



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

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

EXPEDIENTE : 17490-2023-90-1817-JR-CO-13
DEMANDANTE : CONSORCIO SALUD, PROGRESO
DEMANDADO : PROGRAMA NACIONAL DE INVERSIONES EN SALUD - PRONIS
MATERIA : OBLIGACION DE HACER
JUZGADO : 13° JUZGADO CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

*"No procede conceder asistencia judicial para la ejecución de una pretendida medida cautelar emitida por un árbitro de emergencia de un Centro de Arbitraje, que carece de competencia legal para adoptar decisiones con relación al contrato que contiene un convenio arbitral en el que las partes se someten a un Centro de Arbitraje diferente, y que expresamente prohíbe o excluye el arbitraje de emergencia.
Además, tratándose de una medida de no innovar, su ejecución es improcedente si con anterioridad a la solicitud de asistencia judicial el requerido ya ejecutó la conducta material que se ordenó abstenerse de realizar."*

MARTEL CHANG
RIVERA GAMBOA
PRADO CASTAÑEDA

RESOLUCIÓN NÚMERO TRES

Miraflores, doce de noviembre
del año dos mil veinticuatro.

I. AUTOS Y VISTOS:

Vista la causa con informe oral del abogado de la parte demandada, habiéndose analizado y debatido, conforme lo prescriben los Artículos 131 y 133 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este colegiado integrado por los señores Jueces Superiores: Martel Chang, **Rivera Gamboa**, quien interviene como ponente, y Prado Castañeda; emiten la siguiente decisión judicial:

II. ASUNTO:

El recurso de apelación interpuesto por el demandado PROGRAMA NACIONAL DE INVERSIONES EN SALUD - PRONIS¹, contra la **Resolución número CUATRO**², que declara improcedente la oposición a la colaboración

¹ Folios 374/380.

² Folios 360/361.



judicial de medida cautelar dictada en sede arbitral, debiendo en todo caso, formular la oposición en la instancia arbitral correspondiente.

III.FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

- III.1. El A quo no se ha pronunciado sobre los hechos expuestos en el escrito de oposición, existiendo incongruencia procesal y motivación defectuosa.
- III.2. El demandante ha presentado su solicitud de medida cautelar en un centro de arbitraje que no es competente para conocer las controversias (DOMINUS), pues en la Cláusula Vigésima del Contrato se ha señalado de manera expresa que la solución de controversias se realizará en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, hecho que fuera denunciado en el escrito de oposición/contradicción y que el A quo no ha valorado, pues solo se limita a invocar el principio de kompetenz-kompetenz concluyendo que el arbitro que emitió la medida cautelar es el único competente para dejar sin efecto la medida cautelar, sin argumentar sobre los hechos denunciados, a pesar de ser potestad del órgano jurisdiccional de conformidad con lo establecido en el inciso 4.a del artículo 48 y, el inciso 2.a del artículo 75 del Decreto Legislativo N° 1071.
- III.3. El A quo no ha hecho el mínimo esfuerzo para pronunciarse sobre la contracautela, la que debió ser exigida al contratista para dar trámite a la solicitud de medida cautelar conforme lo establece el artículo 8 del Decreto de Urgencia N° 020-2020 (que modifica el D. Leg. N° 1071), asimismo, se desconoce la existencia de la tercera disposición complementaria final de la Ley N° 31589 "Ley que garantiza la reactivación de las obras publicas paralizadas" que establece "*2. La interposición de una medida cautelar requiere la presentación de una contracautela, la que se acredita únicamente con la presentación de una fianza bancaria la cual debe ser incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en favor de la entidad convocante o contratante (...). Constituye causal de improcedencia de la medida cautelar cuando se presente una caución juratoria como contra cautelar.*" La que no ha sido ofrecida por el Consorcio Salud Progreso, hecho que debió ser tomado en cuenta para otorgar la asistencia judicial.

IV.ANÁLISIS DEL CASO:

- IV.1. De conformidad con el artículo 364 del Código Procesal Civil, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional Superior examine, a solicitud de parte o tercero legitimado la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente. La apelación como recurso ordinario para impugnar autos y



sentencias está regida por principios específicos que orientan su actuación, entre los cuales destaca el “*Tantum devolutum quantum appellatum*”, estrechamente ligado a los principios dispositivo y de congruencia procesal, que significa que el órgano revisor (*Ad quem*) al resolver la apelación deberá pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en su recurso; sin perjuicio de apreciar los vicios o deficiencias que impliquen violación insubsanable del debido proceso o de normas imperativas o de orden público.

IV.2. Del presente expediente, fluye:

IV.2.1. CONSORCIO SALUD PROGRESO interpone demanda de Ejecución de medida cautelar concedida en vía arbitral, contra el Programa Nacional de Inversiones en Salud - PRONIS para que se garantice el cumplimiento de la medida cautelar concedida por la *Árbitro de Emergencia Marleny Gabriela Montesinos Chacón*, del *Centro de Arbitraje Internacional Dominus*, que resuelve:

PRIMERO: CONCEDER la Medida Cautelar de No Innovar solicitada por el **CONSORCIO SALUD PROGRESO**, mediante escrito de fecha 07 de agosto de 2023 y **SE ORDENA** que el **PROGRAMA NACIONAL DE INVERSIONES EN SALUD - PRONIS**, se abstenga de declarar la nulidad del CONTRATO N° 109-2022-PRONIS – LICITACION PUBLICA N° 008-2022-PRONIS, PARA LA EJECUCION DE LA OBRA: “SALDO DE OBRA REFORMULADO DE LA OBRA PRINCIPAL MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE SALUD DEL ESTABLECIMIENTO DE SALUD PROGRESO, DISTRITO DE CHIMBOTE, PROVINCIA DE SANTA, DEPARTAMENTO DE ANCASH” CUI 22855573, por los considerandos expuestos.

