

CARTA N° 45-RG/P.A.263-2022/CEAR.LATINOAMERICANO

Lima, 20 de enero de 2023

Señores

PROGRAMA NACIONAL DE INVERSIONES EN SALUD – PRONIS – MINISTERIO DE SALUD

Dirección electrónica: procuraduria@minsa.gob.pe
procuraduriapublicaminsa@gmail.com
ppminsa.arbitraje@gmail.com

Atención: **Procurador Público**

Referencia: **Proceso Arbitral N° 263-2022/CEAR.LATINOAMERICANO
“J Y J CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. vs. PROGRAMA
NACIONAL DE INVERSIONES EN SALUD – PRONIS –
MINISTERIO DE SALUD”**

De mi consideración,

Sirva el presente para saludarlos cordialmente y, a la vez, remitirles lo que detallo a continuación:

1. Decisión Arbitral N° 13, de fecha 20 de enero de 2023, en veintitrés (23) folios.

Se le envía un total de veintitrés (23) folios.

Agradeciéndole por su atención, me despido manifestándole mi más alta consideración y estima personal.



CEAR LATINOAMERICANO
DR. CARLOS MELÉNA RUIZ
SECRETARIO ARBITRAL

Tribunal Arbitral:
Orlando Chiong Lizano
Beatriz Franciskovic Ingunza
Mario Manuel Silva López

LAUDO DE DERECHO E INSTITUCIONAL

DECISIÓN ARBITRAL NÚMERO TRECE

Lima, 19 de enero de 2023

Demandante:

J y J Contratistas Generales S.A.C.

En adelante, “**DEMANDANTE**” o “**CONTRATISTA**”.

Demandado:

Programa Nacional de Inversiones en Salud - PRONIS

En adelante, “**DEMANDADO**” o “**ENTIDAD**”.

Tribunal Arbitral:

Orlando Chiong Lizano

Beatriz Franciskovic Ingunza

Mario Manuel Silva López

Secretaría Arbitral:

Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas S.A.C.

Sede del Arbitraje:

Av. Sánchez Carrión N° 615 (Ex Av. Pershing), Edificio Vértice 22 - Oficina 306,
distrito Jesús María, Lima Metropolitana.

CEAR LATINOAMERICANO
RECIBIDO
2023 JAN 20 AM 9:08
FOLIOS.....FIRMA.....
RECEPCIÓN NO IMPLICA
CONFIRMIDAD

I. ANTECEDENTES

EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 09 de setiembre de 2011, se suscribió el Contrato de Ejecución de Obra N° 025-2011/PARSALUD, para la “Ejecución de Obras de la Región Cusco – Segunda Etapa – Nuevo Centro de Salud Oncogate”, derivado de la LPN N° 006-2011/PARSALUD-BM, bajo el sistema de contratación a Suma Alzada y sin reajustes; el cual establecía, en su cláusula vigésimo cuarta de las Condiciones Generales del Contrato, lo siguiente:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA: PROCEDIMIENTOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

24.1 Si el Contratista llegase a considerar que el Gerente de Obras ha tomado una decisión fuera de su nivel de autoridad definido por el Contrato o que la decisión fue errada, dicha decisión deberá ser remitida al Conciliador dentro de los 14 días siguientes a la notificación de la decisión por el Gerente de Obras.

24.2 El Conciliador deberá comunicar su decisión por escrito dentro de los 28 días siguientes a su recepción de la notificación de una controversia.

*24.3 El Conciliador será compensado por su trabajo, cualquiera que sea su decisión por hora según los honorarios **especificados en los DDL y en las CEC**, además de cualquier otro gasto reembolsable **indicado en las CEC** y el costo será sufragado por partes iguales por el Contratante y el Contratista. Cualquiera de las partes podrá someter la decisión del Conciliador a arbitraje dentro de los 28 días siguientes a la decisión por escrito del Conciliador. Si ninguna de las partes sometiese la controversia a arbitraje dentro del plazo de 28 días mencionado, la decisión del Conciliador será definitiva y obligatoria.*

*24.4 El arbitraje deberá realizarse de acuerdo al procedimiento de arbitraje publicado por la institución **denominada en las CEC** y en el lugar **establecido en las CEC**.*

