazo.
- d) Específicamente, se solicita el pago de la suma S/1'534,002.18, así como el plazo adicional de 36 días correspondientes a la modificación al Expediente Técnico de la Prestación Adicional de Obra N° 04 y, de modo subordinado, se requiere ordenar a ACTIVOS MINEROS la reformulación y aprobación de adicionales al Expediente de la Prestación Adicional de Obra 4.

- e) Preciado lo anterior, ACTIVOS MINEROS indica que el Tribunal no tiene competencias para aprobar conceptos del Expediente de un adicional, ni ordenar al tribunal que reforme el mismo en tiempo o plazo.
- f) Como base legal de lo afirmado, cita el artículo 45, numeral 45.1 de la Ley de Contrataciones, en el extremo que consagra la imposibilidad de someter a arbitraje las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de ACTIVOS MINEROS o de la Contraloría General de la República.
- g) Complementariamente, hace referencia a sentencias de las salas superiores (ratificadas en la Corte Suprema) donde hacen mención a la imposibilidad de someter a arbitraje los adicionales y sus elementos adicionales (precio y plazo). A modo de ejemplo, cita la Casación N° 738-2018, en la cual la autoridad jurisdiccional afirma que las controversias relacionadas a prestaciones adicionales, como el plazo o el precio, no pueden ser sometidas a arbitraje por vulnerar las disposiciones de la Normativa de Contrataciones Públicas y configurar la causal de anulación de laudo del artículo 63, inciso 1, literal e) de la Ley de Arbitraje.
- h) Cabe señalar que, mediante Escrito N°6 con la Sumilla: "*Alegatos finales respecto a las excepciones deducidas*", ACTIVOS MINEROS reitera los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema (la Casación N°738-20181, la Casación N°3487-20132 y la Casación N°1556-2017) que ratifican que los Adicionales y sus elementos esenciales (alcance, monto y plazo) no son arbitrables.
- i) También, como parte de los referidos alegatos, se ha hecho mención que, ante la pregunta del Árbitro Marco Antonio Martínez Zamora (01:43:49 de la grabación), el CONSORCIO habría respondido que la solución de la Entidad frente a un error en el adicional es la aprobación de un nuevo adicional. Seguidamente, se indica que dicha parte habría buscado corregir dicha afirmación (01:44:25 de la grabación), aseverando que lo que se busca es la declaración sobre la deficiencia del Expediente técnico del adicional.
- j) Por los motivos expuestos, ACTIVOS MINEROS solicita que se declare FUNDADA la excepción de incompetencia respecto de la séptima pretensión principal y la primera pretensión subordinada a la séptima pretensión principal.

7.9. Posición del Consorcio en el escrito de absolución a excepciones

- a) Frente la posición expuesta por ACTIVOS MINEROS, el CONSORCIO precisa que no está solicitando la aprobación, o no, de prestaciones adicionales -pues son conscientes de que dicha decisión constituye

una potestad exclusiva de la Entidad (en este caso, de ACTIVOS MINEROS), sino que en realidad estarían pidiendo la revisión de la legalidad de dicha decisión, pues alegan que ha sido efectuada sin fundamentación o motivación válida.

- b) Para desarrollar lo expuesto, dicha parte indica que, durante la ejecución contractual, solicitó la modificación del Contrato para cumplir con su finalidad. Esta modificación se centró en el extremo de la unidad de metrado de top soil del Expediente técnico de la Prestación Adicional N° 04 de la Partida 01.01 TIERRA DE CULTIVO INC. REVEGETACION que es (m2), por TIERRA DE CULTIVO INC. REVEGETACION (m3). Ello, toda vez que, según indica, habría una deficiencia en el citado Expediente que generó, a su vez, la necesidad de un nuevo adicional para la ejecución por modificación en la partida 01.01 TIERRA DE CULTIVO INC. REVEGETACIÓN del adicional N°04.
- c) Asimismo, alegan que ACTIVOS MINEROS denegó dicha petición mediante Comunicación N° 253-2021-GO, actuación que considera incorrecta jurídicamente pues no solo se contraviene la Normativa de Contrataciones Públicas, sino, además, se pretendería trasladar al CONSORCIO la deficiencia del expediente de la prestación adicional, cuando este último solo es responsable de su ejecución.
- d) Como fundamento jurídico de su posición, el CONSORCIO cita literalmente el artículo 41, numeral 41.1 de la Ley de Contrataciones, resaltando el extremo que consagra la posibilidad de modificar el contrato en los supuestos contemplados en la Ley y el Reglamento, siempre que permita alcanzar con su finalidad de manera oportuna y eficiente.
- e) Seguidamente, se indica que tanto la Ley de Contrataciones como su Reglamento establecen que son causales de modificación contractual: la prestación adicional, el deductivo, la ampliación del plazo y los supuestos de modificación contractual previstos en el artículo 34-A de la referida ley.
- f) Aunado a lo anterior, alega que la procedencia de modificaciones contractuales requiere de la configuración de los siguientes requisitos:
 - i) que no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones;
 - ii) que las modificaciones deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a alguna de las partes;
 - iii) que dichas modificaciones permitan alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente y;
 - iv) que no cambien los elementos determinantes del Objeto.

- g) Adicionalmente, dicha parte cita literalmente el artículo 1 de la Ley de Contrataciones, en el extremo en que consagra como finalidad de las contrataciones públicas la obtención de los fines públicos y la repercusión positiva en la vida de los ciudadanos.
- h) Complementando lo anterior, el CONSORCIO establece que toda modificación contractual debe permitir lograr la finalidad del contrato en forma oportuna y eficiente. Sobre este punto, indica que mientras la “Oportunidad” implicará obtener a tiempo la finalidad de la contratación, la “Eficiencia” implicará que dicha contratación se realice con el mejor uso de recursos públicos.
- i) Teniendo claro lo anterior, se hace mención a la Función Jurisdiccional de los Tribunales Arbitrales fundamentada, a la cual le es aplicable los Principios y Garantías propias del Debido Proceso, de conformidad con el artículo 139 de la Constitución y lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC.
- j) Llegado a este punto, el CONSORCIO precisa que, mediante las pretensiones objetadas, no está solicitando la aprobación de prestaciones adicionales, sino que requiere la revisión de la legalidad del denominado acto administrativo de denegatoria a la modificación contractual de la Entidad y su motivación, con la finalidad de determinar su validez; pronunciamiento que, a su parecer, sería materia arbitrable.
- k) En tal sentido, dicha parte considera que este tribunal sería competente para determinar si la modificación contractual solicitada por el contratista se encontraría correcta o incorrectamente “determinada”, lo cual es distinto a asumir las funciones de la Entidad en la aceptación o denegatoria de dicha decisión.
- l) En adición, se menciona que no existe un plazo específico o requisitos taxativos para solicitar modificaciones convencionales al contrato, siendo únicamente necesario que el Contrato se encuentre vigente. Para el CONSORCIO, la exigencia anterior (vigencia del contrato) se cumpliría en el caso concreto, en virtud de la medida cautelar otorgada por el Tribunal Arbitral, además de que existen sendas opiniones del OSCE que hacen referencia a la responsabilidad de la Entidad en la elaboración o determinación del Expediente técnico.
- m) Finalmente, se hace mención a la competencia del Tribunal para resolver las materias sometidas a su decisión, las cuestiones accesorias a la materia controvertida y los cuestionamientos a su propia competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento de Arbitraje, además de los artículos 3 y 40 de la Ley de Arbitraje.
- n) Cabe señalar que, mediante Escrito N° 17 con la Sumilla: “Conclusiones finales sobre la Audiencia de Excepciones”, el

CONSORCIO indica que en ninguna parte de sus pretensiones ha hecho mención a que se solicita la aprobación de adicionales; si no, por el contrario, se busca únicamente la declaración sobre la deficiencia del expediente técnico.

- o) Por lo tanto, dicha parte indica que debe declararse INFUNDADA la excepción de incompetencia deducida por ACTIVOS MINEROS.

7.10. **POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA (SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL)**

- a) El cuestionamiento que sostiene la presente excepción de incompetencia se encuentra vinculada de modo directo a la imputación de no arbitrabilidad de la materia comprendida en la séptima pretensión principal y su primera pretensión subordinada, las que han sido planteadas por el Consorcio San Camilo del siguiente modo:

“SETIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL. – Que, su Tribunal Arbitral apruebe el pago por la suma de S/1´534,002.18 soles, así como el plazo de 36 días, correspondiente a la incidencia en costo y plazo del análisis de precio unitario en el insumo de la partida de topsoil (tierra de cultivo) respecto a la modificación al Expediente Técnico de la Prestación Adicional de Obra N°04 solicitado por el Contratista.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SETIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que, la Entidad reformule y apruebe las modificaciones al Expediente Técnico de la Prestación Adicional de Obra N°04, toda vez que la incidencia del análisis de precio unitario en el insumo de la partida de topsoil (tierra de cultivo) no es suficiente para cubrir el área por metro cuadrado que señala el Expediente”.

- b) Como puede apreciarse, en ambos casos lo que se solicita es la modificación de las condiciones incorporadas al Contrato mediante la aprobación de la Prestación Adicional de Obra N°04. Sobre dicho tema, ACTIVOS MINEROS sostiene que ello implicaría modificar el adicional, aspecto que no sería competencia de la jurisdicción arbitral.
- c) Al respecto, la Ley de Contrataciones del Estado, en el acápite 45.1 de su artículo 45° delimita la competencia de la jurisdicción arbitral, en su primer y tercer párrafo, del siguiente modo:

“Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

(...)

