



**ANEXO DE CASOS**

**CURSO "MECANISMOS ALTERNATIVOS DE  
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS"**

## UNIDAD I: NEGOCIACIÓN

- Caso Tecnoquímicas y Merck.

**CASO 1**

**CASO TECNOQUIMICAS Y MERCK**

### 4.3 EI CASO DE TECNOQUÍMICAS Y MERCK

El tercer caso- o tercer "fantasma", como lo mencionaba antes- es bastante ilustrativo y complicado. Tiene que ver con el *Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá* (y, a propósito, quiero dejar muy claro que no involucra para nada a sus actuales funcionarios, pues hoy en día la Cámara tiene una dirección muy distinta a la tuvo cuando sucedieron los hechos a los que voy a referirme) que, además, involucra en un gran "choque de trenes" a la Corte Suprema de Justicia y a la Corte Constitucional, y que- a mi modo de ver- de alguna manera le restó soberanía a nuestra nación frente las decisiones que allí se tomaron.

Lo que ocurrió fue que un problema entre dos partes se fue a controversia judicial. Por una parte, estaba una empresa nacional, TECNOQUIMICAS ( y puedo decir su nombre porque es caso juzgado)- empresa caleña líder en el campo de la química farmacéutica en nuestro país – y , por otra parte, estaba una empresa caleña líder en el campo de la química farmacéutica en nuestro país- y, por otra parte, estaba una empresa extranjera, la MERCK, líder multinacional en el mismo campo.

Como ustedes saben, antes de la apertura económica, cuando una empresa de este tipo quería traer sus productos al país, no podía hacerlo directamente porque, si esa misma clase de productos al país, no podía hacerlo directamente porque, si esa misma clase de productos se producían en el país, estaba prohibida su importación o la licencia previa. Por lo tanto, esa empresa tenía que buscar la forma de asociarse con un productor nacional y debe celebrar un paquete de contratos (de licencia, de marketing, de mercado, de fabricación y de distribución) que le diera la posibilidad de introducir materias primas, utilizar sus marcas y sus modelos, y recibir protección en el país, mientras que con la otra empresa hacia la producción, controlaba el mercado, acreditaba sus marcas en Colombia, y se llevaba un buen porcentaje, lo que constituía la vía indirecta de hacerlo.

TECNOQUIMICAS Y MERCK eran dos empresas que habían hecho un contrato- a través de varios contratos- que en el fondo era una *agencia mercantil* por 10 años (o por lo menos eso alegaba la empresa TECNOQUIMICAS, para ser fieles a lo que fue la discusión judicial).

¿Pero qué ocurrió? Ocurrió que, a los 10 años, nuestro país cambio su modelo económico, entro en la *apertura económica* y, obviamente, se presentaron cambios muy importantes a nivel económico y jurídico.

A nivel jurídico, por ejemplo, desaparecieron ese tipo de contratos porque, si ya no había obstáculos para importar el producto a través de una agencia o de una sucursal, ya no tenia sentido que una empresa se pusiera en el problema de

buscar un productor nacional, darle un porcentaje, y asumir los riesgos de esa relación contractual.

Entonces, todas las compañías extranjeras- no solo la MERCK- que tenían vínculos en Colombia, en ese y en otros campos de la economía, simplemente dieron por términos sus contratos( unas abusivamente, otras utilizando la cláusula de vencimiento) y lo que pasó fue que inmediatamente se apropiaron de los mercados que los empresarios nacionales había conseguido y siguieron vendiendo sus productos en el país, pero ahora de una forma directa y sin necesidad de una fabricante local.

Ahí, entonces, surgió el conflicto. Ese conflicto era por agencia mercantil, buscando las prestaciones del Artículo 1324 del *Código de Comercio* (cesantía comercial e indemnización por ruptura abusiva del contrato) y lo que decidieron entonces pactar todas las multinacionales para poder buscar un contratista en el país fue una cláusula compromisoria, que es el *pacto arbitral*.

Una de las modalidades del pacto arbitral que utilizaron fue la del compromiso que hace posible que el conflicto se dirima por la vía del arbitraje. En este caso entonces, consistía en cambiar un pleito de 12 años por uno de 6 meses, porque además, si esa cláusula no se involucraba, obviamente ningún extranjero iba a venir a hacer una inversión e Colombia.

Entonces, esa cláusula compromisoria que pactaron las empresas simplemente decía que los conflictos que se suscitaban entre las partes irían a la decisión de un mecanismo de árbitros. Pero le agregaron algo más: que ese mecanismo se integraría, funcionaria y cesionaria de acuerdo con las normas de la CCI ( Cámara de Comercio Internacional, con sede en París) y que su lugar de funcionamiento sería en New Jersey ( Estados Unidos) – domicilio de la MERCK en América- de acuerdo con las normas que establecía dicho Estado de New Jersey.

Sin embargo, si miramos nuestro Código de Comercio, nos encontramos con una norma de orden público en la agencia mercantil, que es el Artículo 1328, según el cual, para toda agencia comercial que se ejecute en Colombia, se aplica la ley colombiana (y ahí no distingue si es la sustancial o es la procesal). Por lo tanto, *“donde no distínguela ley, que no distinga el intérprete”*, decimos los abogados. Es decir, en nuestro ejemplo, debían sujetarse a la ley colombiana, en uno y otro caso. Además, *el Código de Comercio* agrega algo que es muy importante: *“ Lo que contaría este principio se entiende por no escrito”*, que en Derecho Mercantil es lo que se denomina *ineficacia mercantil*.

TECNOQUÍMICAS entonces se fue para la Cámara de Comercio de Bogotá(centro de arbitraje y *conciliación*) y planteó allí su diferencia, agregando que esta cláusula era parcialmente ineficaz, que valía en cuanto que era inía del mecanismo indiscutible la voluntad de las partes de derogar jurisdicción ordinaria e irse por la vía del mecanismo arbitral ( de lo que no hay duda) pero que era

ineficaz porque, al remitirse a la ley de New Jersey y al sistema procesal de la *Cámara de comercio Internacional*, violaba el Artículo 1328 del Código de Comercio. Por lo tanto, al eliminarse lo ineficaz de la cláusula y con las normas supletorias de la voluntad contractual, entrarían el centro de arbitraje en el domicilio al demandado y la ley colombiana.

La *Cámara de Comercio de Bogotá* integró entonces el tribunal, admitió la demanda y la notificó. Pero los abogados de la empresa provocada (MERCK) pusieron un recurso de reposición diciéndole a la Cámara de Comercio que ella no era el centro de arbitraje y que, por lo tanto, debía rechazar la demanda, pues la entidad competente no era ella sino la *Cámara de Comercio de París*.

Ante eso, la Cámara de Comercio de Bogotá sacó una providencia o auto inhibitorio (siguiendo una tradición de todas las Cámaras de Comercio del País) diciendo que como el tema de competencia es un tema de carácter jurisdiccional que dirimen los árbitros en la primera audiencia, ella ahí no era más que una mera impulsadora del proceso, con carácter más bien de decisiones administrativas que jurisdiccionales, y que por lo tanto no le competía pronunciarse sobre el asunto.

MERCK interpuso una tutela (y volveremos a observar cómo la tutela está transformando todas las costumbres del país) diciendo que se le estaba desconociendo su derecho al debido proceso, porque la Cámara no era competente y porque no estaba adecuadamente, pues había admitido la demanda.

La tutela inició su curso, y mientras tanto la Cámara integró el tribunal. Se instaló el tribunal. Se fijaron honorarios, MERCK no consignó nada. Todos los honorarios los consignó TECNOQUIMICAS. Y llegó el día de la primera audiencia. Hubo excepción de falta de competencia. Se resolvió y se declaró competente el tribunal para redimir el conflicto (es decir, aplicó la ineficacia para proteger la norma de orden público, y el proceso siguió adelante). Falló el Tribunal de Bogotá – primera - y instancia de la tutela- y dijo que efectivamente se estaba violando el debido proceso, pero no porque la Cámara no podía dar un *auto inhibitorio*. Manifestó que eso debía resolverse como fuera, pero de fondo. Pasó a la Corte Suprema de Justicia, y la Corte (según ponencia del doctor José Fernando Ramírez Gómez) consideró que ahí no había un auto inhibitorio sino un auto de fondo, que lo que pasaba era que estaba mal denominado (es decir, estaba definiendo que no era competente para referir competencias, lo que era una decisión de fondo. Pero obviamente, como no era competente, no podía definir de fondo). Pasó entonces a la Corte Constitucional. La Corte Constitucional revocó la decisión de la Corte Suprema de Justicia (“choque de trenes”) diciendo que, primero, el director del centro de arbitraje tenía unas competencias de carácter procesal que le daba la ley, que sus actos pre-arbitrales tenían ese carácter, y que no importaba si eran jurisdiccionales o no porque de todas maneras eran funciones públicas. Por lo tanto, él debía decidir si admitía o rechazaba, explicando por qué tomó una

decisión y porqué estaba dando por sentado una cláusula contractual sin explicar la razón, pues la parte que recurría a la tutela tenía derecho a saber cuál era la razón.

La Corte Constitucional le devolvió entonces el asunto a la Cámara de Comercio no sin antes decir muchas otras cosas que debía decidir obviamente dentro de la órbita de su competencia(o sea que sí le advirtió que no se podía meter en la competencia de otro) y le dijo también que la competencia del director del centro terminaba cuando éste le entregara el expediente a los árbitros. Pero, como la Corte no sabía en qué iba el proceso, confirmó la tesis del tribunal y volvió a la Cámara de Comercio, que había sido la que había recurrido (porque la "en tutelada" era ella), y que había alegado que la competencia no era de ella, saco un auto que decía: "*Auto por el cual se cumple la tutela con los lineamientos que ha dado la honorable Corte Constitucional*". Y, acto seguido, rechaza la demanda (cuando ya los árbitros se habían aclarado competentes). Obviamente, tampoco específico porque no utilizó la ineficacia parcial de la cláusula, pero ya no de la parte provocada, sino de la parte provocante (que en este momento está en tránsito y tutela que todos los abogados interesados en estos temas estamos muy pendientes de saber cómo va a salir)

Respetando todas las corporaciones y entidades involucradas en ese caso- porque lógicamente aquí estamos haciendo es academia- , pero comentar cual es mi crítica frente a esa posición.

Mi crítica es que no se puede desconocer el orden público nacional en aras de proteger intereses extranjeros. Es decir, que no nos podemos ir al otro extremo. Y, por otra parte, que tampoco las compañías extranjeras, para disimular la agencia o para buscar unos beneficios que no están acordes con la legislación colombiana, se puede sustraer de la justicia nacional, pactando como organismo integrador a la CCI ni a ninguna otra entidad. En esos casos lo que se debe aplicar es la *ineficacia*, tal como lo ordena la ley colombiana, concretamente en el Artículo 1328.

Es decir que, observemos también como por ese lado, de hacer eso doctrina, la aplicación de la ineficacia se va a volver intangible para los árbitros y se a convertir en que el director del centro en favor del cual las partes nunca declinaron jurisdicción ( porque las partes declinan jurisdicciones en favor de un Tribunal de Arbitramento y no del director de un Centro de arbitraje) va a entrar a resolver el problema de competencia en los tribunales, y no va a dejar que resuelvan los árbitros en la primera audiencia, como lo establece la ley colombiana. Por lo tanto, observemos cómo, por falta de una visión de conjunto, hay unas instituciones cuyas prácticas están siendo echadas por la borda.

## UNIDAD I: NEGOCIACIÓN

- Proyecto Tía María.

SUMILLA

**CASO 2**

**CASO TÍA MARIA: MINERÍA Y CONFLICTO PARA EL AGUA.**

## **Por Carlos Bedoya y Víctor Torres Lozada**

La propaganda que hace la Sociedad Nacional de Minería en la televisión peruana busca relacionar la extracción minera con el desarrollo nacional. Nos hablan de miles de millones de inversión y cifras espectaculares, pero nadie valoriza los otros miles de millones que se sacrifican debido a la contaminación del aire y del agua de las zonas aledañas. El proyecto Tía María de la Southern Perú Copper Corporation es un claro ejemplo de lo que puede ocasionar un proyecto minero que se vende engañosamente con la imagen del progreso.

Sin duda la minería de tajo abierto es la más peligrosa del mundo, pues, además de contaminar el aire con emanaciones de cianuro, óxido de nitrógeno, dióxido de azufre, entre otros gases, lo que atenta contra la vida de los pueblos aledaños, produce grandes desequilibrios hídricos al elevarse el nivel de sedimento de los ríos producto de los residuos sólidos muy finos que pululan en el ambiente, al mismo tiempo que se afectan las aguas subterráneas o freáticas con las lluvias que caen sobre los reactivos, aceites y sales minerales residuales de los procesos de tratamiento.

Tía María, proyecto minero a tajo abierto promovido por la empresa minera Southern en el distrito de Cocachacra, provincia de Islay, Región Arequipa, es un caso emblemático de la afectación de una actividad económica próspera debido a las industrias extractivas que el gobierno no sólo promueve, sino que apoya y defiende con fuerza en perjuicio de las comunidades afectadas.

Este caso originó, en abril pasado, una contundente respuesta social de los productores agrarios de Cocachacra y sus familias, los mismos que se veían afectados directamente en su principal actividad económica, al ser marginados y excluidos del uso del agua subterránea necesaria para sus cultivos y que la minera pensaba usar en un principio. Y a pesar que ahora la Southern ha anunciado que va a usar el agua del mar (alternativa negada antes del conflicto social), el peligro sigue latente por la contaminación que, de todas maneras, ocasionaría la extracción de miles de toneladas de cobre al año.

Y si bien se habla de 3,500 trabajos directos que se generarían a partir de la explotación de la Tía María, y los ingresos por canon a la Región, los impactos económicos y sociales no la justifican.

### **El Valle del Tambo**

Hablar del Valle del Río Tambo significa hablar de un emporio productivo agrario que sustenta la alimentación, no sólo del distrito de Cocachacra, sino de toda la región arequipeña.

El Tambo produce azúcar, hortalizas, papas, alfalfa y otros productos agrarios. Además, es una zona de producción de camarones, lo que ha hecho deliciosa y muy variada a la dieta arequipeña.

Sin embargo, este valle sufre de un evidente desequilibrio hídrico que no le permite mantener con solvencia su variada producción, debido a que el agua que proviene

de la cuenca del Río Tambo (cuya cabecera está en Puno) es escasa, especialmente en las épocas de estiaje.

Esta dificultad hídrica, que procede de los irregulares volúmenes de agua superficial que viene de las alturas, es manejada por los agricultores mediante el uso de las aguas subterráneas. De esta manera, se ha logrado un precario equilibrio hídrico a fin de atender sus necesidades de agua potable y de producción agrícola.

Es por ello que en abril, la población se movilizó organizada en un frente de lucha. Además, porque desde hace varias décadas, la Southern Perú Copper Corporation, viene contaminando sistemáticamente los aires y los suelos de este valle con sus humos, y sin reconocer su responsabilidad. El pueblo de Islay conoce bien la prepotencia de la poderosa minera.

### **Tía María**

Es un proyecto minero de explotación y procesamiento de mineral oxidado de cobre, ubicado en el distrito de Cocachacra, provincia de Islay, región de Arequipa. Contempla dos etapas: en LA PRIMERA se explotará, a través de un tajo abierto, el depósito mineralizado La Tapada; y, en la segunda, se explotará, también a través de un tajo abierto, el depósito mineralizado Tía María. Este proyecto tendrá cerca de 18 años de operaciones. Supone la inversión de casi mil millones de dólares para producir 120 mil toneladas de cátodos de cobre de alta pureza (99.99%) por año.

En un inicio se propuso obtener agua necesaria para las operaciones de Tía María, mediante pozos ubicados en el mismo valle del Río Tambo, en la zona de Cocachacra, profundizando el desequilibrio hídrico del valle.

Pero luego del conflicto que paralizó este proyecto en el primer semestre del año, la Southern cambió su propuesta y planteó construir su propia planta de desalinización de agua del mar. Y si bien ya no se “comería” las aguas del río Tambo, aún sigue latente el problema de la contaminación al ser un proyecto minero de tajo abierto.

### **No todo es dinero**

El gobierno, que anunció con entusiasmo la inversión de Tía María, y la propia Southern, que opera hace años en el sur del Perú, no calcularon la masiva resistencia de los agricultores y del pueblo de Islay a este proyecto. Y si bien en un inicio se intentó señalar que se trataba de manipulación, lo cierto es que había un problema concreto, que es en realidad cuando la masa se moviliza.

En setiembre del año pasado, los pobladores de Islay dijeron no a la Tía María, pero las autoridades no sólo desconocieron esta consulta democrática, sino que convocaron a una audiencia pública para aprobar el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) elaborado por la empresa y avalado por el gobierno. Sin embargo, en abril cientos de agricultores y pobladores de la zona tomaron la carretera Panamericana Sur durante 6 días, señalando que el EIA no respondía al cuidado ambiental del valle. El Frente de Defensa del Pueblo de Islay realizó cerca de 3 mil observaciones al EIA. El resultado fue que el gobierno declaró la intangibilidad de

las aguas superficiales y subterráneas del Río Tambo. Es decir, había fundamento técnico.

Si bien es una victoria de los productores agrarios de Arequipa, aún sigue latente un conflicto social, pues el proyecto Tía María sigue siendo impulsado. Es que al mismo tiempo de calcular millonarias inversiones y beneficios fiscales, se debe valorizar económicamente el impacto de un proyecto a tajo abierto. Es la única manera de saber si sale más cara la lavada que la camisa.

### **Las minas de tajo o cielo abierto**

Son minas de superficie que adoptan la forma de grandes fosas en terraza, cada vez más profundas y anchas. La minería a tajo abierto supone dinamitar la roca superficial y llevarla a pequeñas dimensiones. Montañas enteras son convertidas en rocas. Su extracción empieza con la perforación y voladura de la roca.

Diversos informes científicos determinaron que durante la fase de explotación, los principales impactos ambientales causados son:

- Modificación de la superficie terrestre del área de explotación: devasta la estructura del suelo produciendo cambios severos en la morfología del terreno.
- Eliminación del suelo y resecamiento en la zona circundante.
- Disminución del rendimiento agrícola y agropecuario.
- El impacto sobre la flora es de gran magnitud, implica la eliminación de la vegetación y los bosques en el área de operaciones.
- Destrucción y modificación de la flora en el área circunvecina.

Provoca presión sobre los bosques existentes en áreas vecinas que pueden llegar a destruirse.

- El entorno queda afectado porque se transforma radicalmente, pierde su atracción escénica o paisajística, sumada a la contaminación sonora por el ruido producido por las distintas operaciones: trituración y molienda, generación de energía, transporte, carga y descarga de materiales, etc.

## **UNIDAD I: NEGOCIACIÓN**

- **Caso Empresa Manila.**

**CASO 3**

**NEGOCIACIÓN CASO EMPRESA MANILA**

La empresa Manila lleva muchos años encargándose del 90% de la producción de cítricos (naranja y toronja en fruta o zumo) para la exportación de su país, lo que le ha permitido alcanzar un gran prestigio no sólo a nivel nacional, sino también internacional. La recolección de los cítricos se hace en los meses de septiembre y octubre para su posterior embarque. La empresa necesita en el período de cosecha, previo al embarque para su exportación, almacenar sus productos.

Manila, para la conservación de sus productos requiere un Frigorífico de amoniaco con capacidad de X toneladas, de entre -12 grados y +8 grados. Sin embargo, la empresa no cuenta con un frigorífico propio, por lo que siempre tiene que arrendar los de otras empresas. Esto le implica costos muy elevados, tanto por la transportación, la falta de concentración del producto, el arrendamiento en sí mismo, recargo por demora en el embarque, entre otros conceptos.

Por todo lo anteriormente expuesto se evidencia que la empresa productora de cítricos necesita urgentemente contar con un frigorífico propio, pues de esta forma tendrían un ahorro de hasta 15 mil dólares. Sin embargo la producción de los cítricos reclamaba, por parte de la empresa, total atención lo que limitaba la posibilidad de que ellos se enfrascaran en un proyecto de esa índole. Por otro lado la construcción del frigorífico debía terminarse antes del mes de octubre (duración de no más de 10 meses) para asegurar el almacenamiento de ese año, lo que era vital para ellos. Ante esta situación debían acudir a terceros para lograr su cometido.

Casualmente la empresa dispone de un terreno (naves en el puerto de salida) con suficiente capacidad para sus objetivos de almacenamiento. Por el arrendamiento de su terreno una empresa agrícola estaba dispuesta a pagar hasta 20 mil dólares anuales, lo cual le permitía a Manila cubrir gran parte de sus costos. Sin embargo, Manila prefería la idea del frigorífico propio por razones de independencia. Así que comenzaron a investigar al respecto.

Analizando su situación se percataron que se enfrentaban a un primer problema: no tenían el financiamiento para el proyecto. Además, el país había establecido, como norma de política de crédito, pautas para la gestión de crédito donde las inversiones con recuperación lenta se debían realizar con financiamiento externo.

La empresa, desde hacía algunos años mantenía un contrato de Administración con un socio extranjero, por financiación de compra para el producto, asesoría y producción de cítricos para la exportación. Este socio era partícipe de la situación por la que atravesaban y aceptó ser el financista del proyecto, ya que le gustaba el trabajo que hacía allí sintiéndose comprometido con el mismo. Por lo que establecieron otro contrato entre ambas partes por concepto de financiación o garante y en donde el socio externo recibía un concurso por licitación.

Arribado a este punto se dedicaron a contactar con algunas empresas constructoras del país para ver quien se encargaría de llevar a cabo la obra, garantizando hacerlo en la fecha tope.

Una vez analizado la situación de las posibles empresas nacionales de experiencia, se percataron que no podían encargarse del trabajo solas, pues no contaban con la tecnología ni los recursos financieros necesarios, por tanto se hacía imprescindible asociarse con una empresa extranjera que garantizase el suministro de los materiales requeridos, así como que fungiera de respaldo monetario. Se vio la posibilidad, dado las limitaciones de las empresas nacionales,

de contratar sólo a una extranjera, lo que se desechó inmediatamente por restricciones legales existentes para las mismas para operar en el país. Se decidió, de esta forma, contratar un binomio nacional-extranjero, lo que finalmente llevaría a un “contrato a cuatro manos”.

En poco tiempo aparecieron tres contrapartes. Pero luego de un proceso minucioso de depuración y teniéndose en cuenta que aproximadamente todos ofrecían el mismo precio (20 mil dólares) por el trabajo y además, teniendo en cuenta que las características del frigorífico, condiciones de trabajo y la tecnología que se requería, no daba margen a muchas diferencias entre las ofertas, la decisión de priorizar a uno u otro oferente se basó en la experiencia de trabajo en el país con ofertas similares que tenía la parte extranjera. Por otro lado el socio extranjero había tenido en otras oportunidades negocios con la otra parte extranjera, quedando muy satisfecho, es decir, había una relación madura entre ambos.