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación preliminar del Tribunal Arbitral

1. Con fecha 18 de marzo de 2022, mediante Decisión Arbitral N° 01 se tiene por Instalado el presente Tribunal Arbitral, conformado por los señores Orlando Chiong Lizano, en calidad de presidente, Beatriz Franciskovic Ingunza y Mario Silva López, en su calidad de Árbitros de parte, que se encargaría de resolver la controversia entre las partes.
2. Con fecha 13 de mayo de 2022, el Contratista presentó su demanda arbitral. Luego de su revisión, el Tribunal Arbitral, mediante Decisión Arbitral N° 05, admitió a trámite la demanda y dispuso correr traslado de la misma, a la Demandada para que, en el plazo de veinte (20) días hábiles, cumpliera con contestarla.
3. Luego, con fecha 23 de junio de 2022 y posterior escrito subsanatoria de fecha 11 de julio de 2022, la Entidad presentó su escrito de Contestación de la Demanda, dejando constancia de una cuestión previa, deduciendo excepción de incompetencia, prescripción y de caducidad, y formulando reconvencción.
4. Al respecto, mediante Decisión Arbitral N° 07 de fecha 12 de julio de 2022, el Tribunal Arbitral dispuso tener por contestada la demanda y por formulada la reconvencción, corriendo traslado de la misma, conjuntamente con las excepciones incoadas.
5. Que, con fecha 19 de julio de 2022, dentro del plazo otorgado para tales efectos, el Contratista cumple con presentar su escrito de absolución de las

excepciones de incompetencia, prescripción y caducidad, planteadas por la Entidad.

6. Mediante Decisión Arbitral N° 09 de fecha 21 de julio de 2022, el Tribunal Arbitral dispuso tener por absuelto el traslado conferido y tener presente lo manifestado, poniendo en conocimiento de la Entidad.
7. Finalmente, mediante Decisión Arbitral N° 12 de fecha 05 de enero de 2023, el Tribunal Arbitral fijo en el plazo de diez (10) días hábiles a efectos de resolver las excepciones que han sido formuladas por la Entidad, conforme al artículo 37° del Reglamento Procesal de Arbitraje de CEAR LATINOAMERICANO.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.- CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que en ningún momento se recusó a algún Árbitro y que las observaciones formuladas por la Entidad contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación, fueron debidamente atendidas.
- (iii) Que la empresa J y J Contratistas Generales S.A.C. presentó su demanda dentro del plazo dispuesto.

- (iv) Que la Entidad cumplió con contestar la Demanda Arbitral y formuló excepciones en el plazo establecido por las partes.
- (v) En tal sentido, se deja constancia de que, este Tribunal Arbitral, ha agotado todas las vías posibles para salvaguardar el debido proceso en el presente arbitraje.
- (vi) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar todas sus alegaciones y exponerlas ante el Tribunal Arbitral, en relación con las excepciones interpuestas.
- (vii) Que, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, en caso éstas hubieren incurrido en inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, del Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídica o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.
- (viii) Que, el Tribunal Arbitral procede a emitir el presente laudo dentro de los plazos establecidos en la normativa aplicable para el caso.

2.- MARCO LEGAL APLICABLE

Desde el punto de vista sustantivo, teniendo en consideración la fecha de convocatoria del proceso de selección: Licitación Pública Internacional LPN N° 006-2011/PARSALUD-BM – “Ejecución de Obras de la Región Cusco – Segunda Etapa – Nuevo Centro de Salud Oncogate”, Contrato de Ejecución de Obra N° 025-2021/PARSALUD, la normativa aplicable al presente arbitraje es la siguiente: la Constitución Política del Perú, las normas y políticas de adquisición del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento – BIRF.

Asimismo, desde el punto de vista procesal, y considerando la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, se aplican al arbitraje las reglas establecidas en el Acta de Instalación, el Reglamento Procesal de Arbitraje 2022 del Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas y el Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el Arbitraje.