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo. (...)".

(Las negritas y el subrayado son nuestros).

- d) De la lectura integral de ambos párrafos, queda claro que la regla general es que toda controversia de carácter contractual que se produzca durante la etapa de ejecución puede ser sometida a arbitraje. Sin embargo, la propia norma establece excepciones, vinculadas a la decisión de aprobar o denegar los adicionales de obra o, en todo caso, a formas veladas de ejecución de estos, cuando ellos han sido denegados.

Dicho de otro modo, el Legislador establece una reserva de competencia, de modo tal que es la propia Entidad la competente para determinar si se ejecuta o no un adicional bajo su responsabilidad, decisión que solo puede revisable en sede judicial.

- e) Dado que tal exclusión de la competencia arbitral se trata en estricto de una excepción a la regla general, queda claro que su interpretación debe hacerse de modo estricto, evitando cualquier interpretación extensiva o por analogía. Ello nos lleva, necesariamente, a analizar cuáles son los alcances de dicha exclusión a la competencia arbitral.
- f) Como hemos visto, tal exclusión se encuentra delimitada a las controversias que se encuentra vinculadas a la aprobación o no de

un adicional, así como a diversas formas veladas en las cuales un adicional denegado total o parcialmente, es sin embargo ejecutado, como se aprecia a continuación:

- i. La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales.
 - ii. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda.
 - iii. Las pretensiones referidas a enriquecimiento indebido que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda.
 - iv. Las pretensiones referidas a pago de indemnizaciones que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda.
 - v. Cualquier otra pretensión que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda.
- g) Así, mientras que para ACTIVOS MINEROS las pretensiones cuestionadas versan expresamente sobre la aprobación de adicionales, lo que no sería competencia de la Sede Arbitral; para el CONSORCIO, por el contrario, no pretendería cuestionar tal potestad exclusiva de la Entidad, sino reclamar la legalidad de la decisión de la Entidad, respecto de diversos errores o vicios detectados, en la fase de ejecución de los trabajos que fueron materia de la aprobación del Adicional N°04 y que implicarían deficiencias en el expediente técnico del mismo.
- h) Entrando al tema de la séptima pretensión principal, esta pretende la aprobación de un monto específico (\$/1'534,002.18 Soles) y se le otorgue un plazo de 36 días, como motivo de la modificación del expediente técnico.
- i) Tal como hemos visto, las normas de excepción deben ser analizadas de modo estricto, evitando toda lectura extensiva o analógica. En esa línea, los supuestos excluidos de la competencia arbitral corresponden a dos grandes grupos: i) Los que cuestionan la decisión

de la Entidad de aprobar o denegar un adicional y; ii) Los que pretendan la ejecución bajo cualquier otra forma jurídica de adicionales que han sido denegados o que, sólo fueron aprobados parcialmente. Queda claro que no existen más exclusiones, que las comprendidas en estos dos grupos temáticos.

- j) El primer escenario no resulta aplicable al presente caso. El Contratista no cuestiona la decisión de la Entidad de aprobar el Adicional N°04, ni busca bajo forma alguna su revocatoria.
- k) Sobre el segundo escenario, no nos encontramos tampoco ante el supuesto de una ejecución velada de un adicional denegado, ello por cuanto el Adicional N°04 no ha sido denegado, sino que se encuentra aprobado, existiendo únicamente diversos aspectos en discordancia relativos a su ejecución.
- l) Analicemos entonces el segundo supuesto del segundo escenario, es decir, aquel que se refiere a la ejecución velada (bajo cualquier otra forma jurídica) de un adicional aprobado parcialmente – o lo que es lo mismo, denegado en parte. ¿Cuándo estamos ante un adicional negado parcialmente?
- m) Hagamos una primera digresión: Si se plantea como adicional construir un muelle y un puente y solo se aprueba lo segundo, queda claro que dicho adicional sólo ha sido aprobado de modo parcial. Ocurrirá lo mismo, cuando se excluyan de la decisión aprobatoria trabajos o partidas que estaban en el pedido o trámite original de dicho adicional.

Dicho de otro modo, la aprobación parcial de un adicional – y por ende, su desaprobación igualmente parcial, implican en todo caso la selección entre diversos trabajos propuestos, de los cuales unos son autorizados y otros no. No comprende, como primera conclusión, actividades que no estuvieron previstas y sobre las cuales no ha existido decisión autoritativa o denegatoria, es decir sobre las cuáles no se ha ejercido decisión al momento de la aprobación del respectivo adicional.

- n) Hagamos una segunda digresión: ¿Cuál es el efecto de aprobar un adicional? ¿Implica una modificación al Contrato? ¿Implica un cambio en la forma en la cual se debe ejecutar un expediente técnico?

La respuesta, como resulta obvio, es positiva. La aprobación de un adicional implicará en todos los casos la modificación de los términos de ejecución del Contrato, no sólo porque se incrementa su monto de ejecución, sino también las condiciones en las que debe desarrollarse la obra, es decir, el expediente técnico.

- o) Dicho esto, queda igualmente claro que aprobado un adicional este se incorpora al Contrato, de modo tal que los trabajos que se suman

con el, pueden dar origen a nuevos incidentes contractuales, como, por ejemplo, la aprobación de ampliaciones de plazo o incluso cualquier otra situación orientada a solucionar problemas sobrevinientes u otros originados en errores en el expediente técnico, como ocurriría con cualquier otro segmento o tramo del Contrato.

- p) Así, si la pretensión del Contratista es discutir los términos en los cuáles se denegó en parte un adicional y pretende, con su reclamo incorporar la parte no aprobada, queda claro que estaríamos ante una materia no arbitrable. Si, por el contrario, la pretensión está referida a solucionar un error o un vicio del expediente técnico, debe procederse del mismo modo en el cual se discute cualquier otro eventual o potencial vicio del expediente técnico, conforme a los diversos mecanismos que prevén la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado.
- q) En la actual etapa del presente proceso arbitral, no es posible determinar aún si el reclamo del Consorcio San Camilo pretende incorporar actividades o trabajos expresamente denegadas al aprobarse el Adicional de Obra N°04 o si, por el contrario, se refiere a la atención de errores o vicios del Expediente Técnico, tema que solo puede ser dilucidado al efectuar el análisis de fondo de la materia controvertida.
- r) Cabe tener en cuenta que el CONSORCIO expresamente niega que pretenda discutir lo concerniente a la decisión de ACTIVOS MINEROS de aprobar o denegar el adicional en mención, sino que invoca el reclamo un monto y un plazo que tendrían su origen – según sostiene - en un error del expediente técnico; error cuya probanza corresponderá acreditar al propio CONSORCIO dentro del presente arbitraje, como parte de la cuestión y análisis de fondo.
- s) Similares motivos aplican a la pretensión subordinada de esta séptima pretensión principal al compartir la misma naturaleza, siéndole igualmente aplicable lo expuesto en los dos literales anteriores.
- t) Conforme todo lo anterior, la excepción de incompetencia deducida por la Entidad contra la Séptima Pretensión Principal y la Séptima Pretensión Subordinada del CONSORCIO deviene en **INFUNDADA** sin perjuicio de lo establecido en los literales q) y r) del acápite 7.10 de la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

SOBRE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA (QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL)

- 7.11. A partir de las posiciones escritas de las partes, así como de los informes orales y respuestas que brindaron durante la Audiencia sobre Excepciones, realizada a través de la plataforma virtual Zoom,

la presente controversia sobre la Excepción de Cosa Juzgada se resume conforme pasaremos a explicar a continuación.

7.12. Posición de ACTIVOS MINEROS respecto a la excepción de cosa juzgada

- a) Como segunda excepción, ACTIVOS MINEROS deduce la Excepción de Cosa Juzgada con relación a la Cuarta Pretensión Principal, la Primera Pretensión Accesorio a la Cuarta pretensión Principal, la Quinta Pretensión Principal y la Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal.
- b) No obstante, como indicamos en el punto precedente ("Cuestión previa") de modo posterior, se precisa que las pretensiones cuestionadas serían la Quinta Pretensión Principal, la Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal, la Sexta Pretensión y la Primera Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal. Dichas pretensiones establecen lo siguiente:

"(...)