SEGUNDO: REQUIÉRASE al **CONSORCIO SALUD PROGRESO**, la caución juratoria ofrecida como contracautela, la misma que deberá observar lo dispuesto por el Árbitro de Emergencia en los considerandos 66 y 67 de la presente resolución; y **OTORGAR UN PLAZO DE CINCO (05) DÍAS HÁBILES**, contados a partir de su notificación, para que el **CONSORCIO SALUD PROGRESO** presente a este Centro de Arbitraje, la Caución Juratoria con la firma de su representante debidamente certificada ante la Secretaría Arbitral o ante Notario Público, bajo apercibimiento de dejarse sin efecto la medida cautelar concedida; asimismo, **ESTABLECER** el monto de la misma en la suma de **S/ 6'290,256.49 (SEIS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS Y 49/100 SOLES)**.

IV.2.2. La peticionante fundamenta su solicitud de asistencia judicial, en la forma siguiente:

A. **ACREDITAMOS QUE SOBRE LA CONCESIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR Y EL PROCESO ARBITRAL – PRINCIPAL**

3. CONTRATO N° 109-2022-PRONIS – LICITACION PUBLICA N° 008-2022-PRONIS, de fecha 15 de diciembre de 2022, CONTRATO PARA LA EJECUCION DE LA OBRA: “SALDO DE OBRA REFORMULADO DE LA OBRA PRINCIPAL MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE 6 SALUD DEL ESTABLECIMIENTO DE SALUD PROGRESO, DISTRITO DE CHIMBOTE, PROVINCIA DE SANTA, DEPARTAMENTO DE ANCASH” CUI 22855573; en adelante el CONTRATO, se regula por el Texto Único Ordenado de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante “TUO de la Ley de Contrataciones”) y el Decreto Supremo N° 344-2018-EF - Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante “Reglamento de la Ley de Contrataciones).
4. Por otra parte, la CLÁUSULA DECIMA NOVENA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO, menciona que solo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.
5. De acuerdo a lo establecido en el numeral 45.10 del Artículo 45° del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo la Ley, debe mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) La Constitución Política del Perú, 2) La Ley de Contrataciones del Estado, 3) El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el Reglamento, 4) Las normas de derecho público y 5) Las de derecho privado; disposición que es de orden público.
6. Asimismo, se debe señalar que será de aplicación el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje y sus modificatorias y el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional DOMINUS, en lo que corresponda al caso en concreto.
7. En virtud al contrato suscrito entre ambas partes, surgieron controversias entre ambas partes, debido a que la Entidad solicitó al Consorcio que presente sus descargos sobre la documentación presentada en su oferta, bajo apercibimiento de iniciar la nulidad del contrato. (Carta N° 133.2022/MINSTA/PRONIS-UAF/SUL de fecha 03 de agosto de 2023)
8. Por lo que, mediante Carta N° 028-2023-2023, el Consorcio procedió con presentar sus descargos respectivos.
9. Debido a la intención de la Entidad, el Consorcio presentó su solicitud de medida cautelar ante el árbitro de emergencia del Centro de Arbitraje Internacional DOMINUS. La misma que fue concedida a través de la ORDEN PROCESAL de fecha 10 de agosto de 2023, por lo que, el árbitro de emergencia resolvió lo siguiente:

[...]
10. Dicha medida cautelar fue notificada a la Entidad el 10 de agosto de 2023, tal como consta en la Carta N° 142-2023-SG/DOMINUS.
11. Asimismo, dejamos constancia que el Consorcio iniciará un proceso arbitral, la misma que se encontrará vinculada a la medida cautelar concedida por el árbitro de emergencia, donde las pretensiones arbitrales que se invocaran son las siguientes:

[...]



IV.2.3. Por resolución No. 01 del 29 de agosto de 2023, a folios 226, el Juzgado de la primera instancia, dispone proceder a la asistencia (colaboración judicial) en la ejecución de la medida cautelar ordenada mediante orden procesal de fecha 10 de agosto de 2023, ordenada por la árbitro de emergencia Marleny Gabriela Montesinos Chacón, del Centro de Arbitraje Internacional DOMINUS; en consecuencia, Ofíciase a PRONIS y a la Procuraduría Pública a fin de que cumplan con la medida cautelar ordenada por el Tribunal Arbitral consistente en que: *“PRIMERO: CONCEDER la Medida Cautelar de No Innovar solicitada por el CONSORCIO SALUD PROGRESO, mediante escrito de fecha 07 de agosto de 2023 y SE ORDENA que el PROGRAMA NACIONAL DE INVERSIONES EN SALUD – PRONIS, se abstenga de declarar la nulidad del CONTRATO N° 109-2022-PRONIS-LICITACION PUBLICA N° 008-2022-PRONIS, PARA LA EJECUCION DE LA OBRA: “SALDO DE OBRA REFORMULADO DE LA OBRA PRINCIPAL MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE SALUD DEL ESTABLECIMIENTO DE SALUD PROGRESO, DISTRITO DE CHIMBOTE, PROVINCIA DE SANTA, DEPARTAMENTO DE ANCASH” CUI 22855573 por los considerandos expuestos (...); y, iii)* para dicho efecto, la parte solicitante deberá apersonarse al local del juzgado a fin de recoger los oficios correspondientes y encargarse de su diligenciamiento, debiendo retornar los cargos una vez que se haya cumplido con presentados.

IV.2.4. A folios 238 se apersona el Programa Nacional de Inversiones en Salud -PRONIS, reclama notificación defectuosa de la resolución 01 y denuncia temeridad procesal del CONSORCIO SALUD PROGRESO.