Finalmente, conforme a lo dispuesto en el Acta de Instalación, en caso de vacío o defecto en la regulación del proceso arbitral, el Tribunal Arbitral está facultado para establecer las reglas procesales adicionales que estime necesarias para la adecuada conducción y desarrollo del arbitraje.

3.- MATERIA CONTROVERTIDA

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, y se ha formulado excepción de incompetencia, prescripción y caducidad, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto a ello, teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso.

Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza al Tribunal Arbitral respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que, en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al

presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.

Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

“(…) la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que la propuso o la proporcionó”.¹

El Tribunal Arbitral deja constancia de que, al emitir el presente laudo ha valorado la totalidad de los medios probatorios pertinentes ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral, valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el tribunal arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

4.- EN CUANTO A LAS EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA, PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD PLANTEADAS

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. *“Medios Probatorios en el Proceso Civil”*. Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

La Entidad, en su escrito de contestación de demanda deduce excepciones de incompetencia, prescripción y caducidad, para lo cual señala en primer término las condiciones generales y especiales del contrato, conforme a lo siguiente:

Condiciones Generales del Contrato
(...)

24.1 Si el Contratista llegase a considerar que el Gerente de Obras ha tomado una decisión fuera de su nivel de autoridad definido por el Contrato o que la decisión fue errada, dicha decisión deberá ser remitida al Conciliador dentro de los 14 días siguientes a la notificación de la decisión por el Gerente de Obras.

24.2 El Conciliador deberá comunicar su decisión por escrito dentro de los 28 días siguientes a su recepción de la notificación de una controversia.

24.3 El Conciliador será compensado por su trabajo, cualquiera que sea su decisión por hora según los honorarios **especificados en los DDL y en las CEC**, además de cualquier otro gasto reembolsable **indicado en las CEC** y el costo será sufragado por partes iguales por el Contratante y el Contratista. Cualquiera de las partes podrá someter la decisión del Conciliador a arbitraje dentro de los 28 días siguientes a la decisión por escrito del Conciliador. Si ninguna de las partes sometiese la controversia a arbitraje dentro del plazo de 28 días mencionado, la decisión del Conciliador será definitiva y obligatoria.

24.4 El arbitraje deberá realizarse de acuerdo al procedimiento de arbitraje publicado por la institución **denominada en las CEC** y en el lugar **establecido en las CEC**.

CGC
(...)

23.1 y 23.2 La Autoridad Nominadora del Conciliador es: **Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.**

24.3 Los honorarios y gastos reembolsables pagaderos al conciliador: ascienden a la suma de S/. 230.00 nuevos soles.

24.4 Arbitraje Nacional:

De existir discrepancias a lo señalado por el Conciliador, deberán ser resueltos mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y según lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje.

El lugar de arbitraje será: la ciudad de Lima, Perú”

En ese sentido, señala la Entidad que el procedimiento especial de solución de controversias, establece que de manera previa al arbitraje, se deberá someter la controversia ante el conciliador, dentro del plazo de 14 días de notificada la liquidación del contrato (decisión del Gerente de Obras), y de existir discrepancias a lo señalado por dicho conciliador, se resolverá lo mismo a través del arbitraje, por lo cual señala la Entidad que el arbitraje solicitado por el Contratista se encuentra incorrectamente implementado, al no haber seguido dicha parte el procedimiento conciliatorio previo establecido en el contrato.

Asimismo, señala la Entidad que el Contrato de Ejecución de Obras N° 025-2011/PARSALUD es vinculante y de obligatorio cumplimiento, a mérito de lo dispuesto por el artículo 168° del Código Civil, que establece que *“el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe”*, asimismo, el artículo 1361° del Código Civil establece que *“los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”*.

Además de lo indicado, señala la Entidad que en el Contrato de Ejecución de Obras N° 025-2011/PARSALUD establece que de forma previa al inicio de un proceso arbitral, el Contratista en caso de no estar de acuerdo con la liquidación remitida por el Gerente de Obras, debía someter dicha decisión a un proceso previo de “Conciliación Decisoria”, el cual es obligatorio en forma previa a recurrir al proceso arbitral, conforme a lo pactado por las partes, por lo cual la materia no es susceptible de ser arbitrable.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista, en su escrito de absolución a las excepciones de incompetencia, prescripción y caducidad, expone su posición conforme a los términos siguientes:

“Que habiendo sido notificados el 12.07.2022 con la Decisión Arbitral N° 7 del escrito de la Procuraduría Pública del Programa Nacional de Inversiones en Salud – PRONIS, mediante el cual plantea cuestiones previas que incorpora su OPOSICIÓN AL ARBITRAJE, EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA Y/O PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD, le manifestamos desde ya nuestro total desacuerdo ante tal pretensión.