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que, el Tribunal Arbitral APRUEBE el impacto en plazo, conceptos económicos, costos y mecanismos de compensación por los rendimientos en la colocación de la Tierra de Cultivo (Topsoil), promovido por el contratista, de acuerdo a los considerandos expuestos en la Directiva N° 005-2020-OSCE-CD y consecuentemente se apruebe el pago de S/2'328,426.84 soles, así como el reconocimiento del plazo de 68 días por este concepto.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que, el Tribunal ordene y disponga que el pronunciamiento de la Entidad, mediante la carta N°132-2021-AM/GG de fecha 27 de setiembre de 2021, expedida por el Gerente General de la Entidad AMSAC, mediante la cual precisa que no corresponde pronunciarse respecto a nuestra solicitud emplazada al haber culminado el plazo de ejecución contractual, sea declarada NULA e INEFICAZ, por no encontrarse acorde a derecho, adolecer de motivación y resultar incongruente con la realidad de los hechos, implicando esta decisión que el Consorcio no tenga cobertura de plazo contractual así como el reconocimiento de los costos señalados, no obstante, el Contratista se encuentra trabajando actualmente en la ejecución del Proyecto.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que, el Tribunal Arbitral APRUEBE el impacto en plazo, conceptos económicos, costos y mecanismos de compensación por los mayores trabajos debido a los daños por efecto climático y paralizaciones que ha tenido el proyecto, y consecuentemente en la reposición y reparación de los Geosintéticos, promovido por el contratista, de acuerdo a los considerandos expuestos en la Directiva N°005-2020-OSCE-CD, y consecuentemente se apruebe el pago de S/1'287,351.95 soles, así como el reconocimiento del plazo de 94 días, por este concepto.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que, el Tribunal ordene y disponga que el pronunciamiento de la Entidad, mediante la carta N°133-2021-AM/GG de fecha 27 de setiembre de 2021, expedida por el Gerente General de la Entidad AMSAC, mediante la cual

precisa que no corresponde pronunciarse respecto a nuestra solicitud emplazada al haber culminado el plazo de ejecución contractual, sea declarada NULA e INEFICAZ, por no encontrarse acorde a derecho, adolecer de motivación y resultar incongruente con la realidad de los hechos, implicando esta decisión que el Consorcio no tenga cobertura de plazo contractual así como el reconocimiento de los costos señalados, no obstante, el Contratista se encuentra trabajando actualmente en la ejecución del Proyecto".

- c) Para ello, la Entidad sostiene que el CONSORCIO ya habría presentado las referidas pretensiones en un arbitraje previo recaído en el Expediente N° 0470-2020-CCL, en el cual se habría desistido de tales materias controvertidas, teniendo dicha decisión efectos de Cosa Juzgada.
- d) En efecto, según indica, el CONSORCIO habría iniciado un arbitraje, en cuya demanda incluyó como primera pretensión principal, su solicitud de reconocimiento o aprobación de un presupuesto por impactos del COVID-19 por un monto ascendente a S/. 94'561,958.17 (Noventa y Cuatro Millones Quinientos Sesenta y Un Mil Novecientos Cincuenta y Ocho con 17/100 Soles). Este nuevo presupuesto del proyecto incluía el saldo de obra y los costos y gastos generales bajo el nuevo plazo de ejecución de obra y la implementación de medidas del COVID-19.
- e) Se indica, asimismo, que este arbitraje se habría sido iniciado con motivo de la emisión de la Resolución de Gerencia General No. 063-2020-AM/GG de fecha 02 de septiembre de 2020, por la cual se autorizó los costos y gastos generales bajo el nuevo plazo de ejecución de obra y la implementación de medidas del COVID-19 en virtud del procedimiento excepcional de ampliación de plazo.
- f) En adición a ello, ACTIVOS MINEROS procede a enumerar los conceptos que se incluyeron en el monto solicitado por el CONSORCIO en el primer arbitraje iniciado (bajo la denominación: "Cuantificación de Conceptos y Costos que significará Ejecutar la Obra bajo la Implementación de las Medidas para la Prevención y Control frente a la Propagación del COVID-19"), conforme al siguiente detalle:
 - *Cuantificación de costos directos y gastos generales que implicaría ejecutar la obra bajo el nuevo plazo de ejecución y por la implementación de las medidas para prevención y control frente a la propagación del COVID-19*
 - *Cuantificación de aquellos costos que resulten necesarios para garantizar la adecuada custodia y/o mantenimiento de las partidas ejecutadas de la obra, así como de los materiales, insumos, mobiliario, entre otros, que se vayan a utilizar una vez reanudada la obra.*

- g) Sostiene que, luego de iniciado el Arbitraje del Expediente N° 0470-2020-CCL, el propio CONSORCIO se desistió de la primera pretensión principal de la Demanda mediante escrito de fecha 15 de noviembre de 2021.
- h) Expuestos los hechos, ACTIVOS MINEROS concluye que el desistimiento tiene efectos de Cosa Juzgada. Para sustentar lo indicado cita al autor nacional Monroy Gálvez el cual establece que el desistimiento implica que el titular del derecho inmerso en la pretensión pierde la facultad de incluirla como parte de un nuevo proceso, en este caso arbitral.

En la misma línea, se cita a Marcelo Bourguignon, autor extranjero el cual indica que el desistimiento de la pretensión tiene los efectos de una pretensión declarada infundada con calidad de Cosa Juzgada.

- i) Seguidamente, se hace mención de que no existe Disposición aplicable en la Ley de Arbitraje ni en el Reglamento de Arbitraje que determine los alcances y, sobre todo, los efectos de la figura del desistimiento. Únicamente, se contempla la figura del desistimiento de la demanda previo traslado a la parte contraria.

No obstante, según indica, en el presente caso el desistimiento de la pretensión del demandado no fue objeto de traslado, lo cual fue correcto pues dicho acto debe entenderse conforme a la teoría general del derecho, como potestativo y que implica los mismos efectos de una demanda infundada con Calidad de Cosa Juzgada.

- j) En la misma línea, se indica que, ante la falta de previsión normativa, resulta válida la remisión a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral, los cuales se nutren o fundamentan en la teoría general del proceso. Siendo ello así, según advierte, el artículo 344 del Código Procesal Civil tiene un correlato a la institución del desistimiento de pretensiones, y establece que esta tiene como consecuencia, como se indicó, los mismos efectos de una demanda infundada con Calidad de Cosa Juzgada.

Como jurisprudencia, cita la Resolución N°09 emitida en el marco del Arbitraje recaído en el Expediente N° 805-209-5, del 31 de agosto de 2020, entre el Consorcio Huallaga y Provias Nacional. En este proceso se aplicó la norma bajo comentario determinando que el desistimiento implica la renuncia a las pretensiones y acarrea como consecuencia el impedimento de volver a incluirlas en un proceso nuevo.

- k) Finalmente, en su Escrito N°6 de sumilla: "*Alegatos finales respecto a las excepciones deducidas*", ACTIVOS MINEROS ha señalado que el CONSORCIO no formuló reserva alguna de mantener el derecho objeto de desistimiento.

7.13. **Posición del CONSORCIO en su escrito de absolución de excepciones**

- a) El CONSORCIO absuelve la excepción de Cosa juzgada deducida indicando, como cuestión previa, lo siguiente:
- Si bien, ACTIVOS MINEROS ha deducido excepción sobre la cuarta pretensión principal y su primera pretensión accesoria, no ha desarrollado los fundamentos que amparan dicho extremo, motivo por el cual carece de efecto emitir pronunciamiento sobre ambas pretensiones.
 - Si bien no se incluyó la pretensión sexta y su subordinada en la primera parte del escrito de ACTIVOS MINEROS (sino solo al final), se incluye el análisis de dichas pretensiones al referirse a solicitudes presentadas a la Entidad en el marco de lo legislado en el Decreto Legislativo 1486 y la Directiva N°005-2020-OSCE-CD.
- b) Hecha la precisión, el CONSORCIO, en síntesis, indica que, la pretensión que fue objeto de desistimiento (referida a la revisión del presupuesto aprobado por la gerencia general de la Entidad) no es la misma que las sometidas al presente arbitraje, pues al día de hoy está reclamando el mecanismo específico de la *"Revisión periódica"* que cualquier parte puede realizar durante la ejecución del Contrato conforme a lo dispuesto en los numerales 6.4 y 7.5.2. de la Directiva N°005-2020-OSCE/CD 20 mayo de 2020 *"Alcances y disposiciones para la reactivación de obras públicas y contratos de supervisión, en el marco de la segunda disposición complementaria transitoria del Decreto Legislativo N°1486"*.
- c) Para explicar lo indicado, el CONSORCIO hace referencia a que, durante la ejecución del Contrato presentó las solicitudes N° 501-2021-CSC y N°510-2021-CSC respecto a la revisión de impacto en plazos del COVID-19, conforme lo establecía la Directiva N°005-2020-OSCE/CD. Asimismo, alega que ambos pedidos fueron denegados injustamente alegando que fueron presentados de modo posterior al plazo contractual (las solicitudes se presentaron en agosto de 2021 y el plazo culminó el 15 de junio del mismo año). Sin embargo, a su parecer, dicha pretensión sería injusta pues la citada Directiva establece que este derecho de revisión de rendimientos, costos y plazo es amparable siempre que el Contrato se encuentre *"vigente"*.
- d) Continuando con su posición, alega que el CONSORCIO se desistió de la pretensión planteada en el Arbitraje recaído en el Expediente N° 470-2020-TCE, la cual se encontró planteada en los siguientes términos:

"Que, el Tribunal ordene a la Entidad reconocer el monto ascendente a S/ 94'561,958.17 soles como nuevo presupuesto del proyecto, el mismo que incluye el saldo de obra y los costos y gastos generales bajo el nuevo plazo de

ejecución de obra y la implementación de medidas del COVID-19".

e) Según indica el CONSORCIO, la pretensión planteada en dicho arbitraje (Expediente N° 470-2020-TCE) se enmarcó en lo dispuesto en la citada Directiva N° 005-2020-OSCE/CD. Asimismo, afirma que dicha pretensión estuvo basada en las condiciones establecidas en la Directiva N°005-2020-OSCE/CD para el reinicio de las obras luego del aislamiento social obligatorio (cuarentena) dispuesto por el Supremo Gobierno, de modo tal que en un plazo máximo de treinta (30) días calendario de aprobada la solicitud de ampliación de plazo excepcional el contratista debía presentar lo siguiente:

- *La cuantificación de aquellos costos directos y gastos generales que implique ejecutar la obra bajo el nuevo plazo de ejecución y por la implementación de las medidas para prevención y control frente a la propagación del COVID-19.*
- *La cuantificación de aquellos costos que resulten necesarios para garantizar la adecuada custodia y/o mantenimiento de las partidas ejecutadas de la obra, así como de los materiales, insumos, mobiliario, entre otros, que se vayan a utilizar una vez reanudada la obra, tales como seguridad y/o guardianía, alquiler de almacenes, movilidad y/o transporte, según corresponda.*

En tales casos, las diferencias existentes en tales costos iniciales, debía resolverse mediante los mecanismos de solución de controversias previstos en la Ley de Contrataciones.

