

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

**Caso Arbitral: Consorcio Altesa + EIVI S.A.C. contra Instituto
Metropolitano Protransporte de Lima.**

**Contrato de Obra N° 014-2007-MML/IMPL: "Contrato de Ejecución
de Obra Cosac I – Construcción de Corredor Sur, Tramo II".**

Resolución No. 13

Lima, 20 de febrero de 2011.-

DEMANDANTE:

Consorcio Altesa + EIVI S.A.C. (En adelante, el Consorcio, el Contratista o
el Demandante)

DEMANDADO:

Instituto Metropolitano Protransporte De Lima (En adelante, Protransporte,
la Entidad o el Demandado)

TRIBUNAL ARBITRAL:

JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ (Presidente del Tribunal Arbitral)

JOSÉ TALAVERA HERRERA (Árbitro)

HORACIO CÁNEPA TORRE (Árbitro)

SECRETARIO AD HOC:

LUIS PUGLIANINI GUERRA

SEDE DEL ARBITRAJE E IDIOMA:

Calle Tinajones N° 181, Oficina 504, distrito Santiago de Surco.

El idioma aplicable es el castellano

I. ANTECEDENTES:

I.1. Composición del Tribunal Arbitral:

Mediante carta recibida el 30 de junio de 2011, el Consorcio solicitó a Protransporte el inicio de un arbitraje a fin de solucionar sus controversias en relación al Contrato de Obra N° 014-2007-MML/IMPL: "*Contrato de Ejecución de Obra Cosac I – Construcción de Corredor Sur Tramo II*" de fecha 16 de julio de 2007 (en adelante, el Contrato de Obra), designando como árbitro para este arbitraje al doctor José Talavera Herrera.

Por su parte, mediante carta de fecha 25 de julio de 2011; Protransporte contestó la referida petición de arbitraje; designando posteriormente como árbitro al doctor Horacio Cánepa Torre.

Los árbitros designados por las partes, de común acuerdo, nombraron como Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Juan Huamaní Chávez, quien aceptó dicha designación.

Cabe precisar que frente a las designaciones de los miembros del Tribunal Arbitral ninguna de las partes ha planteado recusación o cuestionamiento alguno.

I.2. La Instalación del Tribunal Arbitral:

Con fecha 20 de setiembre de 2011, se procedió a la Instalación del Tribunal Arbitral, diligencia en la cual se fijaron las reglas del arbitraje. El acta correspondiente fue debidamente notificada a ambas partes.

Al respecto, se deja constancia que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado contra el contenido del Acta de Instalación, dando su conformidad tácita a cumplir con las disposiciones contenidas en ésta.

En dicha audiencia, el Tribunal Arbitral declaró haber sido debidamente designado, ratificando su aceptación al cargo y dejando constancia que no estaba sujeto a incompatibilidad o compromiso alguno con las partes, así como que se desenvolvería con imparcialidad y probidad.

Asimismo, mediante los numerales 40) y 41) de la citada acta, se fijaron los honorarios del Tribunal Arbitral y del Secretario Ad-hoc, a ser cancelados por las partes en proporciones iguales, siendo que cada una de las partes asumió la proporción a su cargo.

II. EL PROCESO ARBITRAL:

LA DEMANDA

Mediante escrito de fecha 28 de setiembre de 2011, el Consorcio presentó su demanda, la misma que fue admitida a trámite mediante Resolución N° 2 de fecha 29 de setiembre de 2011.

El Petitorio

En el mencionado escrito, el Demandante señaló como sus pretensiones las siguientes:

1. Como primera pretensión: Que se deje sin efecto la Transacción Extrajudicial de fecha 22 de julio del 2010 (en adelante, la Transacción), suscrita por el Consorcio y Protransporte.
2. Como segunda pretensión: Que se ordene a Protransporte que pague a favor del Consorcio la suma de US\$ 473,850.93 (Sin incluir IGV).

Fundamentos de Hecho

El Demandante expresa los siguientes fundamentos de hecho:

- a. Con fecha 16 de Junio del 2007, Protransporte y el Consorcio suscriben el Contrato de Obra, para la ejecución de la obra denominada "Construcción del Corredor Sur Tramo II" (en adelante la Obra); durante la ejecución del Contrato de Obra surgieron diversas controversias entre el Consorcio y Protransporte que fueron sometidas a arbitraje de derecho y fueron resueltas mediante los siguientes Laudos Arbitrales:
- i. Expediente Arbitral No 023-2007 seguido en el Centro de Arbitraje del Consejo Departamental del Colegio de Ingenieros del Perú que fue resuelto mediante Laudo Arbitral de Derecho de fecha 17 de Abril del 2009, que ordena el pago de la suma de US\$ 154,248.94 más intereses devengados por demora en el pago de daños y perjuicios, la suma de US\$ 113,612.57 y la suma de S/. 70,890.00 más intereses devengados por devolución del dinero descontado indebidamente.
 - ii. Expediente Arbitral No 013-2008 seguido en el Centro de Arbitraje del Consejo Departamental del Colegio de Ingenieros del Perú que fue resuelto mediante Laudo Arbitral de Derecho de fecha 27 de Abril del 2009 que ordena el pago de la suma de US\$ 309,953.61.
 - iii. Expediente Arbitral No 018-020-2008 seguido en el Centro de Arbitraje del Consejo Departamental del Colegio de Ingenieros del Perú que fue resuelto mediante Laudo Arbitral de Derecho de fecha 17 de Junio del 2009 que ordena el pago de la suma de S/. 1'424,261.56 más US\$ 514,405.26.
- b. Contra los Laudos Arbitrales de Derecho que resolvían las controversias surgidas entre el Consorcio y Protransporte y ordenaban al pago de las sumas indicadas precedentemente, la

Entidad interpuso acciones de amparo con el único objeto de no cumplir con el mandato de los Tribunales Arbitrales.

- c. Con el objeto de que se proceda al pago de las sumas ordenadas por los Laudos Arbitrales, de manera unilateral e inconsulta y en representación del Consorcio, el señor Alejandro Tello Palacios suscribió la Transacción, donde según se advierte de la Cláusula Cuarta CONDONA el treinta por ciento (30%) de los montos ordenados por los Laudos Arbitrales de Derecho, comprometiéndose por su parte Protransporte a renunciar a las acciones de amparo interpuestas ante órgano jurisdiccional y que no cumplió.
- d. Conforme se advierte del Acta de Consejo Directivo de fecha 3 de junio del 2011, la empresa EIVI S.A.C. debidamente representada por el señor Erik Vildoso Concha, recién tomo conocimiento de la celebración de la referida transacción extrajudicial en dicha fecha, acordándose que las acciones del señor Alejandro Tello Palacios habían excedido las facultades otorgadas en el Contrato de Consorcio y se autorizó al señor Erik Vildoso Concha para que en representación del Consorcio inicie las acciones legales a que hubiere lugar para impugnar la transacción extrajudicial y lograr la cancelación íntegra de lo ordenado en los Laudos Arbitrales de Derecho emitidos en los Expedientes N° 023-2007, 013-2008 y 018-2008 respectivamente, seguidos ante el Centro de Arbitraje del Consejo Departamental del Colegio de Ingenieros del Perú.
- e. El Consorcio precisa que el señor Alejandro Tello Palacios no tiene facultades para celebrar transacciones judiciales ni mucho menos para condonar deudas, de acuerdo a lo que expresa a continuación:
 - i. Con fecha 30 de Mayo del 2007, ALTESA Contratistas Generales y EIVI S.A.C., suscriben el Contrato Asociativo de Consorcio para la

ejecución de la Obra, designando como representante legal del Consorcio al señor Alejandro Tello Palacios.

ii. Conforme a la Cláusula Octava del Contrato Asociativo del Consorcio, el señor Alejandro Tello Palacios es *"quien lo representará, actuando en todos los actos relacionados con la suscripción del contrato de obra, con facultades suficientes a efectos de que suscriban todos los documentos públicos y privados derivados del contrato de obra y todo procedimiento que fuere necesario sin limitación alguna al objeto de este instrumento, asumiendo la defensa de los intereses del Consorcio representándolo en todo el periodo de ejecución y liquidación del contrato de obra, hasta la disolución y extinción del consorcio ante la SUNAT conforme a la legislación vigente sobre la materia"*.

iii. Sin embargo, la Cláusula 13.1.10 del Contrato Asociativo de Consorcio señala que el CONSEJO DIRECTIVO DEL CONSORCIO *"podrá interponer acciones judiciales, demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniciones, 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, desistirse de demandas, convenir en ellas, participar en todo tipo de audiencias y actuaciones judiciales, incluyendo audiencias de pruebas, saneamiento, de conciliación, audiencias únicas y comparendos, con las más amplias facultades, ofrecer pruebas, impugnar las ofrecidas por la parte contraria, prestar declaración de parte, reconocer documentos, interponer medios impugnatorios en la vía civil, administrativa, penal, solicitar medidas cautelares, prueba anticipada, interponer todo tipo de solicitudes, peticiones o recursos sean de reconsideración, apelación, revisión, casación o nulidad ordinarios o extraordinarios, intervenir en la ejecución de sentencias, incluso para el cobro de costos y costas, consignar y/o*

cobrar consignaciones con las más amplias atribuciones y demás facultades contenidas en los artículos 74º y 75º del Código Procesal Civil, incluyendo la facultad de delegar dichas facultades procesales en abogados" (El subrayado es nuestro)

- iv. Según se advierte del Contrato Asociativo del Consorcio de fecha 30 de Mayo del 2007, el señor Alejandro Tello Palacios no tiene facultades para suscribir transacciones en representación del Consorcio y mucho menos para condonar sumas impagas en perjuicio de nuestro Consorcio.
- f. En ese sentido, consideramos que la renuncia al treinta por ciento (30%) de lo ordenado a pagar a Protransporte, por parte del señor Alejandro Tello Palacios, excede a las facultades otorgadas en el Contrato Asociativo de Consorcio, razón por la cual, debe dejarse sin efecto y ordenarse al demandado que cumpla con pagar al Consorcio la suma de US\$ 473,850.93 (sin incluir I.G.V.)

Fundamentos de Derecho

El Demandante expresa los siguientes fundamentos de derecho:

- a. El artículo 161 del Código Civil señala *"El acto jurídico celebrado por representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros"*
- b. *"El primer supuesto regula el caso en el cual quien celebra el negocio jurídico en nombre del representado, en realidad lo es, sin embargo, al momento de celebrar el negocio jurídico se excede en las facultades que le han sido conferidas, es decir, realiza un negocio jurídico para lo cual no contaba con autorización"*

...