Señores del Tribunal, como queda debidamente claro, la Entidad demandada está acudiendo a todas las maniobras posibles a fin de postergar la solución de las controversias que ha generado su deficiente desempeño en las gestiones después de la Resolución del Contrato, los cuales no fueron atendidas a nuestras comunicaciones, siendo ello una muestra inobjetable que carece de los argumentos válidos que justifiquen su deficiente accionar.

La Procuraduría Pública del PRONIS refiere a los numerales 24 y 25 de las condiciones generales del Contrato, los cuales mi representada ha seguido el procedimiento, a fin de lograr la atención de la Entidad para el pago de nuestras pretensiones demandadas, tal es así, que la Entidad fue citada a una Conciliación Extrajudicial N° 03-2022, lo que generó el Acta de fecha 24 de enero del 2022 para luego proceder al inicio del Arbitraje con fecha 08 de febrero de 2022.

Por otra parte, del escrito presentado por la Procuraduría Pública del PRONIS, refiere a un arbitraje internacional, de esta manera se entiende que objeta y/o

cuestiona a la institución del Centro de Arbitraje, que en un inicio había declarado conformidad con ella.

Considerando que la actitud de la defensa de la Entidad, especialmente encargada a la Procuraduría Pública, está dirigida a entorpecer el desarrollo del proceso arbitral, atentando inclusive contra vuestra Competencia, deberá ser declarada Infundada las excepciones de incompetencia y/o prescripción y caducidad, por carecer de validez y de argumentos válidos, el único fin que persigue la pretensión de la Procuraduría y ello está claro, es entorpecer y desnaturalizar las bondades que nos ofrece el arbitraje, alternativa que ajena a los procesos de sede judicial, aún no es entendida por sus especializados abogados litigantes.

La afirmación de EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA Y/O PRESCRIPCIÓN DE CADUCIDAD, es una acusación innoble que vuestra Competencia no puede permitir, pues estaría aceptando desde ya que su decisión, aceptada al Centro de Arbitraje en su oportunidad por la demandada, no fue correcta, ello a pesar de haber contado con el plazo que le correspondía para observar dicha decisión. Tenga en cuenta Señores del Tribunal Arbitral que la Institución de Arbitraje de CEAR, a la que hemos acudido, tiene competencia suficiente para dilucidar los aspectos controversiales de acuerdo a los contratos y convenios con el que llegan los demandantes, aplicando la normatividad aplicable y por consiguiente decisiva e inapelable, por lo que le hemos otorgado facultades por encima de las precisadas en la Reglas fijadas en la Decisión Arbitral N° 01 modificándose a solicitud de la Entidad. Ojalá que la “defensora del Estado” no acuda a otro artificio “legal” y permita abocarnos a la solución de las controversias generadas”.

En ese sentido, el Contratista solicita que se declaren infundadas las excepciones presentadas por parte de la Entidad.

5.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Que, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas pertinentes aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas, y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación del proceso arbitral y en la expedición de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral y reglas complementarias fijadas con posterioridad.

CONSIDERANDOS.-

5.1. En torno a la Excepción de Incompetencia presentada por la Entidad en su escrito de contestación de la demanda, se tiene que la demandada cuestiona la competencia del presente arbitraje, en razón de no haberse seguido el procedimiento de solución de controversias establecido en la cláusula vigésimo cuarta del contrato.

5.2. Conforme a lo indicado, es preciso en primer lugar señalar respecto al convenio arbitral que conforme al artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1071, se define al mismo como *“(…) un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”*.

5.3. En ese sentido, de acuerdo a BARCHI VELAOCHAGA define al convenio arbitral como *“el acuerdo por el que dos o más partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza²”*.