En el período de planeación de la negociación la empresa de cítricos identificó, con respecto a la empresa nacional que realizaría el trabajo, que tenía mucha expectativa en el proyecto pues llevaban algún tiempo en una especie de recesión por carencia de trabajos de esta magnitud, y que no les robaría exceso de tiempo. Su interés estaba dirigido, fundamentalmente, a obtener el mayor margen de utilidad posible y de paso ganar en prestigio al realizar ese trabajo a una empresa reconocida. El grupo que trabajaría tenía gran dominio del sector y vasta experiencia en estos trabajos.

En lo referente a la empresa extranjera, esta tenía una sucursal en el país y otros contratos (menores) de trabajo. Dominaba en gran parte las leyes y manejos en el sector económico del país en cuestión, además de la ya sabida relación que tenía con la otra parte extranjera, donde ponía un particular interés hacerlas duraderas porque tenía otros negocios exitosos en el sector hotelero del país. Por su experiencia en este tipo de trabajo, el extranjero tenía asegurado los proveedores y posibilidades de crédito del banco.

Después de obtener toda la información pertinente para llevar a cabo la negociación. La empresa Manila preparó su oferta, la cual quedó conformada como sigue 1- Contrato llave en mano pura: construcción y montaje, garantía. (La empresa de cítrico no se iba a involucrar en el proceso).

2- Contratarían a una empresa de proyectos para que acompañara el proceso (se resguardan de errores). 3- Precio que pagarían: 12 mil dólares. 4- El tiempo de construcción del frigorífico sería de no más de 10 meses, e incorporaría el diseño del mismo, todos los suministros, más equipamiento y tecnología. (Incluye el montaje de los equipos) 5- Prueba de puesta en marcha hasta el funcionamiento óptimo 6- Las obligaciones de Inversionista y contratista son plenamente garantizadas por el garante (extranjero) y una cláusula penal por retraso de obra y sistema de indemnización por defectos.

#### **Forma de pago:**

- Anticipo del 25% del total de la inversión contra garantía bancaria.
- A la fecha de entrega definitiva de la obra otro 10 % y lo restante se distribuiría en 8 pagos trimestrales.

En cuanto a la contraparte esta ofrecía:

La parte cubana sólo tenía que aportar con un contrato a terceros la construcción y diseño del frigorífico y algunas otras cuestiones menores en divisa. La parte extranjera proveía la garantía financiera del proyecto y se aseguraba de establecer relaciones futuras con la otra parte extranjera. Pedían 20 mil dólares por el trabajo, exigiendo un adelanto a acordar.

Durante el proceso de negociación Manila se percató que existían desacuerdos entre las otras partes involucradas en la negociación, lo que no le convenía por lo que decidió intervenir.

Estas discrepancias estaban dadas en los intereses de cada uno en relación a la oferta que Manila les hacía. La empresa nacional no le interesaba las cuestiones de pago o de obligaciones porque con el anticipo ya tenían un margen de utilidad propicio (cubre sus costos y obtiene ganancia). Sin embargo justamente ese aspecto para el extranjero no estaba seguro, por la cantidad de dinero que ponía en juego y el tiempo y complicación de la obra (Limitación en licitaciones de medio ambiente), es decir, era más bien cuestiones de miedo ante el incumplimiento. Ambos socios no aceptarían un precio por debajo de 12 mil dólares pues no obtenían el margen mínimo deseado, y contaban con otras opciones mejores.

Siendo así, y teniendo en cuenta que la negociación estaba en juego debido a la parte extranjera, se le propuso que la garantía se le daba a él y que se encargara de administrarla al contratista nacional como entendiera. Por supuesto, debía garantizarle al mismo la utilidad y el dinero para pagos en su debido momento. Se diferiría el pago en dos años, pero se le demostró que él tenía la posibilidad de ajustarse con su proveedor. Por otro lado, le pagarían por la financiación un interés del libor +1, esto lo cubriría para cualquier necesidad de pedir préstamo. Y se le dio valor al hecho de que él tenía una Un proceso de negociación consta de tres etapas fundamentales: Planeación, Negociación cara-cara y Después.

## UNIDAD II: ARBITRAJE

- El proceso arbitral como instrumento jurisdiccional.

SUMILLA :

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO. PROCESO ARBITRAL: Arbitraje N° 018-2009-TA. Ucayali. Resolución 05 (Febrero 2010)**

## **ILUSTRE COLEGO DE ABOGADOS DE UCAYALI**

PROCESO ARBITRAL: Arbitraje N° 018-2009-TA

**Demandante: CONSORCIO SELVA ASOCIADOS**

**Demandado. Municipalidad Provincial de Coronel Portillo**

**TRIBUNAL ARBITRAL DEL CAU**

**Abg. Joel O. Santillan Tuesta. Presidente**

**Abg. Jesús A. Lazo Pacheco. Árbitro**

**Abg. Jorge M. Luyo Aguayo. Árbitro**

**Asunto: Demanda Arbitral, para Reconocimiento de  
Consentimientos de Plazos y Liquidaciones de obra.**

**Ref: L.P N° 008-2008-MPCP**

**Obra: " Mejoramiento del Acceso a la Red Asistencial Ucayali  
Hospital II ESALUD- Av. Lloque Yupanqui  
(Av. 9 de Octubre/ Av. Colonización)"**

### **LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

Resolución N° CINCO

Pucallpa, 09 de Febrero del 2010

Visto, los escritos de solicitud de apertura del Proceso Arbitral y de Demanda, así como otros escritos del proceso arbitral, y habiéndose llevado a cabo la " Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos", realizada en el Centro de Arbitraje, se determinaron los puntos controvertidos, y se acordaron los términos de la conciliación respectiva, por lo que habiendo precluido, todas las etapas del presente Proceso Arbitral, se emite el presente Lado Arbitral;

### **DE LA DEMANDA**

Las pretensiones del Consorcio, planteadas en su Demanda, son la siguiente:

- **PRIMERA PRETENSIÓN:** Se reconozca (i) el error material en la elaboración de Expediente técnico, en la referida a los trabajos de remoción de tuberías de petróleo y agua, (ii) la necesidad de ejecución por parte de las Entidades responsables como requisito previo de ejecución del saldo de obra y por ende (iii) el cumplimiento obligatorio posterior, de parte del

contratista en la ejecución del saldo de obra, y el Adicional de Obra, ´para la culminación de las metas contractuales

- SEGUNDA PRETENSIÓN. Se rectifique o declare ineficaz la Resolución de Alcaldía N°402-2009-MPCP, del 06- Julio-2009, emitida indebidamente, por parte de la Entidad, al no calificar adecuadamente la causal y se nos reconozca los gastos generales correspondientes.
- TERCERA PRETENSIÓN: Se rectifique o declare ineficaz la Resolución de Alcaldía N°420-2009.MPCP, del 06-Julio-2009, emitida indebidamente, por parte de la Entidad, al no calificar adecuadamente la continuidad de la causal y se nos reconozca los gastos generales correspondientes.

Las Pretensiones Secundarias, del Consorcio son los siguientes:

- CUARTA PRETENSIÓN: Se rectifique o declare ineficaz la Resolución de Alcaldía N°455-2009-MPCP, del 07- Agosto-2009, emitida indebidamente, por parte de La Entidad, al no calificar adecuadamente la continuidad de la causal y se nos reconozca los gastos generales correspondientes.
- QUINTA PRETENSIÓN: Se rectifique o declare ineficaz la Resolución de Alcaldía N°488-2009-MPCP, del 28-Agosto-2009, emitida indebidamente, por La Entidad, al no calificar adecuadamente la continuidad de la causal y se nos reconozca los gastos generales correspondientes

Las Pretensiones Complementarias, del Consorcio son los siguientes.

- SEXTA PRETENSIÓN: Se reconozca el plazo técnico de 30 d.c, para la ejecución de los trabajos del Adicional y el saldo de obra, esto sin gastos generales, y solo con la finalidad de no incurrir en causal de incumplimiento por demora en la entrega de la obra.
- SEPTIMA PRETENSIÓN: Se nos reconozca los gastos incurridos en el presente proceso de Arbitraje, al haberse generado por una mala interpretación de los funcionarios del Municipio, ocasionándose perjuicios económicos.

En este punto, es preciso resaltar que la parte Demandante,. Es decir la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo, a pesar de haber sido notificada oportunamente, realizo su contestación de la Demanda, por lo que se emitió la Resolución N° TRES, dando por vencido el plazo correspondiente.

### **AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACION Y FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**

Con fecha 29 de Diciembre del 2009, en fecha reprogramada, mediante Resolución N° Cuatro, se llevó a cabo la ´´Audencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos´´, con la asistencia de las partes.

Asimismo, como productos de la ´´Demanda´´ PLANEADA POR EL Consorcio y la falta de ´´Contestación de la demanda´´ por parte de la Entidad, en la presente

“Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos”, realizada en el Centro de Arbitraje, se dieron lectura a los puntos controvertidos, a la Carta N!066-2009-CSA-RL, de fecha 20-nov-2009 de propuesta de conciliación, de aceptación de la conciliación.

Ante la situación expuesta y la voluntad de las partes, se plantearon los acuerdos conciliatorios siguientes:

1.- La Municipalidad Provincial de Coronel Portillo, apruebe las ampliaciones de Plazo N°09, 10, 11 y 12, más el Plazo Técnico en la ejecución del Adicional N°03, lo que conllevaría a establecerse como término de ejecución de obra de 15 de Noviembre 2009

2.- El Consorcio Selva Asociados, hace expresa renuncia de pretensión a gastos generales por los adicionales a la entrega de la obra, los mismos que se originaron como consecuencia de la tramitación de la presente controversia en casa sede arbitral

4.- La suscripción del acuerdo conciliatorio en sede arbitral da por concluida definitivamente la controversia surgida entre la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo y el Consorcio Selva Asociados. Documento que al tener la calidad de laudo arbitral con mérito ejecutivo de cosa juzgada no amerita de acto administrativo adicional para la ejecución de lo acordado.

En este acto los representantes de las partes, por la demandada el Ing. Gamar W. Cerna Sánchez, y por la demanda el Abog. Luis Rivera Pinzas, ratificaron los acuerdos conciliatorios, antes detallado y que servirán de base para la realización del presente laudo, al ser voluntad de las partes y estar en la normativa correspondiente.

### **EXPOSICIONES ORALES Y ESCRITOS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**

No se realizó el acto respectivo, al haberse llegado a una conciliación entre las partes Demandante y Demandada, en la “Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de puntos controvertidos”

### **ANÁLISIS Y SUSTENTOS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**

Con relación a los escritos y medios probatorios ofrecidos por las partes el análisis de los puntos controvertidos se limitará a conocer las pretensiones y los acuerdos concertados en la conciliación, bajo las premisas siguientes.

Que, el Tribunal considera necesario dejar establecido que la controversia a resolver nace de la relación contractual de las partes, cuya regulación se ha establecido dentro del marco legal del Texto Único de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, (en adelante la LCAEY el RELCAE), APROBADOS POR LOS Decretos Supremos N° 063-2004-PCM y 084-2004-PCM, respectivamente. También, es necesario puntualizar que sus disposiciones

constituyan norma especial, como lo refiere el ordinal 4.1 del Artículo 4 del TUO de la Ley, al señalar que la ‘ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales es de procedimiento administrativos y sobre aquellos de derecho común que lo sean aplicables’

Que, en aplicación supletoria a la norma especial citada, se debe estar a lo dispuesto por el Artículo 1356 del Código Civil , que establece, que las “ las disposiciones de la Ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

Asimismo debe observarse el principio pacta Sunt Servando recogido en el Artículo 133 del acotado cuerpo sustantivo, en merito del cual “ los que la declararon expresada en el contrato de la voluntad común de las partes y quien alega esa coincidencia esta obligación a probarla”.

Por otro lado, sin ser limitado, estas normas serán aplicable a la solución a la presente controversia.

### **LAUDO.-**

Vistos, los autos u escritos ñas partes, referidos a la controversia surgidos en la elección de la obra” Mejoramiento del Acceso a la Red Asistencial Ucayali-Hospital II ESSALUD- Av. Lloque Yupanqui (Av. 0 de Octubre/ Av. Colonización) “ estando a los considerandos precedentes, y de acuerdo con las normas invocadas y la Ley de Arbitraje, en esta decisión esa Tribunal Arbitral dispone lo siguiente:

#### **Respecto a la Primera, Segunda, Tercera, y Quinta Pretensiones:**

- **Se acumulen la PRIMERA, Segunda, Tercera , Cuarta y Quinta Pretensiones en concordancia con el Primer y Segundo punto de los acuerdos conciliatorios, concertados entre las partes; al ser estas pretensiones vinculantes y estar referida, y de manera consecutiva.**

#### **RESUELVE.**

**Procedente la solicitud en la demanda, declarando que lo modifican de parte de la obra no es de responsabilidad del contratista, la necesidad de aprobación previa por parte de la Entidad, es requisito de ejecución del adicional N°3 y se dio el cumplimiento oportuno de contratista en la ejecución del mencionado adicional de obra; debiéndose elaborar la liquidación de la obra,. Tratándose como fecha de término real de obra 15 de noviembre del 2009, concordante con los demás puntos del presente laudo.**

#### **Respecto de ña sexta Pretensión:**

- **En concordancia con el Primer y Tercer punto de los acuerdos conciliatorios, realizados entre las partes; la necesidad de cubrir el**

plazo de demora por la emisión de documentos administrativos y la terminación real de la obra, es satisfecha, considerando, la fecha 15 de noviembre del 2009 en cual de incumplimiento por demora en la entrega de la obra.

**RESUELVE:**

- **Procedente lo solicitados en la demanda, declarando que el Consorcio no incurrió en causal de incumplimiento por demora en la entrega de la obra, y la fecha pactada del 15 de noviembre del 2009, se debe a tener como fecha la terminación de la obra.**

**Respecto de la Séptima Pretensión:**

- **En consecuencia con los actuados en el Proceso Arbitral y los acuerdo conciliatorios, las partes se sometieron a las reglas del Arbitraje por buena voluntad, también en uso de sus derechos han conciliado, asimismo que los gastos incurridos en el presente proceso de Arbitraje, ambos partes lo han solventado.**

**RESUELVE.**

**No Procedente lo solicitado en la demanda, declarando que los gastos incurridos, en el presente proceso, corresponden a ambas partes.**

**ASIMISMO, SE RESUELVE:**

**REMITASE AL CONSEJO SUPERIOR DE CONTEATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, COPIA DEL PRESENTE LAUDO ARBITRAL, CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LA DIRECTIVA N° 02-2005-CONSUCODE/PRE.**

## UNIDAD II: ARBITRAJE

- Incompatibilidad de Recusación de Árbitros.

SUMILLA:

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO. Expediente N° 06 – 2009, Pucallpa,  
(Mayo 2010)**

## **LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

**EXP. ARBITRAL: N° 06 – 2009/CVG – GOREU**

Resolución N° 20

Pucallpa Veintiuno de Mayo del año Dos Mil Diez

### **LAS PARTES**

DEMANDANTE: CONSORCIO VIRGEN DE GUADALUPE

DEMANDADO: GOBIERNO REGIONAL DE UCAYALI

### **ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL**

Con fecha 14 de Diciembre del 2009, se dio por instalado el Tribunal Arbitral y ABIERTO el Proceso Arbitral concediéndole al **DEMANDANTE** un plazo de 10 días para que presente su Demanda Arbitral.

El 16 de Diciembre del 2009 el **DEMANDANTE** solicita copia certificada del acta de instalación del tribunal arbitral, solicitud que fue resuelta mediante **Resolución N° 03** de fecha 21 de Diciembre del 2009.

El 23 de Diciembre del 2009, la **DEMANDADA** formula Nulidad y otros, los mismos que mediante **Resolución N° 03** de fecha 07 de Enero del 2010 se admite el escrito y se corre traslado al **DEMANDANTE** a fin de manifestar lo conveniente a su derecho.

Con fecha 30 de Diciembre del 2009 el **DEMANDANTE** cumplió con presentar su Demanda Arbitral dentro del plazo establecido, la misma que mediante **Resolución N° 04** de fecha 07 de Enero del 2010, se declara inadmisibile dicha presentación y se le otorga un plazo para que subsane la misma.

El 04 de Enero del 2010, la **DEMANDADA** presenta su escrito en la que requiere los actuados administrativos previos a la instalación del Tribunal Arbitral, la misma que mediante **Resolución N° 05** de fecha 11 de Enero de 2010, se denegó dicho pedido.

Mediante **Resolución N° 02** de fecha 06 de Enero del 2010, el Tribunal Arbitral, luego de la revisión de los actuados realiza la corrección del orden numérico de las resoluciones expedidas hasta esa fecha por encontrarse un error correlativo.

El 18 de Enero del 2010 el **DEMANDANTE** cumple con subsanar su Demanda Arbitral, la misma que mediante **Resolución N°06** de fecha 22 de Enero del 2010 se resolvió Admitir la Demanda Arbitral y correr traslado a la **DEMANDADA** para que en el término establecido absuelva la demanda.

El 19 de Enero del 2010 el **DEMANDANTE** cumple con presentar su absolución de la nulidad de actuados.

El 28 de Enero del 2010 la **DEMANDADA** interpone recurso de Reconsideración contra la **Resolución N° 06**, el mismo que fue admitido y resulta dicho recurso mediante **Resolución N° 09** de fecha 06 de Febrero del 2010.

El 29 de Enero del 2010 la **DEMANDADA** solicita se resuelva el pedido de nulidad y otros, el mismo que fue absuelto dicho pedido, mediante **Resolución N° 07** de fecha 03 de Febrero del 2010.

El 01 de Febrero del 2010 la **DEMANDADA** promueve excepción de Caducidad mediante **Resolución N° 11** de fecha 11 de Febrero del 2010, se corre traslado de la excepción a la **DEMANDADA** a fin de que manifieste lo pertinente.

El 08 de Febrero del 2010 la **DEMANDADA** se apersona y absuelve Demanda Arbitral, escrito que fue resuelto mediante **Resolución N° 10** de fecha 09 de Febrero del 2010.

El 16 de Febrero del 2010, la **DEMANDADA** presenta escrito en la que reproduce absolución, y es mediante **Resolución N° 12** de fecha 19 de Febrero del 2010, en la que contesta dicho escrito se declara **REBELDE A LA DEMANDADA** y se cita a las partes para la audiencia de conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.

El 03 de Marzo del 2010 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, a la misma que no asistieron las partes.

El 03 de Marzo del 2010 la **DEMANDADA** presenta escrito en la que cuestiona al Tribunal Arbitral y que fue resuelto mediante **Resolución N° 13** de fecha 04 de Marzo del 2010.

El 11 de Marzo del 2010 el **DEMANDANTE** solicita prórroga para el pago de los derechos arbitrales que corresponden a la Entidad demandada, el mismo que fue concedido mediante **Resolución N° 15** de fecha 15 de Marzo del 2010.

El 13 de Marzo del 2010 la **DEMANDADA** presenta sus Alegatos escritos.

El 07 de Abril del 2010 se da cuenta del depósito efectuado por el **DEMANDANTE** por concepto de asunción de derechos arbitrales, por lo que mediante **Resolución Nº 16** de fecha 08 de Abril del 2010, se señala fecha para llevarse a cabo la Audiencia de Informes Orales.

El 19 de Abril del 2010 se llevó a cabo la **Audiencia de Informes Orales** y a dicha audiencia asistieron ambas partes, concediéndoles el uso de derecho a réplica por parte del Tribunal.

El 19 de Abril del 2010 el **DEMANDANTE** presenta su escrito en la que precisa sus puntos controvertidos de la demanda Arbitral.

Mediante **Resolución Nº 17** de fecha 20 de Abril del 2010, el Tribunal dispuso requerir a las parte documentación necesaria para Laudar otorgándoles un plazo de 04 días hábiles, los mismos que fueron presentados por el **DEMANDANTE**.

Mediante **Resolución Nº 18** de fecha 27 de Abril del 2010, y luego de revisados la documentación presentada por el **DEMANDANTE**, el Tribunal Arbitral por ser necesarios para el proceso requirió la presentación de más documentos para mejor resolver en un plazo de 02 días hábiles.

El 03 de Mayo del 2010 la **DEMANDANTE** cumple con presentar los documentos requeridos en la **Resolución Nº 18**, los mismos que mediante Resolución Nº 19 de fecha 07 de Mayo del 2010 fueron admitidos y se dispuso que se agreguen los autos a despacho para laudar.

### **BREVE RESEÑA DE LA DEMANDA**

Con escrito recepcionado el 30 de Diciembre del 2009, el **DEMANDANTE** presenta su Demanda Arbitral para resolver la controversia surgida del **CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA Nº 2156-2006-GRUCAYALI-P-GG**

Las pretensiones de la Demanda son como siguen:

- A. Se declara el consentimiento, aprobación y pago de nuestra liquidación final de obra, presentada por mi representada con carta N° 004-2008-GR UCAYALI-P-GG-CRI-SGO, de fecha 29.01.06, recibida 11.02.06, con un saldo a favor del contratista de S/.536 914 24 ( Quinientos treinta y seis mil novecientos catorce y 24/100 Nuevos Soles) al amparo del Artículo 269° del D.S. N° 084-2004-PCM Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- B. Que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Ejecutiva Regional N° 1822-2007-GRU-P, de fecha 21.11.07, por la cual la entidad contratante, nos resuelve el contrato de obra, por carecer de asidero técnico y/o legal.
- C. La obligación por parte de la entidad contratante, de dar suma de dinero (pago), de los costos (honorario de abogado) y costas (gastos del proceso, honorarios del tribunal arbitral y de la secretaria arbitral) derivados del presente proceso más los intereses hasta la fecha de su cancelación.
- D. Se reconozca y se ordene el pago de los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de nuestras cartas fianzas, de fiel cumplimiento del contrato, al haberse excedido los plazos contractuales, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia de la entidad contratante, así como la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje, asimismo los gastos por pago al personal administrativo y técnico, el haberse excedido los plazos contractuales, tal y como lo estipula los artículos 1969° y 1985° del Código Civil, así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección.

### **BREVE RESEÑA DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demandada no contestó la demanda, y fue declarada rebelde.