Siendo que el contrato es ineficaz respecto del representante como del representado, es evidente que también lo es respecto del tercero; pues, no puede nacer ninguna obligación ni ningún derecho frente al tercero pues estas situaciones jurídicas solo encontrarían justificación en la medida que el contrato pueda surtir algún efecto, sea en el representante o en el representado”¹

- c. De acuerdo a la norma invocada, la transacción extrajudicial resulta sin efecto jurídico alguno y no puede ser opuesta al Consorcio, razón por la cual, recurrimos ante el Tribunal Arbitral con el objeto de que sea declarada sin efecto jurídico, por haber sido celebrada por un “*falsus procurator*”.
- d. Sobre el particular; Guillermo Lohmann Luca de Tena agrega “*El negocio, pues, es lisa y llanamente ineficaz o inoponible para el representado mientras lo ratifique, lo que equivale a decir que es como si, para él, no se hubiera celebrado. Para el tercero, aunque el artículo no lo diga, el negocio también es ineficaz si el poder o las facultades alegadas eran falsas; es decir, cuando faltaba poder o el representante se extralimitó de las mismas. La ineficacia no puede invocarla la parte negligente, que puede ser el representado, si con sus conductas permitió que el tercero confiase al representante, o puede ser el tercero que negligentemente no adoptó las precauciones de verificar las facultades del interviniente con ficta representación. Parece fuera de duda que el artículo no permite que, si se declara la ineficacia subsista el negocio entre el representante y el tercero. El negocio debe decaer por entero”². (El subrayado es nuestro).*

¹ PRIORI POSADA, Giovanni. CODIGO CIVIL COMENTADO. Tomo I. Ed. Gaceta Jurídica Pág. 523, 524 y 525.

² LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El negocio jurídico. Ed. Grijley. 1994 Pág. 214.

- e. El defecto de poder. Ineficacia del acto celebrado por el falsus procurator.- *"En realidad, el acto concluido por el falsus procurator es inoponible al dominus, porque el sustituto no gozaba de poder necesario, Pero también es ineficaz entre las partes que lo celebraron, porque no han estipulado para sí, sino para el dominus. A esta conclusión se llega por lo dispuesto en el propio artículo 161 que establece que el falso representante no está exento de las responsabilidades que se deriven no sólo para el representando sino también para el tercero, quien sin su culpa ha confiado en la eficacia del acto jurídico.*

...

La responsabilidad del falso representante presupone que el tercero haya confiado, sin su culpa, en la legitimación del falsus procuratore. El tercero está en culpa cuando ha caído en un error inexcusable, es decir, en un error evitable con una normal diligencia en el ejercicio de la autonomía privada. En tal caso la exclusión de la responsabilidad del falso representante encuentra su fundamento en el principio de compensación de las culpas. El hecho culposo del tercero, precisamente asume relevancia como causa absorbente del evento lesivo; el tercero no puede pretender el resarcimiento de un daño que el mismo ha causado con su propia negligencia, La culpa del tercero se identifica como una culpa objetiva, cual inobservancia del modelo negligente de conducta, prescindiendo de estados subjetivos que pueden haber influido en su comportamiento"³.

EXCEPCIÓN DE CONCLUSIÓN DE PROCESO POR TRANSACCIÓN

³ TORRES VÁSQUEZ. Aníbal. Acto Jurídico. IDEMSA. 2008. Págs. 423 y 425.

Mediante escrito presentado el 12 de octubre de 2011, Protransporte deduce una excepción de conclusión del proceso arbitral por transacción, en base a los siguientes fundamentos:

- a. Se deduce la excepción respecto a la primera y segunda pretensión de la demanda, toda vez que las partes han pactado sobre dichas controversias.
- b. Con fecha 16 de julio de 2007, el Consorcio y Protransporte suscribieron el Contrato de Obra, por un monto de US\$ 11'431,229.79, bajo el sistema de precios unitarios y con un plazo de ejecución de 300 días calendario.
- c. Como consecuencia de la ejecución del Contrato mencionado en el numeral precedente, se suscitaron controversias entre las partes que derivaron en los siguientes procesos arbitrales:
 - i. Proceso Arbitral Nº 023-2007 seguido ante el Centro de Arbitrajes del Consejo Departamental del Colegio de Ingenieros del Perú.

En dicho proceso, con fecha 17 de abril de 2,009, el Tribunal Arbitral expidió el Laudo en el que se ordenó: i) declarar que no procede dejar sin efecto la decisión del Conciliador, debiendo Protransporte cumplir con pagar la suma de US\$ 154,248.94, así como los intereses legales devengados hasta su cancelación efectiva; ii) declarar procedente la solicitud de Ampliación de Plazo Nº 02, más el reconocimiento de mayores gastos generales por la suma de US\$ 113,612.57; y, iii) declarar consentida la decisión del Conciliador, por lo que Protransporte debía restituir al Contratista la suma de S/. 70,890.00 más intereses

bancarios, a calcularse desde el 27 de diciembre de 2,007 hasta la fecha efectiva de restitución.

- ii. Proceso Arbitral N° 013-2008 seguido ante el Centro de Arbitrajes del Consejo Departamental del Colegio de Ingenieros del Perú.

En dicho proceso, con fecha 27 de abril de 2,009, el Tribunal Arbitral expidió el Laudo en el que se ordenó: i) declarar Infundada la pretensión principal de la demandante y Fundada la pretensión de la demandada, ratificándose la decisión del Conciliador respecto a que PROTRANSPORTE reconozca y pague en todos sus extremos la Ampliación de Plazo N° 03 por 108 días calendario y el reconocimiento de mayores gastos generales por la suma de US\$ 309,953.61, incluido IGV.

- iii. Proceso Arbitral N° 018-020-2008 seguido ante el Centro de Arbitrajes del Consejo Departamental del Colegio de Ingenieros del Perú.

En dicho proceso, con fecha 17 de junio de 2,009, el Tribunal Arbitral expidió el Laudo en el que se ordenó: i) declarar Infundada la demanda de pago al Contratista por utilidades dejadas de percibir por la no ejecución de trabajos de alumbrado público; ii) Fundada la demanda de pago por diferencia cambiaria derivada de incumplimiento por la Entidad de la Enmienda N° 01 por un monto ascendente a S/. 1'424,621.56, incluido IGV; y, iii) Fundada la demanda por concepto de aplicación de penalidad correspondiente a la demora de PROTRANSPORTE en el pago de los anticipos por los

adelantos solicitados, por un monto ascendente a US\$ 514,405.26, incluido IGV.

- d. Es necesario acotar que todos los Laudos Arbitrales indicados se emitieron como consecuencia de las controversias surgidas en la ejecución del Contrato de Obra.
- e. Al no encontrarse conforme Protransporte con el contenido de las decisiones arbitrales, formuló distintos Recursos de Anulación de Laudo Arbitral y Acciones de Amparo N° 43098-2009, N° 43116-2009 y N° 42020-2009 ante los Juzgados Constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Lima, por considerar que las resoluciones impugnadas fueron expedidas contraviniendo las normas que garantizan el derecho al debido proceso y en consecuencia, perjudicando el derecho de defensa de la Entidad. Estos últimos procesos se encontraban vigentes en los órganos correspondientes a la fecha de la firma de la Transacción Extrajudicial.
- f. De acuerdo a lo señalado en la transacción, con fecha 1 de junio de 2010, el Consorcio remitió a Protransporte la Carta N° 001-PROTRANSPORTE/2010, haciendo llegar una propuesta de transacción que facilitaría la solución definitiva a las controversias pendientes, la misma que fue objeto de análisis y estudio por parte de la Entidad. Asimismo, como consecuencia de diversas reuniones sostenidas entre el Consorcio y Protransporte, se llegó a acuerdos que se hicieron efectivos con la suscripción de la Transacción.
- g. En virtud a dicha Transacción, las partes, haciéndose concesiones recíprocas, convinieron en transigir cualquier controversia vinculada directa o indirectamente con hechos derivados de la ejecución del Contrato de Obra, poniendo fin a cualquier litigio judicial, extrajudicial, arbitral, administrativo o de cualquier tipo que hubiera

podido iniciarse, en los términos y condiciones indicados en la transacción.

- h. En consecuencia, ambas partes celebraron la transacción extinguiendo todas y cada una de las relaciones jurídicas existentes entre el Consorcio y Protransporte, incluyéndose expresamente cualquier responsabilidad contractual o extracontractual, así como la responsabilidad civil que pudiera determinarse como consecuencia de cualquier acción promovida o que pudiera promoverse y que esté vinculada a los hechos materia de las controversias relacionadas al Contrato de Obra.
- i. En razón de los acuerdos establecidos ya indicados, ambas partes declararon, en la cláusula QUINTA.- RENUNCIAS de dicha Transacción, literalmente lo siguiente:

"...QUINTA.- RENUNCIAS:

En razón de los acuerdos establecidos en la cláusula anterior, ambas partes declaran su entera satisfacción y conformidad y se dan por íntegra y totalmente satisfechos, declarando asimismo que no tienen ningún reclamo que efectuarse entre sí por algunos de los conceptos materia de la controversia arbitral o judicial.

De esta forma, las partes (incluidos los socios, accionistas, representantes e integrantes del Consorcio) renuncian a toda acción, reclamo ó denuncia, sea administrativa, judicial ó arbitral, nacional ó internacional, que de hecho ó por derecho pudiera enervar la validez de la presente transacción, su contenido, ó que esté dirigido a discutir obligaciones ó reclamos derivados de los hechos descritos en el presente

documento y que ya han sido acordados por las partes en la presente transacción.

La renuncia antes indicada, incluye aunque no se limita a:

- La renuncia a iniciar toda clase de acciones civiles, penales, administrativas, arbitrales o de cualquier otra índole que se pudiera interponer ahora o en el futuro, ante cualquier jurisdicción nacional ó extranjera relacionada a las controversias detalladas en la Cláusula Primera del presente documento.
 - La renuncia a cualquier pretensión económica, presente o futura en contra de Protransporte, ya sea porque pudiera adeudarse suma alguna de dinero, así como cualquier indemnización por daños y perjuicios relacionada a las controversias detalladas en la Cláusula Primera del presente documento.
 - La renuncia a iniciar otra acción o proceso judicial respecto de la ejecución de las pretensiones peticionadas en los procesos judiciales N° 43098-2009, 43116-2009 y 42020-2009, procesos cuyos extremos se dan por transigidos en el presente acto.
 - La renuncia a formular denuncias y en general a iniciar toda clase de procedimientos administrativos relacionados directa ó indirectamente con los hechos materia de la presente transacción.
 - La renuncia a cuestionar ó impugnar los acuerdos adoptados en este documento.
- (...)"

j. Según el artículo 1302° del Código Civil, que se invoca de manera referencial, tenemos que:

"Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que esta iniciado.

Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

La transacción tiene valor de cosa juzgada."

- k. Al respecto, Juan Monroy Gálvez⁴, haciendo referencia al artículo 1303° del Código Civil, señala que:

"(...) la transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción, (...) la norma citada contiene el supuesto material para el amparo de una excepción de transacción. En efecto, esta se concede al demandado cuando el actor lo requiere judicialmente para el cumplimiento de una prestación de contenido patrimonial, a pesar de haber convenido una transacción –judicial o extrajudicial– sobre la misma pretensión. (...) bastará, entonces, que una de las partes reclame a través del órgano jurisdiccional una pretensión respecto de la cual ha transado –sea judicial o extrajudicial–, para que el demandado pueda deducir, con éxito, la excepción de transacción."

Mediante escrito presentado el 28 de octubre de 2011, el Consorcio absuelve el traslado de la excepción formulada, señalando que es objeto de controversia determinar la ineficacia de la Transacción que sustenta la excepción deducida por Protransporte, razón por la cual considera que

⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan F.: Temas de Proceso Civil, Librería Studium, 1987, Lima Perú, p. 157.

resulta improcedente pretender que la referida excepción sea resuelta como cuestión previa.

LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN

Mediante Resolución N° 2 de fecha 29 de setiembre de 2011, se otorgó a Protransporte quince (15) días hábiles para que conteste la demanda.

En ese sentido, mediante escrito de fecha 25 de octubre de 2011, Protransporte contestó la demanda formulada por el Consorcio y formuló reconvencción, las mismas que fueron admitidas a trámite mediante Resolución N° 5 de fecha 3 de noviembre de 2011.

El demandado señaló como sus pretensiones las siguientes:

- Que se declare improcedente o en su defecto infundada la demanda del Consorcio.
- Que se determine que el Consorcio está obligado a asumir el pago de las costas y costos que genere el presente proceso.

Fundamentos de Hecho y de Derecho

El Demandado expresa lo siguiente:

- a. Que, como consecuencia de diversas reuniones sostenidas entre el Consorcio y Protransporte, se llegó a acuerdos que se hicieron efectivos con la suscripción de la Transacción, en virtud de la cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, convinieron en transigir cualquier controversia vinculada directa o indirectamente con hechos derivados de la ejecución del Contrato de Obra, poniendo fin a cualquier litigio judicial, extrajudicial, arbitral, administrativo o de

cualquier tipo que hubiera podido iniciarse, en los términos y condiciones indicados en la transacción.

b. En consecuencia, ambas partes celebraron la transacción extinguiendo todas y cada una de las relaciones jurídicas existentes entre el Consorcio y Protransporte, incluyéndose expresamente cualquier responsabilidad contractual o extracontractual, así como la responsabilidad civil que pudiera determinarse como consecuencia de cualquier acción promovida o que pudiera promoverse y que esté vinculada a los hechos_materia de las controversias relacionadas al Contrato de Obra.

c. En la Cláusula Cuarta de la Transacción se señala que:

*"CUARTA.- CONTENIDO Y CONDICIONES DE LA
TRANSACCIÓN:*

4.1 En aplicación de lo dispuesto por los artículos 1295º, 1297º y siguientes del Código Civil, el Consorcio condona a favor de PROTRANSPORTE el treinta por ciento (30%) de los montos ordenados a pagar a éste último a través de los Laudos Arbitrales de fecha 17 de abril de 2009, 27 de abril de 2009 y 17 de junio de 2009 respectivamente y que a la fecha se encuentran impugnados en sede judicial.

4.2 Protransporte se obliga a cancelar los montos de la presente transacción a favor del Consorcio y que ascienden a un total de US\$ 764,554.28 y S/. 1'046,858.10, incluido IGV, en el plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la suscripción del presente documento.

4.3 En un plazo de cinco días hábiles de suscrita la presente transacción, Protransporte procederá al desistimiento de los siguientes procesos judiciales, quedando sin efecto todo acto procesal vinculado a los siguientes procesos:

- Acción de Amparo formulada por Protransporte contra la 2º Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima (Exp. N° 43098-2009; 4º Juzgado Constitucional de Lima).
- Acción de Amparo formulada por Protransporte contra la 2º Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima (Exp. N° 43116-2009; 3º Juzgado Constitucional de Lima - 1º Sala Civil de Lima).
- Acción de Amparo formulada por Protransporte contra la 2º Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima (Exp. N° 42020-2009; 1º Juzgado Constitucional de Lima).
- ..."

d. Asimismo, en razón de los acuerdos establecidos ya indicados, ambas partes declararon, en la cláusula QUINTA.- RENUNCIAS de dicha Transacción, literalmente lo siguiente:

"QUINTA.- RENUNCIAS:

En razón de los acuerdos establecidos en la cláusula anterior, ambas partes declaran su entera satisfacción y conformidad y se dan por íntegra y totalmente satisfechos, declarando asimismo que no tienen ningún reclamo que efectuarse entre sí por algunos de los conceptos materia de la controversia arbitral o judicial.

De esta forma, las partes (incluidos los socios, accionistas, representantes e integrantes del Consorcio) renuncian a toda acción, reclamo ó denuncia, sea administrativa, judicial ó

arbitral, nacional ó internacional, que de hecho ó por derecho pudiera enervar la validez de la presente transacción, su contenido, ó que esté dirigido a discutir obligaciones ó reclamos derivados de los hechos descritos en el presente documento y que ya han sido acordados por las partes en la presente transacción.

La renuncia antes indicada, incluye aunque no se limita a:

- La renuncia a iniciar toda clase de acciones civiles, penales, administrativas, arbitrales o de cualquier otra índole que se pudiera interponer ahora o en el futuro, ante cualquier jurisdicción nacional ó extranjera relacionada a las controversias detalladas en la Cláusula Primera del presente documento.
- La renuncia a cualquier pretensión económica, presente o futura en contra de Protransporte, ya sea porque pudiera adeudarse suma alguna de dinero, así como cualquier indemnización por daños y perjuicios relacionada a las controversias detalladas en la Cláusula Primera del presente documento.
- La renuncia a iniciar otra acción o proceso judicial respecto de la ejecución de las pretensiones peticionadas en los procesos judiciales Nº 43098-2009, 43116-2009 y 42020-2009, procesos cuyos extremos se dan por transigidos en el presente acto.
- La renuncia a formular denuncias y en general a iniciar toda clase de procedimientos administrativos relacionados directa ó indirectamente con los hechos materia de la presente transacción.
- La renuncia a cuestionar ó impugnar los acuerdos adoptados en este documento.

..."

e. Protransporte cumplió dentro de los plazos con cada uno de los acuerdos suscritos en dicha Transacción Extrajudicial. Así, cumplió con cancelar la suma de S/. 1'046,858.10, tal como se aprecia de la Factura 001- N° 000044 de fecha 09 de agosto de 2010, emitida por el Consorcio; y, la suma de US\$ 764,554.28, como se aprecia de la Factura 001- N° 000043 de fecha 09 de agosto de 2010, emitida por el Consorcio, ambas canceladas por PROTRANSPORTE el 11 de agosto de 2010; asimismo, Protransporte cumplió con desistirse de los procesos que a la fecha estaban en trámite en las instancias judiciales.

f. Con relación a la primera pretensión de la demanda, el Consorcio alega que la Transacción debe dejarse sin efecto, en razón de que el representante legal del Consorcio, señor Alejandro Tello Palacios, quien suscribe el indicado documento por el Consorcio, ha actuado excediendo las facultades otorgadas en el Contrato de Consorcio, toda vez que *"...no tiene facultades para celebrar transacciones judiciales (sic), ni mucho menos condonar deudas en perjuicio del consorcio"* (numeral 6 de la demanda) . El Consorcio sostiene como fundamento de su alegación, lo señalado en las cláusulas Octava y 13.01.10 del Contrato Asociativo del Consorcio, razón por la cual, concluye que, la renuncia al 30% de lo ordenado a pagar a Protransporte por parte de su representante legal, excede las facultades otorgadas en el contrato asociativo de Consorcio, debiendo dejarse sin efecto y ordenarse a Protransporte que cumpla con pagar al Consorcio demandante la suma de US\$ 473,850.93 sin incluir IGV.

g. Sin perjuicio de la excepción deducida por Protransporte, dicha entidad señala las razones de hecho y de derecho que desvirtúan por completo el íntegro de las alegaciones expuestas por el Consorcio demandante, cuya pretensión principal tiene por objeto

evidente, obtener un provecho indebido desconociendo lo actuado por su representante legal debidamente acreditado, a través de una Transacción Extrajudicial, suscrita de manera libre, espontánea y sin ningún condicionamiento o presión alguna, documento que tiene plena y absoluta validez, a la luz del propio Contrato de Consorcio y del marco legal que vinculó a las partes.

- h. La Transacción Extrajudicial tuvo por objeto que ambas partes se hicieran concesiones recíprocas, transigiendo cualquier controversia vinculada directa o indirectamente con diversos procesos arbitrales que ambas partes sostuvieron, en los cuales se fijaron montos a pagar a favor del Consorcio, medidas contenidas en laudos arbitrales que fueron materia de impugnación judicial por parte de Protransporte.
- i. En ese sentido, con el objeto de transar estas controversias, Protransporte cursó al Demandante con fecha 01 de junio del 2010, la Carta N° 001-PROTRANSPORTE/2010, mediante la cual se le hizo llegar una propuesta de transacción que facilite una solución definitiva a las controversias pendientes. Este hecho se menciona claramente en el numeral 7 de la Cláusula Primera de Antecedentes de la referida Transacción.
- j. Este evento es sumamente importante porque revela que, desde hacía más de un mes anterior a la fecha de firma de la transacción, el Consorcio conocía de la propuesta y del interés nuestro de transar las divergencias, teniendo el tiempo suficiente para discutir en el seno de su Consorcio los alcances, beneficios y demás puntos a ser materia de la transacción extrajudicial.
- k. Con ello se contradice el argumento de la supuesta presión recibida por parte nuestra, manifestada por el señor Alejandro Tello

Palacios en el documento denominado "Acta de Consejo Directivo del Consorcio" fechada el 03 de junio de 2011.