- f) Con lo ya señalado, sostiene que tanto el administrador del Contrato (mediante su Informe N° 036-2020-AM/DGO-SGO-RHA) como la propia Entidad (mediante su Resolución de Gerencia General No. 063-2020-AM/GG de fecha 02 de setiembre de 2020), aprobaron un monto total ascendente a S/ 7'088,079.68 (siete millones ochenta y ocho mil setenta y nueve con 68/100 Soles) por concepto de costos y gastos generales bajo el nuevo plazo de ejecución de obra y la implementación de medidas del COVID-19, de acuerdo a lo establecido en la mencionada directiva.
- g) En esa línea, sostiene que, si bien se llegaron a reconocer los montos precisados anteriormente, faltó el reconocimiento de los mayores gastos generales y costos directos del Expediente denominado: *"Cuantificación de los Conceptos y Costos que significará Ejecutar la Obra bajo la Implementación de las Medidas para la Prevención y Control frente a la Propagación del COVID-19"*, en concordancia en la Directiva 005-2020- OSCE-CD.
- h) En atención a lo anterior, se modificó el primer ítem relacionado a *"costos directos y gastos generales que implique ejecutar la obra bajo el nuevo plazo de ejecución y por la implementación de las medidas*

para prevención y control frente a la propagación del COVID-19 dispuestas por los sectores competentes", conforme a lo siguiente:

- *Formulación de nuevos precios unitarios para las partidas preexistentes de acuerdo con los nuevos rendimientos atendiendo a trabajar bajo protocolos de seguridad para la prevención y control de la Pandemia por COVID-19.*
 - *Identificación de nuevas partidas con sus respectivos precios unitarios debido a la necesidad de ejecutar trabajos previos antes del reinicio de obra; partidas que fueron afectadas o deterioradas por la paralización de obra por 6 meses, es decir afectadas por lluvias, granizadas, nevadas, radiación UV, vientos fuertes, entre otros factores.*
 - *Formulación de nuevas fórmulas polinómicas, debido al cambio de presupuesto y del análisis de precios unitarios de partidas preexistentes y a la incorporación de nuevas partidas.*
 - *Adecuación de la estructura preexistente de Gastos Generales a una nueva, acorde a la nueva realidad de trabajar bajo las medidas de prevención y control frente a la propagación del COVID-19.*
 - *Actualización del Programa de Ejecución de Obra debido a la inclusión de partidas nuevas.*
- i) Respecto del segundo ítem de la Directiva ("costos que resulten necesarios para garantizar la adecuada custodia y/o mantenimiento de las partidas ejecutadas de la obra, así como de los materiales, insumos, mobiliario, entre otros, que se vayan a utilizar una vez reanudada la obra, tales como seguridad y/o guardianía, alquiler de almacenes, movilidad y/o transporte, según corresponda"), el CONSORCIO revisó e identificó nuevos costos referidos al concepto "custodia y mantenimiento de obras ejecutadas, tales como: (i) materiales o insumos nuevos, (ii) mobiliario, (iii) seguridad o guardianía, (iv) alquiler de nuevos almacenes, (v) unidades de transporte, entre otros.
- j) Concluye este extremo, indicando que la pretensión que fue interpuesta en el Arbitraje del Expediente N° 470-2020-CCL se debió a la necesidad de efectuar los trabajos previos antes del reinicio de obra, tomando cuenta la paralización de 183 días y que la misma, de modo previo, a la declaratorio de emergencia estuvo suspendida por lluvias intensas desde 1 de febrero de 2020 hasta el 31 de marzo del mismo año.
- k) Luego de realizar el desarrollo de fundamentos que ameritaron la interposición de la pretensión desistida, el CONSORCIO precisa que, en el presente arbitraje, no se está solicitando la revisión del presupuesto aprobado por la gerencia general de ACTIVOS MINEROS,

sino que, en realidad, lo que se somete a consideración es el ejercicio del mecanismo específico de “revisión periódica”, el cual se encuentra previsto en los numerales 6.2 (Segundo Párrafo) y 7.5.2 (Primer párrafo) de la referida Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, extremos que cita mediante imágenes.

- l) Luego de la cita de los extremos de la referida directiva, el CONSORCIO concluye que no existe amparo legal para vincular la facultad de “revisión periódica” a la ampliación excepcional de plazo, dado que esta última presenta o implica conceptos económicos (como mayores gastos generales y costos directos) con motivo de la implementación de medidas por el COVID-19. Estos conceptos son distintos a otras figuras consagradas por el legislador que tienen la finalidad mantener el equilibrio económico del Contrato.
- m) En adición a lo anterior, alega que, al margen de lo expuesto, la revisión periódica que es promovida por el CONSORCIO sí resulta procedente, al encontrarse el plazo de ejecución contractual dentro del plazo de vigencia del contrato, conforme lo establece la Opinión N° 040-2019/DTN. Asimismo, precisa que el vínculo contractual se mantiene entre las partes, conforme lo establecen las normas especiales que han sido mencionadas en la demanda presentada.
- n) Culmina la exposición de fundamentos, reafirmando que en el presente arbitraje no se está sometiendo a consideración del Tribunal controversias relacionadas al uso del mecanismo de ampliación de plazo excepcional, sino únicamente la revisión periódica que las partes tienen el derecho de realizar según la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, así como también la revisión de la legalidad de dicha decisión.
- o) Finalmente, mediante Escrito N° 17, con la Sumilla: “*Conclusiones finales sobre la Audiencia de Excepciones*” señala que la decisión del Tribunal Arbitral del Caso Arbitral N°470-2020-CCL sobre el desistimiento no debe entenderse como una homologación de las reglas establecidas en el Código Procesal Civil, resultando estas normas inaplicables.
- p) Por lo tanto, dicha parte indica que debe declararse INFUNDADA la excepción de Cosa Juzgada deducida por ACTIVOS MINEROS.

7.14. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA (QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL)

- a) Teniendo en cuenta la posición de las partes, es necesario teniendo en cuenta los alcances de la cosa juzgada y del desistimiento, así como si

– en el presente caso - existe o no identidad entre lo reclamado en un primer caso y la materia que es objeto de análisis en el caso que nos ocupa.

Sobre los alcances de la cosa juzgada

- b) Sobre la Cosa Juzgada, los autores Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya la definen como la figura orientada a obtener el reconocimiento de la declaración de certeza ya existente, a través de la prohibición de cuestionar, debatir, pronunciarse o ventilar una controversia ya resuelta mediante sentencia definitiva o laudo arbitral con carácter de Cosa Juzgada¹.
- c) Así, la excepción de Cosa Juzgada, como defensa de forma procesal, tiene por finalidad el evitar la continuación del proceso arbitral, advirtiéndose que las controversias cuestionadas han sido resueltas en un proceso anterior, mediante un pronunciamiento definitivo. Al respecto, cabe tener en cuenta lo señalado por Monroy Gálvez, en cuanto afirma que:
- “(...) Para terminar, esta excepción lo que permite al demandado es denunciar que el Interés para obrar del demandante ya no existe, dado que lo hizo valer en el anterior proceso, en donde quedó totalmente agotado al haberse expedido un pronunciamiento definitivo sobre el fondo de la controversia. (...)”*².
- d) De este modo, para que exista cosa juzgada se requerirá de la presencia de tres elementos: El primero, se refiere a la identidad de las personas que siguieron el proceso; el segundo, que la causa y la cosa u objeto sean idénticas en ambos procesos y, el tercero, que el proceso haya culminado con una sentencia ejecutoriada o, en el caso del proceso arbitral, la emisión de un laudo con carácter de Cosa Juzgada³.
- e) De advertirse la concurrencia de los tres elementos anteriores en alguna de las pretensiones del presente proceso, el Tribunal Arbitral carecerá de competencia para emitir pronunciamiento, debiendo estimarse la excepción deducida.

Naturaleza jurídica del desistimiento y su relación con la Cosa Juzgada

¹ CASTILLO, Mario y SABROSO, Rita.
2009 El Arbitraje en la Contratación Pública. Primera Edición, Septiembre: 2009. P.134.

² MONROY GALVEZ, Juan.
Las Excepciones en el Código Procesal Civil peruano. THEMIS. P. 126. En:
<file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/11366-45141-1-PB.pdf>

³ CASTILLO, Mario Y SABROSO, Rita.
2009 El Arbitraje en la Contratación Pública. Primera Edición, Septiembre: 2009. P.134.