## **DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**

Siendo este, el estado, el Tribunal arbitral ha determinado los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si procede o no, que se declare el consentimiento, aprobación y pago de la Liquidación final de la Obra, representada por el Demandante, con carta N° 004-2008-G.R-UCAYALI-P-GG-GRI-SGO, de fecha 29.01.06, recibida el 11.02.06 con un saldo a favor del contratista de S/.536 914 24 nuevos soles, al amparo del Artículo 269° del D.S. N° 084-2004-PCM Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
2. Determinar si procede o no, que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Ejecutiva Regional N° 1822-2007-GRU-P, de fecha 21.11.07, por la cual la entidad contratante, resuelve el contrato de obra, por carecer de asidero técnico y/o legal.
3. Determinar si procede o no, la obligación de la entidad contratante de dar suma de dinero, de los costos y costas, derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.
4. Determinar si procede o no, se reconozca el pago de los daños y perjuicios que se originan como daño emergente en el mayor como daño emergente, en el mayor costo de nuestras cartas fianzas, de fiel cumplimiento del contrato, al haberse excedido los plazos contractuales, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia de la entidad contratante, así como la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje, asimismo los gastos por pago al personal administrativo y técnico, el haberse excedido los plazos contractuales, tal y como lo estipula los artículos 1969° y 1985° del Código Civil, así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas

las garantías no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección.

### **PRESENTACIÓN DE ALEGATOS ESCRITOS**

Mediante escrito de fecha 12 de Marzo del 2010 la **DEMANDADA** presenta sus Alegatos escritos y mediante Resolución N° 16 de fecha 08 de Abril del 2010, se señala fecha para llevarse a cabo la Audiencia de Informes Orales para ambas partes.

### **AUDIENCIA DE INFORMES ORALES**

En la fecha programada mediante **Resolución N° 16** se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, a la misma que asistieron ambas partes haciendo el uso del derecho a réplica.

### **CONSIDERACIONES PROCESALES**

El Tribunal, considera importante establecer consideraciones o fundamentos sobre los cuales tomará la decisión, previa evaluación de los fundamentos expuestos por las partes, el caudal probatorio aportado y la materia controvertida, relacionados estrictamente con el objeto del arbitraje.

1. Que, el Tribunal Arbitral debe delimitar y establecer su competencia para resolver los puntos controvertidos, analizando y corroborando los hechos alegados por las partes, es el único facultado para decidir acerca de su propia competencia, así como las oposiciones relativas a la existencia, eficacia o validez del convenio arbitral y respecto de la ineficacia o invalidez del acto jurídico que contenga el convenio arbitral, conforme lo dispuesto por el Artículo 40° del Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje del Colegio de

Ingenieros, concordante con el Artículo 272º, 273º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S. N° 084-2004-PCM) y la cláusula décima octava del Contrato de Ejecución de Obra N° 2156-2006-GRUcayali-P-GG, de fecha 04 de Diciembre del 2006, Normas Legales y Reglamentarias aprobadas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 14 de Diciembre del 2009, al que las partes en virtud de la cláusula arbitral se han sometido, observando de manera especial, la ejecutoria del Tribunal Constitucional de fecha 28 de Febrero del 2005 recaído en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, que precisa; la Constitución Política garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver las cuestiones controvertidas que se promuevan en el proceso arbitral, incluidas las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio, reconociendo la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las competencias sometidas a su fuero, sobre materias de carácter disponible con independencia jurisdiccional, precisan que las ejecutorias del Tribunal Constitucional deben ser aplicadas obligatoriamente a tenor del Artículo VI in fine del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces y por extensión los árbitros quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales.

2. **Delimitación del petitorio de la demanda:** Este colegiado ha procedido a analizar el contenido de la demanda, petitorio, fundamento de hecho y derecho para delimitar el ámbito de las pretensiones. La etapa postularía es aquella donde debe precisarse el petitorio, consistente en la clara y concreta determinación de lo que se solicita, así como los hechos en que se funda expuestos enumeradamente en forma precisa con orden y claridad, de conformidad con los incisos c) y d) del Artículo 46º del Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú-Consejo Departamental de Ucayali, concordante con el Artículo 424º del CPC del análisis formal de la demanda, y de la audiencia de fijación de puntos controvertidos, resalta la formulación de cuatro petitorios a saber a) Se declare el consentimiento, aprobación y pago de la liquidación final de obra presentada por la demandante con un saldo a favor de éste de S/.536 914 24. b) Se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Ejecutiva Regional N° 1922-2007-GRU-P que resuelve el contrato de obra, c) Pago por parte de la Entidad demandada, de los costos y honorarios arbitrales, d) Reconocimiento y pago

por daños y perjuicios mediante Resolución Número Doce, de fecha 19/02/2010, la entidad demandada ha sido declarado rebelde. La rebeldía es un instituto jurídico cuya declaración causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, precisado por el Artículo 461º del CPC bajo esta condición, no se admitió medios probatorios por parte de la demandada en la audiencia de conciliación y determinación de puntos controvertidos de fecha 03/04/2010, a cuya diligencia no concurrieron las partes. Durante la sucesión de etapas procesales y en la estación correspondiente, la Entidad demandada, no ha formulado contradicción ni reconvencción de la demanda, dentro del plazo otorgado para contestar, reconvenir, o, tachar algún medio probatorio, razón por la cual, el análisis que realice este colegiado estará focalizado en las pretensiones de la demanda, desestimando el análisis que merezca la liquidación practicada por la Entidad, por cuanto, no es materia controvertida, menos invocado en la vía de reconvencción para ser incorporada al proceso.

3. Que, durante las sucesivas etapas procesales, se les ha brindado a las partes todas las garantías del debido proceso para el ejercicio pleno e irrestricto de sus derechos, tanto en los actos postulatorios como en los contradictorios respetando los plazos y términos, proporcionando la misma oportunidad a las partes. La demandada ha promovido la recusación de los árbitros Joel Santisan Tuesta y Eloisa René Malca Hernández mediante escrito de fecha 23/12//2009 resuelta mediante Resolución N° 7 de fecha 3 de Febrero del 2010, cuando la designación quedó consentida en el plazo conferido por el artículo 41º del Reglamento del Centro. Por otro lado, la emisión de la Resolución N° 12 que lo declara rebelde por no haber contestado la demanda en el plazo y forma fijada por el Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje. De igual modo, la Entidad demandada, ha presentado diversos recursos de reconsideración y nulidad, sin fundamento, sobre los actos procesales que han merecido la desestimación por parte del colegiado, toda vez que estuvieron destinados a impedir o entorpecer el normal desarrollo del proceso arbitral, asimismo, la reiterada incidencia en sus escritos cuestionando la imparcialidad del tribunal y en la recusación de árbitros resuelta con anterioridad, conducta procesal que debe ser sancionada. Finalmente, a las partes en litigio, se les ha brindado todas las garantías del debido proceso resolviendo todos y cada uno de los

recursos de acuerdo a la plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias con independencia jurisdiccional de este tribunal arbitral.

4. Que, este tribunal ha garantizado a las partes igual oportunidad para actuar los medios probatorios en defensa de sus propios derechos o intereses controvertidos, así como, igual oportunidad para aportar medios probatorios dispuestos de oficio por el tribunal, con el objeto que el colegiado, previa a la emisión del laudo, tenga la plena convicción de los hechos y el derecho que debe impartir.
5. Que este Tribunal establece que la controversia a resolver, se origina como producto de la relación contractual entre las partes, cuya regulación se encuentra en las disposiciones de carácter especial, contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, como lo refiere el Acápito 4.1 del TUO de la Ley, al señalar que, la Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables. Por lo tanto, sus normas serán aplicables a la solución de todas las controversias planteadas.
6. Que, en aplicación supletoria a la norma especial, es pertinente precisar lo normado por el Artículo 1356º del Código Civil, que considera que las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas. Asimismo, los alcances del Artículo 1361º del mismo cuerpo legal, por el cual, los contratos son obligatorios en cuanto se hayan expresado en ellos y se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes, y quien niega esa coincidencia está obligada a probarla.
7. Que, el Tribunal atendiendo a su competencia, facultades y atribuciones, entre ellas, las de dirección del proceso, considera en atención a un orden lógico y desde la perspectiva procesal, que los puntos controvertidos sean examinados

y apreciados de manera conjunta, según la naturaleza del petitorio, atendiendo a la secuencia y orden convenientes a efectos de mejor resolver la controversia.

8. Que, para resolver la controversia, el Tribunal básicamente se remite a las pruebas aportadas por las partes a efectos de corroborar los hechos, así como el análisis de la demanda, la contestación extemporánea del demandado y los alegatos presentados por las partes.
  
9. Que, habiendo concluido las etapas del proceso, el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido en la diligencia de fecha 19 de Abril del 2010.

## **EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD**

La entidad demandada propone, en su escrito de fecha 01/02/2010, excepción de caducidad amparando su pretensión en lo dispuesto por los Artículos 2003º y 2006º del C.C, argumentando que la demanda incoada por el Consorcio Virgen de Guadalupe constituye la cuarta ocasión que es promovida, las anteriores peticiones fueron archivadas, para el efecto del cómputo del plazo debe tomarse como fecha primigenia la primera solicitud arbitral, la que fue promovida el 07 de Abril del 2008, la misma que se encuentra contenida en la Carta N° 017-2008-V, GUADALUPE, del 07/04/2009 y el Oficio N° 009-2008-CIP-CDUCCA-CSU-GOREU, del 10 de Diciembre del 2008, a la fecha de presentación de la nueva solicitud arbitral (27-09-09) han transcurrido con exceso el plazo de promover una nueva demanda arbitral.

A su turno, el consorcio demandante argumenta que si bien el Código Civil establece la figura de la caducidad, el arbitraje deviene de un contrato que se originó en un proceso de selección, normado por el D.S N° 083-2004-PCM, el mismo que establece el carácter especial de la norma y que prevalece sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquéllas de derecho común que le sean aplicables, asimismo, resalta el Artículo 43º de la pre citada norma señalando que los contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación,

siendo que esta última no se ha emitido, es procedente el Arbitraje conforme el Artículo 53º de la Ley, solicitando, finalmente, se declare improcedente la excepción de caducidad propuesta por la Entidad demandada.

La caducidad es un instituto jurídico desarrollado por el Título II del Libro VIII del Código Civil, regula las relaciones jurídicas de naturaleza civil, desarrollado ampliamente por la doctrina, Mario Castillo Freyre en su libro El Arbitraje en la Contratación Pública, citando a Rodríguez Andrés, expresa que la palabra caducidad conlleva la acción o efecto de caducar, esto es perder su fuerza una disposición legal o un derecho, se entiende como una sanción por la falta de ejercicio oportuno de un derecho. El referido autor señala asimismo: “En la caducidad se protege el interés general en una pronta incertidumbre de la situación pendiente de la facultad de modificación porque existe este interés general en la pronta certidumbre de la situación jurídica pendiente de modificación, la caducidad es automática y puede el juez acogerla de oficio. Para la caducidad basta con que el acto de ejercicio sea extemporáneo...” En otro acápite señala: “Lo que se busca con estas situaciones es simplemente que las relaciones jurídicas no permanezcan eternamente inciertas. Este objetivo encuentra sustento en razones de paz social de orden público y de seguridad jurídica, que se encuentra en concordancia con el interés particular.....” Marco Cabrera Vásquez, citando a Jesús Gonzáles Pérez en su obra...Lecciones de Derecho Administrativo precisa: “La caducidad es un hecho jurídico-administrativo, no un acto, la eficacia jurídico-administrativa de la misma no tiene en cuenta la voluntad, sino el transcurso del plazo señalado por la ley, es la forma de terminación del procedimiento

La caducidad como institución jurídica tiene un amplio espectro de aplicaciones, guardando en esencia, la misma naturaleza y definición, sea en una relación jurídica de naturaleza civil, sea en una relación jurídica de naturaleza administrativa o en relaciones jurídicas derivadas de las contrataciones públicas.

El Artículo 2003º del C.C la define: “La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente”, el Artículo 2004º del C.C, precisa que los plazos de caducidad los fija la ley, y, a su turno, el Artículo 2006º del C.C señala que la caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte, en tanto que el D.S N° 083-2004-PCM, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no define ni precisa conceptualmente pero sí establece plazos legales cuyo vencimiento sanciona con

caducidad, concordantes todas ellas con el Artículo 2004º del C.C., es decir, la ley especial incorpora esta institución jurídica al campo de las contrataciones públicas, en las que la ley sustituye a la voluntad de la autoridad administrativa para declararla de oficio. Del análisis de la excepción de caducidad planteada por el Gobierno Regional de Ucayali, se advierte que la dirige contra la demanda promovida por el Consorcio Virgen de Guadalupe, relacionada al Contrato de Ejecución de Obra N° 2156-2006-GRUcayali-P-GG, sin distinguir ni precisar que o cuales pretensiones demandadas habrían caducado dentro de los cuatro puntos controvertidos fijados en la audiencia del 03/05/2010, por otro lado, el Consorcio demandante en la absolución del traslado de la excepción deducida por el demandante sustenta su improcedencia, amparándose en el acápite 53.2 del Artículo 53 del D.S. N° 083-2004-PCM, para argumentar que al no haberse emitido liquidación alguna, el contrato no habría terminado, por tanto, aún es materia recurrible en arbitraje solicitando se declare improcedente la excepción planteada. Este Tribunal considera que, a pesar que tanto, la excepción como su absolución versan sobre la acción interpuesta como conjunto, que debe darse una atención medular al primer y segundo punto controvertido, en el primero, debe determinarse si procede el consentimiento, aprobación y pago de la liquidación final presentada por la contratista con un saldo a su favor de S/. 536, 914, 24 de los cuales S/. 513, 124,3 1 tienen un origen en los gastos generales como producto de las ampliaciones de plazo 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9 y 10 solicitados el 17/04/2007, 14/06/2008, 21/06/2007, 17/08/2007, 09/06/2007, 22/06/2007, 19/09/2007, 28/09/2007 y 25/10/2007, respectivamente.

Para determinar si opera la caducidad el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en su artículo 53. 2 prescribe plazos de caducidad para las controversias que surjan entre las partes desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia,, ineficacia, o invalidez debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato, sin embargo aparecería un aparente conflicto con lo dispuesto en su reglamento, así por ejemplo, el Artículo 259º expresa: "Cualquier controversia relacionado con la ampliación del plazo por parte de la entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión". Para el caso de una resolución de contrato, el Artículo 227º del Reglamento señala: "...cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución.

Vencido ese plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida”, de igual modo el reglamento establece plazos de caducidad para las situaciones previstas en los artículos 202º, 232º, 257º, 265º, 267º, 268º y 269º respectivamente. Este aparente conflicto normativo entre la Ley y su Reglamento merece un análisis sobre dos distintas posiciones, la primera considera que es válido y legal iniciar un proceso arbitral amparado en el Artículo 53.2 de la Ley en cualquier momento hasta antes de la culminación del contrato, y este luego de haber quedado aprobado o consentido la liquidación de conformidad al Artículo 270º del Reglamento, la otra posición que nace de una interpretación del texto normativo, precisa que los plazos de caducidad operan conforme lo dispuesto por el reglamento y que entre este y la Ley no existe conflicto alguno, debiendo interpretarse el primero en armonía con el segundo.

Respecto de la primera tesis, Mario Castillo Freyre, en su obra: El Arbitraje en la Contratación Pública, citando a García Calderón, señala “que dado que el Artículo 2004º del Código Civil establece que los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario, considera que el plazo de caducidad contemplado en el Reglamento es incorrecto e ilegal, toda vez que estos plazos se encuentran regulados en el Código Civil, no siendo posible establecerlos a través de una norma de inferior jerarquía como un decreto supremo, dejando en indefensión al interesado al recortársele el derecho de acceso a la justicia”. Del mismo modo, el referido autor, citando a Rodríguez Ardiles, señala “que teniendo en cuenta lo establecido por el Artículo 2004º del Código Civil, “De ello conduce a cuestionar respecto a si las disposiciones efectuadas por el Reglamento, en el sentido de establecer plazos de caducidad, cumplen o no con el principio de legalidad”. Como se puede apreciar, señala Freyre comentando al respecto, con el antiguo Reglamento D.S N° 084-2004-PCM, se tenía que hacer una aplicación e interpretación en armonía del plazo de caducidad establecido por el Artículo 53º de la Ley y los plazos de caducidad establecidos en su Reglamento, El Tribunal Arbitral conformado por el Dr. Ramiro Rivera Reyes; Ing. Mario Silva López e Ing. Alberto Aguirre Benítez, al emitir el Laudo en el proceso Arbitral seguido por Consorcio Grau-Jaén en contra de la Gerencia Sub Regional Jaén del Gobierno Regional de Cajamarca, mediante Resolución N° 38 de fecha 15 de Junio del 2008, citando al Artículo 53. 2 de la Ley, concluyen : “Sobre el particular, este Colegiado precisa que el Artículo 53.2 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado expresamente autoriza a que las partes puedan iniciar un proceso arbitral respecto de cualquier controversia que surja desde la suscripción del

contrato, hasta el momento anterior a la culminación del contrato, disponiendo también de manera expresa que este plazo es de caducidad. Que, las pretensiones planteadas por EL CONTRATISTA, han surgido antes de que el contrato culmine, por lo tanto, mantiene expedito su derecho para solicitar que las controversias sean resueltas mediante proceso arbitral. Por lo expuesto, este Tribunal considera que la excepción de caducidad deducida por la ENTIDAD contra las pretensiones G, H, I, J, K y L, resultan INFUNDADAS”. Fundamento que este Colegiado no comparte, decisión que de ninguna manera es vinculante, porque básicamente es necesario asumir una labor de aplicación e interpretación de las normas que regulan este tema.

La interpretación de una norma es determinar, el sentido exacto de la norma, sentido entendido como aquello que se debe encontrar, desentrañar, descubrir o develar a través de la interpretación jurídica, sentido en su acepción más amplia como lo señala Carlos Franco de la Cuba en su artículo: “La interpretación de la Norma Jurídica”, pretende expresar no simplemente hacia qué extremo y en qué dirección apunta una norma sino en general cuál es el alcance y el significado cierto y cabal de la norma jurídica. Delimitando nuestro análisis consideremos que la caducidad regulado por el Artículo 2004º y siguientes del Código Civil, regían esencialmente relaciones jurídicas de naturaleza privada, en tanto que los D.S N° 083 y 084-PCM regulan relaciones jurídicas de naturaleza administrativa, manteniendo en esencia el mismo concepto precisado por el Código Civil. El Artículo 4º de la primera norma citada, precisa: “La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables” norma que establece el orden prelativo de su aplicación de manera que nos concentramos en el análisis del Artículo 53.2. Esta norma señala: “...Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, inexistencia, ineficacia, invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad, por otro lado el Artículo 272º de su Reglamento, señala: “Cualquiera de las partes tiene el derecho de solicitar el inicio del procedimiento de conciliación dentro del plazo de caducidad previsto en el Artículo 53º de la Ley, en armonía con lo previsto en los artículos 202º, 227º, 232º, 257º, 259º, 265º, 267º, 268º y 269º de este Reglamento, normas que de ninguna manera se contradicen, efectivamente los plazos de caducidad, precisados en el Reglamento, deben interpretarse en armonía con lo dispuesto en la Ley, en otros términos, las normas

citadas del Reglamento deben subsumirse dentro de los alcances generales de la Ley, refiriéndose al caso específico de las ampliaciones de plazo y adicional, éstas ocurrieron durante la ejecución del contrato en distintos momentos, conforme lo señala la Ley, en esos plazos debieron solucionarse, mas no, en este estado, en la que el contrato se encuentra resuelto. Así, las ampliaciones solicitadas por el consorcio demandante cuyas controversias fueron suscitadas y no recurridas en arbitraje o que habiéndolas solicitadas no existió el interés en promoverlas hasta su total determinación mediante laudo arbitral, a la fecha han caducado. Los parágrafos cuarto y quinto del Artículo 259º disponen: “...Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución. Cuando se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independiente...” significa ello, que el consorcio demandante ante la controversia generada por las ampliaciones de plazo 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9 y 10 debió promover oportunamente la solución de sus controversias en la vía arbitral dentro de los plazos de caducidad contenidos en el Artículo 259º del Reglamento, concordante con la cláusula décima octava del Contrato de Ejecución de Obra donde las partes se someten expresamente a lo dispuesto por los Artículos 272º y 273 del Reglamento, interpretación que es reforzada con lo dispuesto en el último acápite del Artículo 269º del Reglamento al señalar: “...No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver...”