- l. La transacción extrajudicial fue suscrita el 22 de julio del 2010, y conforme lo reconocen en su Cláusula Octava, ambas partes declaran expresamente que en la suscripción del citado documento no ha mediado dolo, error, violencia, intimidación o vicio alguno capaz de invalidarlo total o parcialmente, por lo que manifiestan su conformidad con todas y cada una de sus cláusulas.
- m. Asimismo, en la Cláusula Quinta de la Transacción Extrajudicial, en función a los acuerdos establecidos, sobre los cuales no se indica en parte alguna de la demanda, que nuestra entidad honró los compromisos y pagos asumidos, se estableció que las partes declaran su entera satisfacción y conformidad y se dan por íntegra y totalmente satisfechos, declarando que no tienen ningún reclamo que efectuarse entre sí por alguno de los conceptos materia de controversia arbitral o judicial. Además, ambas partes renuncian (incluidos los socios, accionistas, representantes e integrantes del Consorcio) a toda acción, reclamo o denuncia, sea administrativa, judicial o arbitral, nacional o internacional, que de hecho o por derecho pudiera enervar la validez de la transacción, su contenido o que esté dirigida a discutir obligaciones o reclamos derivados de los hechos descritos en el citado documento. Es importante destacar que la renuncia pactada incluye aquella que tenga por objeto inclusive cuestionar o impugnar los acuerdos adoptados en la Transacción, situación que ahora convenientemente pretende ser desconocida al interponer la presente demanda arbitral.
- n. Según el Consorcio, la cláusula Octava de su Contrato de Consorcio establece facultades limitadas al representante legal del Consorcio. Tal lectura no es correcta y nos ceñimos a lo que textualmente señala dicha cláusula:

"OCTAVA: Las partes designan como Representante Legal del Consorcio al Sr. Alejandro Tello Palacios, identificado con DNI N° 07836825, quien lo representará, actuando en todos los actos relacionados con la suscripción del contrato de obra, con facultades suficientes a efectos de suscribir todos los documentos públicos y privados derivados del contrato de obra y todo procedimiento que fuere necesario sin limitación alguna al objeto de este instrumento. Asumiendo la defensa de los intereses del consorcio y toda clase de documentos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto del consorcio, representándolo en todo el periodo de ejecución y liquidación del contrato de obra, hasta la disolución y extinción del consorcio ante la SUNAT, conforme a la legislación vigente sobre la materia." (Lo resaltado es nuestro).

- o. De modo que la simple lectura de esta cláusula permite afirmar y confirmar las plenas y absolutas facultades otorgadas al señor Tello Palacios como representante legal del Consorcio, "a efectos de suscribir todos los documentos públicos y privados derivados del contrato de obra y todo procedimiento que fuere necesario sin limitación alguna al objeto de este instrumento". De esta forma se pone en evidencia, que el señor Tello contaba con todas las facultades necesarias para la suscripción de la Transacción Extrajudicial de fecha 22 de julio del 2010, por así disponerlo expresamente el contrato de consorcio.
- p. Se pretende soslayar esta facultad al remitirse el demandante a lo establecido en el numeral 13.1.10 del Contrato de Consorcio. Tal lectura e interpretación es errónea y sesgada por cuanto lo señalado en esta estipulación no tiene contraposición a lo establecido en la cláusula Octava. La cláusulacláusula décimo tercera regula las facultades del Consejo Directivo y como puede observarse, no puede extenderse estas funciones del Consejo al

representante legal que cuenta con funciones y facultades propias y expresas establecidas en la cláusula Octava. Este numeral 13.1.10 está dirigido al Consejo Directivo del Consorcio y no puede entenderse que el representante legal, que ya tiene facultades, deba solicitar autorización del Consejo para transar. Es más, la estipulación mencionada faculta al Consejo a transar *en el proceso (o sea una transacción judicial o arbitral)*, esto es una situación totalmente distinta a la Transacción Extrajudicial suscrita con nuestra representada.

- q. Sorprende sobremanera que el Demandante no refiera, en parte alguna de su demanda, que los pagos convenidos en la Transacción Extrajudicial fueron oportunamente realizados por nuestra parte a su favor, de modo tal que, en la fecha prevista en la transacción, se pagó todo concepto acordado en dicho instrumento, conforme se constata de la copia de los comprobantes de pago emitidos por la Entidad que certifican el pago efectuado al Consorcio (y no sólo a uno de los que forman parte del Consorcio), destacándose que los pagos se acreditan con la cancelación otorgada por el Consorcio a las Facturas Nos. 00043 y 000044 emitidas por el mismo Consorcio, que dan fe del pago efectuado por Protransporte por la suma de US\$ 764,554.28 y S/. 1'046,858.10, respectivamente.
- r. Estos pagos se efectuaron el 11 de agosto del 2010, por lo que sorprende que se sostenga ante este Tribunal que recién en fecha 03 de junio del 2011 el consorciado EIVI conozca del pago efectuado por nuestra parte, cuando éste se ha efectuado no a ALTESA, sino al CONSORCIO ALTESA - EIVI SAC.
- s. La presente demanda evidencia un comportamiento contradictorio de parte del Consorcio, toda vez que lo actuado por este, con ocasión de la suscripción de la Transacción Extrajudicial de fecha

22 de julio del 2010, difiere en 180° de su actual conducta y proceder, al solicitar se deje sin efecto la indicada Transacción (es decir todo el documento y su contenido) solicitando a la vez el pago de US\$ 473,850.93 sin IGV. Hasta aquí incluso, existe un grave error al pretender solicitar que se deje sin efecto la indicada transacción en su integridad, sin embargo se limita a pedir un pago incluso menor al monto transado que fue cancelado por Protransporte.

- t. La conducta contradictoria del Consorcio demandante, engarza perfectamente con lo que se denomina Teoría de los Actos Propios, en virtud de la cual la Ley no legitima el comportamiento contradictorio. Esta teoría sería inaplicable cuando se trate de actos jurídicos nulos de pleno derecho, incapaces de ser convalidados o subsanados por actividades de los sujetos intervinientes, pero felizmente, en el caso de autos, no ocurre este supuesto sino más bien la confirmación de que no se trata de un acto jurídico nulo (extremo que además no ha sido demandado) toda vez que no se trata de un acto contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Otro supuesto de nulidad, es que el acto falte la manifestación de voluntad del agente y sea practicado por persona absolutamente incapaz, situación que no se da en el presente caso, toda vez que ésta se encuentra plenamente acreditada por el representante legal del Consorcio, quien ha actuado libre y voluntariamente sin que se haya afectado su decisión de suscribir el documento transaccional. Otra situación que puede exigir la validez de la posición de la demandante es que la transacción contenga un objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable, supuesto que tampoco se cumple, razón por la cual se confirma el comportamiento contradictorio del demandante. Otros supuestos son que el acto contenga un fin ilícito y/o sea nulo por adolecer de

simulación absoluta, situación que tampoco se presenta y que confirma en todos sus extremos la plena validez de la transacción.

- u. En relación a la segunda pretensión de la demanda, estando a que la demanda en su primera pretensión principal carece de fundamento fáctico y jurídico, esta segunda pretensión denominada principal, en rigor es accesoria a la primera porque solicita el pago de una suma que supuestamente deriva de la nulidad de la transacción. No podría entenderse de una nulidad parcial toda vez que la demandante ha solicitado "que se deje sin efecto la Transacción Extrajudicial".
- v. Consecuentemente, la petición en este extremo también es confusa, además de carecer de fundamento. El pago solicitado está basado solamente en dos cuadros presentados por la recurrente que, además, están referidos a hechos no probados. Uno de los montos, por ejemplo, está referido al pago de "Intereses por demora en el pago de Daños y Perjuicios" que no son materia de pretensión alguna en la demanda, razón por la cual, sin mayor detalle y sustento, no podría ser aceptado en forma alguna por el Tribunal Arbitral.
- w. Un segundo rubro es denominado "Intereses por devolución de dinero descontado indebidamente", el cual tampoco ha sido desarrollado y sustentado en la demanda, lo que nos releva de mayores comentarios.

LA CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN

Mediante escrito presentado el 15 de noviembre de 2011, admitido a trámite mediante Resolución N° 7 de fecha 17 de noviembre de 2011, el Consorcio absuelve el traslado de la reconvencción, precisando que no existe acuerdo entre las partes respecto a quien asumirá los costos y costas de los

procesos arbitrales que se deriven del Contrato de Obra, razón por la cual solicita al Tribunal que se sirva a establecerlos según al resultado del presente arbitraje, esto es, que sean asumidos por la parte perdedora.

AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante Resolución N° 9 de fecha 17 de noviembre de 2011, se citó a las partes a la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, programada para el martes 29 de noviembre de 2011 a horas 3:30 p.m. en la sede del arbitraje.

En tal sentido, con fecha 29 de noviembre de 2011 se llevó a cabo la referida Audiencia, la cual se desarrolló en el siguiente orden:

Conciliación

El Tribunal Arbitral invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio; sin embargo, ante la imposibilidad de arribar a un acuerdo total o parcial de las posiciones de las partes, el Tribunal decidió proseguir con el trámite del proceso.

Determinación de los Puntos Controvertidos

Que, en la diligencia mencionada, se procedió a fijar los puntos controvertidos del presente arbitraje, estableciéndose, con el consentimiento de las partes, los siguientes:

II.1 Cuestiones Previas:

1. Determinar si corresponde declarar fundado o no la excepción de conclusión de proceso por transacción, la misma que fue formulada

por Protransporte el 12 de octubre de 2011, en los términos indicados en dicho escrito.

Posteriormente, el Tribunal Arbitral fija los siguientes puntos controvertidos en función a las pretensiones planteadas en el presente arbitraje:

II.2 De la demanda presentada por el Consorcio:

1. Determinar si corresponde disponer o no que se deje sin efecto la Transacción Extrajudicial de fecha 22 de julio de 2010, suscrita por el Consorcio y Protransporte.
2. Atendiendo a lo que se resuelva en el punto 1) precedente, determinar si corresponde ordenar o no que Protransporte pague a favor del Consorcio la suma de US\$ 473,850.93, sin incluir el I.G.V.

II.3 Punto controvertido común

3. Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

Ambas partes manifestaron su conformidad con los puntos controvertidos fijados por el Tribunal Arbitral, los mismos que quedaron establecidos conforme a lo señalado precedentemente.