IV.2.5. A folios 260 PRONIS formula oposición a la asistencia judicial solicitada, por la temeridad procesal del CONSORCIO SALUD PROGRESO, en los términos siguientes:

I. FORMULO OPOSICION A LA ASISTENCIA JUDICIAL POR TEMERIDAD PROCESAL DE PARTE DEL SOLICITANTE:

PRIMERO CONVENIO ARBITRAL. - En primer lugar, debe tenerse presente que la referida solicitud de **“Ejecución de medida cautelar concedida en vía arbitral”**, no debió ser concedida por su despacho, por no haberse emitido la referida medida cautelar por la autoridad competente para hacerlo, por lo tanto, no debió ejecutarse en la vía judicial.

Al concederse la **“ASISTENCIA (COLABORACIÓN) JUDICIAL”**, se está violando el convenio arbitral que ha sido pactado en el contrato que dio lugar a la presente causa, pues en la cláusula vigésima, referido a solución de controversias se ha fijado lo siguiente:

CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

El arbitraje será de tipo institucional y será resuelto por Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros, siendo uno de ellos designado por LA ENTIDAD y el cual será organizado y administrado por el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En el procedimiento arbitral ningún plazo podrá ser menor de cinco (05) días hábiles, debiendo asumir la parte que solicita el arbitraje la totalidad de los costos arbitrales que dicho procedimiento genere, con excepción de aquellos costos a que se refieren los literales d), e) y f) del artículo 70 de la Ley de Arbitraje, siendo esta disposición vinculante para los árbitros.

De la referida cláusula, se aprecia claramente que, cuando se presente alguna controversia, la solución de esta controversia, se tiene que realizar en **El Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú**

Situación que no ha sido tomada en cuenta por parte del solicitante, por el árbitro de emergencia, ni mucho menos por el Órgano Jurisdiccional, situación por la cual solicitamos que la referida solicitud sea cancelada, por no cumplir con lo establecido en el convenio contractual (contrato), referido a la solución de controversias pactado por las partes y por haberse tramitado indebidamente por parte del CONSORCIO SALUD PROGRESO una medida cautelar de emergencia en otro centro arbitral y tramitada por el árbitro de emergencia Dra. Marleny Gabriela Montesinos Chacon, con ello se estaría incurriendo en desviar la voluntad de las partes de la jurisdicción ordinaria que estas por su propia voluntad las plantearon en el **"CONTRATO N° 109-2022-PRONIS – LICITACIÓN PÚBLICA N° 008-2022-PRONIS", se fijó como convenio para solucionar las controversias a través del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.**

SEGUNDO: COMPETENCIA. Se está vulnerando el principio de la competencia "competencia de la competencia", el artículo 41° de la Ley que normal el arbitraje señala en su inciso 1), que el tribunal arbitral es el único competente para conocer su competencia, todo ello tiene como objeto que la parte que cuestiona esta competencia, tiene como finalidad impedir que las actuaciones arbitrales continúen, en este caso la competencia que cuestionamos al árbitro de emergencia y del Centro de Arbitraje, se debe a que este no ha sido señalado en el convenio arbitral para que sea el que dé solución a las controversias que hubieran surgido en la relación contractual, conocer o continuar con el trámite arbitral de manera imperativa por parte del árbitro de emergencia y del centro de arbitraje, no hará más que se esté viciando el proceso arbitral y por ser este asunto de carácter formal aun cuando se hubiera emitido alguna medida cautelar

o laudo, estos serán pasibles de su anulación por la vía judicial, por el simple hecho de la vulneración clara de la voluntad de las partes en cuanto a la elección de su centro de arbitraje para la solución de sus conflictos, por lo tanto a fin de evitar un innecesario proceso arbitral que de manera clara está violentando del convenio de solución de controversias, el árbitro que emitió la medida cautelar es incompetente para conocer y emitir resoluciones y/o decisiones arbitrales.

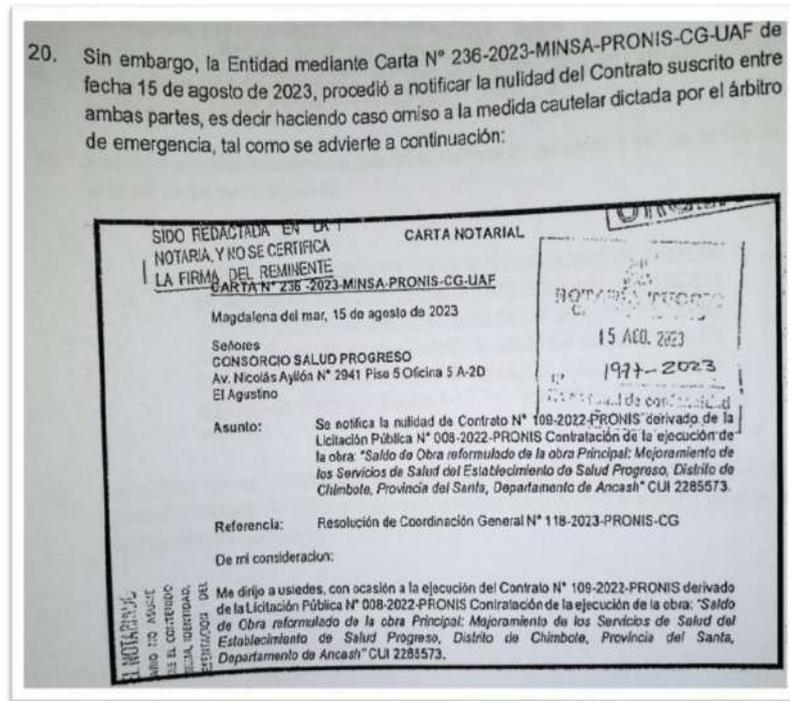
En tal sentido, el Centro de Arbitraje y el Árbitro Único, tramitaron indebidamente la solicitud cautelar, cuando debió rechazarla de plano por violentar la voluntad de las partes frente al convenio arbitral en cuanto al centro de arbitraje que debería conocer la solución de controversias, además por no ser competente, en estricta observancia de lo dispuesto en el **Artículo 28 Decreto Legislativo Nro. 1071 – Ley de Arbitraje**

TERCERO: CONTRACAUTELA. Sin perjuicio de que se declare fundado cualquiera de los fundamentos del primer y segundo considerando de nuestra defensa, nos oponemos frente a la contracautela ofrecida por el solicitante de la medida cautelar.