De la documentación existente en autos, tenemos que estando al Informe N° 031-2007- GR, UCAYALI-P-GGR.SGO, IG-WDDCU, Informe N° 2060-2007-GR, UCAYALI. P-GGR.SGO, Opinión Legal N° 625-2007-GRU.P.GGR-GAJ, del Gobierno Regional de Ucayali, se emite **la Resolución Ejecutiva Regional N° 1922-2007-GRU-P DEL 21/11/2007**, en la cual resuelve el Contrato de Ejecución de Obra N° 2156-2006-GR, UCAYALI-P-GG del 04/12/2006, suscrito con el Consorcio Virgen de Guadalupe para la Ejecución de la Obra: “**CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO SAN ALEJANDRO KM 111-IRAZOLA**”, por incumplimiento de las obligaciones por parte de la contratista, las mismas que no fueron subsanadas disponiéndose por la Entidad mediante Carta Notarial del 22/11/07 que se señale día y hora para la constatación física, la misma que se llevó a cabo el 28 y 29/11/2007, conforme al acta de constatación física que corre en autos. Por lo que a partir de esa fecha se inicia el procedimiento del Artículo 269º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que regula el procedimiento de Liquidación de obra estableciendo una serie de plazos para que la contratista o la Entidad comunique o se

pronuncie sobre la liquidación final o sus observaciones - de ser el caso - a la otra parte, con la finalidad de dar por concluida la etapa de ejecución contractual y la consecuente extinción de las obligaciones para ambas partes. Por lo que al resolverse el contrato de obra, antes indicado, el contratista, tenía 60 días para la presentación de la liquidación final de la obra, lo que fue cumplido por la contratista quien mediante Carta N° 0002-2008-V. GUADALUPE del 24/01/2008, recepcionado por el Gobierno Regional el 25/01/2008, presenta la liquidación de obra la que fue observada por la Entidad mediante carta N° 004-2008-GR UCAYALI-P-GG-GRI-SGO del 29/01/2008 **(anexando el Informe N° 05-2008-GR, UCAYALI-P-GG-GRISGO-H/LRMS DEL 28/01/2008)** recepcionado por el Consorcio el 29/01/2008, luego, dentro del plazo legal, mediante Carta N° 0006-2008-V, GUADALUPE DEL 11/02/2008 recepcionado por la Entidad el 11/02/2008, el Consorcio levanta las observaciones a la liquidación de obra, esta vez la Región nuevamente no acoge la liquidación del Consorcio, momento en la cual se genera la controversia en cuanto a la liquidación final de la obra, dado que al no consentirse ninguna de las liquidaciones, el contrato no culminaba y mucho menos cerraba el expediente. Por lo que desde ese momento operada el quinto párrafo del Artículo 269° del RECAE, es decir que dentro de los 15 días de suscitada la controversia cualquiera de las partes podía solicitar el sometimiento de ese conflicto a conciliación y/o arbitraje. Por lo que bajo este contexto legal, la contratista mediante Carta N° 0169- 2007-V GUADALUPE de fecha 30/11/2007, solicita arbitraje al Colegio de Ingenieros del Perú-Filial Ucayali, por resolución de contrato, siendo esta carta la primera oportunidad en la que solicitan arbitraje, **NO EXISTIENDO NINGÚN ANTECEDENTE EN AUTOS, DE MODO CONCLUYÓ ESTA PETICIÓN ENTENDIÉNDOSE EN FORMA EVIDENTE QUE FUE ABANDONADA**, por cuanto luego vuelven a solicitar nuevo arbitraje por la misma pretensión – Liquidación de Obra – con Carta N° 008-2007-V, GUADALUPE, de fecha 11/02/2008, recepcionada por la Entidad el 12/02/2008, por controversia surgida con respecto a la liquidación de obra, solicitándola, fuera del plazo legal, establecida en el Artículo 267° en concordancia con el Artículo 268° del RECAE, es decir, después de más de 02 meses de producida la resolución del contrato, pese a ello, como es de verse del Oficio N° 004/2008-CIP-CDU/CCA del 11/04/2008, que la solicitud de Arbitraje planteada ha sido archivada definitivamente por incumplimiento del Reglamento del Centro, sin embargo pese a ello, la contratista, quien pudo ejercer su derecho oportunamente, presenta una nueva solicitud de arbitraje recién el 25/09/2009, admitida por el Consejo Departamental del Colegio de Ingenieros de Ucayali, en noviembre del mismo año, es decir, que vuelve a solicitar el arbitraje al año y 02 meses de haberse aprobado la liquidación final de la obra por la Entidad,

mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 938-2008-GR, UCAYALI-P del 09/06/2008 y notificada a la contratista el 17/06/2008, conforme a los sellos de recepción que se observan en dichos documentos, por ello, podemos concluir que el plazo para someter la controversia a proceso arbitral en cuanto a la pretensión demandada (LIQUIDACIÓN FINAL DE LA OBRA) ha culminado largamente, como lo establecen los plazos estipulados en los Artículos 267° y 268° del RELCAE, por lo que consideramos que esta última solicitud de arbitraje producida el 25/09/2009, resulta por demás extemporánea.

### **ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS FIJADOS EN LA AUDIENCIA DE FECHA 03 DE MAYO DEL 2010**

Determinar si procede o no, que se declare el consentimiento, aprobación y pago de la liquidación final de la obra, representada por la demandante, con Carta N°004-2008-G.R, UCAYALI-P-GG-GRI-SGO, de fecha 29.01.08, recibida el 11.02.08 con un saldo a favor del contratista de S/. 536, 914. 24 nuevos soles, al amparo del artículo 269° del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

### **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

1. Al haberse declarado fundado la excepción de caducidad, este peticorio debe declararse improcedente.

**Determinar si procede o no, que se declare la ineficacia y/o nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 1922-2007-GRU-P de fecha 22.11.07, por la cual la Entidad contratante, resuelve el contrato de obra, por carecer de asidero técnico y/o legal.**

## CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Que, el plazo contractual es un parámetro que delimita los alcances del contrato, siendo indispensable cautelar su estricto cumplimiento, por tanto, la existencia de factores que lo distorsionan advertidas por la contratista y la entidad deben ser corregidas oportunamente, la Ley y su Reglamento, han previsto plazos de caducidad para todas o cada una de las controversias surgidas como producto del desacuerdo entre ambas partes, las mismas que deben someterse a conciliación y/o arbitraje con la prestación debida para ir corrigiendo y reprogramando el plazo contractual. Los motivos y razones que expone el consorcio demandante al condicionar la suspensión de la ejecución de la obra a la falta de pronunciamiento de parte de la entidad sobre sus pretensiones, no admite criterio válido y convincente sobre su derecho, desvanecido con el tiempo, no obstante haberlo tenido en su oportunidad, de manera tal, que para establecer la procedencia o no de esa pretensión es necesario aislar los hechos que configuraron la causal de resolución invocada por la Entidad demandada, de las ampliaciones de plazo que han devenido en extemporáneas, conforme ha quedado demostrado al resolver la excepción de caducidad.
2. La resolución del Contrato de Ejecución de Obra N° 2156-2008-GRUcayali-P-GG, se origina como producto de la decisión del Consorcio demandante, registrado en el asiento número 136 de fecha 02/08/2007 que obra a folios 13 del cuaderno de obra, dejando la siguiente constancia: “...Por lo tanto ante esta situación ambigua que se presenta en la ejecución de la obra, que ha afectado a mi representada estamos tomando la decisión de paralizar a partir de la fecha”, decisión corroborada por la Carta Notarial N° 069-2007-V-GUADALUPE, por lo que, comunica paralización de obra por causas imputables a la Entidad, a partir del 01/08/2007, hasta que la Entidad defina y soluciones todas las observaciones planteadas al expediente técnico, dejando sentado su imperiosa necesidad de invocar la cláusula décimo octava (solución de controversias) del contrato, fechado el 08/08/2007. En ésta argumenta una serie de razonamientos técnicos que no son materia de análisis por cuanto, las

controversias suscitadas con las adicionales ampliaciones u observaciones que en opinión del contratista por derecho le correspondía, debió ejercerlas en su oportunidad conforme lo preceptúa los artículos 272º y 273º del Reglamento, concordante con el Artículo 53º de la Ley.

3. Que para declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Ejecutiva Regional N° 1922-2007-GRU, es necesario analizar los hechos cuyas incidencias están registrados en el cuaderno de obra, con los procedimientos prefijados en el Reglamento. En efecto, partimos del hecho que el consorcio de acuerdo a lo expresado en el considerando anterior, decidió paralizar la ejecución de la obra comunicándolo a la Entidad, acción atípica que fue corroborada por el inspector en el asiento 139 de fecha 08/08/2007, asimismo, los asientos 143, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, de fecha 26, 27 y 28 de setiembre, 03, 12, 26 y 27 de octubre, y 06 de noviembre, respectivamente. Como alega el consorcio demandante al exponer sus motivos, trasladando la responsabilidad de la demora en la ejecución de la obra de la Entidad, sin embargo tampoco hizo valer su derecho oportunamente, inclusive en la resolución del contrato de conformidad con los artículos 224º y 225º del Reglamento, constituyendo más bien, su actitud en una causal de resolución, siendo de aplicación lo dispuesto por el Artículo 226º como en efecto, el Gobierno Regional mediante carta notarial de fecha 17/08/2007, le hizo conocer al consorcio demandante, otorgándole un plazo de 15 días para reiniciar los trabajos, plazo que se venció el sábado 1º de Setiembre sin que el consorcio demandante retomara sus actividades en la ejecución de la obra, incumplimiento que permitió que la Entidad resolviera el contrato mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 1922-2007-GRU-P, el 05/11/2007, conforme lo dispuesto en el Artículo 226º del Reglamento. Resolución de contrato notificada por conducto notarial mediante carta recepcionada por el consorcio demandante, el 20/11/2007.
  
4. De la revisión de los medios probatorios no se advierte que el consorcio demandante haya manifestado su disconformidad en el plazo prefijado por el último párrafo del Artículo 227º del Reglamento, en consecuencia, vencido el plazo de 15 días para someter la controversia a conciliación y/o arbitraje, la resolución del referido contrato quedó consentido, por cuanto, recién se solicita arbitraje a este Centro de Conciliación y Arbitraje, el 25/09/2009. En este caso,

operó la caducidad de la acción y su derecho de conformidad con el Artículo 272º y 273º del Reglamento concordante con el Artículo 53.2 de la Ley.

Determinar si procede o no, la obligación de la Entidad contratante de dar suma de dinero, de los costos y costas, derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

### **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

1. La ley otorga a las partes la misma facultad-derecho de poder solucionar sus controversias en la vía arbitral, indistintamente de qué parte inicie o promueva el proceso.
2. La voluntad de las partes al someterse a lo dispuesto en la cláusula del interés, permite concluir que los costos y beneficios que se deriven del presente proceso, deben ser asumidos por partes proporcionales.

Determinar si procede o no, se reconozca y ordene el pago de los daños y perjuicios a la entidad contratante, así como la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias, como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje. Asimismo los gastos por pagos de personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales, tal y como lo estipula los artículos 1969º y 1985º del Código Civil, así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de la demandante en diversos procesos de selección.

## CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. La Obra “Construcción del Sistema de Alcantarillado San Alejandro, KM 111 Irazola, en cuya ejecución se han comprometido recursos significativos del Estado con la única finalidad de constituirse en un servicio público esencial para mejorar las condiciones socio-económicas de la población beneficiaria, siendo está, la que ha sufrido por no gozar de los beneficios de la obra terminada en tiempo oportuno, de haberse respetado las obligaciones contractuales asumidas por ambas partes.
2. El demandante alega haber sufrido daño emergente en el mayor costo financiero de las cartas fianzas al haberse excedido el plazo contractual, aspecto que como se ha expuesto en las consideraciones anteriores de haberse invocado oportunamente su derecho en vía de conciliación, y/o arbitraje, de conformidad con los artículos 272º y 273º del Reglamento, le hubiese permitido un mejor control de los plazos, igualmente para la Entidad demandada si hubiese tenido interés en solucionar las controversias generadas como producto de las ampliaciones de plazo solicitadas por el consorcio demandante. Sin embargo, ninguna de las partes ha demostrado tener interés en la solución oportuna de las ampliaciones de plazo.
3. El consorcio demandante alega demora innecesaria en la solución de controversias imputable a la Entidad demandada, así como el perjuicio causado como consecuencia de los pagos realizados a empresas asesoras en procesos de conciliación y arbitraje, pagos a personal administrativo y técnico. El consorcio demandante durante todo el proceso no ha demostrado los gastos que señala haber incurrido. La Cláusula del Convenio Arbitral, contenida en la cláusula décimo octava del Contrato de Ejecución de Obra N° 2158-2006-GRUcayali-P-GG, concordante con los Artículos 272º y 273º del Reglamento, ubica a ambas partes en igual posibilidad de promover no solo la controversia en atención a su legítimo interés y derecho, sino también a la pronta solución de la misma reformulándose los plazos, de manera tal, que no puede atribuirse

a ninguna de las partes demora alguna, los mecanismos de solución de controversias deben promoverse e impulsarse dentro de los plazos de caducidad previstos en la norma.

4. En conclusión, los daños no acreditados ni probados en el proceso, se habrían generado, si lo existieran, por la negligencia del propio consorcio demandante al no ejercitar su derecho de acuerdo a ley, conforme ha quedado explicado en los considerandos precedentes.

Por estas consideraciones. Este Tribunal **LAUDA:**

**PRIMERO.-** DECLARAR **FUNDADA** LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD PLANTEADA POR EL GOBIERNO REGIONAL DE UCAYALI, CONTRA LA PRIMERA PRETENSIÓN PLANTEADA POR EL CONSORCIO VIRGEN DE GUADALUPE RESPECTO DEL PEDIDO, QUE SE DECLARE EL CONSENTIMIENTO, APROBACIÓN Y PAGO DE SU LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA.

**SEGUNDO.-** DECLARAR **INFUNDADO** LA SEGUNDA PRETENSIÓN DEL CONSORCIO VIRGEN DE GUADALUPE Y EN CONSECUENCIA VÁLIDO Y EFICAZ LA RESOLUCIÓN EJECUTIVA REGIONAL N° 1922-2007-GRU-P DE FECHA 22.11.07.

**TERCERO.-** DECLARAR **INFUNDADO** LA TERCERA PRETENSIÓN DEMANDADA, DEBIENDO ASUMIR AMBAS PARTES EL COSTO DERIVADO DEL PRESENTE PROCESO, POR CUOTAS IGUALES Y DE MANERA EQUITATIVA, **ORDÉNESE AL**

GOBIERNO REGIONAL, PARA QUE EN EL TÉRMINO DE 10 DÍAS PAGUE LA SUMA **S/. 25,900.00 NUEVOS SOLES** POR CONCEPTO DE GASATOS Y HONORARIOS ARBITRALES AL CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DEL COLEGIO DE INGENIEROS DEL PERÚ-CONSEJO DEPARTAMENTAL DE UCAYALI, PARA SU DEVOLUCIÓN **AL DEMANDANTE**.

**CUARTO.-** DECLARAR **INFUDADO** LA CUARTA PRETENSIÓN DEMANDADA, CONFORME A LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS POR EL TRIBUNAL.

**QUINTO.- IMPÓNGASE** UNA MULTA DE 1.5 UIT AL GOBIERNO REGIONAL DE UCAYALI, POR LO EXPUESTO EN EL INCISO 3 DE LAS CONSIDERACIONES PROCESALES, CONTENIDO EN EL PRESENTE LAUDO, PAGO QUE DEBERÁ REALIZARSE AL CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DEL COLEGIO DE INGENIEROS DEL PERÚ-CONSEJO DEPARTAMENTAL DE UCAYALI.

**SEXTO.-** REMITIR A LA OSCE, COPIA DEL PRESENTE LAUDO ARBITRAL CONFORME A LO ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 231 DEL D.S Nº 184- 2008.

### UNIDAD III: ARBITRAJE

- Contenido de Laudo Arbitral.

SUMILLA:

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO. EXPEDIENTE Nº13584-2012-  
MTPE/01, Lima, (11 de Setiembre del 2012)**

## LAUDO ARBITRAL

En Lima, a los once (11) días del mes de setiembre de 2012 por convocatoria del Director General de Trabajo (e) Edgardo Sergio Balbín Torres – en la función de árbitro obligatorio legalmente atribuida por el artículo 68º del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante LRCT) – para dar solución al conflicto suscitado entre el Sindicato Nacional Médico del Seguro Social del Perú – SINAMSSOP (en adelante ESSALUD), correspondiente a la negociación colectiva sobre el pliego de reclamos del año 2012.

### **I. ANTECEDENTES.-**

1. Que, con fecha 20 de julio de 2012, EL SINDICATO presentó una comunicación de huelga general indefinida contra ESSALUD, que se materializaría el 7 de agosto de 2012, por no haberse logrado un acuerdo en trato directo sobre la propuesta de incremento salarial sometido a la negociación colectiva.
2. Que, mediante el Auto Sub Directoral N° 046-2012-MTPE/1/20.21 de fecha 24 de julio de 2012, la Autoridad Administrativa de Trabajo resolvió declarar improcedente la huelga general. Esta resolución fue apelada por EL SINDICATO, impugnación que fue declarada improcedente.

3. Que, mediante el Auto Sub Directoral N° 053-2012-MTPE/1/20.21 de fecha 8 de agosto de 2012, se resolvió declarar la ilegalidad de la huelga llevada a cabo por EL SINDICATO. Esta resolución fue impugnada en vía administrativa mediante recurso de apelación que fue declarado improcedente por presentarse fuera del plazo legal.
  
4. Que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 73° del Decreto Supremo N° 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, *<<declarada la ilegalidad de la huelga mediante resolución consentida o ejecutoriada, los trabajadores deberán reincorporarse al día siguiente al del requerimiento colectivo efectuado por el empleador a los trabajadores, mediante cartelón colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de trabajo, bajo constancia notarial, o de Juez de Paz y a falta de éstos, bajo constancia policial. [...] La resolución dictada en segunda y última instancia causa ejecutoria desde el día siguiente a la fecha de su notificación>>*.
  
5. Que, desde el 7 de agosto de 2012, EL SINDICATO vino acatando una huelga de ámbito nacional y de plazo indefinido que ha afectado de manera considerable el nivel de atención de los pacientes asegurados en los servicios de Consulta Externa, Procedimientos de Ayuda al Diagnóstico, Operaciones Quirúrgicas y Hospitalización, entre otros. Esta medida de fuerza ha sido declarada ilegal por la Autoridad Administrativa de Trabajo y, por lo tanto, su prolongación desde el día siguiente de la notificación del Auto Sub Directoral N° 053-2012-MTPE/1/20.21 resultó contraria al ordenamiento jurídico.
  
6. Que, la *“prolongación excesiva”* de la medida de fuerza a que se refiere el artículo 68°LRCT resulta en este caso objetivamente verificada, toda vez que las reuniones de extraproceso celebradas entre las partes ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

han ocurrido sin que EL SINDICATO deponga la medida de fuerza, a pesar de que, como se ha señalado, la huelga fue declarada ilegal.

7. Como consecuencia de lo anterior, mediante Resolución Directoral General No. 008-2012-MTPE/2/14, de fecha 03 de setiembre de 2012, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo asumió la competencia para resolver el conflicto - entre EL SINDICATO y ESSALUD, en calidad de árbitro obligatorio, de conformidad con el citado artículo 68º de la LRCT.

## **II. PROPUESTAS FINALES DE LAS PARTES.-**

8. EL SINDICATO presentó su propuesta final consistente en lo siguiente: 1) Asignación Extraordinaria (Bonificación Extraordinaria) equivalente al 15% del concepto de remuneración; 2) pago de bono de Productividad, efectivizado al 95% libre de condiciones/indicadores, quedando el pago del restante 5% sujeto a indicadores objetivos, ambos mensuales; 3) pago por prestaciones económicas y alta responsabilidad, equivalente a S/. 1,500.00 ( Un Mil Quinientos y 00/100 Nuevos Soles) mensuales<sup>1</sup>; 4) participación en una futura comisión encargada de evaluar la reestructuración y reordenamiento institucional de ESSALUD, la misma que debería implementarse en un plazo no mayor a los treinta (30) días naturales posteriores a la fecha de la expedición de esta resolución; 5) devolución de los descuentos efectuados por inasistencias durante la ejecución de la huelga por parte del empleador; 6) compromiso de dejar sin efecto cualquier carta de preaviso de despido cursada a los trabajadores en el período de huelga, así como la abstención de sancionarlo mediante la no renovación de contratos modales; y, 7) abstención de utilizar

---

<sup>1</sup> El ámbito subjetivo de los conceptos detallados en los puntos 1), 2) y 3) de este acápite es el siguiente: la totalidad de los médicos cirujanos, dentistas y químicos farmacéuticos que laboran en ESSALUD en condición de trabajadores del régimen laboral de la actividad privada (D. Leg. No 728) y del régimen laboral público (D. Leg. No 276)

sanciones administrativas u otros medios de hostilización contra los huelguistas.

9. ESSALUD presentó su propuesta final consistente en lo siguiente: 1) Asignación Extraordinaria equivalente al 15% de la remuneración global, la misma que se pagaría en dos tramos: i) en el mes de agosto, el tramo correspondiente a los meses de abril a agosto, ii) en el mes de setiembre, el tramo correspondiente al período de setiembre a diciembre; 2) Bonificación por Prestaciones Económicas y Alta Responsabilidad, ascendente al 10% de la remuneración por los meses de setiembre a diciembre 2012; 3) modificación de la calificación del Bono de Productividad para que los médicos odontólogos, cirujano dentistas y químico farmacéuticos accedan como mínimo al 90% del valor establecido para este concepto; 4) dos representantes de EL SINDICATO participarán en la mesa técnica de trabajo para el diseño concertado de la nueva escala salarial; 5) entrega anticipada de una Bonificación por Cierre de Pliego, equivalente a S/. 2,500.00 (Dos Mil Quinientos y 00/100 Nuevos Soles); dicha bonificación se otorgará únicamente a los trabajadores que a la fecha de pago se encuentren dentro de los regímenes laborales correspondiente a los Decretos Legislativos num.276 y num.728, siempre que hayan ingresado a laborar a la institución como máximo hasta el 31 de diciembre de 2011 (no se incluyen a los practicantes de la institución); 6) incremento del monto que por Canasta de Navidad se otorga a los trabajadores, a la suma de S/200.00 (Doscientos y 00/100 Nuevos Soles); 7) coordinar la reglamentación de la Ley N° 28651 que propone el nombramiento de profesionales cirujanos de ESSALUD que se encuentran en situación de contratados; 8) inicio de acciones conjuntas para la aprobación de la modificación presupuestal que incorpore plazas vacantes no presupuestadas existentes en el CAP institucional; 9) convocatoria a un concurso interno cuando se presenten las plazas vacantes no presupuestadas existentes en el CAP institucional; 9) convocatoria a un concurso interno cuando se presenten las plazas vacantes; en

caso no se logre cubrir con las vacantes, se convocará a un concurso externo, 10) evaluación de los casos de los profesionales asistenciales que ingresaron por concurso y fueron designados a cargos de confianza en los centros de rehabilitación profesional, a efectos de los médicos rehabilitadores que habían asumido cargos de confianza puedan retornar a su plaza de origen (médico), en caso sean cesados en cargo directivo o jefatural; 11) analizar la viabilidad de otorgar préstamos administrativos a través de una entidad financiera para los médicos, odontólogos y químicos farmacéuticos; y, 12) coadyuvar al mantenimiento de la paz laboral, apoyar acciones para la mejora de la gestión asistencial y administrativa en beneficio de los asegurados y a presentar aportes a la institución que sirvan de base para el mejoramiento de normas internas.

10. Considerando las propuestas de las partes, es necesario precisar que la resolución de un conflicto de intereses – como el que resulta de un proceso de negociación colectiva – a través del arbitraje obligatorio establecido en el artículo 68º de la LRCT, se ciñe a dos límites; uno general, propio a toda intervención arbitral, y otro específico, derivado del carácter excepcional y residual del tipo de intervención a que alude el citado precepto.
  
11. Ciertamente, la facultad resolutoria de la Autoridad Administrativa de Trabajo se ciñe, en primer término, a los límites materiales definidos por las propias partes a lo largo de las negociaciones que han llevado a cabo. En efecto, durante el proceso negociador las partes han circunscrito sus intereses a un conjunto de materias relativas a las condiciones de empleo de los trabajadores comprendidos en el conflicto, por lo que el laudo debe limitarse a dar solución a las materias que fueron objeto de la negociación y a las ofertas finales que sobre las mismas formularon las partes, sin considerar aquellos temas sobrevinientes o ajenos a las negociaciones, que bien pueden ser objeto de acuerdos directos. En segundo lugar, la facultad

resolutiva de la Autoridad Administrativa de Trabajo debe ceñirse a un límite específico derivado del carácter residual y excepcional de su intervención. De este modo, si en cautela de la autonomía colectiva la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo es concebida por nuestro sistema jurídico como una posibilidad restringida a una situación de especial gravedad; la facultad resolutiva de la Autoridad Administrativa de Trabajo debe ser ejercida también de forma residual, limitándose únicamente a aquellas materias que suscitan el conflicto y que, en este caso particular, vienen dados por los asuntos de índole económica debatido entre las partes.

