

EXP. N° 1567-2006-PA/TC

LIMA

COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

I. ASUNTO

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

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

Fundamentos de hecho:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fundamentos de derecho:

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

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

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

Fundamentos de la contestación:

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

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

3. Contestación de la demanda por la Minera Sulliden Shahuindo

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

Fundamentos de la contestación:

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

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

4. Resolución de primera instancia

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

5. Resolución de segunda instancia

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

III. FUNDAMENTOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La persona jurídica como titular de derechos fundamentales

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

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

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

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

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

El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre esta materia se profundizará en los siguientes fundamentos.

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

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

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

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

[9] Artículo 10.- Disposición general.-

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

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

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

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

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

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

18. El segundo recurso previsto en el artículo 60º de la Ley General de Arbitraje es el de anulación. Su objeto es la revisión de la validez del laudo dictado en instancia única o del laudo arbitral de segunda instancia, y se interpone ante el Poder Judicial, por las causales establecidas en el artículo 73º de la Ley 26572. Agotado este proceso judicial, quien se sienta afectado en su derecho podrá recurrir al proceso de amparo.

19. La razonabilidad del agotamiento de la vía previa, como requisito de procedencia del proceso de amparo, se sustenta en la independencia jurisdiccional con que cuenta el arbitraje y en la efectiva posibilidad de que, ante la existencia de un acto infractor, este sea cuestionado y corregido de conformidad con los principios y garantías jurisdiccionales consagrados en el artículo 139º de la Constitución; desarrollados para tal efecto por la Ley General de Arbitraje.

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

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

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

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

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

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

[12] Artículo 167º del Código Civil:

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

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

Atribuciones del gerente

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

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

[14] Artículo 75º del Código Procesal Civil

Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.

El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA
ALVA ORLANDINI
LANDA ARROYO

[19] Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ.

EXP. 01567-2006-PA/TC

LIMA

COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

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

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

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

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

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

S.
GONZALES OJEDA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
JUAN BAUTISTA BARDELLI LARTIRIGOYEN

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

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

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

5. Considero que para que pueda operar la sustracción de la materia porque el afectado haya optado por la vía jurisdiccional ordinaria debe satisfacerse positivamente la identificación de las pretensiones a fin de que confrontadas éstas entre si, pueda establecerse si se trata de una misma pretensión o de pretensiones distintas. La confrontación de pretensiones debe realizarse sobre la base de 3 de los elementos de la pretensión: sujeto, objeto y causa, debiendo tenerse presente que : “ *Importa destacar, asimismo, que cualquier variante que presente alguno de los tres elementos mencionados, comprueba, como regla, que se trata de pretensiones diversas, no obstante que la coincidencia que éstas puedan presentar entre sus restantes elementos determine una vinculación por conexidad, la que es susceptible de producir ciertos efectos jurídicos que examinaremos en su oportunidad (particularmente acumulación de pretensiones y de procesos)*”. (Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil* , Tomo I , Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994, página 391.).
6. En el caso de autos es evidente que al confrontar la pretensión procesal constitucional de inaplicación del convenio arbitral y de sus actos de aplicación, con la pretensión procesal civil de nulidad de cesión de posición contractual no existe identidad entre sujeto y objeto, aunque si es perceptible la identidad en la causa (el contrato de transferencia de propiedades mineras del 11 de noviembre de 2002); por lo que no existe identidad entre las pretensiones sino simplemente conexidad, supuesto de hecho al que no se atribuye la consecuencia jurídica de disolver la relación procesal existente y la conclusión del proceso sin declaración sobre le fondo.
7. En relación a las competencias con que cuenta la jurisdicción arbitral, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en anterior oportunidad a efectos de reconocer la plena vigencia del principio de competencia de la competencia, previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje, que faculta a los arbitros a decidir sobre su propia competencia incluso cuando sean cuestionadas la existencia, la eficacia o la validez del convenio arbitral (STC EXP. Nº 6167-2005-HC/TC).
8. El principio de la competencia de la competencia aplicable al arbitraje se encuentra sometido al límite subjetivo del convenio arbitral, establecido

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

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

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

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

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

SS
BARDELLI LARTIRIGOYEN