Se aprecia que el solicitante de la medida cautelar no ha ofrecido contracautela alguna, ni acompaña las cartas fianza bancaria y/o patrimoniales

Se evidencia la falta de pronunciamiento y motivación respecto a la contracautela que se debió exigir al contratista para dar trámite a la solicitud de medida cautelar, conforme establece el Artículo 8 del Decreto de Urgencia N° 020-2020 *"Decreto de Urgencia que modifica el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje"*, asimismo, existe desconocimiento de la Ley de la especialidad, y normas conexas, como la tercera disposición complementaria final de la Ley N° 31589 *"Ley que garantiza la reactivación de las obras públicas paralizadas"*, que establece: **"2. La interposición de una medida cautelar requiere la presentación de una contracautela, la que se acredita únicamente con la presentación de una fianza bancaria la cual debe ser incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en favor de la entidad convocante o contratante (...). Constituye causal de improcedencia de la medida cautelar cuando se presente una caución juratoria como contra cautelar."** (resaltado agregado)

CUARTO: IMPOSIBILIDAD DE CAUTELAR. Sin perjuicio de lo expuesto con anterioridad, la presente resolución que dispone: "proceder a la asistencia (colaboración) Judicial", **ha sido notificada** a esta Procuraduría Pública del Ministerio de Salud, **con fecha 04/09/23**, conforme obra el sello de recepción de mesa de parte de la Procuraduría, sin embargo, conforme lo ha señalado la parte solicitante en su escrito, en el fundamento 20, señala lo siguiente:



Con ello, resulta imposible cautelar el acto de **“abstenerse de declarar la nulidad del Contrato N° 109-2022-PRONIS – LICITACION PUBLICA N° 008-2022-PRONIS”**, cuando el propio solicitante expresa que el referido contrato ya ha sido declarado nulo con anterioridad a la fecha del otorgamiento de la medida cautelar y/o Asistencia Judicial, conforme señala el solicitante, que se le ha notificado con fecha 15/08/2023, mediante Carta N° 236-2023-MINSA-PRONIS-GG-UAF. Por todo ello, el motivo de la supuesta medida cautelar se ha desvanecido.

IV.2.6. Por resolución No. 04 de fecha 18 de octubre de 2023, se declara improcedente la oposición formulada por PRONIS, lo que es materia de impugnación en los términos expuestos en el considerando III de la presente resolución.

IV.2.7. Por *Resolución N° 1* la 1° Sala Civil Comercial registra el presente en la tabla de reparto para el **7 de noviembre del 2024**.

Consideraciones del Colegiado

IV.3. Es materia de grado, la decisión del *A quo* de declarar improcedente la oposición formulada por PRONIS, a la asistencia judicial para la ejecución de una medida cautelar dictada por árbitro de emergencia, lo que nos remite ineludiblemente a la naturaleza de la función de colaboración judicial con el arbitraje, que es una de las interacciones previstas por el artículo 8 del D. Leg. 1071, entre la jurisdicción estatal y el fuero privado arbitral, reconocido en el ordenamiento constitucional como fuero jurisdiccional especial e independiente, *“que se explica no como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, básicamente de orden patrimonial de libre disposición, y que no se trata de un poder sujeto exclusivamente al derecho*

privado, sino que forma parte del orden público constitucional". (STC No. 6167-2005-PHC/TC).

IV.4. En ese contexto, es menester tener claro que la función de colaboración o asistencia judicial con el arbitraje, si bien es tributario del reconocimiento constitucional de este, sin embargo, no deja de constituir el ejercicio de una potestad pública que debe encauzarse a través de la normativa procesal de aplicación imperativa, lo que supone que no puede la judicatura deponer sus facultades y responsabilidades en la verificación y aseguramiento de los principios y garantías de la administración de justicia, conforme al artículo 139 de la Constitución. Esto supone, por ejemplo, que no obstante la escueta regulación del D. Leg. 1071 en materia de ejecución de laudo y -para el caso- de colaboración con la tutela cautelar arbitral, no está eximido el órgano judicial de calificar el acto postulatorio, verificando los presupuestos procesales sin cuyo cumplimiento no es posible la emisión de un pronunciamiento fondal, o inclusive, ni siquiera la admisión de la demanda de referencia; a saber: la competencia judicial, la capacidad procesal de las partes y los requisitos legales de la demanda (presupuestos formales) así como la legitimidad e interés para obrar y la voluntad de la ley o posibilidad jurídica del petitorio (presupuestos materiales).

IV.5. En ese sentido, esta Corte tiene presente el criterio ya señalado en sede judicial, en el Exp. No. 6762-2014-90:

***QUINTO:** Sin embargo, es claro que la competencia de colaboración con el arbitraje que le ha sido asignada por la ley al Poder Judicial, no implica que los Jueces se conviertan en meros tramitadores de las decisiones arbitrales, deponiendo su deber-facultad de asegurar la vigencia de las normas de orden público que se encuentran allende la competencia decisoria de los árbitros, pues, en tal caso, lejos de cumplir un acto de colaboración funcional, terminarían siendo por su no hacer, cómplices permisivos o incluso francamente activos de un acto antijurídico, arbitrario y acaso delictivo, bajo el ropaje de colaboración con un arbitraje fraudulento.*

Esta forma de asumir la colaboración judicial con el arbitraje responde al imperativo de la realidad, que ha llevado a constatar públicos casos de uso y abuso del arbitraje con manifiesta desnaturalización de la institución arbitral para alcanzar propósitos ilícitos, valiéndose del eufemismo de la independencia del arbitraje y la no interferencia judicial. Dicha situación impone a los Jueces la necesidad de ejercer sus atribuciones y responsabilidades con ponderación y razonabilidad, a fin de -por un lado- respetar la legalidad que blindada al arbitraje frente a la intervención judicial, y -por el otro- impedir que dicho blindaje legal se constituya en cobertura para la ilegalidad arbitral.