12. Por lo señalado, si bien las propuestas finales resumidas en los acápites 8 y 9 de esta resolución refiere a materias de diversa índole, en la resolución de este caso se tomarán en cuenta únicamente las propuestas de las partes de contenido económico, dejándose de lado aquellos puntos no tratados durante la etapa de la negociación colectiva – sin perjuicio de que las partes puedan, como ha venido ocurriendo, acordar sobre las mismas al margen de la presente intervención arbitral – y aquellas propuestas que no refieran a materias con incidencia económica.

### **III. FUNDAMENTOS Y ALCANCES DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL**

13. La Constitución Política del Perú establece la jurisdicción arbitral en el inciso 1 del artículo 139<sup>o</sup>, señalando que: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: I. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral [...]*”. Sobre la base del artículo citado, existe un reconocimiento unánime en la doctrina de una doble fuente de legitimación de la jurisdicción arbitral, al sostener que: “[...] siendo el Perú un Estado constitucional y

*democrático de Derecho, esta legitimación proviene de la voluntad general, plasmada por el constituyente en las Cartas de 1979 y 1993; mientras que, en el marco de una determinada controversia, es el principio de autonomía de la voluntad de los privados, el elemento que legitima la intervención de los árbitros en la resolución del conflicto”<sup>2</sup>.*

14. En el mismo sentido, se ha pronunciado Hundskopf cuando señala que *“(…) Si bien las partes escogen a los árbitros o se someten a un Tribunal Arbitral, la facultad de los mismos está, más que en la autonomía de la voluntad de las partes, en el reconocimiento por la Constitución”<sup>3</sup>.*

15. A tenor de lo visto, entonces, no puede quedar duda alguna de la relevancia constitucional que tiene el arbitraje como *jurisdicción excepcional*, es decir, que nos encontramos ante un instrumento meramente privado, sino que su trascendencia ha llevado a que la norma suprema le otorgue un reconocimiento como valor muy relevante al ordenamiento jurídico nacional.

16. Este origen constitucional de la vía arbitral ha sido consagrado de manera concluyente por el Tribunal Constitucional cuando ha afirmado que: *“Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. La facultad de los árbitros*

---

<sup>2</sup> Landa Arroyo, César “El Arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Pág 107.

<sup>3</sup> Hundskopf, Oswaldo “El Control Difuso en la Jurisdicción Arbitral”. Artículo publicado en Diálogo con la Jurisprudencia, Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial. Nº 91, Año 11. Lima, 2006, Pág. 1

*para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución”. De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetiva, ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución Política del Perú, dispuesta en su artículo 51º; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la normal legal y/o jurisprudencial. Frente a esta tensión, el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado.*

17. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Fundamento 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 6167-2005-HC/TC

#### **IV. EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN NUESTRA CONSTITUCIÓN Y TRATADOS RATIFICADOS.-**

18. La libertad sindical, como derecho fundamental reconocido en los instrumentos internacionales tiene un contenido estático referido a la posibilidad de constituir organizaciones sindicales y de afiliarse o desafiliarse de éstas (libertad sindical positiva y negativa); pero a su vez, también posee un contenido dinámico en virtud del cual éstas organizaciones pueden negociar colectivamente y, eventualmente realizar huelgas observando los requisitos establecidos por ley. El artículo 23º, numeral 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>5</sup>. Al incluir a la Libertad Sindical dentro de los derechos fundamentales conformantes del orden público internacional, señala que toda persona tiene derechos a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. Nótese que en este caso, el derecho no se agota en la constitución de organizaciones sindicales (aspecto estático) sino que abarca la actuación de éstos en defensa de los intereses de los afiliados, indudablemente a través de la negociación colectiva y la huelga. En el mismo sentido, el artículo 22, numeral 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>6</sup> señala que toda persona tiene derecho a asociarse libremente, incluso el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. De manera más explícita, el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>7</sup> señala que los Estados parte se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección para promover y proteger sus intereses económicos y sociales; conjugando así los aspectos estático y dinámico de este derecho. Es importante resaltar que en los tres instrumentos internacionales antes referidos, resulta fundamental el término “para”; es decir el reconocimiento del

---

<sup>5</sup> Ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 13282 del 9 de diciembre de 1959

<sup>6</sup> Ratificado mediante Decreto Ley No. 22128 del mes de marzo de 1978

<sup>7</sup> Ratificado por el Perú mediante Decreto Ley No. 22129 del 28 de marzo de 1978

derecho de organización de los trabajadores (y por supuesto también los empleadores) tiene sentido en la medida que sea un instrumento eficaz para la defensa de sus derechos e intereses; haciéndose por tanto excesivo esta protección y este reconocimiento a todas sus manifestaciones.

19. En lo que se refiere a la OIT, los dos Convenios que fundamentalmente se ocupan de la negociación colectiva son los Convenios num. 87 y num. 98, ambos ratificados por el Estado Peruano y que forman parte de los ocho “*Convenios Fundamentales*” y de especial seguimiento de parte de la Organización Internacional de Trabajo. El Convenio num. 87, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, señala en su artículo 3º que las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción. Más adelante, el mismo instrumento establece que las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal; lo cual tiene como excepción consagrada en los otros instrumentos internacionales los supuestos en los cuales el ejercicio de estas libertades ponga en riesgo la vida, salud y/o la seguridad de la población, como acontece en el caso al que este laudo arbitral se refiere.

20. El convenio num.98 de la OIT se ocupa centralmente de la negociación colectiva. El referido convenio establece en su artículo 4º que los Estados miembros deberán adoptar las medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar entre los empleadores y trabajadores el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo. Como puede apreciarse el convenio en comentario establece un deber

específico para los Estados Miembros; esto es, el estímulo y fomento para el pleno desarrollo de la negociación colectiva. El referido convenio no se reduce a demandar una actitud abstencionista de los Estados, es decir no solo reclama la no injerencia; sino que exige una acción positiva<sup>8</sup> cuyo objeto debe ser el uso intensivo o “*pleno desarrollo*”, de la negociación colectiva.

21. Por otro lado, la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical ha sido reconocida expresamente por los órganos de aplicación y control de la OIT; en tal sentido, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “(...) *el derecho de la libre negociación colectiva para todos los trabajadores que no gozan de las garantías que establece un estatuto de funcionarios públicos constituye un derecho sindical fundamental, (...) el derecho a negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical*”<sup>9</sup>. En lo que se refiere específicamente a la negociación colectiva, que podría verse afectada en el presente caso, ésta constituye la facultad que tienen los empleadores y los trabajadores, de manera conjunta, de autorregular sus relaciones, creando verdaderas normas jurídicas aplicables dentro del ámbito de negociación.

22. En el ámbito nacional la negociación colectiva se encuentra reconocida en el artículo 28º, inciso 2) de la Constitución Política del

---

<sup>8</sup> Las limitaciones propias de la diferenciación entre obligaciones del Estado negativas y positivas presentes con mayor acento en ciertos derechos fundamentales de naturaleza compleja (como lo es específicamente el derecho a la negociación colectiva), llevaron a la doctrina a construir un esquema que diferencia y clasifica las obligaciones estatales asumidas frente a un derecho fundamental- aplicable tanto a los derechos civiles y políticos como a los económicos, sociales y culturales-que comprende cuatro categorías: obligaciones de respeto (obligación de respetar), obligaciones de protección (obligación de proteger), obligaciones de garantía (obligación de garantizar) y obligación de promoción (obligación de promover). Precisamente, esta última obligación, la de promoción, está orientada a la creación de condiciones favorables para el ejercicio del derecho, ya sea desde los instrumentos del derecho colectivo o de la regulación específica de las relaciones individuales de trabajo en cuanto a la promoción de la negociación colectiva.

<sup>9</sup> Oficina Internacional del Trabajo. “La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra 1947.

Perú, conjuntamente con la sindicación y la huelga. La referida norma señala: *“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...)2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”*. El reconocimiento constitucional de la negociación colectiva como facultad autonormativa de los sujetos sociales, significa el establecimiento de un pluralismo jurídico<sup>10</sup> que no deriva de la voluntad del Estado sino de la propia Constitución; en tal sentido se impone una relación de mutuo respeto entre ambas fuentes normativas; cuyos límites estarán marcados por criterios de competencia antes que de jerarquía. Ello ha sido expresado de manera clara por Neves Mújica, quien señala *“En nuestro ordenamiento, la Constitución, en su parte orgánica, reconoce la potestad normativa de los órganos estatales y de los sujetos laborales. La potestad de éstos, en consecuencia, no deriva del Estado sino de la constitución misma, al igual que lo estatal”*.<sup>11</sup>

23. En la misma línea de lo expresado, el reconocimiento de la libertad sindical en los instrumentos internacionales de derechos humanos, significa un límite al ejercicio del poder de cualquier Estado miembro, de tal manera que éstos deben abstenerse de emitir normas o actos administrativos que afecten el contenido de este derecho. Sin embargo, sobre la solución heterónoma de la negociación colectiva por parte de una autoridad pública, el Comité de Libertad Sindical ha establecido que: *“881. El derecho a negociar libremente con los empleadores condiciones de trabajo, constituye un elemento esencial de la libertad sindical y los sindicatos deberían tener el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coactado por su legítimo ejercicio impedido (...)”*

24. De acuerdo con ello, la intervención de un tercero solo es admitida de forma excepcional y por medio del arbitraje, como lo ha establecido el Tribunal Constitucional. De otro lado, el Comité de Libertad Sindical considera que la autoridad administrativa no puede intervenir como autoridad pública investida de *ius imperium* para resolver un conflicto, ya que esto constituiría no solo la participación de un tercero, admitida excepcionalmente, sino que este tercero (la autoridad

---

<sup>10</sup> En el sentido de reconocimiento de otras fuentes normativas distintas al Estado.

<sup>11</sup> Neves Mújica, Javier. Autonomía colectiva e intervención estatal; LABOREM Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Lima Mayo de 1995.

pública) actúa desde fuera del procedimiento de negociación colectiva, sometiendo a las partes a valorizaciones externas a lo negociado por ellas, poniendo a las partes en relación de sujeción y desplazándolas de su titularidad de producir autónomamente normas.

25. Estas valorizaciones nos llevan a un punto esencial en el caso concreto, relativo a la naturaleza jurídica de la intervención regulada en el artículo 68º de la LRCT; este artículo prescribe que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resolverá en forma definitiva cuando se presente alguno de los supuestos tipificados. Pues bien, la facultad de resolver no puede interpretarse fuera del derecho de negociación colectiva y no puede interpretarse como el reconocimiento de una función administrativa que ponga a la autoridad en posición de *ius imperium*, pues ello colisiona abiertamente con el derecho de negociación colectiva y origina una contradicción jurídica entre la naturaleza jurídica del acto administrativo (acto no normativo) y la naturaleza jurídica del producto negocial (norma jurídica).
26. Así, en este estado de la fundamentación se presentan dos posibles interpretaciones respecto a la intervención de la autoridad administrativa regulada en el referido artículo 68º; bien se trata de un arbitraje obligatorio, bien se trata de una intervención en posición de *ius imperium*. Acorde al contenido de derecho de negociación colectiva, la posición según la cual la intervención de la Autoridad de Trabajo se realiza en posición de dominio, afecta el derecho de negociación colectiva y por tanto, determina la abierta inconstitucionalidad del artículo 68º, motivo que nos hace rechazar tal interpretación. Descartada una interpretación a favor de una intervención de la administración en posición de dominio, solo cabe que esta intervenga en calidad de árbitro obligatorio, tal cual lo referido en los párrafos anteriores. Puede, entonces, concluirse que tanto lo relativo al procedimiento de negociación como la solución final, presentan características que los distinguen de los procedimientos administrativos y de los actos administrativos; no hay impugnaciones administrativas ni pluralidad de instancias administrativas ni posible procesos contenciosos administrativos.
27. A mayor abundamiento y desde una perspectiva positiva, las partes deben ejercitar sus derechos bajo las reglas relativas al arbitraje; pero dentro del marco constitucional, según lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De esa manera, el presente

laudo arbitral es un acto que la Dirección General de Trabajo expide en función de árbitro obligatorio, sustentando en el carácter urgente del conflicto materia de resolución y de su directa afectación a los derechos de salud, vida y seguridad de la población. En ese sentido, el artículo 68º se encuentra en el bloque de constitucionalidad del derecho de negociación colectiva (artículo 28º y Cuarta Disposición Final y Complementaria de la Constitución Política del Perú), los Convenios num. 87 y num.98 de la OIT, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y que reconocen la libertad sindical, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, junto con las propias normas sobre negociación colectiva interpretadas desde la jurisprudencia constitucional.

## **V. PROPUESTA ADOPTADA POR EL ÁRBITRO.-**

28. A efectos de resolver la controversia sujeta a arbitraje sobre la base información cierta que garantice una solución equitativa y viable desde el punto de vista financiero, y haciendo uso de las facultades atribuidas por la normativa nacional a la jurisdicción arbitral, esta instancia solicitó a la organización sindical, a ESSALUD y al Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) información complementaria. En los dos primeros casos la información complementaria solicitada estaba referida a las propuestas finales formuladas por las partes, y, en el tercer caso, la información buscó definir de manera precisa la situación económica y financiera de ESSALUD. Asimismo, se solicitó a la Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo (Informe 001-2012-MTPE/2"14.]), el Informe económico de evaluación de las propuestas y de la situación financiera de la entidad. Estos documentos han sido analizados de manera detenida, en el entendido de que la decisión final debe ponderar de manera apropiada el derecho de los trabajadores a aspirar a mejoras de sus condiciones de empleo y la necesidad de garantizar la viabilidad presupuestal de lo resuelto así como la prestación adecuada de los servicios de salud a los asegurados.
29. En función de lo señalado, resulta particularmente importante resaltar lo señalado por el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado en su Informe N° 020-2012/GO-FONAFE, de fecha 10 de setiembre de 2012. En este documento, FONAFE establece que los incrementos que deben autorizarse para la

negociación colectiva que antecede a este conflicto colectivo solamente permiten ofrecer un incremento de vigencia temporal restringida al ejercicio 2012. Esto, según se señala en el referido Informe, se debe a que se ha determinado en forma técnico-económica que ESSALUD tiene recursos excedentes dentro de su marco presupuestal aprobado, como consecuencia *“no de un ahorro, ni de mayores ingresos obtenidos, sino simplemente de retrasos registrados en los procesos de incorporación de nuevo personal asistencial, previstos a inicios del presente año dentro de los objetivos de ESSALUD para reducirla brecha en la demanda de personal, así como culminar los procesos de promoción, pendientes de asignación de plazas, convenidas en actas de compromiso con los representantes legales”*. De esta forma, de acuerdo con FONAFE, las partidas relacionadas a las remuneraciones (básica más bonificaciones) cuentan con recursos no ejecutados al mes de julio, los mismos que en el rubro de *“remuneración básica”* presentan una diferencia entre el presupuesto 2012 actualizado a dicho mes y la ejecución real en similar periodo de S/. 29'000,000.00 (Veintinueve Millones y 00/100 Nuevos Soles). Todo esto da cuenta de que, si bien existe un margen de disponibilidad financiera en la entidad para el presente ejercicio presupuestal, los incrementos que se otorguen no deben poner en riesgo su sostenibilidad, más aún cuando los servicios que presta se vinculan de manera directa con el derecho a la salud de miles de ciudadanos aportantes.

30. En efecto, el Informe del FONAFE, entidad encargada de *“garantizar la sostenibilidad financiera de la seguridad social”* y *“contribuir a la adecuada gestión de los recursos financieros”*, se señala con claridad que en el transcurso del año 2012 ESSALUD ha generado nuevos y mayores gastos de personal, cuenta además con una serie de contingencias por obligaciones derivadas de procesos judiciales, y registra obligaciones pendientes de pago con la reserva técnica (numeral 4.18 del Informe). Todo esto impone limitaciones financieras que es preciso considerar en este Laudo, en concordancia con el criterio vertido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 008- 2005-AI, en la que, si bien se reconoce el derecho de negociación colectiva de los trabajadores de las entidades estatales, se establece también que *“si el empleador de los servidores públicos es el Estado a través de sus diferentes dependencias, las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado. Por ello, en el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos, éstas deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo (...)”*<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Fundamento 53 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 008-2005-AI.

31. Por otro lado, conviene tomar en cuenta lo acontecido en la reunión de extraproceso, de fecha 8 de agosto de 2012, en la que la organización sindical dejó constancia del depósito efectuado por ESSALUD por el concepto de Asignación Extraordinaria Anual 2012, referente al primer tramo de lo negociado sobre el mismo. En el mismo sentido, en reunión extraproceso de fecha 04 de setiembre de 2012 se dejó constancia de la propuesta de ESSALUD de otorgar una bonificación por prestaciones económicas y alta responsabilidad equivalente al 10% de la remuneración. Lo ocurrido en ambas reuniones extraproceso ratifica la posibilidad de la entidad de otorgar incrementos, lo cual, sin embargo, debe ser contrastado en todo momento con el ya citado Informe de FONAFE, que advierte acerca de la real situación de la entidad.
32. Debe señalarse también que en virtud de lo señalado en los acápites 10 a 12 de este Laudo, en la resolución de este caso sólo se tomarán en cuenta las posiciones, de las partes referidas a los aspectos de índole económica, dejando de lado las materias relativas a aspectos no económicos, los puntos no tratados durante la etapa de la negociación colectiva, así como aquellos aspectos de índole económica, que si bien fueron materia de la negociación, han sido resueltos por las partes en el trato directo o en las reuniones extraproceso sostenidas.
33. Sobre la base de todo lo señalado, esta instancia arbitral decide acoger la propuesta de ESSALUD, atenuándola en función de la realidad económica de dicha entidad para el presente ejercicio presupuestal. Se toma en consideración para esta decisión el hecho de que el impacto estimado de la propuesta de EL SINDICATO duplicaría el impacto de la propuesta de la entidad, situación que, bajo la óptica de esta instancia, pondrían en riesgo la sostenibilidad de la entidad, toda vez que se trata de una institución caracterizada por una alta participación del gasto de planillas (alrededor de 46% al año 2011)<sup>13</sup>. También sustenta esta decisión el Informe elaborado por

---

<sup>13</sup> Esta participación contrasta con la participación del rubro “medicinas, materiales médicos y otros”, que representa el 17% del presupuesto de ESSALUD en el 2011.

FONAFE, que refiere la posibilidad de utilizar el excedente en la ejecución presupuestal del presente ejercicio, lo que admite el otorgamiento de un incremento superior al de su propuesta final en uno de los beneficios, tema que será detallado seguidamente.

34. De esta forma, conviene definir ya de manera precisa los aspectos de la propuesta de ESSALUD que serán materia de pronunciamiento en este Laudo.

- **Asignación Extraordinaria:** beneficio formulado por ambas partes en sus propuestas finales y reconocido en el marco de las reuniones extraproceso. Si bien, tal como obra en las actas respectivas, este beneficio fue pagado en un primer tramo, corresponde a esta decisión arbitral disponer el pago del segundo tramo, correspondiente a los meses de setiembre a diciembre de 2012, en los términos contenidos en la propuesta final de ESSALUD.

- **Bono de Productividad:** cuya modificación de las condiciones para su entrega también fueron formuladas por ambas partes en sus propuestas finales. La propuesta de ESSALUD, que es acogida, refiere al otorgamiento del BONO hasta en un 90% libre de condiciones, quedando el último tramo (10%) sujeto a indicadores flexibles.

- **Bonificación por Prestaciones Económicas y Alta Responsabilidad:** aspecto también incluido como parte de las propuestas finales formuladas por ambas partes. En la propuesta de ESSALUD el beneficio se otorga hasta en un 10% de la remuneración, sin embargo, la documentación que sustenta esta decisión arbitral y, en particular, el Informe de FONAFE aconsejan reajustar en vía de atenuación la propuesta hasta un monto equivalente al 25% de la remuneración correspondiente a los meses de setiembre a diciembre del 2012.

- **Incremento de la Canasta Familiar:** materia incluida únicamente en la propuesta de ESSALUD, que contempla un incremento a S/. 200.00 (Doscientos y 00/100 Nuevos Soles) de este concepto. Considerando que esta decisión arbitral ha dispuesto el Incremento de la Bonificación por Prestaciones Económicas y Alta Responsabilidad por encima de la propuesta final de la Entidad, resulta conveniente determinar el no otorgamiento de este beneficio; ello como parte de los mecanismos de atenuación de la solución final contemplada en el artículo 65º de la LRCT.

35. Es importante precisar que los restantes conceptos incluidos en la propuesta final de ESSALUD – acogida por esta instancia resolutive – no serán materia de pronunciamiento, dado que la mayor parte de ellos refieren a aspectos sin contenido económico, lo cual se sustenta en los fundamentos vertidos en los acápite 10, 11, 12 y 30 de este Laudo. No obstante, es preciso señalar que gran parte de los temas no económicos contenidos en la propuesta de ESSALUD y también en la propuesta de EL SINDICATO encuentran respaldo en la normativa nacional y constituye asuntos a ser resueltos de cabalidad por los poderes públicos. Así, temas como la participación de los trabajadores en eventuales procesos de reestructuración de la entidad que impacten sobre las condiciones de empleo, o el respeto irrestricto del derecho constitucional al trabajo de los profesionales de la salud implicados en el conflicto, se encuentran reconocidos implícita o explícitamente por la normativa nacional e internacional. En tal sentido, se respaldan en disposiciones que pueden ser invocados por EL SINDICATO y que no requieren ser plasmadas en este Laudo que, como ya lo hemos indicado, tiene por objeto resolver las materias de índole económica que sustentan el conflicto

36. Es necesario señalar, finalmente, que aspectos de índole económica contemplados en la propuesta de ESSALUD, como el Bono por Cierre

de Pliego, no han sido materia de pronunciamiento dado que las reuniones de extraproceso y lo manifestado por las partes al momento de presentar sus propuestas finales, evidencian de manera clara el pago de este beneficio.

En consecuencia;

**SE RESUELVE:**

**Primera.-** Otorgar el segundo tramo de la Asignación Extraordinaria equivalente al 15% de la remuneración, correspondiente a los meses de setiembre a diciembre de 2012.

**Segunda.-** Otorgar una Bonificación Extraordinaria Anual por Prestaciones Económicas y Alta Responsabilidad, cuyo monto será equivalente al 25% de la remuneración de los meses de setiembre a diciembre de 2012.

**Tercera.-** Modifíquese los mecanismos de calificación del Bono de Productividad, de forma tal que el 90% de su valor se otorgue sin condición alguna y el 10% restante quede sujeto a la aplicación de indicadores flexibilizados.