- f) El desistimiento, en el marco del Arbitraje, se encuentra reconocido, en primer lugar, en el artículo 60 de la Ley de Arbitraje como una causal de terminación de las actuaciones arbitrales, en los siguientes términos:

ART. 60 DE LA LEY DE ARBITRAJE

"(...)

Artículo 60.- Terminación de las actuaciones.

1. Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo.

2. El tribunal arbitral también ordenará la terminación de las actuaciones:

a. Cuando el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia.

b. Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones. c. Cuando el tribunal arbitral compruebe que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

(...)"

(Las negritas son nuestras)

- g) Por su parte el artículo 38° del Reglamento de Arbitraje establece tanto al retiro de la demanda como al desistimiento como medio de conclusión anticipada del arbitraje, en los siguientes términos:

ART. 38 DEL REGLAMENTO DE ARBITRAJE

Laudo por acuerdo y otras formas de conclusión

"Artículo 38.-

(...)

2. Si antes de que se dicte un laudo que ponga término al arbitraje, **cualquiera de las partes retira su demanda o su reconvención por cualquier otro motivo, el Tribunal Arbitral ordena la terminación de las actuaciones respectivas**, salvo que la otra parte, por razones justificadas, solicite un pronunciamiento de los árbitros.

(...)"

(Las negritas son nuestras).

ART. 42 DEL REGLAMENTO DE ARBITRAJE

Artículo 42

Decisión sobre los costos del arbitraje

"(...)

6. En caso de **desistimiento o de terminación del arbitraje** antes de dictarse el laudo final, el Centro fija los honorarios y gastos de los árbitros cuando corresponda y los gastos administrativos del Centro. A falta de acuerdo de las partes, la distribución de los costos del arbitraje y otras cuestiones relevantes en relación con los costos son decididas por el Tribunal Arbitral. El Centro devuelve cualquier excedente de los gastos arbitrales a las partes en la forma que determine el Tribunal Arbitral, o en su defecto, en las proporciones en que fueron recibidas

(...)"

(Las negritas son nuestras).

- h) Como se observa, tanto la Ley de Arbitraje como el Reglamento de Arbitraje aplicable, se refieren a la figura del desistimiento como un medio para la conclusión de las actuaciones arbitrales.
- i) Sin embargo, ¿A partir de dichas normas puede concluirse que existen efectos de cosa juzgada cuando una parte decide desistirse de sus pretensiones o de su demanda?
- j) Para este Tribunal Arbitral, resulta pertinente diferenciar 2 momentos distintos: La declaración del accionante con la cual procede a desistirse de una de sus pretensiones, la cual, inclusive, puede encontrarse sujeto a oposición por parte de la otra parte en el proceso y el acto por el cual el tribunal arbitral declara el desistimiento de la pretensión en concreto o de la demanda arbitral en su totalidad.

Siendo ello así, para este Colegiado el primer supuesto no genera (aún) Cosa Juzgada, pues justamente puede encontrarse sujeto a oposición de la parte no accionante o del mismo Tribunal. Sin embargo, el segundo supuesto sí generaría efectos de Cosa Juzgada pues, si el demandante o parte accionante en general no ha formulado reserva de iniciar un nuevo proceso sobre la pretensión en cuestión.

- k) De esta manera, Ledesma⁴ señala que el desistimiento genera indefectiblemente la renuncia del derecho material en el ámbito del proceso. Lo mencionado, según indica la autora, implicaría imposibilidad de promover otro proceso por el mismo objeto y causa.

Revisión de la aplicación de los elementos para la configuración de la Cosa Juzgada en el caso concreto

- l) Teniendo claro lo anterior, en atención a la posición de las partes y a la revisión de la demanda del CONSORCIO aportada por ACTIVOS MINEROS y recaída en el Expediente N°0470-2020-CCL, queda claro que existe identidad de las partes y el Contrato en ambos procesos, tanto en el presente como en el recaído en el expediente ya citado. Finalmente, de la revisión del Escrito de desistimiento de la pretensión presentado por ACTIVOS MINEROS (Anexo B-14 de la contestación de la demanda) se observa que el CONSORCIO no formuló reserva alguna sobre mantener el derecho objeto de la pretensión para efectos de iniciar un nuevo arbitraje.
- m) Estos hechos tampoco han sido cuestionados por las partes. Por el contrario, ambas admiten que existe correspondencia entre las partes y el Contrato en ambos arbitrajes y que no se ha formulado reserva alguna.

⁴ LEDESMA, Marianella.

2011 Comentarios al Código Procesal Civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, 3era Ed, Tomo I, p.734.

- n) El hecho controvertido se centra en la existencia de la litis o materia controvertida, específicamente, si existe identidad en la pretensión que ha sido objeto de desistimiento y la que se pretende incluir como parte del petitorio de la demanda interpuesta por el CONSORCIO.
- o) Sobre este punto, el CONSORCIO sostiene que no se trata de la misma pretensión, puesto que lo que pretende no es discutir las condiciones en las cuales originalmente se aprobaron los mayores costos y condiciones establecidos en la Directiva N°005-2020-OSCE, sino, por el contrario, solicitar su revisión sobreviniente, teniendo en cuenta que, de acuerdo con dicha norma, los montos inicialmente aprobados tenían una naturaleza revisable.
- p) De este punto, es decir, de determinar si la mencionada directiva establecía la posibilidad de revisar los montos que inicialmente se aprobasen, dependerá si estamos o no ante un supuesto de cosa juzgada.

Queda claro que tal cosa juzgada no puede existir en tanto la situación jurídica inicial tenga un carácter meramente provisional. En dicho potencial escenario, la situación inicialmente establecida, podrá ser siempre objeto de una revisión posterior.

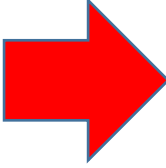
- q) Así, para ser más claros, dos son los temas que deben ser analizados en este punto: Si existe identidad en la materia controvertida y si, en los términos de la mencionada directiva, eran revisables o no, los conceptos que inicialmente se hubieran aprobado para el reinicio de las obras, como consecuencia del COVID-19.

Sobre la identidad de los temas en controversia

- r) Al respecto, cabe analizar si lo pretendido en el arbitraje referido al Expediente N°0470-2020-CCL tiene la misma materia controvertida o identidad, que las pretensiones cuestionadas en el presente arbitraje.

Para tales efectos, la pretensión que fue objeto del Arbitraje recaído en el Expediente N°0470-2020-CCL fue planteada en los siguientes términos.

PRETENSIÓN QUE FUE OBJETO DEL ARBITRAJE RECAÍDO EN EL EXPEDIENTE N°0470-2020-CCL



Expediente: 0470-2020-CCL
Escrito : N°17
Sumilla : Desistimiento de la primera pretensión

A LA SECRETARÍA ARBITRAL. –

CONSORCIO SAN CAMILO (en adelante, el CONSORCIO), identificado con R.U.C. N°20602627005, debidamente representado por el señor Alex Jesús Herrera Alania, conforme obra en autos, en los seguidos contra la Empresa Activos Mineros S.A.C., por el presente proceso arbitral, atentamente decimos:

Que, en concordancia con el Art. 60° del D.L N° 1071 Decreto Legislativo que norma el Arbitraje¹, el cual establece que una de las formas de terminación de las actuaciones es el desistimiento, *“...calificado como un sistema de mecanismo altruista, pues, a veces las partes hacen renuncia a la magnitud de sus pretensiones en aras de lograr una solución, porque lo que se busca es reconciliar los intereses de las partes...”*², declaramos nuestra voluntad de abandonar el derecho de dicha pretensión, sin que se dicte pronunciamiento alguno³

En ese sentido, haciendo uso de tal derecho, NOS DESISTIMOS de la primera pretensión arbitral formulada en la demanda, renunciando al derecho material en el ámbito del proceso bajo del siguiente punto:

Primera Pretensión Principal:

Que, el Tribunal ordene a la Entidad reconocer el monto ascendente a S/ 94' 561,958.17 como nuevo presupuesto del proyecto, el mismo que incluye el saldo de obra y los costos y gastos generales bajo el nuevo plazo de ejecución de obra y la implementación de medidas del Covid-19.

Asimismo, en atención a lo expuesto, el Art. 41 del Reglamento y Estatuto de Arbitraje de su representada, establece que deben proceder con los reajustes⁴ de la provisión de gastos correspondientes a la última comunicación emitida el 16 de noviembre del año en curso, considerando el desistimiento de la primera pretensión en marcada en la demanda arbitral antes señalada.

Por consiguiente, de acuerdo a lo estipulado en punto 6 del Artículo 42° del Reglamento de Arbitraje 2017⁵ del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, quedamos a la espera del nuevo cálculo de los gastos administrativos, a fin de continuar con el proceso y realizar los pagos correspondientes.