IV.6. Así, se toma nota que en la jurisprudencia de las Salas Comerciales de Lima, se aprecia, por ejemplo, que no se provee ejecución judicial a: 1) mandatos no contenidos en el laudo arbitral, sino emitidos en forma ulterior como supuesta consecuencia legal de una ejecución de remate arbitral (p.e Exp. No. 10712-2015-84; 7253-2016; 4835-2021; 10585-2022); 2) mandatos contra terceros que no formaron parte en el arbitraje (p.e. Exp. 2362-2013-9, criterio avalado por el Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial de 2010); 3) ejecución de extremos resolutivos de un laudo, que versan sobre materia no arbitrable (p.e. Exp. No. 9158.2014); 4) decisiones pretendidamente arbitrales emitidas por quien carecía de competencia por inexistencia de convenio arbitral (Exp. No. 6762-2014-90).

IV.7. En tales casos excepcionales, la judicatura ejerció un control de legalidad del acto arbitral sub materia, incluso de oficio y en instancia de apelación, como sucedió en el caso acotado en el numeral 3) precedente, lo que fue convalidado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia No. 432/2023 recaída en el Exp. No. 607-2022-PA/TC, que declaró infundada la demanda de amparo que fuera interpuesta contra la denegación de ejecución del extremo resolutivo del laudo que la Sala Superior consideró que versaba sobre materia no conciliable, respecto de cuyo control de legalidad expresó el supremo intérprete de la Constitución:

14. De lo expresado, se aprecia que los jueces demandados, al analizar el laudo arbitral cuya ejecución fue objeto del proceso subyacente, advirtieron que una de las pretensiones amparadas en este estaba referida a una materia que, a la luz de las disposiciones legales que regulan el arbitraje en materia de contrataciones del Estado, no resultaba arbitrable. Dicho de otro modo, por mandato legal los

árbitros no se encontraban autorizados para conocer de esa materia. Por ello, ejerciendo un control de legalidad del título cuya ejecución se pretendía, decidieron declarar improcedente la ejecución solicitada respecto a este extremo del laudo, y expresaron las razones fácticas y jurídicas de tal decisión.

15. Cabe recordar que el artículo 76 de la Constitución Política señala que “Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contratación y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”. Por otro lado, el Decreto Legislativo 1017, que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado que estuvo vigente durante el trámite del proceso arbitral materia del presente caso, y en la que se basaron los jueces demandados, constituía, precisamente, el cuerpo normativo que contenía “[...] las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos”, tal como se lee de su artículo 1, y que sus disposiciones son de derecho público y de observancia obligatoria.

16. Por tanto, se puede concluir que la resolución objeto del amparo justificó debidamente la decisión contenida en ella, expresando las razones fácticas y jurídicas que la respaldan, aplicando al caso concreto y según las circunstancias particulares que la rodean, las disposiciones que rigen tanto a los procesos de ejecución de títulos ejecutivos como a las contrataciones del Estado y las controversias surgidas en razón de ellas, por lo que no se advierte afectación alguna al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales ni a la cosa juzgada.
17. Siendo así, y al no haberse afectado el contenido constitucionalmente protegido de ninguno de los derechos invocados, se debe desestimar la pretensión.

IV.8. Lo señalado es de relevancia en el caso concreto, en que la parte apelante desde el inicio de su apersonamiento y defensa, ha señalado como denuncia de temeridad procesal del CONSORCIO SALUD PROGRESO, y luego como oposición a la asistencia judicial peticionada, una cuestión fundamental que no puede ser soslayada al momento de decidir si otorgar o no la asistencia judicial requerida para el cumplimiento de la medida cautelar sub materia; a saber: que el contrato que sustenta su relación con el CONSORCIO SALUD PROGRESO y que enmarca la medida cautelar en referencia, contiene un convenio arbitral en virtud del cual **las partes se sometieron al Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú**, y, además, en el mismo convenio se estableció que **no se someten a ningún arbitraje de emergencia**, por lo que indebidamente el CONSORCIO acudió al Centro de Arbitraje Internacional DOMINUS y obtuvo una medida cautelar de una árbitro de emergencia. Sin embargo, esto ha sido soslayado por el Aquo, que declara improcedente la oposición de PRONIS, manifestando:

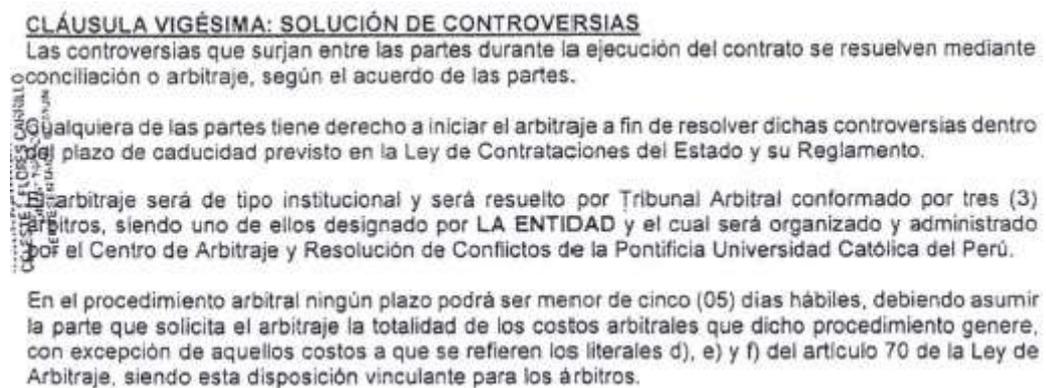
*“**Quinto:** Para la doctrina nacional e internacional, el principio del KompetenzKompetenz, principio aceptado universalmente, es aquel en virtud del cual el TRIBUNAL ARBITRAL está facultado para decidir sobre su propia competencia y comentado el principio de Kompetenz-Kompotenz. Follonier-Ayala indica que debe ser analizado considerando 2 criterios: (i) efecto positivo y (ii) efecto negativo. **Sexto:** Sobre el efecto positivo, dicho principio permite que sea competencia del TRIBUNAL ARBITRAL decidir sobre su propia competencia. En lo que respecta al efecto negativo, el principio Kompetenz-Kompotenz le prohíbe al juez estatal pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral y la competencia del TRIBUNAL ARBITRAL, persiguiendo así el objetivo de máxima eficacia del arbitraje; (...).”*