**Cuarto.-** Todos los beneficios antes señalados serán de aplicación al personal médico, cirujano dentista y químico farmacéutico, regido por el Decreto Legislativo N° 728 y por el Decreto Legislativo N° 276, durante el ejercicio presupuestal 2012.

### **UNIDAD III: ARBITRAJE**

- **El Arbitraje en el Decreto Legislativo No.1071, Nueva Ley de Arbitraje.**

SUMULLA

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EXP. N° 1567-2006-PA/TC,  
COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA, Lima ( Gonzales Ojeda;  
Abril 30 de 2006).**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 30 días del mes de abril de 2006, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Gonzales Ojeda y el voto singular del magistrado Bardelli Lartirigoyen

**I. ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Compañía de Exploraciones Algamarca contra la resolución de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 1202, su fecha 21 de octubre de 2005, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

**II. ANTECEDENTES**

**1. Demanda**

Con fecha 20 de enero de 2004, la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. (Exploraciones Algamarca) interpone demanda de amparo (fojas 55) contra la Compañía Minera Algamarca S.A. (Minera Algamarca), la Compañía Sulliden Shahuindo S.A.C. (Sulliden) y el señor Miguel Orbegoso Tudela; asimismo, emplaza, en calidad de terceros legitimados, al Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía (Instituto) y a los miembros del tribunal arbitral Sulliden-Algamarca, señores Jorge Santistevan de Noriega, Fernando Cantuarias Salaverry y Víctor Ávila Cabrera. La demanda se sustenta en la presunta vulneración del derecho al debido proceso legal, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley y a un tribunal competente, independiente e imparcial.

Fundamentos de hecho:

- La recurrente señala que el día 6 de noviembre de 2002, el señor Miguel Orbegoso Tudela suscribió un contrato de transferencia de propiedades mineras con la compañía Sulliden en nombre y representación de Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca. No obstante, afirma que dicho contrato no la vincula, toda vez que su representante lo suscribió violando

las facultades de representación que le habían sido conferidas por la junta general de accionistas.

– Al respecto, afirma que Sulliden suscribió el contrato a sabiendas que el señor Orbegoso carecía de facultades para tal efecto; e incluso insertó un convenio arbitral a fin de evitar que Exploraciones Algamarca pudiera acceder a la jurisdicción ordinaria.

– Con fecha 20 de julio de 2003, Sulliden dirigió una comunicación a Exploraciones Algamarca y Minera Algamarca, a fin de postular el inicio de un proceso arbitral por incumplimiento de contrato. La recurrente decidió no responder a este llamado con el objeto de evitar que su conducta fuera entendida como un sometimiento tácito al arbitraje.

– Posteriormente, Sulliden convocó en reiteradas ocasiones a Minera Algamarca y a Exploraciones Algamarca para la designación de árbitro único; sin embargo, estas últimas no concurren a ninguna citación. Por este motivo, Sulliden optó por la conformación de un tribunal arbitral, y, para tal efecto, designó como árbitro al señor Víctor Ávila Cabrera, dándose inicio al cómputo del plazo de treinta días naturales para la designación de un árbitro por Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca. Sulliden advirtió en dicha comunicación que si vencido el plazo no se llevaba a cabo la designación, ésta la efectuaría el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, con arreglo al contrato de transferencia de propiedades mineras.

– Con fecha 27 de octubre de 2003, el Instituto recibió un oficio emitido por el Juzgado Mixto de La Esperanza, mediante el cual se le comunicó la existencia de una medida cautelar que disponía la suspensión de los efectos del contrato de transferencia de propiedades mineras. Según se refirió en dicha comunicación, la medida cautelar se hallaba debidamente inscrita en Registros Públicos.

– Ante estas circunstancias, la recurrente se dirigió al Instituto y le solicitó que se abstenga de designar árbitro en atención a la medida cautelar dictada por el juez del Juzgado Mixto de La Esperanza. No obstante, el 24 de diciembre de 2003 el Instituto designó como árbitro al señor Fernando Cantuarias Salaverry quien acordó, con el árbitro Víctor Ávila Cabrera, designar como tercer árbitro al señor Jorge Santistevan de Noriega, que aceptó presidir dicho tribunal.

– La recurrente cuestiona la imparcialidad del Instituto, pues considera que la decisión de designar un árbitro respondió a la presencia del señor Enrique Lastres Berninzon, quien además de ser miembro y directivo de dicha entidad desde su fundación, es también vicepresidente del directorio de Sulliden, con lo cual se manifiesta un evidente conflicto de intereses que vicia la designación del árbitro Fernando Cantuarias Salaverry.

- Finalmente, pese a la negativa reiterada de la recurrente de someterse a un tribunal arbitral, el día 13 de enero de 2004 se convocó a Exploraciones Algamarca a la sesión de instalación de dicho tribunal, que debía llevarse a cabo el día 21 de enero de 2004.

Fundamentos de derecho:

- Exploraciones Algamarca sostiene que se ha vulnerado su derecho fundamental al debido proceso legal, consagrado en el artículo 139°, inciso 3 de la Constitución. Del mismo modo, sustenta su petitorio en lo dispuesto por el artículo 10° de la Convención Universal de Derechos Humanos, según el cual "(...) toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". La demandante invoca también el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## **2. Contestación de la demanda por el Instituto Nacional de Derecho de Minería Petróleo y Energía**

Con fecha 6 de febrero de 2004, el Instituto Nacional de Derecho de Minería Petróleo y Energía se apersona al proceso y contesta la demanda de amparo, contradiciéndola en todos sus extremos y solicitando que, en su oportunidad, sea declarada infundada.

Fundamentos de la contestación:

- La codemandada señala que su actuación se ajustó a lo dispuesto por la Ley General de Arbitraje, N.º 26572; y a lo acordado por las partes del contrato de transferencia de propiedades mineras. Se remite, también, a los fundamentos que constan en dos informes legales, que adjunta en calidad de medios probatorios y que contienen opinión favorable a su designación de árbitro, en defecto de Exploraciones Algamarca y Minera Algamarca.
- Dichos informes ponen especial énfasis en que la Ley General de Arbitraje le reconoce autonomía al convenio arbitral frente al contrato o acto jurídico que lo contiene (artículo 14º) y, en ese sentido, si se ordena la suspensión de los efectos del contrato, dicha medida no alcanzará al convenio arbitral, que goza de independencia.
- A ello se suma que la comunicación emitida por el Juzgado Mixto de la Esperanza no contiene un mandato judicial que ordene al Instituto suspender el trámite de nombramiento de árbitro, por lo que la demandante pretende otorgarle un significado distinto a dicha comunicación.
- Finalmente, afirma que en ninguna de las reuniones de Consejo Directivo en que se trató el tema del contrato de concesión de propiedades mineras y

la designación de árbitro en defecto de Exploraciones Algamarca y Minera Algamarca intervino el señor Lastres Berninzon, tal como consta en las actas de las reuniones del Consejo Directivo. Por tanto, rechaza enfáticamente que se ponga en duda su imparcialidad.

### **3. Contestación de la demanda por la Minera Sulliden Shahuindo**

Con fecha 6 de febrero de 2004, la Minera Sulliden Shahuindo se apersona al proceso, propone las excepciones de incompetencia y caducidad, y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada, en su oportunidad.

Fundamentos de la contestación:

- La codemandada sostiene que Alta Tecnología e Inversión Minera y Metalúrgica S.A. (ATIMMSA) es una empresa que controla tanto a Exploraciones Algamarca como a Minera Algamarca, en calidad de accionista mayoritaria. Pese a ello, demandó a estas últimas y a Sulliden con el objeto de que se declare la ineficacia del contrato de transferencia de propiedades mineras sin que sea necesario transitar la vía del proceso arbitral. Asimismo, solicitó que se dicte una medida cautelar que suspenda temporalmente los efectos del contrato (medida que efectivamente se dictó) a fin de que se suspendan los efectos del convenio arbitral.
- Al respecto, Sulliden afirma que Exploraciones Algamarca pretende que el Poder Judicial asuma competencias que no le han sido conferidas, pues el juez ordinario no es competente para emitir pronunciamiento sobre la validez o eficacia del convenio arbitral. Asimismo, sostiene que el proceso de amparo no es la vía idónea para dilucidar este tipo de controversias, de carácter civil y societario.
- Sobre la ausencia de facultades del representante de Exploraciones Algamarca para la suscripción del convenio arbitral, Sulliden afirma que esta aseveración es falsa, puesto que dicho convenio fue incluido en la propuesta de contrato que la Junta de Accionistas de Exploraciones Algamarca autorizó celebrar; y que, en todo caso, el señor Miguel Orbegoso Tudela – Director y Gerente General de Exploraciones Algamarca–, actuó ejerciendo la representación orgánica de la Junta de Accionistas, de modo que son de aplicación los artículos 12º, 14º *in fine* y 188º, inciso 2, de la Ley General de Sociedades (y no el artículo 167º del Código Civil).
- Finalmente sustenta la pertinencia de que el Instituto designara árbitro en defecto de Exploraciones Algamarca y Minera Algamarca, pues su comportamiento se ha ajustado tanto a lo establecido por la Ley General de Arbitraje, como a lo pactado entre las partes que suscribieron el convenio arbitral. A ello se añade que el Juzgado Mixto de La Esperanza, que dictó la medida cautelar, no era competente para conocer dicha controversia; e incluso si los efectos del contrato hubieran sido legítimamente suspendidos,

ello no afecta el convenio arbitral, en virtud de la separabilidad que le confiere la Ley General de Arbitraje en su artículo 14º.

#### **4. Resolución de primera instancia**

Con fecha 25 de mayo de 2004, el Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Villa María del Triunfo de la Corte Superior de Justicia de Lima (fojas 522) declara infundadas las excepciones de incompetencia y caducidad e infundada la demanda de amparo, por considerar que se trata de un tema de carácter contractual, que debe ser resuelto en la vía del proceso ordinario correspondiente, donde, efectivamente, se cuente con una etapa probatoria que permita resolver la cuestión controvertida. Agrega que no se ha acreditado la vulneración de ningún derecho constitucional, y que, en el marco del proceso arbitral, la demandante tendrá la posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

#### **5. Resolución de segunda instancia**

Con fecha 11 de noviembre de 2005, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (fojas 1202), confirma la apelada en el extremo que declara infundadas las excepciones de incompetencia y caducidad; pero la revoca en lo demás que ella contiene y, reformándola, declara improcedente la demanda, por considerar que la vía del amparo no constituye la vía idónea para dilucidar este tipo de controversias, ya que se discuten asuntos de mera legalidad.

### **III. FUNDAMENTOS**

1. Previamente al análisis de la controversia, este Colegiado se pronunciará respecto de la solicitud de nulidad del concesorio del recurso de agravio constitucional, formulada por Sulliden en su escrito de fecha 23 de febrero de 2006.

#### **§ 1. Solicitud de nulidad del concesorio del recurso de agravio constitucional**

De acuerdo a lo expresado por Sulliden, fueron presentados dos recursos de agravio constitucional a favor de Exploraciones Algamarca ante la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Al respecto, la solicitante alega que la Sala debió pronunciarse sobre el primer recurso (primero en el tiempo), y no únicamente sobre el segundo, hecho que acarrea la nulidad del concesorio por incurrir en las causales previstas en los artículo 122º, inciso 3 y 171º del Código Procesal Civil.

Este Colegiado advierte que el presupuesto que sustenta el pedido de nulidad del concesorio del recurso de agravio constitucional es erróneo. En efecto, Sulliden alega que la Sala se pronunció únicamente respecto del recurso de agravio constitucional que fue interpuesto en segundo lugar, pero ello no se ajusta a la realidad, pues la Sala se pronunció respecto del recurso que fue presentado en primer lugar con fecha 30 de noviembre de

2005 (fojas 1221); y no respecto del segundo, recibido el día 7 de diciembre de 2005 (fojas 1245), ya que, a la fecha de la interposición de este último, Exploraciones Algamarca había revocado la designación del abogado que lo suscribió.

En consecuencia, el pedido de nulidad del concesorio del recurso de agravio constitucional debe ser desestimado.

## **§ 2. Demanda de amparo por presunta vulneración al derecho al debido proceso y la tutela procesal efectiva**

2. La demandante, Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., alega la vulneración de sus derechos al debido proceso legal, a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley y a ser juzgada por un tribunal competente, independiente e imparcial. Fundamenta su petitorio sobre la base de los artículos 139°, inciso 3 de la Constitución, 10º de la Convención Universal de Derechos Humanos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Formulado el petitorio en tales términos, este Colegiado, a fin de delimitar con precisión el asunto sometido a conocimiento, estima necesario abordar, en primer lugar, el tema de la persona jurídica como titular de derechos humanos y, en particular, del derecho fundamental al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

### **La persona jurídica como titular de derechos fundamentales**

3. Históricamente, la noción de derechos humanos se elaboró a partir de los atributos de dignidad y libertad del hombre, con el propósito de brindarle tutela frente al Estado o poder público. Asentados en esta concepción, los derechos fundamentales operan en una dimensión vertical (Estado-ciudadano) y se vinculan tan estrechamente a la naturaleza humana, que excluyeron<sup>[1]</sup> de su titularidad a las personas jurídicas. Al respecto, es ilustrativa la afirmación de García Pelayo, cuando afirma que se trata de "(...) una concepción para la cual el individuo y no los grupos constituyen la verdadera esencia; los valores individuales son superiores a los colectivos, y el individuo, en fin, decide su destino y hace la Historia"<sup>[2]</sup>.
4. Sin embargo, esta concepción no ha permanecido inalterable. Por un lado, ordenamientos jurídicos como el peruano han admitido que los derechos fundamentales vinculan no sólo al Estado en su relación con los particulares, sino también a los particulares entre sí en situaciones de

---

[1] Así por ejemplo, en Francia, la Ley Le Chapelier (junio de 1791) prohibió las asociaciones de trabajadores y declaró que la destrucción de todas las corporaciones de ciudadanos de un mismo estado o profesión era una de las bases fundamentales de la Constitución francesa.

[2] Citado por: GOMEZ MONTORO Ángel, "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, N.º 65, 2002, p.75.

desequilibrio real y no sólo jurídico; gozan, entonces, también de una eficacia horizontal. De otro lado, con relación a la titularidad de derechos fundamentales, países como Alemania incluyeron normativamente la posibilidad de que los derechos fundamentales rijan también para las personas jurídicas nacionales en la medida que, según su esencia, les sean aplicables (artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn).

5. A diferencia de Alemania, el tema de la persona jurídica como titular de derechos fundamentales no ha sido expresamente desarrollado por nuestro ordenamiento jurídico constitucional en el ámbito normativo; motivo por el cual adquiere una especial relevancia la labor del juez constitucional en la determinación y razonable justificación de aquellos derechos fundamentales que, en ciertas circunstancias, sean extensivos a las personas jurídicas. La experiencia comparada advierte, asimismo, que en países como España, donde tampoco se cuenta con una previsión normativa sobre la materia, el Tribunal Constitucional ha introducido, a través de su jurisprudencia, el contenido del precitado artículo 19,3 de la Ley Fundamental de Bonn <sup>[3]</sup>.
6. El Tribunal Constitucional peruano, a su vez, se ha pronunciado sobre el tema en anteriores oportunidades, y ha admitido la posibilidad de reconocer a favor de una persona jurídica derechos fundamentales como el de la buena reputación<sup>[4]</sup>, aunque negando esta posibilidad para el goce de otros, como el de la libertad de tránsito, "(...) pues se trata de un derecho conexo a la libertad individual, y por ende, íntimamente vinculado a la facultad locomotora, misma que es exclusiva de las personas naturales"<sup>[5]</sup>.
7. Con ánimo complementario, es preciso señalar que, a diferencia de las personas naturales, las personas jurídicas no pueden ser consideradas un fin en sí mismas, sino como un medio que hace posible alcanzar determinados fines que son de difícil o imposible realización de manera individual. En esta medida, las personas jurídicas no gozan de todos los derechos fundamentales que son reconocidos a favor de las personas naturales, e incluso, respecto de aquellos derechos que les son reconocidos, el grado de protección por parte del ordenamiento jurídico podrá no ser idéntico, atendiendo a la naturaleza del derecho fundamental y a las particularidades del caso concreto.

### ***El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva***

8. El artículo 139º de la Constitución consagra en su inciso 3 la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Es decir, garantiza al justiciable que, ante su pedido de tutela, el órgano jurisdiccional observe el debido

---

[3] CRUZ VILLALÓN Pedro, "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, N.º 35, 2002, p 74-75.

[4] Exp. N° 0905-2001-AA/TC, fundamento 5.

[5] Exp. N° 0311-2002-HC/TC, fundamento 2.

proceso e imparta justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales.

Estos principios de la función jurisdiccional son recogidos, enunciativamente, por el artículo 4º del Código Procesal Constitucional, que establece lo siguiente:

[s]e entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

9. Siendo no excepcional que las personas jurídicas sean parte de distintos tipos de procesos o procedimientos en sede judicial o administrativa, es razonable afirmar que en este ámbito les debe ser reconocido el derecho al debido proceso y la tutela procesal efectiva. En tal mérito, resulta plenamente factible que una persona jurídica entable un proceso constitucional en tutela de sus derechos fundamentales, puesto que su reconocimiento exige que se cuente con mecanismos de defensa adecuados para su protección.
10. En el caso de autos, la demandante promueve este proceso constitucional de amparo alegando la vulneración de su derecho a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley y a ser juzgada por un tribunal competente, independiente e imparcial. El acto lesivo, sostiene, se inició con la celebración de un contrato de transferencia de propiedades mineras suscrito entre las compañías Exploraciones Algamarca, Minera Algamarca y Sulliden (las dos primeras en calidad de vendedoras y la tercera en calidad de compradora), puesto que su representante excedió las facultades que le habían sido conferidas y consintió la posibilidad de un convenio arbitral en dicho contrato.
11. En virtud del referido convenio arbitral (para el cual la demandante afirma no haber prestado consentimiento) se inició un proceso arbitral, hecho que, a tenor de Exploraciones Algamarca, la aparta de la jurisdicción predeterminada por ley; acotando que este derecho tiene como fin evitar que un individuo sea juzgado por "órganos jurisdiccionales de excepción" o por "comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".

12. Según se ve, los derechos alegados por la demandante se desenvuelven en un escenario de singulares características, si se toma en cuenta que la presunta vulneración tiene lugar en el marco de un proceso arbitral. Este Colegiado ha reconocido en anterior jurisprudencia la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral:

(...) el artículo 139º, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada.<sup>[6]</sup>

El arbitraje constituye, por tanto, una alternativa al Poder Judicial para la solución de conflictos que versen sobre materia de carácter disponible por las partes. No es, pues, anómalo, que los justiciables opten por recurrir a esta vía cuando, por ejemplo, se discutan materias de considerable cuantía económica. Se trata, presumiblemente, de controversias que oponen en mayor medida a empresas, bajo la consideración de que el importante interés económico en discusión y las dilaciones en las que puede incurrir la jurisdicción ordinaria, franquean oportunamente el proceso arbitral <sup>[7]</sup>.

13. Pese a que el arbitraje puede ser entendido como una jurisdicción de carácter privado que versa sobre materias de carácter disponible, no se debe perder de vista que su reconocimiento constitucional implica que su ámbito trasciende lo meramente establecido en el convenio arbitral y en la Ley General de Arbitraje. En efecto, en el marco de un proceso arbitral deben ser respetados los derechos fundamentales y las garantías procesales y sustanciales que componen el derecho al debido proceso. Del mismo modo, deben ser observados los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; así como los precedentes vinculantes y las sentencias normativas que emita este Colegiado, dada su condición de supremo intérprete de la Constitución.

Ello se desprende de la dimensión objetiva <sup>[8]</sup> del proceso arbitral, definida por el artículo 51º de la Constitución, que supone la prevalencia de la Constitución sobre toda norma inferior jerarquía.

---

[6] Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento 7.

[7] Sobre la eficacia del arbitraje como medio alternativo ver: DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMANA Javier, *La reforma del sistema de justicia ¿En el camino correcto?*, Fundación Konrad Adenauer e Instituto Peruano de Economía Social de Mercado, Lima: 2006, p. 149-152.

[8] Sobre las dimensiones del proceso de arbitraje, este Colegiado ha señalado: "(...) el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en

14. Así planteado el tema, es factible que la demandante recurra a un proceso constitucional de amparo alegando la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, y convoque la intervención de la jurisdicción constitucional a efectos de que se brinde efectiva tutela. No obstante, es necesario enfatizar que, en consideración la naturaleza jurisdiccional de arbitraje y el carácter disponible de la materia sometida a esa jurisdicción, la intervención de la jurisdicción ordinaria no podrá ser ejercida sino hasta el momento en que se cuente con un laudo arbitral firme –para emplear los términos del artículo 4° del Código Procesal Constitucional, referido a la procedencia del amparo frente a resoluciones emanadas de un proceso judicial– o, como ha sido señalado en anterior jurisprudencia, hasta que se hayan agotado las vías previas, de conformidad con el artículo 5.4 del precitado código.

Sobre esta materia se profundizará en los siguientes fundamentos.

### **§ 3. La procedencia del amparo frente a laudos arbitrales: necesidad de agotar las vías previas**

15. Tratándose de materias de carácter disponible <sup>[9]</sup>, los árbitros se encuentran facultados para conocer y resolver las controversias cuya resolución les ha sido encomendada, y para rechazar ilegítimas interferencias que pudieran darse. Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulte lesivos del derecho a la tutela procesal efectiva de alguna de las partes, en cuyo caso, quien se considere afectado en su derecho podrá interponer un proceso constitucional, siempre que, de manera previa a la interposición de dicho proceso, el presunto agraviado haya agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje –Ley 26572 – prevé para impugnar el laudo arbitral que dice afectarlo <sup>[10]</sup>.

16. Este requisito de procedibilidad se sustenta en el artículo 5°, inciso 4) del Código Procesal Constitucional, que señala: "No proceden los procesos constitucionales cuando: 4) No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos en este Código y en el proceso de hábeas corpus". En el caso particular del proceso de amparo, se sustenta, además, en el artículo 45° del citado Código, que dispone: "El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo". Ambos artículos refieren en su texto el concepto "vía previa", que debe entenderse como un requisito de procedencia consistente en agotar los recursos

---

consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado". (Exp. 6167-2005-PHC/TC, fundamento 11).

[9] Artículo 1o.- Disposición general.-

Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse, excepto: (...) (el subrayado es agregado)

[10] Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14.

jerárquicos con que cuenta el presunto agraviado antes de recurrir a la vía del proceso constitucional; y que resulta exigible a efectos de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia constitucional.