- s) Por su parte, las pretensiones que se cuestionan mediante la excepción de cosa juzgada bajo análisis, son las siguientes:

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que, el Tribunal Arbitral **APRUEBE el impacto en plazo, conceptos económicos, costos y mecanismos de compensación por los rendimientos en la colocación de la Tierra de Cultivo (Topsoil)**, promovido por el contratista, de acuerdo a los considerandos expuestos en la Directiva N° 005-2020-OSCE-CD y consecuentemente se apruebe el pago de S/2'328,426.84 soles, así como el reconocimiento del plazo de 68 días por este concepto.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que, el Tribunal ordene y disponga que el pronunciamiento de la Entidad, mediante la carta N°132-2021-AM/GG de fecha 27 de setiembre de 2021, expedida por el Gerente General de la Entidad AMSAC, mediante la cual precisa que no corresponde pronunciarse respecto a nuestra solicitud emplazada al haber culminado el plazo de ejecución contractual, sea declarada NULA e INEFICAZ, por no encontrarse acorde a derecho, adolecer de motivación y resultar incongruente con la realidad de los hechos, implicando esta decisión que el Consorcio no tenga cobertura de plazo contractual así como el reconocimiento de los costos señalados, no obstante, el Contratista se encuentra trabajando actualmente en la ejecución del Proyecto.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que, el Tribunal Arbitral **APRUEBE el impacto en plazo, conceptos económicos, costos y mecanismos de compensación por los mayores trabajos debido a los daños por efecto climático y paralizaciones que ha tenido el proyecto**, y consecuentemente en la reposición y reparación de los Geosintéticos, promovido por el contratista, de acuerdo a los considerandos expuestos

en la Directiva N°005-2020-OSCE-CD, y consecuentemente se apruebe el pago de S/1'287,351.95 soles, así como el reconocimiento del plazo de 94 días, por este concepto.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

Que, el Tribunal ordene y disponga que el pronunciamiento de la Entidad, mediante la carta N°133-2021-AM/GG de fecha 27 de setiembre de 2021, expedida por el Gerente General de la Entidad AMSAC, mediante la cual precisa que no corresponde pronunciarse respecto a nuestra solicitud emplazada al haber culminado el plazo de ejecución contractual, sea declarada NULA e INEFICAZ, por no encontrarse acorde a derecho, adolecer de motivación y resultar incongruente con la realidad de los hechos, implicando esta decisión que el Consorcio no tenga cobertura de plazo contractual así como el reconocimiento de los costos señalados, no obstante, el Contratista se encuentra trabajando actualmente en la ejecución del Proyecto".

- t) Como se observa, para este Colegiado queda claro que la pretensión planteada inicialmente (primer caso arbitral) se refiere al pago de un presupuesto específico restrictivamente al NUEVO PLAZO DE EJECUCIÓN DE OBRA, es decir, nos encontramos ante un supuesto expreso en una situación o contexto determinado relacionado a la aprobación del plazo como consecuencia de la aplicación de la Directiva N°005-2020-OSCE.

Por el contrario, las pretensiones cuestionadas se encuentran orientadas a requerir **"el impacto en plazo", "conceptos económicos", "costos y "mecanismos de compensación por los mayores trabajos" debido a los daños por efecto climático y paralizaciones que ha tenido el proyecto.**

- u) Como observamos, los conceptos reclamados no solo tienen un tenor distinto, sino que se evidencia que se encuentran orientados a reclamos distintos, o materias controvertidas distintas, aun cuando ambas tengan una misma base legal, es decir la Directiva N°005-2020-OSCE.
- v) En el primer caso, el pago es exigido bajo un conceto relacionado a costos directos y mayores gastos generales, además de saldo de obra, lo cual le brinda una connotación específica, que no se configura en las pretensiones sexta y quinta, y sus subordinadas, las cuales se refieren a aspectos sobrevinientes relacionados a **"el impacto en plazo", "conceptos económicos", "costos y "mecanismos de compensación por los mayores trabajos"**, los cuales habrían sido ocasionados por efecto climático y paralizaciones que ha tenido el proyecto.

No resulta posible efectuar interpretaciones amplias o analógicas que limiten el derecho del CONSORCIO, en tanto este se encuentra protegido por el Derecho al Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional Efectiva consagrado en el artículo 139 de la Constitución, sin perjuicio de lo que se resuelva en el laudo final, con el respectivo pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Sobre la existencia o no de contenido revisable en la Directiva N°005-2020-OSCE

- w) Debemos recordar que, tanto la Directiva N°005-2020-OSCE/CD, como su norma de sustento (Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1486), fueron aprobadas en un contexto de incertidumbre, en el cual no se conocía aún ni el impacto total, ni las consecuencias como tampoco los escenarios inmediatos siguientes, generados tanto por la pandemia del COVID-19, como de las medidas de aislamiento social que fueron impuestas por el Gobierno Central para paliar sus efectos.

En esa línea, su objetivo era reconocer tanto los mayores costos que se hubieran generado durante el período de paralización forzosa, los que correspondían a los eventuales menores rendimientos, así como los costos resultantes de la implementación de las medidas de seguridad necesarias en la nueva realidad resultante.

- x) Así las cosas, el segundo párrafo del acápite 6.4 de la mencionada directiva, específicamente señala que: *"(...) periódicamente, las partes podrán revisar el impacto en plazo, los conceptos económicos, costos y mecanismos de compensación que acordaron para reactivar la obra, y modificar el contrato cuando corresponda; ello con la finalidad de mantener el equilibrio entre las prestaciones de las partes, de modo tal que se cumpla con la disposición del DLEG que prevé el reconocimiento del costo que demande la implementación de las medidas para prevenir y controlar la propagación del COVID-19"*.

Del mismo modo, el numeral 7.5.2. de la misma norma, establece que *"La cuantificación de aquellos costos directos y gastos generales que implique la implementación de las medidas para prevención y control frente a la propagación del COVID-19 dispuestas por los sectores competentes, propuestos por el Ejecutor de Obra, podrá ser objeto de revisión periódica, a pedido de cualquiera de las partes, al haber sido propuesta y aprobada en base a estimaciones de rendimientos y/o aproximaciones, con la finalidad de verificar su correspondencia con los rendimientos reales del periodo y/o con los precios actuales del mercado, en procura de preservar el equilibrio entre las prestaciones"*.

- y) De todo lo expuesto, queda claro que la naturaleza de los beneficios comprendidos en la mencionada directiva, tenían un carácter revisable y, por ende, susceptibles de modificación luego de su aprobación. Esto quiere decir, para ser más claros, que la aceptación inicial de las condiciones previstas para el reinicio de las obras luego del aislamiento social obligatorio inicial, no era óbice para pedir en un momento posterior, la revisión – en un sentido o en otro - de los montos previamente establecidos.
- z) Con todo lo anterior, la excepción de Cosa Juzgada deducida por la ACTIVOS deviene en **INFUNDADA**.

SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD (CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL)

7.15. Posición de ACTIVOS MINEROS en la Audiencia Especial sobre Excepciones y Escrito de Alegatos finales

- a) Como ya se ha mencionado, en la Audiencia Especial de Excepciones llevada a cabo con fecha 3 de junio del presente año, ACTIVOS MINEROS desarrollo los fundamentos de la caducidad respecto de la cuarta pretensión principal y la pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal⁵.
- b) Para tales efectos, las pretensiones del Contratista cuya caducidad se solicita, son las siguientes:

“CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que, el Tribunal Arbitral declare que no existe penalidad atribuible al Consorcio por una supuesta mora en el vencimiento del plazo contractual de acuerdo al cronograma de ejecución de obra aprobado por la Entidad, amparando nuestro planteamiento en la existencia de causales validas y justificadas, conforme a las solicitudes de ampliación de plazo presentadas y resueltas en forma negativa por Activos Mineros S.A.C.

Nuestra solicitud fue presentada a la Entidad bajo este concepto con el aval explicito enfocado en la normativa aplicable y opinión del OSCE N°089-2020/DTN, siendo que estos conceptos deben ser observados por todos los operadores al momento de su aplicación conforme las Opiniones N° 211-2017/DTN y N° 078-2021/DTN.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que, consecuentemente, se incorpore en el plazo contractual y se aprueben los calendarios de obra considerando estos plazos que se amparan en causas debidamente justificadas, en mérito de la Opinión OSCE N°089-2020/DTN”.

- c) Sobre el tema, ACTIVOS MINEROS sostiene si bien el CONSORCIO solicita que no se le apliquen penalidades por mora, en esencia, solicita que se incorpore en el calendario de obra las modificaciones en el plazo de un contrato que habría concluido el 25 de junio de 2021. Lo mencionado, según indica dicha parte, se aprecia de la lectura de ambas pretensiones y del desarrollo de la demanda.
- d) Sobre el tema, sostiene que la solicitud de ampliación de plazo permitiría la modificación del plazo contractual cuando se cumplan los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones públicas, siendo que cualquier cuestionamiento relacionado con tal ampliación, debe ser presentado dentro del plazo de caducidad de 30 días hábiles previsto en el artículo 45 de la Ley de Contrataciones. En adición a ello, se menciona la importancia del Calendario de

⁵ Del minuto 00:06:51 al 00:07:38 y minuto 00:19:20 al 00:27:35 de la audiencia

Avance de Obra Valorizado, el cual solo puede actualizarse si es que se efectúa la aprobación de una ampliación de plazo.