5.4. Asimismo, VIDAL RAMIREZ señala que *“el convenio arbitral, en la noción de la Ley general de arbitraje -en adelante LGA- es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje la controversia que haya surgido o que pueda surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sea o no materia de un proceso judicial.*

(...)

El compromiso arbitral venía a ser el convenio definitivo que se celebraba en cumplimiento de la cláusula compromisoria. Era la convención en virtud de la cual las partes decidían encargar la solución del litigio a los árbitros escogidos por ellas. Sus antecedentes se remontan al derecho romano en el que por el compromissium los litigantes escogían al arbirer que iba a dirimir su conflicto y se comprometían a acatar su decisión”.

5.5. Conforme a lo indicado, puede apreciarse el carácter imperativo del convenio arbitral para las partes que lo suscriben, los cuales se ven vinculados a seguir los lineamientos establecidos en la cláusula que establece y delimita el convenio arbitral, conforme al marco de la relación jurídica establecida entre las partes.

5.6. Asimismo, respecto de la competencia del Tribunal Arbitral, se considera necesario señalar que, entre los principios fundamentales que rigen el arbitraje y que han consolidado la premisa de evitar la intervención judicial y/o administrativa en el curso del proceso arbitral, se destacan los de competencia

² BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. El convenio arbitral en el Decreto Legislativo N° 1071, en *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Lima, N° 44, Lima 2013, p. 90

de la competencia y de separabilidad del convenio arbitral; los cuales se encuentran expresamente previstos en el artículo 40° y los numerales 1 y 2 del artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (LA); los cuales disponen:

“Artículo 40°.- Competencia del tribunal arbitral.

*El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre **cualesquiera** cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas”.*

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

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

2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.” (sic)

5.7. Que, en la línea de lo señalado, el principio Competencia de la Competencia (kompetenz kompetenz), contemplado en numerosa doctrina arbitral y en el artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1071 (LA) antes citado, postula que los árbitros serán los únicos legitimados para decidir sobre su competencia. En otras palabras, ellos se pronunciarán sobre si en verdad

existe o no un convenio arbitral que refleje una manifiesta voluntad de las partes para acudir a un proceso arbitral, o cualquier otra incidencia que conlleve al cuestionamiento de la competencia de los árbitros en el arbitraje a su cargo.

5.8. Este principio de actuación para los árbitros es trascendental para el desarrollo del arbitraje, ya que busca evitar que la parte que no desea someterse a la vía arbitral dilate o evada el proceso y acuda de forma innecesaria al Poder Judicial, con la evidente finalidad de que los jueces estatales obstaculicen el desarrollo del arbitraje, y así el proceso arbitral pierda la autonomía técnica y celeridad que lo caracteriza.

5.9. En ese sentido, según Gaillard este principio “*no es neutral*”. Está destinado, específicamente, a proteger el arbitraje. Al promover este modo de resolución de conflictos, el cual se ha convertido en un modo normal de resolución de controversias en el comercio internacional, los legisladores contemporáneos no ignoran su fragilidad. Esta se debe al hecho de que la competencia de los árbitros reposa únicamente en la voluntad de las partes. Resulta por lo tanto más fácil sabotear un arbitraje, aunque solo sea utilizando argumentos de pura lógica, como aquellos que estiman que los árbitros no están facultados para pronunciarse sobre ningún punto mientras su competencia no esté establecida, que objetar la competencia de un juez estatal. Es por ello que:

“(...) el derecho del arbitraje encontró necesario otorgar a los árbitros prioridad para pronunciarse sobre su competencia (...)”³

5.10. Por otro lado, en lo que respecta a las excepciones planteadas, debemos dejar establecido en forma preliminar, que las mismas constituyen mecanismos de defensa del demandado para imposibilitar la continuación de la acción a

³ GAILLARD, Emmanuel. Teoría jurídica del arbitraje internacional. Asunción: CEDEP. 2010, pp. 100-101.

través de la interposición de la demanda arbitral; al respecto Hernando Davis Echandía afirma que *“la excepción es una especial manera de ejercer el derecho de contradicción o defensa en general, que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos⁴”*.