Admisión de Medios Probatorios

Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, de la siguiente manera:

De la parte demandante:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio en su escrito de demanda presentado el 28 de setiembre de 2011, detallados en el acápite "*MEDIOS PROBATORIOS*" de dicho escrito e identificados con los numerales del 1 al 5.

Además, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio en su escrito de contestación a la reconvencción presentado el 26 de abril de 2010, señalados en el acápite "*DE LOS MEDIOS PROBATORIOS DE LA ABSOLUCIÓN DE LA RECONVENCIÓN FORMULADA POR LA ENTIDAD*" de dicho escrito, los cuales corresponden a los mismos medios probatorios de la demanda.

De la parte demandada:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por Protransporte en su escrito presentado el 12 de octubre de 2011, detallados en el acápite "*III MEDIOS PROBATORIOS DE LA EXCEPCION DE CONCLUSIÓN POR TRANSACCIÓN*" de dicho escrito e identificados con los numerales 1 y 2.

Además, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por Protransporte en su escrito de contestación de demanda presentado el 25 de octubre de 2011, detallados en el acápite "*IV. MEDIOS PROBATORIOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA*" de dicho escrito e identificados con los numerales que van del 1 al 10.

Pruebas de Oficio:

Adicionalmente, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente, al amparo de lo establecido en el numeral 1) del artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071.

ALEGATOS Y AUDIENCIA DE INFORME ORAL

En el Acta de la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 29 de noviembre de 2011, se otorgó a ambas partes un plazo de diez (10) días hábiles de notificadas para la presentación de sus alegatos escritos. Las partes presentaron sus respectivos alegatos escritos los días 13 y 14 de diciembre de 2011.

Asimismo, mediante Resolución N° 11 de fecha 20 de diciembre de 2011, se citó a las partes a Audiencia de Informes Orales, la misma que se llevó a cabo el miércoles 11 de enero de 2012 a horas 4:00 p.m., la cual contó con la participación ambas partes.

CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR

En el Acta de la Audiencia de Informes Orales de fecha 20 de enero de 2012, se declaró el cierre de la instrucción, procediéndose a fijar el plazo para la emisión del correspondiente laudo arbitral en treinta (30) días hábiles, reservándose el Tribunal Arbitral la facultad de prorrogar dicho plazo, de así estimarlo conveniente.

Y CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES

En un acto previo al análisis de los puntos controvertidos establecidos en el presente proceso arbitral, en función a la valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por las partes, este Tribunal Arbitral declara: a) Que, se constituyó de conformidad con lo dispuesto en el Contrato y en la normativa aplicable; b) Que, el Tribunal Arbitral otorgó a las partes plena oportunidad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios ofrecidos oportunamente; c) Que, este colegiado ha desarrollado las actuaciones procesales respetando las garantías de audiencia bilateral, contradicción y trato igualitario a las partes; d) Que, las

partes han tenido pleno derecho de presentar alegatos orales y por escrito; y, e) Que, el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido conforme a las reglas dispuestas en el Acta de Instalación.

Asimismo, el Tribunal Arbitral considera que los medios de probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza, respecto de los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba, necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba. Estos medios probatorios han sido valorados de manera conjunta, utilizando nuestra apreciación razonada y que, si no se prueba los hechos que fundamenta su pretensión, la demanda o la reconvencción, según corresponda, deberá ser declarada infundada, de conformidad con la Ley de Arbitraje que confiere a los árbitros la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas siempre que la valorización se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.

El Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones de las partes así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valorización de conjunto, de manera que la no referencia a un argumento o una prueba no supone que no lo haya tomado en cuenta para su decisión.

II. ANÁLISIS DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

II.1. Respecto a la excepción de conclusión de proceso por transacción y respecto a la primera pretensión de la demanda.

2

Primero: Que, como primera pretensión, el Consorcio solicita que se deje sin efecto la Transacción Extrajudicial suscrita por el Consorcio y Protransporte.

Segundo: Que, a tales efectos, y a fin de que se pueda emitir el pronunciamiento correspondiente en relación a estas pretensiones, en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, se definió como punto controvertido lo siguiente:

Determinar si corresponde disponer o no que se deje sin efecto la Transacción Extrajudicial de fecha 22 de julio de 2010, suscrita por el Consorcio y Protransporte.

Tercero: Que, por su parte, Protransporte ha deducido una excepción de conclusión del arbitraje por transacción, estableciéndose en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios la siguiente cuestión previa:

Determinar si corresponde declarar fundado o no la excepción de conclusión de proceso por transacción, la misma que fue formulada por Protransporte el 12 de octubre de 2011, en los términos indicados en dicho escrito.

Cuarto: Que, en base a dicha excepción, Protransporte pretende que se concluya el presente arbitraje sin entrar a analizar aspectos de fondo, toda vez que la materia que viene siendo discutida en el arbitraje ha sido objeto de una transacción entre las partes, con lo cual se habría puesto fin a sus controversias y que, conforme lo establece el último párrafo del artículo 1302° del Código Civil, dicha transacción tiene valor de cosa juzgada.

Quinto: Que, sin embargo, el Consorcio ha planteado en su demanda que se deje sin efecto la referida Transacción, toda vez que, conforme lo establece el artículo 161° del Código Civil, dicho acto es ineficaz toda vez que la

persona que suscribió la Transacción en representación del Consorcio no tenía los poderes suficientes para ello.

Sexto: Que, en ese sentido, y de acuerdo al esquema lógico que implica el análisis de estos dos puntos, el Tribunal Arbitral considera necesario tratar primero sobre la posible ineficacia de la Transacción, toda vez que si dicho acto es ineficaz, no surte efectos en la esfera jurídica del Consorcio y por lo tanto la excepción deducida por Protransporte deviene en infundada; y por el contrario, si resulta que la Transacción es eficaz, los efectos de la misma recaen en la esfera jurídica del Consorcio y, por lo tanto, la excepción deducida por Protransporte deviene en fundada, debiéndose declarar la conclusión del arbitraje en este punto. Así pues, de acuerdo a lo indicado precedentemente, a continuación procederemos a realizar el análisis de la primera pretensión de la demanda.

Sétimo: Que, al respecto, la razón fundamental por la cual se alega la ineficacia de la Transacción es porque la persona que firmó dicho documento en representación del Consorcio, no tendría los poderes suficientes; por lo que, este colegiado analizará en primer lugar si el señor Alejandro Tello Palacios tenía los poderes suficientes para celebrar la Transacción de manera que los efectos de dicho acto recaigan sobre la esfera jurídica de las empresas que conforman el Consorcio; para ello, procederemos a analizar el Contrato Asociativo de Consorcio (en adelante, Contrato de Consorcio) celebrado por Alejandro Tello S.A. Contratistas Generales o ALTESA Contratistas Generales y EIVI S.A.C.

Octavo: Que, en la Octava Cláusula del Contrato de Consorcio se estableció lo siguiente:

"REPRESENTANTE LEGAL DEL CONSORCIO

OCTAVA: Las partes designan como Representante Legal del Consorcio al Sr. Alejandro Tello Palacios, identificado con DNI N° 07836825, quien lo representará. Actuando en todos los

actos relacionados con la suscripción del contrato de obra, con facultades suficientes a efectos de suscribir todos los documentos públicos y privados derivados del contrato de obra y todo procedimiento que fuere necesario sin limitación alguna al objeto de este instrumento. Asumiendo la defensa de los intereses del consorcio y toda clase de documentos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto del consorcio, representándolo en todo el periodo de ejecución y liquidación del contrato de obra, hasta la disolución y extinción del consorcio ante la SUNAT, conforme a la legislación vigente sobre la materia." (Subrayado y sombreado es agregado).

Noveno: Que, de una primera lectura, este colegiado observa que al señor Alejandro Tello Palacios se le ha otorgado poderes para que realice todos los actos necesarios para el cumplimiento del objeto del Contrato de Consorcio, asumiendo la defensa de los intereses del Consorcio; así pues en este caso no es que el señor Alejandro Tello Palacios podía realizar cualquier acta de acuerdo a su voluntad o interés, sino que debía realizar los actos a nombre del Consorcio (en otras palabras, a nombre de las empresas que conforman el Consorcio) y de acuerdo a la voluntad e interés del Consorcio.

Décimo: Que, sin embargo, acá nos podemos preguntar válidamente: ¿quién determina cual es la voluntad e interés del Consorcio?; la respuesta la encontramos en el mismo Contrato de Consorcio:

"12.1 Gestión Política-Estratégica

El Consejo Directivo del Consorcio (el Consejo Directivo) será la máxima autoridad del Consorcio y le corresponde tomar las decisiones sobre las políticas generales y estrategias del Consorcio, (...)".

Undécimo: Que, en ese orden de ideas, podemos ver que más allá del tema de si el señor Alejandro Tello Palacios tenía poderes suficientes para suscribir la Transacción a nombre del Consorcio, lo cual será analizado más adelante, es necesario puntualizar que para que el señor Alejandro Tello Palacios realice válidamente los actos en representación a nombre del Consorcio, no sólo debe actuar en nombre de éste, sino que además debe realizar tales actos de acuerdo a los lineamientos que establezca el Consejo Directivo (el mismo que encuentra constituido por los representantes de las empresas que conforman el Consorcio), situación que era conocida por Protransporte, toda vez que dicha entidad conocía el Contrato de Consorcio desde la constitución del mismo.

Duodécimo: Que, en relación a la definición de "Consorcio", debemos tener presente:

*"(...) el consorcio es un contrato por el cual dos o más personas se asocian en participación, en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa, **con el propósito de obtener un beneficio económico**, manteniendo cada una su propia autonomía. De conformidad con lo que se pacte en el contrato, cada miembro se compromete a realizar las actividades del consorcio que se le encarguen o a las que se ha comprometido."⁵ (Subrayado y sombreado es agregado).*

Décimo Tercero: Que, así pues, sin perjuicio de los lineamientos que establece el Consejo Directivo para el desarrollo de las actividades del Consorcio, no debemos perder de vista que el propósito del Consorcio es obtener un beneficio económico; nosotros además agregaríamos que el Consorcio (o las empresas que forman parte de éste) no sólo va a buscar beneficios económicos, sino que, como todos los agentes racionales que

⁵ ELIAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano, La Ley General de Sociedades del Peru*. Lima: Normas Legales, 2001. Pag.:954.

actúan en la economía, van a buscar maximizar sus beneficios, en otras palabras, va a buscar obtener el máximo beneficio posible.