IV.9. Es decir, el juzgador ha omitido considerar si en el caso concreto se encuentra ante un acto auténticamente arbitral por su origen válido que merezca la colaboración judicial, o si por el contrario, como denuncia la entidad recurrente, entraña un acto emanado de quien legal y

contractualmente carece de competencia para adoptar decisión alguna respecto del contrato, lo que a criterio de esta Sala implica la garantía del juez natural prevista en el artículo 139 de la Constitución, cuya vigencia efectiva no puede ser obviada al momento de decidir si se concede tutela a la parte actora.

IV.10. En efecto, es menester advertir que de ser manifiesto que la decisión cautelar proviene de quien no goza de facultades resolutoras arbitrales, entonces, la validez legal del acto que se pretende ejecutar, decae y con ello no puede merecer la asistencia judicial peticionada, pues de concederse esta, la judicatura estaría perfeccionando un acto intrínsecamente antijurídico. Sin embargo, es menester acotar que el excepcional examen de validez que la denuncia de la entidad opositora exige, debe limitarse a la verificación formal de la identidad del Centro de Arbitraje al cual se sometió el CONSORCIO SALUD PROGRESO, cotejándolo con lo pactado por las partes en el convenio arbitral, y el marco legal que regula esta materia, para verificar si la árbitro de emergencia que ha emitido la medida cautelar cuya ejecución se solicita, en verdad está investida legalmente de atribuciones para decidir respecto de las partes.

IV.11. En ese orden de ideas, esta Sala advierte que el convenio arbitral de las partes se encuentra plasmado en la Cláusula Vigésima del Contrato N° 109-2022-PRONIS (folios 27/28), según se visualiza en la siguiente imagen:

The image shows a document page with a vertical stamp on the left side that reads 'CENTRO DE ARBITRAJE Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS'. The main text is titled 'CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS'. The text describes the dispute resolution process, including the right to initiate arbitration, the type of arbitration (institutional), the composition of the arbitral tribunal (three arbitrators), and the administrative body (Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú). It also specifies that the arbitration period cannot be less than five (05) business days and that the party requesting arbitration bears all costs, except for those mentioned in articles 70 d, e, and f of the Arbitration Law.

CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.
Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
El arbitraje será de tipo institucional y será resuelto por Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros, siendo uno de ellos designado por LA ENTIDAD y el cual será organizado y administrado por el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
En el procedimiento arbitral ningún plazo podrá ser menor de cinco (05) días hábiles, debiendo asumir la parte que solicita el arbitraje la totalidad de los costos arbitrales que dicho procedimiento genere, con excepción de aquellos costos a que se refieren los literales d), e) y f) del artículo 70 de la Ley de Arbitraje, siendo esta disposición vinculante para los árbitros.

En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios en general, así como en los contratos de consultoría en general, de ejecución y consultoría de obras, en los cuales procede la garantía en forma de retención a fin de que se complete el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato en su totalidad, debiendo asumir esta última la totalidad de los costos arbitrales que dicho proceso genere, siendo esta disposición vinculante para los árbitros. Asimismo, las partes no someten la resolución de sus controversias a procesos arbitrales acelerados ni a árbitros de emergencia.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios en general, así como en los contratos de consultoría en general, de ejecución y consultoría de obras, en los cuales procede la garantía en forma de retención a fin de que se complete el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato en su totalidad, debiendo asumir esta última la totalidad de los costos arbitrales que dicho proceso genere, siendo esta disposición vinculante para los árbitros. Asimismo, las partes no someten la resolución de sus controversias a procesos arbitrales acelerados ni a árbitros de emergencia.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

IV.12. Como puede apreciarse, **las partes expresamente pactaron que el arbitraje sería administrado por el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.** Además, se aprecia que en forma expresa **las partes acordaron que no se sometían al arbitraje acelerado ni al arbitraje de emergencia;** es decir, lo sostenido por PRONIS, es cierto. Tales acuerdos implican el ejercicio de la facultad autorreguladora de las partes, previsto en el artículo 34 del D. Leg. 107, con eficacia jurídica vinculante.

IV.13. Sin embargo, la medida cautelar cuya ejecución se solicita, proviene de una *árbítro de emergencia* del Centro de Arbitraje Internacional DOMINUS, lo que revela que el CONSORCIO SALUD PROGRESO se sustrajo de los alcances de su convenio arbitral y acudió a un centro de arbitraje diferente, por lo que **la medida cautelar no se enmarca en el pacto vinculante de las partes,** lo que de suyo determina que no pueda asumírsele como acto arbitral de origen válido, ni siquiera como un acto arbitral propiamente, en tanto que no se sustenta en ningún convenio arbitral; no sólo por no provenir del Centro de Arbitraje pactado, sino además por ser una medida cautelar de un pretendido arbitraje de emergencia, que expresamente ha sido excluido del convenio arbitral.