- e) Asimismo, sostiene que no es posible efectuar una actualización del Calendario de Avance de Obra Valorizado si previamente no se ha aprobado una ampliación de plazo contractual, ni mucho menos modificar un programa de ejecución de obra. Para ello, se sustenta en la Opinión N°203-2016-DTN de la Dirección Técnico Normativa del OSCE. Con ello, concluye que no ha existido actualización alguna del Calendario de Avance de Obra Valorizado, en tanto han transcurrido el plazo de caducidad de 30 días hábiles previsto en el artículo 45 de la Ley de Contrataciones para cuestionar las ampliaciones de plazo mencionadas por el CONSORCIO.
- f) Para sustentar dicha conclusión, hace un recuento de las ampliaciones de plazo mencionadas por parte del CONSORCIO en su escrito de demanda, las cuales no habrían sido arbitradas dentro de los 30 días hábiles desde la fecha en que se habría comunicado su rechazo total o parcial, conforme se detalla a continuación:

DIAPPOSITIVAS N° 19-20 EXPUESTAS POR ACTIVOS MINEROS EN LA AUDIENCIA ESPECIAL DE EXCEPCIONES DE FECHA 3 DE JUNIO DE 2022 (MINUTO 00:19:20 AL 00:27:35 DE LA GRABACIÓN)

AMPLIACIONES DE PLAZO SOMETIDAS A ESTE ARBITRAJE POR EL CONTRATISTA

Descripción	Fecha de vencimiento para presentar solicitud arbitral por ampliación de plazo
Ampliación de Plazo Parcial N° 01	06/04/2018
Ampliación de Plazo Parcial N° 02	06/04/2018
Ampliación de Plazo Parcial N° 03	23/05/2018
Ampliación de Plazo N° 06	28/01/2019
Ampliación de Plazo N° 07	26/02/2019
Ampliación de Plazo N° 08	27/02/2019
Ampliación de Plazo N° 09	16/07/2019
Ampliación de Plazo N° 10	17/08/2019

A la fecha de interposición de solicitud arbitral (01.09.2021) el plazo de caducidad para arbitrar **TODAS** las Solicitudes de Ampliación de Plazo había vencido.

19

AMPLIACIONES DE PLAZO SOMETIDAS A ESTE ARBITRAJE POR EL CONTRATISTA	
Ampliación de Plazo N° 11	29/10/2019
Ampliación de Plazo N° 12	09/01/2020
Ampliación de Plazo N° 14	13/01/2020
Ampliación de Plazo N° 15	10/02/2019
Ampliación de Plazo N° 17	12/08/2020
Ampliación de Plazo N° 18	17/08/2020
Ampliación de Plazo N° 19	28/12/2020
Ampliación de Plazo N° 24	05/08/2021
Ampliación de Plazo N° 25	16/08/2021

A la fecha de interposición de solicitud arbitral (01.09.2021) el plazo de caducidad para arbitrar TODAS las Solicitudes de Ampliación de Plazo había vencido.

20

- g) Posteriormente, se indica que se ha excluido de la lista anterior las solicitudes de ampliaciones de plazo N° 20 y 21 que se encontrarían en otro proceso arbitral, así como también la solicitud de ampliación de plazo N° 26 que forma parte de este proceso y respecto de la cual el Tribunal sí tiene competencia para pronunciarse⁶.

Acto seguido cuestiona que, por un lado, si bien el CONSORCIO solicita que se declare la no aplicación de penalidades, por otro, solicita la modificación del Calendario de Avance de Obra Valorizado.

- h) Para reforzar su posición, se cita la Casación N° 3333-2015, de fecha 17 de abril de 2017, en cuyo Fundamento Octavo se establece que la Caducidad debe ser declarada de oficio en virtud de la Seguridad Jurídica en que se fundamenta, además del Derecho al Debido Proceso.
- i) Mediante Escrito N°6 con la Sumilla: “*Alegatos Finales respecto a las excepciones deducidas*”, ACTIVOS MINEROS reitera los argumentos anteriormente detallados en la Audiencia resaltando que: (i) planteó la excepción modo correcto en la contestación de la demanda (Numeral 161), (ii) aún de no haberse planteado oportunamente la Excepción de Caducidad el Tribunal debe pronunciarse de oficio; y (iii) que las pretensiones están orientadas a que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre la aprobación de las ampliaciones de plazo, cuando estas ampliaciones no fueron arbitradas oportunamente dentro de los 30 días hábiles que establece el artículo 45 de la Ley de Contrataciones.
- j) Por lo tanto, dicha parte indica que debe declararse FUNDADA la excepción de Caducidad deducida.

⁶ Minutos 00:26:13 al 00:26:27 de la audiencia de sustentación

7.16. Posición del CONSORCIO

- a) Sobre el tema, en la Audiencia Especial sobre Excepciones, el CONSORCIO sostuvo que en la contestación de la demanda no se dedujo la Excepción de Caducidad, sino solo las de Competencia y Cosa Juzgada. Así, la inclusión de la excepción de caducidad no sería válida, pues la oportunidad para deducir excepciones es con el escrito de Contestación de la demanda, tal y como lo establece el artículo 41, numeral 41.3 de la Ley de Arbitraje y el artículo 24, numeral 24.4 del Reglamento de Arbitraje.
- b) Adicionalmente, considera que, si bien el Tribunal Arbitral puede pronunciarse de oficio sobre la excepción de caducidad, se ha generado una situación de indefensión, pues recién habría tomado conocimiento de esta defensa de forma durante la referida Audiencia Especial de Excepciones.
- c) Sin perjuicio de ello, en su Escrito N°17 con Sumilla: *"Conclusiones finales sobre la Audiencia de Excepciones"*, sostiene que su pretensión estaría referida a la *"inaplicación de penalidad por mora al haberse presentado circunstancias que han generado retrasos en la obra por causas no imputables al contratista"* no así a una ampliación de plazo, con lo cual no le sería aplicable la excepción deducida.

7.17. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

- a) La caducidad es el instituto que determina la pérdida o extinción del derecho y la acción por la falta de actuación por parte de su titular en un periodo de tiempo estipulado en la norma⁷. Sobre su naturaleza jurídica, Juan Monroy Gálvez, ha señalado lo siguiente:

*"(...) La caducidad es una institución del derecho material referida a actos, instituciones o derechos, siendo en este último caso de uso más común e interesante para el proceso. Se caracteriza porque extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo. Si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha devenido en caduco, entonces la pretensión en estricto no tiene fundamento jurídico por lo que ya no puede ser intentada. Esta situación es tan categórica para el proceso que el nuevo Código le concede al juez el derecho de declarar la caducidad y la consecuente improcedencia de la demanda, si aparece del sólo examen de ésta al momento de su calificación inicial. Así mismo, el demandado que considere que el efecto letal del tiempo ha destruido el derecho que sustenta la pretensión dirigida en su contra, puede pedir la declaración de caducidad en sede de excepción. (...) "*⁸

⁷ CASTILLO, Mario Y SABROSO, Rita.

2009 "El Arbitraje en la Contratación Pública". Primera Edición, Septiembre: 2009. P.135.

⁸ MONROY GALVEZ, Juan. Las Excepciones en el Código Procesal Civil peruano. THEMIS. P. 125. En: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/11366-45141-1-PB.pdf>

- b) Sobre las normas que la regulan el artículo 2003° del Código Civil Peruano, en adelante el CC, establece que *"La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente"*, siendo su declaración de oficio o a pedido de parte (artículo 2006° CC). En tal sentido, la caducidad de un derecho implica no sólo la imposibilidad de su reclamo, sino incluso la desaparición definitiva de la prerrogativa, beneficio o condición jurídica obtenida o pretendida, de modo tal que no puede reputarse en adelante como propia, por quien fuera su titular.

Asimismo, el artículo 2004 del CC establece que **"Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario"**. Esta disposición establece una reserva de ley con relación a la fijación del plazo de caducidad, independientemente de que las partes puedan acordar disposición distinta.

- c) Ahora bien, tratándose de una norma de excepción, en tanto extingue un derecho, no puede hacerse una lectura extensiva o analógica de ella, de modo tal que no puede darse por extinguido un derecho, por guardar rasgos semejantes con aquel expresamente afectado por dicha figura. En tal sentido, debe analizarse con suma precisión que es lo que reclama el Consorcio en las dos pretensiones objeto de la mencionada excepción.
- d) Dicho lo anterior, la primera pregunta que debemos hacernos es si, en la cuarta pretensión principal y su pretensión accesoria, el Contratista ha efectuado el pedido o reconocimiento cuyo plazo de reclamo hubiera caducado.
- e) Al respecto, ACTIVOS MINEROS sostiene que el CONSORCIO estaría pidiendo – de acuerdo con el desarrollo de su pretensión, una ampliación de plazo con la consecuente modificación del calendario de obra, siendo que este tema debería ser solicitado dentro de los treinta días hábiles de la oportunidad de su denegatoria. Veamos para tales efectos que es lo que pide, en estricto, el CONSORCIO en la primera de las dos pretensiones que son objeto de la imputación de caducidad:

"CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que, el Tribunal Arbitral declare que no existe penalidad atribuible al Consorcio por una supuesta mora en el vencimiento del plazo contractual de acuerdo al cronograma de ejecución de obra aprobado por la Entidad, amparando nuestro planteamiento en la existencia de causales validas y justificadas, conforme a las solicitudes de ampliación de plazo presentadas y resueltas en forma negativa por Activos Mineros S.A.C.
(...)"

(Los subrayados son nuestros)

- f) Nótese, sin embargo, que en ningún momento el CONSORCIO solicita que se den por aprobadas las ampliaciones de plazo que menciona, le han sido denegadas. Del primer subrayado, se advierte que el objetivo del

pedido es que no se le aplique penalidad por mora, mientras que del segundo subrayado se alude a la existencia de causales válidas y justificadas para su no aplicación.