Décimo Cuarto: Que, es importante señalar que la finalidad por la cual se constituye una sociedad es el ánimo de o en forma conjunta y asociada, que una vez en sociedad el interés de los accionistas no es otro que el interés social; para lo cual la Ley General de Sociedades ha determinado los órganos de la sociedad que forman su voluntad, siendo el máximo ente colegiado la Junta General de Accionistas mientras que el directorio y la gerencia son los que están a cargo de la administración de las mismas, conforme a las facultades establecidas expresamente en el estatuto de la sociedad, sin poder ir más allá del interés social antes apuntado. Por lo que cualquier formación de la voluntad perseguirá un beneficio económico a favor de la sociedad, por ser éste el objeto mismo de la Sociedad. Cabe preguntarse entonces: ¿Puede la voluntad social ir en contra del título (contrato de consorcio) y el objeto que lo generaron? y ¿Es un beneficio económico condonar una deuda?.

El Artículo Nº 445 de la Ley General de Sociedades, haciendo una definición de Consorcio señala que es aquel:

"(...) contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico (...)".

Entonces la respuesta a ambas preguntas será negativa. En los mismos términos que una sociedad, un Consorcio establece, en el contrato que le da origen, que órgano determina la creación de su voluntad, ésta voluntad no es otra que el interés de aquellos que la conforman, no pudiendo pues ningún representante ir más allá de las facultades establecidas en el contrato de consorcio. La voluntad social del Consorcio no es otra que el

interés de aquellos que la conforman con el único ánimo de obtener un beneficio económico.

Décimo Quinto: Que, en ese sentido, el señor Alejandro Tello Palacios, al firmar la Transacción, lo que ha hecho es obligar al Consorcio que renuncie (condonar) a una parte (30%) del pago que el Consorcio considera le adeuda Protransporte, consideración que por cierto no es pura, caprichosa o arbitraria, pues tiene como base tres (3) laudos arbitrales que reconocen ello; así pues, si bien el señor Alejandro Tello Palacios contaba con poderes que le otorgaban facultades para representar al Consorcio (si esas facultades eran suficientes o no, lo analizaremos más adelante), dicho representante del Consorcio violó tales facultades al actuar en contra de la finalidad del Consorcio (obtener el mayor beneficio económico posible) sin consentimiento del Consejo Directivo, lo cual se engloba dentro de la ineficacia de acto jurídico que dispone el artículo 161º del Código Civil, conforme lo precisa Giovanni Priori:

"(...) debe interpretarse de dicha norma que violar las facultades, en realidad supone que en el negocio jurídico celebrado por el representante en nombre del representado se ha vulnerado el interés de este último; lo que supone que para nuestro Código Civil, el interés del representado sería relevante a efectos de determinar la eficacia del acto jurídico (...).

Es por ello que la doctrina italiana habla del 'abuso del poder representativo' para referirse a cualquiera de estas hipótesis:

- (i) Cuando el representante actúa en conflicto de intereses con el representado;*
- (ii) Cuando el representante lesiona el interés del representado; o.*
- (iii) Cuando se aleja de las instrucciones (que no es lo mismo que facultades) impartidas por el representado. Decimos que instrucciones no es lo mismo que facultades pues mientras la facultad consiste en aquello que el*

representante puede hacer, las instrucciones indican cómo es el que representante debe actuar.

Creemos que esa misma interpretación es la que da Lohmann cuando se refiere a que la violación de las facultades supone un caso de abuso del poder representativo.”⁶

Décimo Sexto: Que, en conclusión, sin perjuicio de las facultades que tenía el señor Alejandro Tello Palacios, para que los actos que celebre dicho representante sean eficaces en la esfera jurídica del Consorcio, era necesario que se realicen de acuerdo a las instrucciones y/o lineamientos que dispuso el Consejo Directivo, teniendo en cuenta que el Consorcio tiene como fin maximizar el beneficio económico de las empresas que lo conforman, motivo por el cual, toda vez que Protransporte conocía el Contrato de Consorcio, de manera diligente debió requerir la participación de éste o, en su defecto, debió solicitar la ratificación de los actos realizados por el señor Alejandro Tello Palacios, toda vez que la celebración de la Transacción suponía al Consorcio una reducción del beneficio económico esperado por éste;

Décimo Séptimo: Que, la demandada argumenta que se llevaron a cabo negociaciones por el lapso de un mes, anteriores a la firma del acuerdo extrajudicial, por lo que el Consorcio debió conocer de las mismas con antelación a la firma del documento que se cuestiona, y que éstas culminaron en la suscripción del acuerdo con posterioridad a dicha etapa; al respecto, debemos señalar que la naturaleza jurídica de la negociación importa un medio, sin dar origen a un título del que se derive algún derecho u obligación, lo que imposibilita que tenga efectos jurídicos; por lo que la negociación no es siquiera comprable a un compromiso para contratar. Son distintos pues, los actos de negociación previos al arribo de algún acuerdo y el acuerdo en sí, siendo que únicamente este último el que dará origen a derechos y obligaciones determinadas y/o determinables. Podemos

⁶ PRIORI POSADA, Giovanni. Comentario al artículo 161º del Código Civil. En: *Código Civil Comentado*, Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2010. Pág.: 525.

entonces señalar que la negociación es un acto que no genera efectos jurídicos en sí, por lo que no se puede enmarcar como un acto jurídico *per se*, pues este último conforme al artículo 140º del Código Civil es:

"(...) la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (...)". (Subrayado nuestro).

Así pues, afirmamos que la negociación no genera ningún efecto jurídico para ninguna de las partes, pues no las obliga; por tanto el conocimiento de dichas negociaciones no es relevante más allá de la misma negociación, mientras que el acuerdo generará efectos en la esfera jurídica del Consorcio, siempre que se haya cumplido todos los requisitos necesarios para que se genere un efecto válido, entre ellos el de representación, que analizaremos más adelante.

Décimo Octavo: Que, de otro lado, y en relación a si el señor Alejandro Tello Palacios contaba con los poderes o facultades suficientes, es pertinente precisar que en este arbitraje no se discute la validez de los acuerdos contenidos en la Transacción, sino que se discute sobre la eficacia de dichos acuerdos, sobre todo en la esfera jurídica del Consorcio; sin embargo, consideremos necesarios citar los extremos en los cuales se plasmaron las obligaciones que surgieron para el Consorcio y que ahora son materia de controversia, a fin de poder determinar posteriormente si el señor Alejandro Tello Palacios tenía los poderes necesarios para obligar al Consorcio a aceptar tales condiciones:

"TERCERA.- OBJETO DEL CONTRATO:

Por el presente documento, las partes, haciéndose concesiones recíprocas, **convienen en transigir** cualquier controversia vinculada directa o indirectamente con hechos señalados en la cláusula primera del presente documento, poniendo fin a cualquier litigio judicial, extrajudicial, arbitral, administrativo o

de cualquier tipo que hubiera podido iniciarse, en los términos y condiciones indicadas en la cláusula siguiente.

En consecuencia, al amparo de lo establecido en el artículo 1302° y siguientes del Código Civil, ambas partes **celebran la presente transacción**, extinguiendo todas y cada una de las relaciones jurídicas existentes entre Protransporte y el Consorcio que se detallan en la cláusula Primera, (...)”⁷ (Subrayado y sombreado es agregado).

“4.1 En aplicación de lo dispuesto por los artículos 1295°, 1297° y siguientes del Código Civil, **el Consorcio condona a favor de Protransporte** el treinta por ciento (30%) de los montos ordenados pagar a este último a través de los Laudos Arbitrales (...)” (Subrayado y sombreado es agregado).

“QUINTA.- RENUNCIAS:

(...)

De esta forma, **las partes (incluidos los socios, accionistas, representantes e integrantes del Consorcio)** **renuncian** a toda acción, reclamo ó denuncia, sea administrativa, judicial ó arbitral, nacional e internacional, que de hecho ó por derecho, pudiera enervar la validez de la presente transacción, su contenido, ó por derecho pudiera enervar la validez de la presente transacción, su contenido, ó que esté dirigida a discutir obligaciones ó reclamos derivados de los hechos descritos en el presente documento y que ya han sido acordados por las partes en la presente transacción.” (Subrayado y sombreado es agregado).

⁷ Es pertinente precisar que en la cláusula primera de la Transacción se narra los antecedentes de este acto, los mismos que consisten en la emisión de los laudos arbitrales que ordenan a Protransporte que pague a favor del Consorcio determinados montos, los mismos que fueron emitidos en los procesos arbitrales 023-2007, 013-2008 y 018-020-2008 seguidos ante el Centro de Arbitraje del Consejo Departamental del Colegio de Ingenieros del Perú. Asimismo, en la citada cláusula primera de la Transacción se señala que Protransporte había interpuesto recursos de anulación y acciones de amparo frente a los referidos laudos.

Así pues, podemos resumir que el señor Alejandro Tello Palacios comprometió al Consorcio a lo siguiente:

- a) A transigir y celebrar una transacción en relación a lo señalado en la primera cláusula de la Transacción.
- b) A condonar una deuda a Protransporte.
- c) A que el Consorcio y las empresas que lo conforman, representantes y demás, no puedan realizar ningún tipo de reclamo en relación a lo convenido en dicha transacción.

Décimo Noveno: Que, en relación a las implicancias de transigir y celebrar una transacción, nos remitimos a los siguientes comentarios de Mario Castillo Freyre:

"La Real Academia Española⁸ define a la transacción como 'acción y efecto de transigir' y, por extensión, 'trato, convenio, negocio'.

Transigir, se define como 'consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de llegar a un ajuste o concordia, evitar algún mal, o por mero espíritu de condescendencia'. También como 'ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa'.⁹

Vigésimo: Que, sobre este punto, Protransporte alega que el señor Alejandro Tello Palacios tenía los poderes suficientes para celebrar la transacción a nombre del Consorcio, de acuerdo al régimen de poderes establecido en la cláusula octava del Contrato de Consorcio; sin embargo, sobre el particular, tenemos la siguiente norma del Código Civil:

⁸ Real Academia Española. En: <http://buscon.rae.es/draeI/>

⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra, 2008. Pág.: 779.