5.11. En ese sentido, la primera de las excepciones que procederemos a revisar es la planteada como excepción de incompetencia, la cual deviene de la garantía constitucional del juez natural, siendo el derecho que tienen las partes de que el conflicto de intereses una vez ocurrido, pueda ser resuelto por un tercero dirimente predeterminado por ley, lo cual constituye la garantía propia del “juez natural”.

5.12. En el caso concreto, en la medida que nos encontramos ante la existencia de un arbitraje, donde son las propias partes las que establecen los mecanismos para resolver sus controversias e instancias especializadas a las cuales acudir, debe entenderse que el acuerdo arribado será el marco jurídico a respetarse, una vez ocurrida una controversia que no pueda ser resuelta a través de los mecanismos de trato directo.

5.13. En el presente proceso arbitral, para poder realizar la evaluación sobre la estimación o no de dicha excepción, debemos remitirnos a las condiciones generales del contrato - convenio arbitral, al respecto los numerales 24.1, 24.2 y 24.3 de la cláusula 24, las cuales establecen lo siguiente:

24.1 Si el Contratista llegase a considerar que el Gerente de Obras ha tomado una decisión fuera de su nivel de autoridad definido por el Contrato o que la decisión fue errada, dicha decisión deberá ser remitida

⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General del Proceso. Tomo I. Buenos Aires: Universidad, 1984, p. 264

al Conciliador dentro de los 14 días siguientes a la notificación de la decisión por el Gerente de Obras.

24.2 El Conciliador deberá comunicar su decisión por escrito dentro de los 28 días siguientes a su recepción de la notificación de una controversia.

24.3 El Conciliador será compensado por su trabajo, cualquiera que sea su decisión por hora según los honorarios **especificados en los DDL y en las CEC**, además de cualquier otro gasto reembolsable **indicado en las CEC** y el costo será sufragado por partes iguales por el Contratante y el Contratista. Cualquiera de las partes podrá someter la decisión del Conciliador a arbitraje dentro de los 28 días siguientes a la decisión por escrito del Conciliador. Si ninguna de las partes sometiese la controversia a arbitraje dentro del plazo de 28 días mencionado, la decisión del Conciliador será definitiva y obligatoria.

(negritas y subrayado nuestro)

5.14. Conforme a lo que se puede revisar de los numerales de la cláusula referida, la conciliación que se plantea es una de carácter decisorio, donde el Contratista tiene la potestad de cuestionar una decisión del Gerente de Obras, existiendo un plazo de 14 días para ello, luego de lo cual el Conciliador, una vez recepcionadas las posiciones de las partes, deberá comunicar su decisión por escrito en un plazo máximo de 28 días de haber sido notificado con la controversia.

5.15. En ese sentido, podemos apreciar que las características de dicho medio de solución de controversias, donde se delega a un Conciliador la capacidad de dirimir mediante la expedición de una decisión debidamente motivada, sobre las decisiones adoptadas por el Gerente de Obras, es algo que no se ha llevado a cabo como paso previo a la interposición de la presente demanda arbitral, lo cual es un requisito de carácter obligatorio por parte del Contratista, si no estuviesen de acuerdo con la decisión de dicho Gerente.

5.16. En el caso concreto, conforme a los hechos relatados por las partes y pruebas presentadas, la parte demandante ha presentado como medio

probatorio de haber agotado la Conciliación, un Acta de Conciliación N° 03-2022 expedida el 24 de enero de 2022 por el Centro de Conciliación Extrajudicial “Creatividad para Solucionar”, donde se establece en su segunda hoja la “Falta de Acuerdo” entre las partes, redactándose el siguiente texto:

“Habiéndose incentivado a las partes a fin de poder lograr arribar a un acuerdo satisfactorio de la misma, lamentablemente no se pudo lograr un acuerdo conciliatorio, por lo que se procede a levantar la presente acta de conciliación”.