Tal como hemos mencionado, si bien hace mención a ampliaciones de plazo que han sido denegadas, su mención del propio texto del petitorio, se efectúa en tanto sostiene que en tales solicitudes ya había hecho referencia a las causales que considera válidas y justificadas para que no se le impute penalidad por mora.

- g) En este punto, cabe recordar que nos encontramos bajo el ámbito del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N°350-2015-EF y modificado, por Decreto Supremo N°056-2017-EF. Dicha norma, en el primer y último párrafo de su artículo 133° señala de modo expreso, lo siguiente:

“Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

*En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:
(...)*

Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.”

- h) De este modo, que claro que sólo se configura la penalidad por mora, cuando confluyen dos elementos: Que exista retraso y que este, además, sea injustificado. Sino se da uno de ambos elementos, entonces no se configura la respectiva penalidad por mora.

Dicho de otro modo, puedo existir retraso sin que se configure mora, en tanto dicho mayor tiempo puede ser considerado como justificado, en los términos expuestos en el último párrafo del citado artículo 133.

- i) Así, queda claro que si se aprueba una ampliación de plazo desaparece el atraso que conllevaría el mayor número de días transcurridos, de modo tal que, al no existir atraso, tampoco existe mora. Pero la ampliación de plazo tiene alcances aún mayores, pues como efecto principal implica la modificación del contrato en el extremo referido al número de días transcurridos, así como otorga al respectivo contratista, el derecho a cobrar los mayores gastos generales y costos directos acreditados, en los que habría incurrido durante el mencionado período de extensión.

Sn embargo, el instituto de la ampliación de plazo, dado su efecto modificadorio del contrato, tiene tanto un requisito formal como otro

sustancial, siendo necesario que ambos se den, para que dicha figura pueda ser aprobada.

- j) En efecto, en el caso de obras – como la que nos ocupa - el contratista podría tener toda la razón sustantiva para formular una solicitud de ampliación de plazo, como podría darse – por ejemplo - con un supuesto de fuerza mayor debidamente acreditado. Sin embargo, si el contratista no cumple con las condiciones establecidas en el artículo 170° del Reglamento, tales como la anotación previa del hecho en el cuaderno de obra y el pedido de ampliación dentro de los 15 días de concluida la causal, su solicitud no podrá ser aprobada.

Al no ser aprobado su pedido de ampliación de plazo, no se modifica el contrato y, con ello, tampoco se le reconocen mayores costos directos o gastos generales, aún cuando puedan ser acreditados.

- k) La figura planteada en el último párrafo del artículo 133° del Reglamento, plantea un escenario distinto: Parte de la existencia de un atraso, que es la primera condición para que se considere la existencia de penalidad por mora, pero se coloca en el escenario en el cual el contratista logre acreditar que dicho retraso no le es imputable. Sino le es imputable, no se da una de las dos condiciones para que se aplique la correspondiente penalidad por mora⁹.

Como se lee del texto expreso de la norma, esta calificación del atraso como justificado, debe ser acreditada objetivamente y no da derecho al pago de mayores costos a favor del contratista. Es decir, únicamente lo libera de ser penalizado.

- l) De todo lo anterior, queda claro para este Colegiado que el CONSORCIO no está pidiendo – en la cuarta pretensión principal - la aprobación de ninguna ampliación de plazo (ni el Tribunal por ende podría aprobarla), sino que únicamente está solicitando que se declare que no se ha configurado la penalidad por mora.

Tal como ya hemos mencionado, la referencia que se hace a ampliaciones de plazo previamente denegadas, no tiene como objeto pedir que éstas sean aprobadas, sino únicamente – como se lee del texto - reseñar que las causales que consideran válidas y justificadas (y que por ende a su entender los liberarían de ser penalizados), han sido previamente

⁹ **OPINIÓN N°089-2020-DTN**

“(…)

3.1. Aun cuando la solicitud de ampliación del plazo contractual de una obra fuera desestimada por incumplir el procedimiento establecido en el artículo 170 del anterior Reglamento, **el contratista podía solicitar la no aplicación de penalidad por mora siempre que cumpliera con acreditar, de modo objetivamente sustentado, que el retraso en la ejecución del contrato no resultaba imputable a él.** En ese contexto, si dicho retraso calificaba como justificado al amparo del último párrafo del artículo 133 del anterior Reglamento, no correspondía la aplicación de la penalidad por mora.

(…)”.

(Las negritas son nuestras).

sustentadas cuando, en su oportunidad, solicitaron ampliaciones de plazo (cuya aprobación – reiteramos – no es parte de la cuarta pretensión bajo análisis)

- m) Llegados a este punto, corresponde recordar que la Ley de Contrataciones del Estado establece plazos de caducidad diferenciados, estableciendo los casos de caducidad corta (30 días hábiles desde la ocurrencia del hecho que se considera lesivo), en contraposición a los casos de caducidad larga, en los que la controversia puede ser sometida a conciliación o arbitraje, en tanto no se haya producido el pago final.
- n) En efecto, el artículo 45° de la Ley, establece literalmente lo siguiente, en su párrafo 45.2:

"Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

(...)

45.2 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final.

(...)

Todos los plazos señalados en este numeral son de caducidad.

(...)"

(El subrayado es nuestro)

- o) Como se advierte del artículo citado, si bien las controversias sobre ampliación de plazo están sujetas al régimen de caducidad corta, no ocurre lo mismo con las controversias cuyo objetivo sea la calificación o justificación de atraso. En este aspecto, respecto a la pretensión del Consorcio San Camilo para que se declare que no ha incurrido en penalidad por mora, no ha operado la caducidad.
- p) Por otro lado, de modo accesorio, el CONSORCIO solicita – como efecto de la cuarta pretensión principal - que se incorpore la justificación de atraso al plazo contractual y se aprueben los calendarios de obra correspondientes. Sobre este punto, ACTIVOS MINEROS considera que ello implica, necesariamente, un pronunciamiento sobre las ampliaciones de plazo previamente solicitadas, cuyo plazo de caducidad habría transcurrido largamente.

- q) Como ya se ha explicado anteriormente, para este Colegiado queda claro que el CONSORCIO no pide como parte de la cuarta pretensión principal que se apruebe ampliación de plazo alguna (ni el Tribunal podría pronunciarse sobre ello), sino que limita su pretensión a que se declare la existencia de causas justificadas para la no configuración de mora y, por ende, no se le apliquen penalidades.
- r) En ese contexto, se advierte que la pretensión del CONSORCIO sostenida en la pretensión accesoria de dicha cuarta pretensión principal es que, como consecuencia de la calificación de atraso como justificado, sin incorpore el eventual período justificado al plazo del Contrato y se modifique el calendario.

Dicho de otro modo, el CONSORCIO considera que la sola calificación del atraso como justificado, le otorgaría consecuencias adicionales, similares o análogas a las de una figura distinta, como viene a ser la ampliación de plazo.

- s) Como se puede advertir, los efectos de la calificación de atraso como justificado, constituyen parte del análisis de fondo, al que se arribará luego de determinar si en efecto el mayor tiempo transcurrido ha sido objetivamente justificado o no por el Consorcio San Camilo. Sólo en dicho escenario, que como hemos indicado es un análisis sobre el fondo de la controversia, podrá determinarse si existe sustento legal o no, para trasladar otros efectos distintos a la simple no aplicación de penalidades, como es lo que se solicita en la mencionada pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal.
- t) Por los motivos expuestos, este Tribunal concluye que la excepción de caducidad debe ser declarada **INFUNDADA**.

VIII. PARTE RESOLUTIVA. -

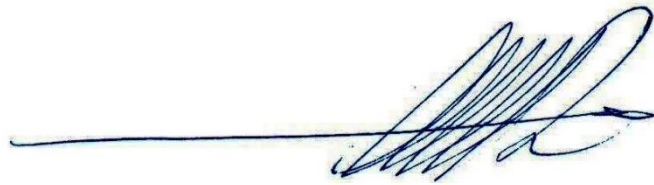
Por estos fundamentos, el Tribunal Arbitral emite el presente LAUDO PARCIAL declarando:

PRIMERO: INFUNDADA la Excepción de Incompetencia deducida por ACTIVOS MINEROS respecto de la Séptima Pretensión Principal y la Pretensión Subordinada de la Séptima Pretensión Principal, sin perjuicio de lo establecido en los literales q) y r) del acápite 7.10 de la parte considerativa del presente Laudo Arbitral

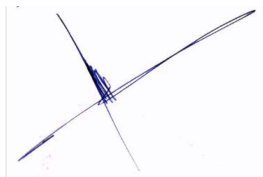
SEGUNDO: INFUNDADA la Excepción de Cosa Juzgada deducida por ACTIVOS MINEROS respecto de la Quinta Pretensión Principal; Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal; Sexta Pretensión Principal; y Primera Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal, conforme a lo expuesto en los Fundamentos N° 82 al 90 del presente documento.

TERCERO: INFUNDADA la excepción de Caducidad deducida por ACTIVOS MINEROS, conforme a los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

CUARTO: DECLARAR que el presente laudo parcial debidamente firmado, será notificado por la Secretaría Arbitral a los correos electrónicos señalados por las partes en este proceso arbitral, así como publicado en el SEACE, autorizándose al presidente del Tribunal Arbitral a suscribir los documentos que sean necesarios para ello.



MARCO ANTONIO MARTÍNEZ ZAMORA
Presidente



LUIS FARRO MENDIOLA
Árbitro



MARIO LINARES JARA
Árbitro