"Artículo 167°

Los representantes legales **requieren autorización expresa** **para** realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:

1. Disponer de ellos o gravarlos.
2. **Celebrar transacciones.**
3. Celebrar compromiso arbitral.
4. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial." (Subrayado y sombreado es agregado)

Vigésimo Primero: Que, al respecto, Jorge Beltrán Pacheco nos señala lo siguiente:

"(...) de acuerdo al Código Civil en el Libro de Obligaciones, artículo 1302: 'Por la transacción las partes haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciando (...)'. Dicho acto es una en virtud del cual se extingue una obligación, aunque consideramos en realidad que es ajeno a las relaciones obligatorias. En la medida que entendemos, como la mayoría de la doctrina, que es un acto de disposición de derechos (en tanto se renuncia habitualmente al ejercicio de una pretensión o se decide el pago de una indemnización), se requiere de una autorización expresa."¹⁰

Vigésimo Segundo: Que, así pues, y para profundizar más en lo que implica una autorización expresa, Giovanni Priori nos expresa lo siguiente:

¹⁰ BELTRÁN PACHECO, Jorge. Comentario al artículo 167° del Código Civil. En: *Código Civil Comentado*, Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2010. Pág.: 547.

*"Cuando nos referimos a que el poder debe ser otorgado de forma expresa, estamos haciendo referencia al hecho de que en estos casos el poder no puede ser otorgado tácitamente. En efecto, en la medida que el poder es un negocio jurídico, para su existencia requiere que se haya manifestado una voluntad, manifestación que, de acuerdo a las normas del propio Código Civil puede ser expresa o tácita. Habrá manifestación expresa cuando el representado haya declarado su voluntad de otorgar un poder de manera evidente. Habrá manifestación tácita cuando del comportamiento del representado se entienda que existe la intención de otorgar el poder."*¹¹

Del mismo modo Castillo Luna, refiriéndose a la representación señala lo siguiente:

*"El ejercicio normal del poder de representación se presenta cuando el representante desarrolla su actividad dentro de los límites formales del poder cuando la actuación del apoderado se realiza coincidiendo con el interés del representado."*¹²

Queda claro que el consorcio legitima, permite y autoriza la actuación del representante a través de un negocio jurídico unilateral que se denomina poder de representación; este poder de representación recoge los límites y facultades del representante, siendo que "la consecuencia jurídica en el caso de que falte la legitimación será la ineficacia y no la invalidez"¹³, en caso el ejercicio de la representación sea anómalo.

¹¹ PRIORI POSADA, Giovanni. Comentario al artículo 156º del Código Civil. En: *Código Civil Comentado*, Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2010. Pág.: 512.

¹² CASTILLO LUNA, Luis Manuel. El Supuesto de la Falta de Legitimación Representativa y sus Consecuencias Jurídicas En: *Revista Jurídica del Perú*, de Normas Legales, Nro. 109, Marzo 2010. Pág.284.

¹³ MORALES HERVIAS, Rómulo. *Estudios sobre Teoría General del Contrato*, Primera Edición, Grijley, Lima 2006 Pág. 511.

Vigésimo Tercero: Que, este colegiado no observa que en la cláusula octava del Contrato de Consorcio, ni en alguna otra cláusula del mismo o en algún otro documento se le haya otorgado expresamente al señor Alejandro Tello Palacios la facultad de transigir o de celebrar una transacción; por el contrario, el Tribunal Arbitral advierte que dichas facultades si han sido expresamente otorgadas al Consejo Directivo del Consorcio, lo que se aprecia en el numeral 13.1.10 del Contrato de Consorcio, que a la letra indica:

*"13.1.10 Podrá interponer acciones judiciales, demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, **transigir**, someter a arbitraje la pretensiones controvertidas en el proceso, (...)"*

Vigésimo Cuarto: Que, así pues, si bien el señor Alejandro Tello Palacios contaba con autorización para realizar determinados actos en nombre y beneficio del Consorcio, es claro que tenía que ejercer dichas facultades dentro de los límites establecidos, no pudiendo ir mas allá de las facultades, autorizaciones y encargos que en forma expresa se le había encomendado; por lo tanto, al no estar facultado para transigir, y sin embargo, a pesar de elló, celebró la Transacción, el señor Alejandro Tello Palacios ha actuado fuera del límite de sus poderes, excediéndose de las facultades que le había sido conferidas, lo cual implica una actuación no legítima, con lo cual dicho actuar no puede generar efecto alguno en la esfera jurídica del Consorcio:

"Sin embargo, no solo es necesario esta autorización, sino que además se requiere la presencia de dos elementos:

- (i) *Que quien está legitimado celebre negocios jurídicos dentro de los límites del poder que se le ha conferido, ya que solo dentro de estos límites actuará legítimamente; y además*

(ii) *Se hace necesario que los terceros con los que se relaciona sepan que quien actúa lo está haciendo por otra persona, y no a título personal.*

(...)

La actuación dentro de los límites del poder se hace necesaria a fin de tutelar al representado, en la medida que el representante solo se encontrará legitimado a realizar aquellos actos que el interesado o la ley le han facultado. Solo dentro de esos límites su actuación es legítima; fuera de ellos su actuación es una intromisión ilegítima en la esfera jurídica ajena. De ahí que los efectos de la representación, por regla general, sólo puedan producirse en la medida que el representante haya actuado según las facultades conferidas."¹⁴

Vigésimo Quinto: Que, en relación a la condonación, debemos tener presente lo que establece el artículo 156° del Código Civil:

"Artículo 156°

Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad."

Vigésimo Sexto: Que, al respecto, debemos tener presente que "[a]l hacer referencia al hecho que el poder debe constar en forma indubitable se está exigiendo que el poder se haya otorgado de forma expresa y que además, la facultad de disposición o gravamen consten expresamente conferidas."¹⁵; en tal sentido, al igual que cuando realizamos el análisis sobre la facultad de transigir, en este caso tampoco se observa que se haya otorgado al señor Alejandro Tello Palacios facultades para condonar deudas.

¹⁴ PRIORI POSADA, Giovanni. Comentario al artículo 160° del Código Civil. En: *Código Civil Comentado*, Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2010. Pág.: 519.

¹⁵ PRIORI POSADA, Giovanni. Comentario al artículo 156° del Código Civil. En: *Código Civil Comentado*, Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2010. Pág.: 512.

Vigésimo Séptimo: Que, en relación a la renuncia de que se realicen reclamos frente al contenido de la Transacción, y sin perjuicio de que si dicho acto es ineficaz, resulta lógico y fundado que se reclame, por ello nos parece pertinente considerar que dicha renuncia en realidad es un efecto del valor de cosa juzgada que tiene la Transacción, según lo establece la parte final del artículo 1302° del Código Civil; empero, dicho valor se ve relativizado en el caso de que nos encontremos en un supuesto de transacción extrajudicial, conforme lo explica a continuación Mario Castillo Freyre:

"La transacción judicial, entonces, no ofrece mayores inconvenientes respecto de su calidad de cosa juzgada. El caso de la transacción extrajudicial resulta distinto, pues allí esa calidad no es absoluta.

La transacción extrajudicial, como su nombre lo indica, es la que se celebra cuando las partes no están litigando, vale decir, fuera de un proceso judicial o arbitral. En ese sentido, si no hay proceso, ni juez, ni árbitro que recoja la transacción y emita una resolución, ¿Cómo puede hablarse de cosa juzgada?

La expresión 'cosa juzgada' es de orden procesal; sin embargo, el Código Civil, en materia de transacción extrajudicial, no la utiliza en su sentido estricto.

El carácter de la cosa juzgada de la transacción extrajudicial se encuentra fundado en que ella es irrevisable, esto es, se basa en el hecho de que lo acordado por las partes, lo transigido por ellas, no puede ser revisado, sin perjuicio de aquello, lo cierto es que en tanto la transacción extrajudicial es en definitiva un acto jurídico común y corriente, resulta susceptible de ser atacado si adolece de algún vicio."

Vigésimo Octavo: Que, concordante con lo anterior, en la Casación N° 2830-2004, se señala expresamente que, los actos celebrados por el representante que ha excedido sus facultades devienen en ineficaces.

"(...) conforme a lo previsto en el artículo ciento sesentiuno del Código Civil que regula la figura del falsus procurator, el apoderado o representante que se excede en las facultades otorgadas, conforme a la regla del artículo ciento sesentiuno, en principio, debe tenerse que el acto celebrado por éste resulta un acto ineficaz frente a su representado; pero éste puede ratificarlo conforme a la norma del artículo ciento sesentidós del Código sustantivo, de tal manera que solo el representado y no otro puede objetar el acto jurídico efectuado en su nombre, así como también puede ratificarlo, como resulta de una simple interpretación gramatical; en consecuencia, el acto jurídico celebrado por el apoderado excediendo sus facultades es solamente anulable, siendo uno de los supuestos de la ineficacia originaria, también llamada intrínseca o estructural."¹⁶

El Magistrado Castillo Luna, en relación a la ratificación del acto jurídico y analizando la citada Casación, señala que:

"(...) la ratificación es una figura destinada a solucionar un problema de manifestación de voluntad, que consiste en que el representante excedió en sus atribuciones, o bien en que alguien asumió una representación que no tenía. La ratificación lo hará, entonces, el representado. La Confirmación no tiene que ver con el fenómeno de la representación, sino con la subsanación de otros tipos de vicios en el acto realizado, que lo constituyen en acto anulable"¹⁷

¹⁶ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA. Casación N° 2830-2004.

¹⁷ CASTILLO LUNA, Luis Manuel. El Supuesto de la Falta de Legitimación Representativa y sus Consecuencias Jurídicas En: Revista Jurídica del Perú, de Normas Legales, Nro. 109, Marzo 2010. Pág.283.

La naturaleza jurídica de la ratificación, supone siempre la existencia de un acto válido, pero ineficaz para el representado; mientras que la confirmación supone un negocio que adolece un vicio de validez, pero que es eficaz. En el caso, el Consorcio no ha ratificado el acto, por lo que no existe voluntad de hacer suya la declaración del Acuerdo; tampoco existe confirmación del acto por parte del Consorcio, por el contrario ha señalado la carencia de facultades para suscribir el Acuerdo por parte del representante.

Vigésimo Noveno: Que, en ese sentido, para Castillo Luna, las notas características de representación son:

- a) *"Que, el negocio celebrado por el representante es negocio del representado, y*
- b) *Como obvia consecuencia, los efectos del negocio se producen en la esfera del representado."*¹⁸

Siendo que, en el caso concreto se puede afirmar que el detrimento de los beneficios económicos del representado, tal como apuntamos anteriormente, no son parte de las facultades del representante, sino por el contrario sus facultades son para velar por los intereses del Consorcio, entre ellos el beneficio económico; así podemos afirmar también que los efectos producidos por el representante excediendo estas facultades para las que está autorizado son ineficaces a la esfera jurídica del Consorcio.