5.17. Cabe señalar, que de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 26872 – Ley de Conciliación, se establece expresamente en su artículo 3 el carácter consensual de la conciliación, es decir su constitución como un mecanismo autocompositivo de resolución de conflictos en función de la autonomía de la voluntad de las partes, conforme a lo siguiente:

“La Conciliación es una institución consensual, en tal sentido, los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes”

5.18. En cambio, conforme a lo establecido en el numeral 24.2 de la cláusula vigésimo cuarta del contrato de ejecución de obra, establece que el conciliador se encuentra facultado para adoptar decisiones, es decir, las partes le han autorizado expresamente a que pueda adoptar decisiones que en principio y de estar de acuerdo les vinculen, siendo dicho mecanismo ajena a la conciliación llevada a cabo el día 24 de enero de 2022 por el Centro de Conciliación Extrajudicial “Creatividad para Solucionar”.

5.19. Por lo tanto, del análisis efectuado a las cláusulas del contrato, como paso previo a la interposición del arbitraje, el Contratista debía someter la controversia para que sea resuelta por parte del Conciliador con facultades decisorias, algo que conforme al acta de conciliación que ha presentado la parte accionante, no se ha cumplido con realizar.

5.20. Cabe señalar asimismo, en lo que respecta a la identidad del conciliador o centro especializado de conciliación, que la parte demandante no ha acreditado tampoco con haber seguido el procedimiento establecido en los numerales 23.1 y 23.2 del contrato, conforme al siguiente detalle:

*23.1 y 23.2 La Autoridad Nominadora del Conciliador es: **Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.***

5.21. De acuerdo a lo indicado, tampoco se ha acreditado haber seguido dicho procedimiento ante el CARC-PUCP para determinar el conciliador a cargo de la conciliación decisoria, que las partes voluntariamente decidieron someterse al inicio de su vínculo contractual.

5.22. En lo que respecta a la absolución de la excepción de incompetencia efectuada por el Contratista, señala en su escrito que el procedimiento de conciliación seguido ante el Centro de Conciliación Extrajudicial “Creatividad para Solucionar”, se encuentra ajustado al procedimiento establecido en el contrato, lo cual es incorrecto, ya que en realidad no se ha seguido el procedimiento de acudir ante un conciliador con facultad decisoria, sino en cambio se acudió ante un centro de conciliación con las facultades establecidas en la Ley N° 26872, que son completamente ajenas a la posibilidad de adoptar algún acuerdo o decisión en forma autónoma y con capacidad técnica.

5.23. En virtud de lo expuesto, este Tribunal Arbitral estima oportuno amparar la excepción arbitral de incompetencia deducida por la Entidad, ya que no se ha seguido el proceso previo de conciliación con carácter decisorio establecido en los numerales 24.1, 24.2 y 24.3 de la cláusula 24 del contrato que vincula a las partes, siendo únicamente susceptible de ser sometido a arbitraje aquella decisión emitida por el Conciliador con carácter decisorio, lo cual conlleva a que la presente controversia no sea susceptible a la fecha de ser resuelta en vía arbitral, debiéndose concluir con las actuaciones en esta instancia.

5.24. En lo que respecta a las excepciones de prescripción y caducidad planteadas por la Entidad, este Tribunal Arbitral considera que dado que con la estimación favorable de la excepción de incompetencia se dispone la conclusión de las actuaciones arbitrales, carece de objeto pronunciamiento sobre dichas excepciones.

6. COSTAS Y COSTOS EN EL PRESENTE ARBITRAJE

6.1. En la medida que la decisión que se adopta en el presente laudo parcial, implica la conclusión anticipada del proceso arbitral, corresponde la aplicación del artículo 73 numeral 2) de la Ley de Arbitraje, y fijar en la presente decisión los costos del arbitraje.

6.2. Que, con relación a las costas y costos, y de acuerdo con las reglas contenidas en el Acta de Instalación, para efectos del proceso arbitral será de aplicación –de manera supletoria– lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

6.3. En ese sentido, en cuanto a las costas y costos del proceso arbitral, el inciso 2 del artículo 56° del Decreto Legislativo No 1071, dispone que el Tribunal Arbitral y/o Árbitro Único deberá pronunciarse en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del referido cuerpo legal.

6.4. De igual manera, el artículo 70° del Decreto Legislativo No 1071, precisa lo siguiente:

“Artículo 70°.- Costos

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.

- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.*

6.5. Por su parte, el inciso 1 del artículo 73° del Decreto Legislativo No 1071, señala lo siguiente:

“Artículo 73.- Asunción o distribución de costos *El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.*

6.6. En el presente proceso, atendiendo a que no existe acuerdo o pacto entre las partes sobre las costas y costos, corresponde a este Tribunal Arbitral en el uso de sus facultades, pronunciarse respecto a la distribución de los mismos.

6.7. En ese sentido, considerando que la Entidad ha tenido actitudes dilatorias en el presente proceso arbitral, al no abonar el monto fijado por concepto de pretensiones reconvencionales, debidamente planteadas por dicha parte, generando la interrupción del proceso arbitral a la espera de un posible pago por el monto de dichas pretensiones, que nunca se produjo, así como también por no haber planteado por escrito como una observación en el acta, al momento de llevarse a cabo la conciliación extrajudicial el día 24 de enero de 2022, de que la conciliación desarrollada en dicho momento no era una conciliación de carácter decisorio, lo cual es una forma de manifestar la buena

fe dentro de las tratativas que venía llevando a cabo con la Contratista, para resolver las controversias que devenían de la ejecución del Contrato de Ejecución de Obra N° 025-2011/PARSALUD, es que se dispone que, la Entidad asuma el 80% de los gastos o costos del proceso, esto es, los costos y costas de defensa y representación pagados en el proceso y que en su totalidad ascendieron a S/ 35 578.00 para el Tribunal Arbitral y a S/ 12 990.72 para el Centro de Arbitraje, íntegramente pagados por el Contratista.

7. PARTE RESOLUTIVA

Por las razones expuestas, de conformidad con la normativa aplicable para el presente proceso arbitral, Acta de Instalación, Reglamento Procesal de Arbitraje 2022 del Centro de Arbitraje Latinoamericano e Investigaciones Jurídicas y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, el Tribunal Arbitral, dentro del plazo correspondiente, resolviendo en Derecho, emite **LAUDO** conforme a lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la excepción de incompetencia deducida por la Entidad, y en virtud de ello la **CONCLUSIÓN** del presente proceso arbitral, dejando a salvo el derecho de la parte accionante de hacer valer sus derechos en las instancias correspondientes.

SEGUNDO: DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento sobre la excepción de caducidad deducida por la Entidad.

TERCERO: DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento sobre la excepción de prescripción deducida por la Entidad.

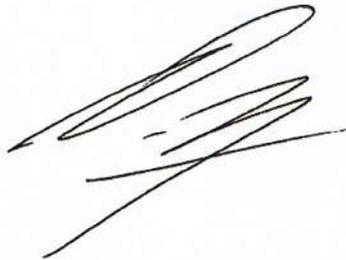
CUARTO: ORDENAR que la Entidad asuma el 80% del pago de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, calculados en **S/. 28,462.40** y **S/. 10,392.58** respectivamente. Dichos montos, deben ser pagados por el

Programa Nacional de Inversiones en Salud – PRONIS a favor de J y J Contratistas Generales S.A.C.

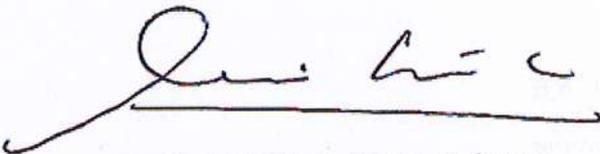
QUINTO: **DISPONER** que la Secretaría Arbitral proceda a remitir copia del presente laudo a la SNA del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, para los fines que estime conveniente.

SEXTO: El presente Laudo es inapelable y tiene carácter vinculante e imperativo para las partes, en consecuencia, notifíquese para su cumplimiento con arreglo a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, el Reglamento del Centro Arbitral y el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

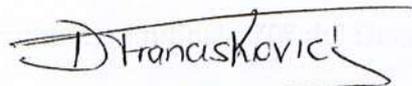
Notifíquese a las partes. -



ORLANDO CHIONG LIZANO
Presidente de Tribunal Arbitral



MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ
Árbitro



BEATRIZ FRANCISKOVIC INGUNZA
Árbitra