17. Así, en el caso del proceso de arbitraje, la Ley 26572 dispone que los laudos arbitrales son definitivos y contra ellos sólo proceden los recursos de apelación y anulación.

El recurso de apelación, de conformidad con el artículo 60º de la Ley General de Arbitraje, procede ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o está previsto en el reglamento arbitral de la institución a la que las partes sometieron su controversia.

Si el recurso de apelación fue interpuesto ante el Poder Judicial, ya no cabe la interposición del recurso de anulación, puesto que no son compatibles<sup>[11]</sup>; en consecuencia, el presunto agraviado estará habilitado para recurrir al juez constitucional. De otro lado, si el recurso de apelación fue interpuesto ante una segunda instancia arbitral, deberá interponerse el recurso de anulación de laudo arbitral, previsto en el artículo 61º de la Ley General de Arbitraje, ante el Poder Judicial.

18. El segundo recurso previsto en el artículo 60º de la Ley General de Arbitraje es el de anulación. Su objeto es la revisión de la validez del laudo dictado en instancia única o del laudo arbitral de segunda instancia, y se interpone ante el Poder Judicial, por las causales establecidas en el artículo 73º de la Ley 26572. Agotado este proceso judicial, quien se sienta afectado en su derecho podrá recurrir al proceso de amparo.
19. La razonabilidad del agotamiento de la vía previa, como requisito de procedencia del proceso de amparo, se sustenta en la independencia jurisdiccional con que cuenta el arbitraje y en la efectiva posibilidad de que, ante la existencia de un acto infractor, este sea cuestionado y corregido de conformidad con los principios y garantías jurisdiccionales consagrados en el artículo 139º de la Constitución; desarrollados para tal efecto por la Ley General de Arbitraje.

### **Evaluación de la demanda incoada y aplicación del principio de la competencia de la competencia (“kompetenz-kompetenz”)**

20. A la luz de los hechos alegados y del petitorio de la demanda, la cuestión controvertida consiste en determinar si la empresa demandante está sometida a la jurisdicción arbitral en virtud del convenio suscrito por el señor Orbegoso Tudela con la Minera Sulliden; vale decir, si el tribunal arbitral

---

[11] Artículo 70 de la Ley General de Arbitraje, Ley 26572  
Incompatibilidad.- Los recursos de apelación y de anulación ante el Poder Judicial son incompatibles entre sí y no pueden acumularse ni formularse alternativamente, subsidiaria o sucesivamente. Invocado uno de ellos, es improcedente el otro.

Sulliden-Algamarca es competente para conocer la controversia suscitada entre las partes del contrato; o si, por el contrario, constituye una vulneración del derecho al debido proceso de la recurrente.

Sobre este punto los argumentos de las partes serán repasados brevemente.

21. La demandante sostiene que su entonces representante, el señor Orbegoso Tudela, excedió sus facultades de representación al suscribir un convenio arbitral con Sulliden, puesto que no había sido autorizado por la junta general de accionistas de Exploraciones Algamarca para realizar dicho acto; en consecuencia, solicita dejar sin efectos el referido convenio, así como la instalación del tribunal arbitral Sulliden-Algamarca; con lo cual, las controversias relacionadas con el contrato de transferencia de propiedades mineras podrán ser discutidas en el marco de un proceso judicial ordinario.
22. En oposición a estos alegatos, Sulliden señala que el representante de Exploraciones Algamarca era también el Gerente General de dicha empresa, motivo por el cual no es de aplicación el artículo 167º del Código Civil <sup>[12]</sup>, sino el artículo 188º de la Ley General de Sociedades <sup>[13]</sup>, que establece que entre las atribuciones del gerente general de una sociedad anónima está la de representar a la sociedad con las facultades especiales previstas en el Código Procesal Civil. Y es a partir de una interpretación concordada de la Ley General de Sociedades y el artículo 75º del Código Procesal Civil <sup>[14]</sup>, que se argumenta que es posible que un gerente general suscriba válidamente un convenio arbitral en representación de la sociedad, puesto que sus facultades de representación son amplias y no se limitan a las procesales judiciales.
23. No son estos los únicos argumentos que han sido expuestos por las partes; también se ha hecho expresa referencia a la doctrina de los “actos propios”.

---

[12] Artículo 167º del Código Civil:

Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado: (...) 3. Celebrar un compromiso arbitral.

[13] Artículo 188º de la Ley General de Sociedades

Atribuciones del gerente

Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior.

Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones: (...) 2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil; (...).

[14] Artículo 75º del Código Procesal Civil

Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley. El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

Al respecto, se ha señalado que la demandante habría alegado la existencia del convenio arbitral en el marco de otro proceso judicial, con el objeto de que el juez que conocía una solicitud presentada por Sulliden (solicitud de medida cautelar fuera de proceso), declinara su competencia. Por su parte, Exploraciones Algamarca atribuye un significado distinto al escrito presentado ante el juzgado que conoció dicha causa, afirmando que no es pertinente la aplicación de la doctrina de los actos propios en este caso concreto.

24. Aún es posible agregar a los argumentos vertidos por las partes, consideraciones relacionadas con la buena fe contractual y los usos aplicables a la celebración de contratos mineros. Aparentemente, el problema se configuraría como una cuestión de carácter civil o societario, que debiera ser valorada por un juez ordinario a la luz de las leyes y códigos respectivos.

Ello no implica, ciertamente, desconocer la vital importancia que reviste el convenio arbitral, por expresar la voluntad de las partes de someter una controversia al arbitraje, aunque para ello debe suscribirse válidamente, con pleno respeto del ordenamiento jurídico vigente y de los derechos de las partes. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, pese a que la tarea del juez constitucional es la de ser intérprete de la constitución, y no de la ley, en determinadas circunstancias ello será posible a efectos de no dejar sin tutela el ejercicio legítimo de un derecho fundamental amenazado o vulnerado.

25. Sin embargo, en el caso de autos, antes que determinar si resulta oportuno discutir los argumentos legales presentados por las partes en sede constitucional, se debe evaluar si el demandante agotó las vías previas antes de recurrir al proceso de amparo, de conformidad con lo expuesto en los fundamentos 15 y 16, *supra*; y de acuerdo a los criterios jurisprudenciales vinculantes adoptados en la sentencia recaída en el Exp. 6167-2005-PHC (criterios que, en esta materia, ya vienen siendo aplicados por el Poder Judicial<sup>[15]</sup>).

Para llevar a cabo esta tarea corresponde evaluar si la Ley General de Arbitraje ha previsto un mecanismo para cuestionar la competencia del propio tribunal arbitral y, de ser así, precisar cuál es el órgano encargado de llevar a cabo esta tarea.

26. En cuanto a este punto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en anterior oportunidad en el sentido de reconocer la plena vigencia del principio de la competencia de la competencia, previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje, que faculta a los árbitros a decidir sobre su propia competencia, incluso cuando se cuestione la existencia, la eficacia o la validez del convenio arbitral. En dicha ocasión se señaló:

---

[15] Resolución emitida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima de fecha 27 de abril de 2006, recaída sobre el Exp. 4422-2005.

(...) Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.<sup>[16]</sup>

27. No obstante, el principio de la "competencia de la competencia" no puede ser garantizado ilimitadamente por nuestro ordenamiento jurídico. La imposibilidad de que los derechos fundamentales sean garantizados de manera ilimitada es aplicable, *mutatis mutandis*, al principio que nos ocupa:

En tanto derechos, están fundamentados en la Constitución. Por ello, hay que sostener el punto de vista objetivo-sistemático de su pertenencia al orden jurídico (de la Constitución) de donde resulta la imposibilidad de una ilimitabilidad 'en todas direcciones', como una intelección irrenunciable de toda teoría de la Constitución (...).<sup>[17]</sup>

28. En el caso de autos el tribunal arbitral es el competente para pronunciarse sobre su propia competencia. Sin embargo, se debe tener en consideración que el principio de la "competencia de la competencia" no trasciende el ámbito de aplicación de la Ley General de Arbitraje, ni genera una zona exenta de control constitucional, pues, como bien se enfatiza en la última parte del fundamento 13 de la sentencia recaída sobre el Exp. 6167-2005-PHC/TC, será posible cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva (fundamento 8, *supra*) y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, emitidos por este Colegiado, en atención a los artículos VI, *in fine*, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

En aplicación del citado Código y, en particular, de la causal de improcedencia contemplada en el artículo 5º, inciso 4), no corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia de este proceso de amparo, pues no se ha agotado la vía previa.

29. En efecto, en el presente caso no se ha emitido laudo arbitral. Ello se constata de la lectura de la resolución N.º 201, de fecha 15 de diciembre de 2005, emitida por el tribunal arbitral Sulliden-Algamarca, en la cual se resuelve la suspensión del proceso arbitral en atención a la medida cautelar concedida por el juez del Tercer Juzgado Civil de Cajamarca, en el marco

---

[16] Exp. 6167-2005-PHC/TC, fundamento 13.

[17] Müller citado por: ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 300.

de un proceso constitucional de amparo. La medida cautelar dispone que el tribunal arbitral se abstenga de expedir laudo que ponga fin al proceso seguido por Sulliden, hasta que se emita sentencia definitiva en dicho proceso.

En la resolución emitida por el tribunal arbitral se deja expresa constancia de su rechazo a la tramitación de dicho proceso, pero no obstante acata la medida dispuesta por el juez en observancia del artículo 22º del Código Procesal Constitucional, que consagra el principio de prevalencia de lo dispuesto en los procesos constitucionales.

30. En este escenario se podría estar configurando una vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva de la demandante, toda vez que la ausencia de laudo le impide iniciar un proceso en su defensa en sede judicial, situándola en estado de indefensión. Sin embargo, este Colegiado no considera que la suspensión del proceso arbitral, y consiguiente ausencia de laudo, exima a la demandante de transitar la vía previa, ya que es debido a su actuación que no se ha emitido pronunciamiento sobre el fondo de la controversia en sede arbitral. En efecto, la medida cautelar que ordena la suspensión del proceso arbitral fue dictada en el marco de otro proceso constitucional de amparo, a solicitud de la demandante, Exploraciones Algamarca, y de una de sus codemandadas en este proceso, Minera Algamarca.

Sin duda resulta cuestionable la legitimidad de la medida cautelar, que dispuso la suspensión del proceso arbitral seguido por Sulliden Shahuindo contra Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca; no obstante, no cabe emitir un pronunciamiento al respecto por ser distinta la materia controvertida en el caso de autos.

31. Otro aspecto sobre el cual conviene emitir pronunciamiento es sobre el recurso de reposición interpuesto por Exploraciones Algamarca.

Sobre este punto la demandante sostiene que agotó la vía previa, puesto que contra la denegatoria de un recurso de reposición no cabe la interposición de ningún otro medio impugnatorio, de modo que habría quedado expedita la vía del proceso de amparo.

Sobre el particular, en efecto, la Ley General de Arbitraje no prevé ningún medio impugnatorio que proceda contra la resolución denegatoria de un recurso de reposición (denominado “recurso de reposición” luego de su modificatoria). No obstante, por regla general, la intervención del juez constitucional por presunta infracción a la tutela procesal efectiva tendrá lugar sólo después de haberse agotado los recursos previstos por la Ley General de Arbitraje y de existir un pronunciamiento definitivo sobre el fondo de la controversia (que versa, necesariamente, sobre materias de carácter disponible por la partes). Esta prevención tiene como fin evitar que se interfiera en el normal desenvolvimiento del proceso, y que se detenga o retarde por contingencias de cualquier tipo.

32. En el caso de autos, la demandante presenta ante el tribunal arbitral una "solicitud de conclusión anticipada de proceso", la misma que, al ser denegada, dio lugar a la interposición de un recurso de reposición, con el cual la demandante aduce haber agotado la vía previa. El petitorio de la referida solicitud es el siguiente:

(...) venimos a solicitar, como efectivamente solicitamos, se declare la CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO porque EL LAUDO SERÁ EXPEDIDO SOBRE MATERIA IMPLÍCITAMENTE NO SOMETIDA A DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS, hecho que constituye la causal de anulación del laudo prevista en el inciso 6 del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje. En tal virtud el tribunal arbitral habrá de admitir a trámite nuestra solicitud y, luego del procedimiento correspondiente, declararla fundada, dando por concluido el proceso mandando archivar los actuados" <sup>[18]</sup> (el subrayado es agregado).

Tal como expresa la demandante, dicha causal de nulidad está prevista en la Ley General de Arbitraje y debe ser resuelta de conformidad con dicho cuerpo legal, antes de que sea posible cuestionarla en la vía del proceso constitucional. Es posible inferir que la solicitud de Exploraciones Algamarca importa, aunque de manera indirecta, un nuevo cuestionamiento a la competencia del tribunal arbitral Sulliden-Algamarca, motivo por el cual la demandante alega, sobre la base de esta solicitud y su reconsideración, haber agotado la vía previa para acudir a este proceso constitucional, en el que la materia controvertida es también la competencia del referido tribunal.

33. En consecuencia, para que se habilite la vía del amparo, la demandante debió cuestionar la competencia del tribunal arbitral Sulliden-Algamarca de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Arbitraje; vale decir, formulando oposición total o parcial al arbitraje cuando presentó su pretensión inicial, tomando en consideración que el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje señala: " (...) Contra la decisión de los árbitros [sobre su competencia] no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada" (el subrayado es agregado).

Por todas y cada una de las consideraciones expuestas, la demanda de autos es improcedente por falta de agotamiento de la vía previa.

34. No es inútil reiterar la importancia que tiene el cumplimiento de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, resulta coherente que instituciones como la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial haya dispuesto que,

---

[18] Solicitud que anexa la demandante a su escrito de fecha 24 de marzo de 2006 (fojas 238 del expediente secundario)

bajo responsabilidad funcional, los órganos jurisdiccionales de la República deben dar cabal cumplimiento a los precedentes establecidos por este Colegiado. <sup>[19]</sup> Es de provecho recordar que, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, “Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

Es pues, necesario, recalcar que los criterios jurisprudenciales establecidos en la sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC son de obligatorio cumplimiento, a fin de prevenir posibles e ilegítimas interferencias en el desarrollo de un proceso arbitral.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

### **HA RESUELTO**

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.  
GARCÍA TOMA  
ALVA ORLANDINI  
LANDA ARROYO

---

[19] Resolución de Jefatura Nº 021-2006-J-OCMA/PJ.

**EXP. 01567-2006-PA/TC**

**LIMA**

**COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA**

### **FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA**

Con el debido respeto por la opinión de los Magistrados que suscriben el proyecto de sentencia en mayoría, compartiendo el sentido del fallo de la sentencia, no sucede lo mismo con los fundamentos en los que éste se sustenta. En concreto, las razones que justifican este Fundamento de Voto son los siguientes:

1. Con fecha 20 de enero de 2004, la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. interpone demanda de amparo contra la Compañía Minera Algamarca S.A., la Compañía Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., y de don Miguel Orbegoso Tudela –como demandados–; así como del Instituto Nacional de Derecho de Minería Petróleo y Energía, y de don José Santistevan de Noriega, don Felipe Cantuarias Salaverry y de don Víctor Avila Cabrera –en calidad de terceros legitimados–. La pretensión principal es que se declare inaplicable y sin efecto jurídico, el Convenio Arbitral contenido en el Punto 6.2 de la Cláusula Sexta del Contrato de Transferencia de Propiedades Mineras, de fecha 6 de noviembre de 2002, mismo que fue elevado a escritura pública el 11 de noviembre de 2002; del mismo modo, y como pretensiones accesorias, solicita que se declaren inaplicables la decisión del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, mediante el cual se designa como árbitro a don Fernando Cantuarias Salaverry; la designación de don Jorge Santistevan de Noriega como Presidente del Tribunal Arbitral; así como la convocatoria a la sección de instalación del Tribunal Arbitral y todos los actos que este pudiera desarrollar al avocarse al conocimiento y resolución de cualquier conflicto de intereses o incertidumbre jurídica originado por el contrato precitado. En ese sentido, solicita además, la reposición de las cosas al estado anterior a la agresión de sus derechos constitucionales para que pueda recurrir ante la jurisdicción ordinaria, para la resolución de los conflictos de intereses o las incertidumbres relacionadas con el contrato antes acotado.

2. A juicio del suscrito, la demanda debió declararse improcedente como se declara en la sentencia en mayoría, no por las razones que allí se invocan, sino porque a fojas 906 de autos se aprecia copia de la demanda de nulidad de cesión de posición contractual interpuesta por la Compañía Minera Algamarca S.A. conjuntamente con la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., en contra de don Miguel de Orbegoso Tudela y de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., por la que se solicita que se declare la ineficacia, en relación a los demandantes en ese proceso, del Contrato de Transferencia de Derechos Mineros celebrada por el codemandado don Miguel de Orbegoso Tudela,

presuntamente en representación de las empresas demandantes en ese proceso, con la codemandada Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., en todas sus estipulaciones. Dicha demanda, que tiene una finalidad semejante a la del proceso de amparo, fue admitida por el Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima en la vía del proceso de conocimiento, entendiéndose a ésta como una de anulabilidad y, por ende, de ineficacia del contrato de transferencia de derechos mineros e indemnización por daños y perjuicios.

En ese sentido, soy de la opinión que coexistiendo dos procesos que, aunque tramitados en vías procesales diferentes, pretenden los mismos efectos jurídicos, la vía del amparo decae. Dicho decaimiento de la sede constitucional no sólo está vinculado a la preexistencia de un proceso ordinario (art. 5.3 del Código Procesal Constitucional), sino también a la iniciación de uno con posterioridad (art. 5.6 del mismo Código Procesal Constitucional), de donde resulta que acreditada la existencia de un proceso ordinario – independientemente si es anterior o posterior al proceso de amparo–, donde la pretensión sea la misma en sede constitucional, o cuyos efectos sean iguales o similares, es suficiente para que la jurisdicción constitucional sea incompetente para conocer del mismo.

S.  
GONZALES OJEDA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO**  
**JUAN BAUTISTA BARDELLI LARTIRIGOYEN**

Que discrepo de los votos de mis honorables colegas, por las razones que a continuación paso a exponer:

1. La sustracción de la materia del ámbito jurisdiccional es una causal de conclusión del proceso, sin declaración sobre el fondo y se encuentra contenida en el artículo 321º inciso 1 del Código Procesal Civil de aplicación supletoria a los procesos constitucionales según lo dispuesto por el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
2. El ordenamiento procesal constitucional ha previsto en el artículo 1º *in fine* del Código Procesal Constitucional, dos causales para que se produzca la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo: a) Que cese la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, y b) Que la agresión haya devenido en irreparable. Ello no impide que la declaración sobre el fondo pueda ser pronunciada, pese a que la agresión haya cesado o se haya hecho irreparable, si el juez, atendiendo a la naturaleza del agravio producido, lo encuentra pertinente, en cuyo caso declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional.
3. El artículo 5º inciso 3 del Código Procesal Constitucional establece como causal de improcedencia de la demanda el hecho que “ *el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional*”. Al efecto es preciso tener presente que las causales de improcedencia son aplicables a la presentación de la demanda y no afectan la relación procesal ya establecida, la cual se sujeta al principio de la *perpetuatio jurisdictionis*.
4. La diferencia entre las causales de improcedencia y las causales de conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo radica en que en las primeras resulta imposible que la relación procesal siquiera se constituya, y en las segundas provoca la disolución de la relación procesal instaurada.

En ese sentido, como resulta particularmente importante apreciar si el actor optó, previamente a la interposición de la demanda de amparo, por recurrir a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional, será improcedente la referida demanda. En cambio si la opción por la vía procesal ordinaria es posterior a la instauración al proceso de amparo, será causal de conclusión de proceso sin declaración sobre el fondo por haberse sustraído la materia del ámbito de la jurisdicción constitucional.

5. Considero que para que pueda operar la sustracción de la materia porque el afectado haya optado por la vía jurisdiccional ordinaria debe satisfacerse positivamente la identificación de las pretensiones a fin de que confrontadas éstas entre si, pueda establecerse si se trata de una misma pretensión o de pretensiones distintas. La confrontación de pretensiones debe realizarse sobre la base de 3 de los elementos de la pretensión: sujeto, objeto y causa, debiendo tenerse presente que : “ *Importa destacar, asimismo, que cualquier variante que presente alguno de los tres elementos mencionados, comprueba, como regla, que se trata de pretensiones diversas, no obstante que la coincidencia que éstas puedan presentar entre sus restantes elementos determine una vinculación por conexidad, la que es susceptible de producir ciertos efectos jurídicos que examinaremos en su oportunidad ( particularmente acumulación de pretensiones y de procesos)*”. ( Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil* , Tomo I , Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994, página 391.).
6. En el caso de autos es evidente que al confrontar la pretensión procesal constitucional de inaplicación del convenio arbitral y de sus actos de aplicación, con la pretensión procesal civil de nulidad de cesión de posición contractual no existe identidad entre sujeto y objeto, aunque si es perceptible la identidad en la causa ( el contrato de transferencia de propiedades mineras del 11 de noviembre de 2002); por lo que no existe identidad entre las pretensiones sino simplemente conexidad, supuesto de hecho al que no se atribuye la consecuencia jurídica de disolver la relación procesal existente y la conclusión del proceso sin declaración sobre le fondo.
7. En relación a las competencias con que cuenta la jurisdicción arbitral, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en anterior oportunidad a efectos de reconocer la plena vigencia del principio de competencia de la competencia, previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje, que faculta a los arbitros a decidir sobre su propia competencia incluso cuando sean cuestionadas la existencia, la eficacia o la validez del convenio arbitral (STC EXP. Nº6167-2005-HC/TC).
8. El principio de la competencia de la competencia aplicable al arbitraje se encuentra sometido al límite subjetivo del convenio arbitral, establecido

por el artículo 9 de la Ley General de Arbitraje según el cual “ *el convenio arbitral vincula a las partes y a sus sucesores*”; de tal suerte, que los arbitros solo pueden pronunciarse validamente sobre la existencia, la eficacia o la validez del convenio arbitral si es que el cuestionamiento involucra exclusivamente a las partes, reales o supuestas, del mismo; porque de lo contrario se registraría un ejercicio ilimitado de la potestad jurisdiccional que vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad, que haría permisible a quien se sienta afectado en su derecho a poder recurrir al proceso de amparo.