Trigésimo: Que, en este caso en concreto y conforme al análisis realizado precedentemente, queda evidenciado que existe un vicio en la Transacción, toda vez que el representante del Consorcio que la suscribió no contaba con los poderes o facultades necesarios, y obligatorios, para ello y, aun cuando los tuviera, debemos precisar que realizó dicho acto afectando los intereses

¹⁸ CASTILLO LUNA, Luis Manuel. El Supuesto de la Falta de Legitimación Representativa y sus Consecuencias Jurídicas En: Revista Jurídica del Perú, de Normas Legales, Nro. 109, Marzo 2010. Pág.283.

del Consorcio; esto es, para celebrar la Transacción, el señor Alejandro Tello Palacios necesitaba autorización expresa e indubitable de parte del Consejo Directivo del Consorcio, pues la celebración de la misma no era un acto de mero trámite, sino que era un acto en el cual se estaba disponiendo de los beneficios económicos del Consorcio, en otros palabras, se estaba afectando la finalidad por la cual el Consorcio fue creado, para lo cual obviamente se requería la máxima formalidad y la expresión de la voluntad del máximo órgano del Consorcio, nos referimos al Consejo Directivo del Consorcio, conforme hemos concluido precedentemente de la interpretación del Contrato de Consorcio. Estas exigencias son fácilmente observables al revisar el Contrato de Consorcio y las normas pertinentes, por lo que de manera diligente, Protransporte pudo evitar que la Transacción se suscriba con un vicio de ineficacia o, posteriormente, pudo requerir que se emita la ratificación correspondiente, lo que no sucedió.

Trigésimo Primero: Que, en ese sentido, atendiendo a las conclusiones arribadas y conforme lo establece el artículo 161º del Código Civil¹⁹, la Transacción deviene en ineficaz, en otras palabras, no surte efectos en la esfera jurídica del Consorcio; Giovanni Priori, al respecto, nos explica la teoría que se utiliza en el citado artículo 161º:

"La teoría predominante es aquella conforme a la cual el negocio jurídico celebrado por el falsus procurator es válido, pero ineficaz. Siguiendo a esta teoría, el negocio jurídico es válido y perfecto, en cuanto la declaración de voluntad no contiene ningún vicio del consentimiento, y en el negocio jurídico se puede distinguir todos los elementos jurídicos que lo conforman. El vicio es la ausencia de legitimación, y ello

¹⁹ Artículo 161º.-

El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros.

También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

determina que el negocio celebrado por el falsus procurator no genere efectos en la esfera jurídica del representado.

(...)

Siendo que el contrato es ineficaz respecto del representante como del representado, es evidente que también lo es respecto del tercero; pues, no puede nacer ninguna obligación ni ningún derecho frente al tercero pues estas situaciones jurídicas solo encontrarán justificación en la medida que el contrato pueda surtir efectos, sea en el representante o en el representado."²⁰

Trigésimo Segundo: Que, atendiendo a lo antes señalado, corresponde declarar fundada la primera pretensión de la demanda e infundada la excepción de conclusión del arbitraje por transacción deducida por Protransporte.

II.2. Respecto a la pretensión segunda de la demanda.

Primero: Que, como segunda pretensión, el Consorcio solicita que se ordene a Protransporte que pague a favor del Consorcio la suma de US\$ 473,850.93 (Sin incluir IGV).

Segundo: Que, a tales efectos, y a fin de que se pueda emitir el pronunciamiento correspondiente en relación a estas pretensiones, en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, se definió como punto controvertido lo siguiente:

Atendiendo a lo que se resuelva en el punto 1) precedente, determinar si corresponde ordenar o no que Protransporte pague a favor del Consorcio la suma de US\$ 473,850.93, sin incluir el I.G.V.

²⁰ PRIORI POSADA, Giovanni. Comentario al artículo 161° del Código Civil. En: *Código Civil Comentado*, Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2010. Pág.: 524.

Tercero: Que, sobre el particular, es pertinente precisar que no existe en este arbitraje discusión en cuanto al monto y naturaleza de las obligaciones surgidas de los laudos arbitrales, por lo que, atendiendo a la ineficacia de la transacción, corresponde ordenar a Protransporte que cumpla con pagar lo dispuesto en dichos laudos arbitrales.

Cuarto: Que, al respecto, dado que Protransporte ya ha realizado una parte del pago de los montos que arrojan dicho laudos, conforme se puede constatar en los medios probatorios ofrecidos por dicha entidad, corresponde ordenar que se pague la diferencia que queda pendiente, en razón a la declaratorio de ineficacia de la Transacción celebrada.

Quinto: Que, al respecto, los laudos emitidos en los procesos arbitrales 023-2007, 013-2008 y 018-020-2008 seguidos ante el Centro de Arbitraje del Consejo Departamental del Colegio de Ingenieros del Perú, arrojaron como resultado que Protransporte debía pagar a favor del Consorcio las sumas totales de US\$ 1'092,220.40 y S/. 1'495,511.57, incluido el I.G.V.

Sexto: Que, a la fecha, Protransporte ha pagado a favor del Consorcio las sumas totales de US\$ 764,554.28 y S/. 1'046,858.10, incluido el I.G.V., lo cual no ha sido discutido por las partes;

Sétimo: Que, de esta manera, estando a los montos consignados en los laudos arbitrales antes citados, y a las sumas abonadas por Protransporte al Contratista, tenemos que dicha Entidad adeuda al Consorcio las sumas totales de US\$ 327,666.12 y S/. 448,653.46, incluido el I.G.V.; sin embargo, el Consorcio solicita que se ordene a Protransporte que realice un pago de US\$ 473,850.93, no incluido I.G.V., monto que asciende a US\$ 563,882.61, incluyendo el I.G.V. actual (18%).

Octavo: Que, sobre el particular, dado que en todo momento se han tratado a los montos incluyendo el I.G.V., este colegiado considera que el monto

que se ordene pagar a Protransporte en este laudo también debe ser incluido el I.G.V., teniendo presente la naturaleza de este impuesto.

Noveno: Que, en relación al monto ascendente a US\$ 327,666.12 que está pendiente de pago, no existe problema alguno, pues dicho monto es menor al que solicita el Consorcio y guarda identidad respecto al tipo de moneda, pues ambos son expresados en Dólares de los Estados Unidos de América (US\$).

Décimo: Que, sin embargo, si surgen problemas en relación a la diferencia que queda pendiente, pues de acuerdo a lo ordenado en los laudos anteriores y a lo pagado por Protransporte, se tiene que existe un saldo de S/. 448,653.46; empero, la diferencia que reclama el Consorcio es de US\$ 236,216.49, no existiendo identidad entre el tipo de moneda que se utiliza (en el primero son Nuevos Soles y en el segundo son Dólares de los Estados Unidos de América).

Undécimo: Que, sin perjuicio de lo antes indicado y aplicando matemática simple (S/. 448,653.46 / US\$ 236,216.49), podemos observar que el tipo de cambio que se utilizó fue de S/. 1.89 por cada Dólar de los Estados Unidos de América.

Duodécimo: Que, en tal sentido, toda vez que el tipo de cambio para convertir de Dólares de los Estados Unidos de América a Nuevos Soles (y viceversa) desde hace mucho tiempo es mayor al que se establece en el párrafo precedente, y en relación al saldo pedido por el Consorcio, este colegiado con la finalidad de no emitir un pronunciamiento que vaya más allá de lo reconocido en este laudo, decide conceder el monto que corresponde en Nuevos Soles (S/. 448,653.46), toda vez que el monto que el Consorcio (US\$ 236,216.49) solicita a un tipo de cambio más cercano al actual (2.6) da como resultado un monto mucho mayor (S/. 614,162.87).

Décimo Tercero: Que, en ese orden de ideas, corresponde ordenar a Protransporte que cumpla con pagar a favor del Consorcio las sumas totales de US\$ 327,666.12 y S/. 448,653.46, incluido el I.G.V.

II.3. Determinar a quién procede que se ordene el pago de las costas, costos y gastos del arbitraje

Primero: Que, En este punto corresponde determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que ha generado el presente proceso arbitral.

Segundo: Que, el numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Tercero: Que, en el convenio arbitral contenido en el Contrato de Obra, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Cuarto: Que, considerando el resultado de este arbitraje en el que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, no puede afirmarse que existe una "*parte perdedora*", en vista de que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y que, además, el Tribunal Arbitral

considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, la cual motivó el presente arbitraje.

Quinto: Que, en tal sentido, corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos que debió sufragar; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (este rubro incluye los honorarios de los árbitros y del secretario, así como los gastos procedimentales), así como los costos y costas en que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente proceso arbitral.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral, dentro del plazo correspondiente, en Derecho;

LAUDA:

PRIMERO: DECLÁRESE INFUNDADA la excepción de conclusión del arbitraje por transacción extrajudicial deducida por el Instituto Metropolitano Protransporte de Lima, mediante escrito de fecha 12 de octubre de 2011.

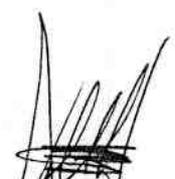
SEGUNDO: DECLÁRESE FUNDADA la primera pretensión de la demanda del Consorcio Altesa + EIVI S.A.C. de fecha 28 de setiembre de 2011; en consecuencia, **DECLÁRESE** ineficaz la Transacción Extrajudicial de fecha 22 de julio de 2010.

TERCERO: DECLÁRESE FUNDADA la segunda pretensión de la demanda del Consorcio Altesa + EIVI S.A.C. de fecha 28 de setiembre de 2011; en consecuencia, **ORDÉNESE** al Instituto Metropolitano Protransporte de Lima que pague a favor del Consorcio Altesa + EIVI S.A.C. las sumas ascendentes a US\$ 327,666.12 (Trescientos veintisiete mil seiscientos sesenta y seis y 12/100 Dólares de los Estados Unidos de América) y S/.

448,653.46 (Cuatrocientos cuarenta y ocho seiscientos cincuenta y tres y 46/100 Nuevos Soles), montos que incluyen el I.G.V. correspondiente.

CUARTO: Declarar que cada parte deberá asumir los gastos arbitrales que les correspondía sufragar (50% a cada una de ellas); asimismo, cada una de las partes deberá asumir los gastos de asesoría legal y demás en que hubieran incurrido a raíz del presente proceso arbitral.-

Notifíquese a las partes.



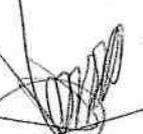
JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ

Presidente del Tribunal Arbitral



JOSÉ TALAVERA HERRERA

Árbitro



HORACIO CANEPA TORRE

Árbitro



LUIS PUGLIANINI GUERRA

Secretario Ad Hoc