IV.14. Ahora bien, esta Sala no puede desapercibir lo señalado por la parte peticionante, CONSORCIO SALUD PROGRESO, que al solicitar la medida cautelar según escrito de folios 26 y siguientes, expresó:

En efecto, si bien es cierto la cláusula arbitral establece como institución arbitral el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, mi representada se encuentra imposibilitada de acudir a dicho centro, en virtud a la lentitud y elevado costo de honorarios.

Asimismo, respecto a la prohibición de acudir a nuestro derecho a solicitar un Árbitro de Emergencia, consideramos que es limitativo de nuestro derecho constitucional fundamental al acceso a la justicia.

Por lo expuesto, vuestra institución tiene plena competencia para conocer la solicitud cautelar.

IV.15. Como puede apreciarse, el CONSORCIO SALUD PROGRESO luego de citar su convenio arbitral, declaradamente reconoce que éste establece como institución arbitral al Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pero señala, como pretendidas razones para justificar que se encuentra *“imposibilitada de acudir a dicho centro”*, la *lentitud y elevado costos de honorarios* (sic), y de otro lado, reconociendo implícitamente el pacto de exclusión del arbitraje de emergencia, aduce que es *“limitativa de su derecho constitucional fundamental al acceso a la justicia”*.

IV.16. Tales *“razones”* no resultan, a criterio de esta Corte, plausibles sino más bien, deleznable, pues alegar *a priori* una presunta lentitud del arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y un también supuesto elevado costo del mismo, no puede ser causa justificante de un desconocimiento del carácter vinculante del convenio arbitral y una deliberada sustracción de sus alcances, para someter unilateralmente a la contraparte a un Centro de Arbitraje distinto al pactado; pero, además, a una vía arbitral (el arbitraje de emergencia) expresamente negada en el convenio y que por ello mismo, estaba excluida de los alcances de este.

IV.17. La razón esgrimida para esto último, relativa a que el carácter vedado del arbitraje de emergencia -según el convenio arbitral- es lesivo de su derecho de acceso a la justicia, no resiste el menor análisis y resulta absurdo, manifiestamente carente de asidero jurídico, por cuanto el ordenamiento jurídico -esto es, la ley de arbitraje y la ley de contrataciones del Estado- no prevén la figura del arbitraje de emergencia, el cual ha sido introducido en la práctica arbitral peruana a partir de su incorporación en los Reglamentos de algunos Centros de Arbitraje. Pero, el hecho que el ordenamiento legal

no considere el arbitraje de emergencia, no implica que sea restrictivo de los derechos fundamentales de las partes, pues en el artículo 47 inciso 4) del D. Leg. 1071, se prevé la figura de la tutela cautelar previa al arbitraje, otorgada en sede judicial por los órganos jurisdiccionales estatales. Así, entonces, en ningún caso puede argumentarse que no se tiene acceso a la tutela cautelar para un arbitraje, como justificación de acudir unilateralmente a un arbitraje de emergencia vedado expresamente por el convenio arbitral.

IV.18. No obstante la claridad del convenio arbitral y estando a las “razones” argumentadas por el propio CONSORCIO SALUD PROGRESO, para sustraerse al convenio arbitral al momento de solicitar la medida cautelar, se aprecia que la árbitro Marleny Gabriela Montesinos Chacón, del *Centro de Arbitraje Internacional Dominus*, no efectuó ningún análisis ni justificó su pretendida competencia para emitir la medida cautelar solicitada, como puede apreciarse a folios 58, pues se limita a señalar:

COMPETENCIA ARBITRAL

11. Que, el Convenio Arbitral contenido en la CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, del CONTRATO N° 109-2022-PRONIS – LICITACION PUBLICA N° 008-2022-PRONIS, suscrito con fecha 15 de diciembre de 2022, establece lo siguiente:

CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

El arbitraje será de tipo institucional y será resuelto por Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros, siendo uno de ellos designado por LA ENTIDAD y el cual será organizado y administrado por el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En el procedimiento arbitral ningún plazo podrá ser menor de cinco (05) días hábiles, debiendo asumir la parte que solicita el arbitraje la totalidad de los costos arbitrales que dicho procedimiento genere, con excepción de aquellos costos a que se refieren los literales d), e) y f) del artículo 70 de la Ley de Arbitraje, siendo esta disposición vinculantes para los árbitros.

En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios en general, así como en los contratos de consultoría en general, de ejecución y consultoría de obras, en los cuales procede la garantía en forma de retención a fin de que se complete el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato en su totalidad, debiendo asumir esta última la totalidad de los costos arbitrales que dicho proceso genere, siendo esta disposición vinculante para los árbitros. Asimismo, las partes no someten la resolución de sus controversias a procesos arbitrales acelerados ni a árbitros de emergencia.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.”

12. Que, en la Solicitud Cautelar de Emergencia, el CONSORCIO señala que, las acciones que ha venido realizando la Entidad, pueden dejar entrever que no se ha respetado el procedimiento establecido en la Ley, y como consecuencia de ello, existe el peligro inminente de que pueda proceder a resolver el contrato y ejecutar las garantías otorgadas.

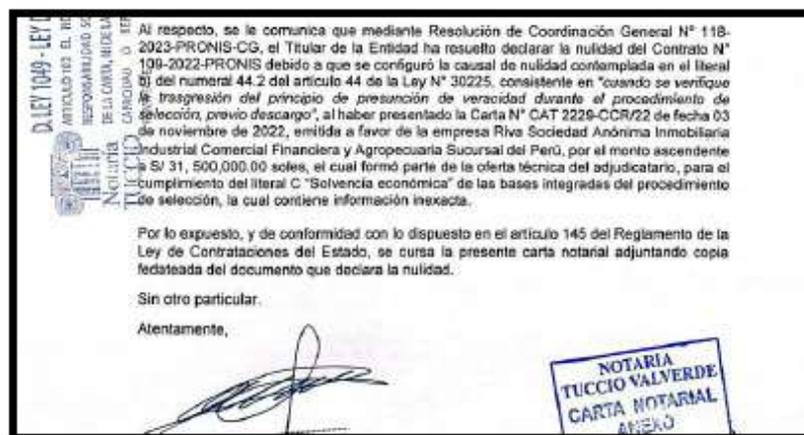
13. En ese sentido, atendiendo al contenido de la solicitud, lo dispuesto en el convenio arbitral contenido en la CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS del CONTRATO, el marco normativo aplicable y la designación realizada; se tiene que el Árbitro de Emergencia designado para tal efecto tiene la competencia para llevar a cabo el análisis y resolución de la solicitud de emergencia presentada, tal como ha sido definido oportunamente por el Centro arbitral.