9. En el caso de autos es posible apreciar que el cuestionamiento de la eficacia del convenio arbitral se funda en la presunta violación por parte del Sr. Orbegoso Tudela de las facultades de representación que le fueron conferidas por la Junta General de Accionistas de la demandante; por lo que resulta evidente que el pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre su propia competencia se produjo respecto de la actuación de un tercero ajeno al convenio arbitral y al proceso mismo.
10. Por tanto, el Tribunal Arbitral será competente para pronunciarse sobre su propia competencia incluso si lo que se alega, como en el caso de autos, es la inexistencia de un convenio arbitral que vincule validamente a las partes. No obstante el principio de la competencia de la competencia no trasciende el ámbito de la Ley General de Arbitraje ni genera una zona exenta de control constitucional pues, como bien se señala en la última parte del fundamento 13 de la sentencia recaída en el Exp. N° 6167-2005-HC/TC, será posible cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva ( fundamento 8 supra) y por inobservancia al cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria en atención a lo dispuesto por los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional respectivamente.
11. De otro lado la Junta General de Accionistas de la demandante, celebrada el 31 de julio de 2002, facultó al Sr. Orbegoso Tudela a aceptar la propuesta de compra planteada por la empresa canadiense Sulliden Exploration Inc, persona jurídica distinta de la demandada Sulliden Shahuindo, y a efectuar la transferencia de cumplirse con las condiciones pactadas. El acuerdo de la Junta General no hace referencia algun, ni implícita ni explícita, a la suscripción de un convenio arbitral en el marco de la transferencia aceptada. Pero no puede obviarse que el Sr. Orbegoso Tudela era al mismo tiempo Presidente del Directorio y Gerente General de la demandada por lo que contaba con las facultades de representación inherentes a su cargo; las cuales, conforme al estatuto social, eran en materia procesal las generales y especiales señaladas por los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil.
12. Se advierte que las facultades generales de representación procesal no autorizan la disposición de derechos sustanciales, en tanto que las

facultades especiales únicamente permiten someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en un proceso y que el precitado artículo 75º somete el otorgamiento de las facultades de representación procesal al principio de literalidad, prohibiendo presumir la existencia de facultad que no haya sido expresamente conferida.

13. En el caso de autos conviene apreciar que el proceso de amparo carece de estación probatoria, sin embargo es evidente que el Sr. Orbegoso Tudela suscribió el convenio arbitral careciendo manifiestamente de facultades suficientes. Por tanto, se ha afectado el derecho de la demandante a demandar ante el órgano jurisdiccional del Estado; así como que la desestimación de la excepción de incompetencia fundada en una interpretación extensiva de las facultades conferidas al Sr. Orbegoso Tudela vulnera los principios de interdicción de la arbitrariedad y de razonabilidad y proporcionalidad, afectando con ello el derecho de la demandante a una resolución fundada en derecho, que informa la tutela procesal efectiva, conforme a lo enunciado en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional y al artículo 139º inciso 3 de la Constitución.

Por las razones antes expuestas soy de opinión que la demanda debe ser declarada **fundada**, y en consecuencia, inaplicables y sin efecto jurídico alguno el Convenio Arbitral contenido en el Contrato de Transferencia de propiedades mineras de 6 de noviembre de 2002, la designación de los arbitros, la instalación del Tribunal Arbitral Sulliden Algamarca y los actos procesales que tuvieron lugar en dicha sede.

SS  
BARDELLI LARTIRIGOYEN

### **UNIDAD III: ARBITRAJE**

- **Impugnación de Laudos arbitrales.**

SUMILLA:

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. PRIMERA SALA CIVIL.  
Expediente N°1440-02. Lima. (Martínez Maraví, Lora Almeida, Jaúregui  
Basombrio, 18 de Octubre del 2002)**

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

**Exp. Nº 1440-02**

Resolución Número Nueve  
Lima, dieciocho de Octubre del dos mil dos.-

**VISTOS;** Interviniendo como Vocal Ponente la doctora Martínez Maraví, con el Laudo arbitral acompañado; **FLUYE DE AUTOS** que por escrito de fojas doscientos cuarentisiete, de fecha veinticinco de Junio del dos mil dos, subsanado a fojas doscientos ochentiuno HICA INVERSIONES S.A. interpone Recurso de Anulación del Laudo Arbitral de Derecho de fecha doce de Junio del dos mil dos, emitido por el Tribunal Arbitral conformado por los señores árbitros César Almeyda Tasayco, Pedro Flores Polo, y José Talavera Herrera, en el Proceso Arbitral número cuatrocientos ochentiséis - cero setentidós - dos mil uno, solicitando se ponga en conocimiento de las partes intervinientes en dicho proceso arbitral Empresa Eléctrica del Perú S.A., y Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), adjuntando copia simple del Laudo Arbitral y de su notificación y el comprobante de depósito de cincuenta mil Dólares Americanos, pretensión que sustenta en la causal prevista en el artículo setentitrés, inciso quinto, de la Ley General de Arbitraje número Veintiséis mil quinientos setentidós, referido a la extemporaneidad en la expedición del Laudo y, además, en lo dispuesto por el artículo cincuenta, relacionado con la debida motivación; señala en cuanto a la primera causal que en la Cláusula veinte punto tres del Contrato de Compraventa de Acciones de ElectroSurMedio a que se contrae la copia fotostática incompleta del Testimonio de Escritura Pública de fojas dieciséis obrante en forma integral a fojas cuatrocientos ochentiuno del Laudo acompañado, las partes contratantes establecieron que el plazo para la expedición del Laudo Arbitral sería de cuarenticinco días hábiles, término que se varió de modo inexplicable en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha dieciséis de Agosto del dos mil uno (fojas ciento noventisiete) en ausencia de la recurrente, vulneración de sus derechos del cual dejó constancia mediante escrito número tres de fecha cinco de Octubre del dos mil uno (fojas tres mil cuatrocientos trece); que, no obstante ello, el Tribunal en su Resolución número cinco de fecha cinco de Octubre del dos mil uno (fojas tres mil cuatrocientos quince) dio por válido el nuevo plazo arguyendo que las partes se habían sometido al Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio, cuyo artículo treintitrés prevee un plazo de noventa días, más olvidando que HICA INVERSIONES no expresó válidamente sometimiento a dicho Reglamento y que el ámbito de aplicación del mismo, según su artículo segundo, no afecta los pactos escritos como el contenido en la mencionada Cláusula veinte punto tres del contrato; agrega que posteriormente esta

primera modificación arbitraria al plazo para laudar se subsanó en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha veintiséis de Febrero del dos mil dos (fojas cinco mil cuatrocientos cinco) al acordar los árbitros y las partes que el Laudo se emitiría en un plazo no mayor de treinta días hábiles después de vencido el plazo para la presentación de los alegatos, plazo éste que venció el diez de Mayo del dos mil dos, pues la Resolución número cuarentiséis de fecha veinte de marzo del dos mil dos (fojas cinco mil novecientos cuarentitrés) por el que se concede tres días para alegatos, fue notificada a las partes el veintiuno de dicho mes y año, esto es, que el plazo de tres días venció el veintiséis de marzo; sin embargo el Tribunal vuelve a vulnerar sus derechos al establecer mediante Resolución número cincuentiséis de fecha veintinueve de Abril del dos mil dos (fojas seis mil ciento veintidós) que el plazo para laudar sería de treinta días hábiles a partir de la notificación de dicha resolución; Resolución que fue notificada el dos de Mayo del dos mil dos y contra la cual formuló reconsideración que fue declarado sin lugar mediante Resolución número cincuentisiete, expidiéndose el Laudo de fojas seis mil cuatrocientos sesenticuatro, materia de Nulidad, el catorce de Junio de los corrientes; finaliza respecto a este punto que este nuevo plazo desconoce tanto el plazo expresamente acordado por las partes como el fijado por el propio Tribunal en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos; y, en relación al segundo extremo, señala el recurrente HICA INVERSIONES S.A. que el Laudo debe también ser anulado por contravenir el derecho al debido proceso, señalando que el artículo cincuenta de la Ley número Veintiséis mil quinientos setentidós, que establece los requisitos del Laudo Arbitral de Derecho, precisa en su inciso quinto el requisito de la debida motivación, la que debe ser congruente para ser considerada como fundada en Derecho y que la carencia de motivación, la motivación aparente o insuficiente, o la motivación defectuosa no llenan ese requisito por lo que el Laudo debe ser anulado, señalando el actor en los puntos cuatro punto tres y siguientes aquellos defectos en la fundamentación del laudo arbitral; que, oficiado el Tribunal Arbitral y recibido el expediente acompañado en catorce Tomos y seis mil seiscientos dos fojas; revisados los requisitos de la demanda con arreglo al artículo setentidós de la Ley de la materia, se ha admitido la misma y corrido traslado a los emplazados Empresa Eléctrica del Perú S.A. (ELECTROPERÚ), y Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) contestan la incoada a fojas trescientos once de los presentes autos **admitiendo que el plazo para laudar se fijó en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos** de fecha veintiséis de Febrero del dos mil dos, señalándose que *"El laudo se expedirá en un plazo no mayor de treinta días de vencido el plazo para la presentación de los alegatos"* y que mediante resolución número cuarentiséis de fecha veinte de Marzo del dos mil dos el Tribunal otorgó un plazo de tres días útiles de notificada la misma, para que las partes presenten sus alegatos escritos, facultando además a solicitar en ese mismo plazo el uso de la palabra; es así que el veintiséis de Marzo las partes hicieron uso de ambas facultades presentando sus alegatos escritos dentro del plazo concedido y solicitando ese mismo día fecha para el informe oral respectivo, el que se llevó a cabo el dieciséis de Abril informando HICA y ELECTROPERÚ y que, no obstante que con este acto podía haber precluido el término de alegatos, dada la

complejidad del caso y pruebas aludidas en la Audiencia de Informe Oral, las partes se vieron precisadas a presentar otros escritos complementarios a sus informes orales, lo que motivó que el Tribunal Arbitral, con el objeto de precluir la etapa de alegatos, emitió la Resolución número cincuentiséis, dando por concluida dicha etapa y notificando que el plazo de treinta días hábiles para laudarse se contarían a partir de dicha Resolución, y en base a ello se expide la Sentencia Arbitral el catorce de Junio del dos mil dos, por lo que no cabe declarar su Nulidad, máxime si se atiende a que el Tribunal estaba facultado a ampliar discrecionalmente el plazo para emitir su decisión conforme al punto veinte del Acta Instalación, y que la demandante no dejó constancia de que no estaba dispuesta a aceptar el Laudo, de conformidad con el artículo setentitrés, inciso quinto de la Ley; añade que las supuestas faltas de motivación del Laudo importa la revisión del fondo del asunto, lo que no está permitido en la ley; que, producida la Vista de la Causa ha llegado el momento para resolver el presente conflicto de intereses; y **CONSIDERANDO: PRIMERO.-** Que, el artículo sesentidós de la Constitución Política vigente garantiza la libertad de contratar, estableciendo que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato y que los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, *según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley*, norma constitucional que en lo concerniente a la vía arbitral desarrolla la Ley General de Arbitraje número Veintiséis mil quinientos setentidós, la misma que en relación al objeto de la pretensión sub-exámene establece en su artículo setentitrés, en número cerrado, las siete únicas causales por las cuales puede demandarse la anulación de un Laudo Arbitral, señalando en su artículo setentiocho, en estricta y cerrada correspondencia biunívoca, las consecuencias jurídicas aplicables a cada una de las causales en caso de ser acogidas; por lo que, las alegaciones de Nulidad del Laudo derivadas de presuntas deficiencias en la motivación del fallo arbitral, deben desestimarse de plano, tanto por no haberlo pactado las partes como causal de Nulidad, como por cuanto los mecanismos de protección previstos en la Ley de la materia tampoco lo contempla dentro de su expreso tenor y porque, además, importa un nuevo examen de la prueba actuada; en consecuencia, corresponde el examen de la primera causal esgrimida por la parte demandante, esto es, la Nulidad del fallo arbitral por la inoportunidad de su emisión; **SEGUNDO.-** Que, al respecto, debe precisarse en primer lugar que la vía arbitral, como mecanismo alternativo a la vía judicial, se distingue de ésta porque confiere a los particulares la posibilidad de elegir sus propios jueces y diseñar o fijar su propio proceso y, de ese modo, obtener una solución rápida y definitiva a sus conflictos de intereses, expectativas éstas que la Ley de la materia se encarga de completar prefijando límites normativos mínimos a la actuación de las partes y los árbitros y proveyéndoles de normas supletorias, añadiendo de este modo eficacia a la solución adoptada, ya que el laudo arbitral o el fallo judicial se entienden igualmente justos; de ello sigue que el plazo para laudarse es de suma importancia para las partes, pues constituye, junto a la factibilidad de elegir sus propios jueces, una de las motivaciones esenciales para pactar esta vía en sustitución al camino judicial; allí una de las razones decisivas que han conducido al legislador a consignar como causal de Nulidad la inobservancia

del plazo para laudar; **TERCERO.-** Que, en segundo lugar, corresponde establecer cuál ha sido en el caso concreto la intención de las partes en relación al plazo para laudar; al respecto debe tenerse presente que de las afirmaciones expuestas por las partes, resumidas en la parte expositiva, se advierte que éstas coinciden en señalar que en la cláusula vigésima del contrato de compraventa de acciones acordaron someter todas sus desavenencias a un arbitraje de derecho, lo que en efecto se aprecia del documento de fojas cuatrocientos ochentinueve, así como también del proyecto referencial anexo a las bases del concurso público obrante a fojas trescientos sesentisiete; pacto en el cual incluyeron las reglas mínimas aplicables llegado el caso, entre tales el sometimiento incondicional a las normas del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el número de árbitros, idioma, inapelabilidad del fallo, causales de anulación y, obviamente, el plazo para laudar fijándolo éste en **cuarenticinco días** hábiles siguientes a la instalación del Tribunal Arbitral, cuyo cumplimiento remarcan en el punto cuarto de la citada cláusula arbitral, precisando al respecto que para cumplir con la emisión oportuna del Laudo el Tribunal deberá reducir los términos fijados en la ley u optar por las reglas del proceso abreviado, esto es, concentrar, si fuere necesario, etapas procesales; tal la intención primigenia de las partes; **CUARTO.-** Que, corresponde en tercer lugar establecer si el plazo fijado por las partes se ha cumplido o no y cuáles han sido, en todo caso las modificaciones introducidas libremente por ellas mismas y su observancia; al respecto, aparece de fojas ciento noventisiete que el Tribunal Arbitral se instaló el dieciséis de Agosto del dos mil uno, contando con la sola presencia del representante legal de ELECTROPERÚ S.A., dejándose constancia de la inasistencia de la demandante HICA INVERSIONES S.A. y omitiéndose lo propio respecto de FONAFE que, conforme a dicha acta, tampoco asistió, actuando únicamente respecto de estos últimos sus respectivos Abogados defensores; acto este en el cual el Tribunal Arbitral, contando con la anuencia del único asistente, fija los términos básicos del arbitraje, sujetándose explícitamente al contrato suscrito por las partes en cuanto al tipo de arbitraje, aplicabilidad del Reglamento de la Cámara de Comercio, e idioma, estableciendo a renglón seguido las pautas procesales y entre ellas el plazo para laudar, empero, señalando al respecto, que el mismo *será fijado por el Tribunal una vez presentados los alegatos escritos y efectuados los informes orales de ser el caso, reservándose, además el derecho a prorrogarlo prudencialmente*; esto es, introduciéndose así una primera modificación a la voluntad inicial de las partes, lo que da lugar a la observación formulada por la demandante HICA INVERSIONES mediante escrito de fojas tres mil cuatrocientos trece, empero sin acusar en dicho escrito la Nulidad o inaceptabilidad del Laudo a expedirse y limitándose a solicitar una aclaración respecto al plazo contractualmente fijado, la que es respondida por el Tribunal mediante resolución número cinco de fecha cinco de Octubre del dos mil uno, obrante a fojas tres mil cuatrocientos quince, por la que declara se cumpla lo establecido en la Audiencia de Instalación bajo la consideración de no haber formulado la recurrente oposición oportuna y haber quedado sin efecto el plazo contractual por el sometimiento de las partes al Reglamento de la Cámara de Comercio, el que en su artículo treintitrés establece que la duración del arbitraje

no excederá de noventa días hábiles contados desde la fecha de notificación de la Resolución número uno (seis de Setiembre del dos mil uno) que declara abierto el proceso arbitral; de modo que, conforme a este razonamiento y decisión, la facultad del Tribunal de fijar el plazo para emitir su Fallo quedaba condicionado al mencionado plazo total de noventa días hábiles; quedando así prefijados los nuevos límites temporales del proceso en general, esto es teniéndose como punto de partida la notificación de la resolución número uno de fecha tres de Setiembre del dos mil uno, obrante a fojas doscientos cinco que declara Abierto el Proceso Arbitral y como punto de culminación el último día de los noventa días hábiles siguientes a dicha fecha; **QUINTO.-** Que, no obstante, suspendido el proceso desde el treinta de Noviembre del dos mil uno hasta el veintitrés de Enero del dos mil dos (treinticinco días hábiles, aproximadamente) por efecto de la Resolución número veintitrés, a resultas de una recusación planteada y desistida por la actora, el Tribunal expide la Resolución número veinticinco de fecha veintitrés de Enero del dos mil dos, obrante a fojas cinco mil doscientos cincuentidós, por el que aclara la precitada Resolución número cinco de fojas tres mil cuatrocientos quince, decidiendo que se procederá a fijar el plazo para laudar una vez concluida la etapa probatoria de acuerdo a lo establecido en el numeral veinte, "rubro Reglas del Proceso", del Acta de Instalación (fojas ciento noventa y siete), dejando sentado en su parte considerativa que el plazo de noventa días hábiles es, en todo caso, solamente referencial; segunda modificación al pacto expreso de las partes que, no obstante, éstas consintieron, conforme es de verse de lo actuado con posterioridad al mismo, apareciendo de que si bien solicitaron sendas aclaraciones a fojas, cinco mil doscientos noventa y nueve, y cinco mil trescientos setenta y cuatro y de la Audiencia de Fijación de puntos controvertidos, no formularon cuestión alguna respecto a las decisiones asumidas respectivamente a fojas cinco mil trescientos tres, y cinco mil trescientos ochenta y uno; **SEXTO.-** Que, con tales precedentes, a fojas cinco mil cuatrocientos cinco, con fecha veintiséis de Febrero del dos mil dos se produce la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, oportunidad en la cual los árbitros y las partes, evaluando de consuno la incorporación de un nuevo árbitro y la complejidad del asunto, teniendo presente lo previsto en el punto veinte del Acta de Instalación establecen que *el Laudo se emitirá en un plazo no mayor de treinta días hábiles después de vencido el plazo para la presentación de alegatos*; tercera modificación, **esta vez por acuerdo indubitable de las mismas partes en conflicto**, resultando evidente que en esta ocasión las partes y el Tribunal evaluaron además el tiempo hábil transcurrido, lo ganado y perdido, desde la notificación de la Resolución número uno que da por abierto el proceso arbitral, el plazo de noventa días hábiles que fija el reglamento del Centro, así como la facultad de prórroga autorizada al Tribunal Arbitral, por lo que dicho plazo resultaba final, decisivo e inaplazable para la solución de la controversia; **SÉPTIMO.-** Que, expedida la resolución número cuarentiséis de fecha veinte de Marzo del dos mil dos, obrante a fojas cinco mil novecientos cuarentitrés, que declara concluida la etapa probatoria y se concede un plazo de tres días de notificada dicha resolución para la presentación de alegatos escritos, resolución notificada a todas las partes el veintiuno de dicho mes y año, conforme a los cargos de

fojas subsiguientes, el plazo de treinta días precedentemente aludido corría, obviamente, a partir del día veintisiete de Marzo, presentados o no los alegatos escritos, venciendo indefectiblemente el trece de Mayo del dos mil dos; no obstante, como quíerese que en la citada Resolución número cuarentiséis el Tribunal concedió además la posibilidad de solicitar dentro del mismo plazo de tres días los Informes Orales que tuvieren por conveniente realizar las partes, solicitados tales informes orales, como es de verse de fojas cinco mil novecientos cuarentinueve, y cinco mil novecientos noventitrés, es concedido por resolución número cuarentisiete de veintisiete de Marzo obrante a fojas seis mil dieciocho, fijándose audiencia para el nueve de Abril, la misma que, según constancia de fojas seis mil veintiocho, no se realizó por inasistencia del Tribunal, citándose nuevamente para el día dieciséis de abril, conforme aparece de fojas seis mil treintinueve, fecha en la que se produce dicho informe oral (fojas seis mil cuarenticinco); por lo que, en todo caso, y aún interpretando extensivamente el plazo fijado en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, correspondía considerar iniciado el plazo de los 30 días hábiles para laudar **a partir de la evacuación del informe oral, venciendo así el mismo el veintinueve de Mayo del dos mil dos**, plazo dentro del cual no se ha producido el Laudo materia de autos; no teniendo sustento alguno, ni en el pacto de las partes ni en la Ley, la decisión del Tribunal de precluir la etapa de alegatos a los efectos de recién iniciarse el cómputo del plazo que largamente lo había superado desde los inicios del proceso, por lo que la Resolución número cincuentiséis, de fecha veintinueve de abril del dos mil dos, obrante a fojas seis mil ciento veintidós, que así lo hace, no tiene el efecto de extender el plazo prefijado por las partes y el propio Tribunal, sin que valga en contrario la alegación formulada por la parte demandada en el sentido de enmarcarse tal acto dentro de la facultad de prórroga acordada en el Acta de Instalación, porque tal facultad fue evidentemente tenida como ejercida al fijar el plazo en aquella Audiencia de Fijación de la controversia; tampoco tiene esa virtud la alegación en el sentido de haber incumplido la demandante con anunciar su negativa a aceptar el Fallo por la inoportunidad del mismo, toda vez que de autos aparece a fojas seis mil cuatrocientos treintiséis cuestionándola con el único recurso admisible de reposición, expresando literalmente la Nulidad que conlleva la actitud asumida por el Tribunal; siendo así, el Laudo de fojas seis mil cuatrocientos sesenticuatro, de fecha doce de Junio del dos mil dos, aparece expedida con infracción del plazo, deviniendo en Nula de conformidad con el artículo setentitrés, inciso quinto, de la Ley de la materia, siendo su consecuencia la prevista en el artículo setentiocho, inciso quinto, del mismo cuerpo legal normativo; por tales razones, de conformidad con el artículo setentiocho de la acotada Ley de Arbitraje: **DECLARARON FUNDADA** la demanda de fojas doscientos cuarentisiete; y, en consecuencia, **NULO** el Laudo Arbitral de fojas seis mil cuatrocientos sesenticuatro, de fecha doce de Junio del dos mil dos; en; consecuencia, restablecida la competencia del Poder Judicial sobre la materia objeto del Laudo, salvo acuerdo distinto de las partes; en los seguidos por HICA INVERSIONES S.A. con Tribunal Arbitral y otros sobre Anulación de Laudo Arbitral de Derecho.-

MARTÍNEZ MARAVÍ  
LORA ALMEIDA  
JÁUREGUI BASOMBRÍO