- IV.19. Como puede apreciarse, pese a que se cita expresamente el convenio arbitral, no se hace ningún análisis del mismo, y contradictoriamente se le invoca como fundamento de la afirmación de competencia que hace la árbitro Marleny Gabriela Montesinos Chacón, para dictar la medida cautelar de no innovar, con una contracautela de caución juratoria por S/.6'290,256.49.
- IV.20. Por tanto, no existe ningún análisis de la competencia arbitral que pudiera justificar la inhibición del juzgador de la primera instancia, de meritar los fundamentos de la oposición formulada por PRONIS. Y, por el contrario, se concluye que la medida cautelar fue concedida prescindiéndose del convenio arbitral, lo que resulta *“a todas luces arbitrario debido a que en ningún momento el recurrente -PRONIS- consintió aquella extensión”* (STC No. 875-2021, recaída en el Exp. No. 305-2021-PA/TC), esto, es, la posibilidad que se pudiera acudir a un arbitraje de emergencia, que -por el contrario- fue expresamente excluido o vedado. En ese sentido, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional en el caso antes citado, se tiene que la medida cautelar sub materia importa una flagrante violación del derecho fundamental al Juez predeterminado por ley, que garantiza que *“quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional”* (STC No. 1937-2006-PHC/TC), pues *“el contenido constitucionalmente tutelado del referido derecho fundamental garantiza que quien vaya a impartir justicia sea una autoridad jurisdiccional que se encuentre atribuido de tal investidura con antelación a los sucesos sometidos a su conocimiento (en virtud de un catálogo de competencias prefijadas con anterioridad en una ley)”*, lo que aplica plenamente, *mutatis mutandi*, para el caso del arbitraje, como se desprende de la citada STC No. 275-2021.
- IV.21. Por lo demás, y sin perjuicio de lo señalado, atendiendo a la naturaleza de lo que constituye una medida de no innovar, que por definición legal del artículo 687 del Código Procesal Civil está destinada a conservar la situación de hecho o de derecho, cobra también relevancia lo que PRONIS sostiene y acredita respecto a la imposibilidad material de dar cumplimiento a la pretendida medida cautelar a que se refiere la solicitud de autos, en la medida que -como reconoce el propio CONSORCIO- ya con

anterioridad a la solicitud de colaboración judicial, la entidad declaró la nulidad del contrato.

IV.22. En efecto, se aprecia del fundamento 20 del escrito del CONSORCIO, a folios 7, por el que solicita asistencia judicial para la ejecución de la pretendida medida cautelar arbitral, que dicha parte expresa:

20. Sin embargo, la Entidad mediante Carta N° 236-2023-MINSA-PRONIS-CG-UAF de fecha 15 de agosto de 2023, procedió a notificar la nulidad del Contrato suscrito entre ambas partes, es decir haciendo caso omiso a la medida cautelar dictada por el árbitro de emergencia, tal como se advierte a continuación:



IV.23. En ese sentido, es claro que para la fecha en que EL CONSORCIO solicitó la asistencia judicial, 23 de agosto de 2023, PRONIS ya había comunicado el 15 de agosto de 2023 la nulidad del contrato sub materia, por lo que cabe preguntar ¿cómo podría entonces ejecutarse que se abstenga de hacer aquello que ya hizo? La imposibilidad material es manifiesta.



- IV.24. En ese sentido, cabe acoger los argumentos de la oposición, misma que debe ser declarada fundada; y dado que el acto postulatorio entraña una violación constitucional, además del desconocimiento del convenio arbitral que enmarca la solución de las controversias contractuales entre las partes, y en vista de la imposibilidad material anotada, no puede otorgarse la asistencia judicial que se solicita, pues el ejercicio de la función colaborativa jurisdiccional debe ceñirse al orden público constitucional; y calificando dicho acto postulatorio, se concluye entonces que conlleva un imposible jurídico y material, pues pretende que se asuma como acto de origen arbitral, uno emitido sin amparo del convenio arbitral entre las partes, por lo que no se presenta el presupuesto procesal material relativo a la voluntad de la ley; además de no ser materialmente posible; lo que determina que se deniegue la asistencia judicial solicitada por improcedente de conformidad con el artículo 427 inciso 5) del Código Procesal Civil.
- IV.25. Debe señalarse que en la presente resolución se han expresado las razones esenciales y determinantes expuestas en el artículo 197 del Código Procesal Civil.

V.DECISIÓN:

Por los fundamentos expuestos, este Colegiado, con la autoridad que le confiere el artículo 138 de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre de la Nación, **resuelve:**

V.1 REVOCAR la Resolución número CUATRO que declara improcedente la oposición a la colaboración judicial de medida cautelar dictada en sede arbitral, debiendo en todo caso, formular la oposición en la instancia arbitral correspondiente; **REFORMÁNDOLA, DECLARARON FUNDADA LA OPOSICION; E IMPROCEDENTE** a la asistencia judicial solicitada.

V.2 Notificándose y Devolviéndose de conformidad con lo establecido en el artículo 383 del Código Procesal Civil.

En los seguidos por **CONSORCIO SALUD PROGRESO** contra **PROGRAMA NACIONAL DE INVERSIONES EN SALUD - PRONIS** sobre **OBLIGACION DE HACER.**

MARG/SVP