

A faint, light blue background image of a balance scale, symbolizing justice and arbitration. The scale is positioned on the right side of the frame, with its pans hanging from a horizontal beam.

TEMAS RELATIVOS AL ACUERDO DE ARBITRAJE

SERGIO TAFUR SÁNCHEZ

ARBITRAJE

¿Podría válidamente dictarse una Ley que prohíba a los ciudadanos solucionar sus controversias a través de la vía arbitral?

EL ACUERDO DE ARBITRAJE

- ¿De donde nace el Arbitraje?
- ¿Es una permisibilidad del Estado?

¿CUAL ES SU VISIÓN?

EL ACUERDO DE ARBITRAJE

▪ Anteriormente, el Acuerdo de Arbitraje se formaba de manera escalona:

- i) Cláusula compromisoria, y
- ii) Compromiso arbitral

¿Era ello una casualidad?

▪ Actualmente (a partir de nuestra ya derogada LGA Ley N° 26572), sólo se habla de Convenio Arbitral

La Cláusula Compromisoria:

La **Cláusula Compromisoria** es “*aquel convenio por el cual las partes se obligan a someter a Arbitraje todas o algunas discrepancias que en el futuro se susciten entre ellas, derivadas de una relación jurídica concreta, y que puedan ser objeto de solución arbitral*”

(LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. El Arbitraje. “Biblioteca para leer el Código Civil”, Vol. 5, 2da. ed. Lima: PUCP, 1988, pág. 79)

Art. 1984 C.C. (hoy derogado):

“Las partes pueden obligarse, mediante un pacto principal o en una estipulación accesorio, a celebrar en el futuro un compromiso arbitral. En tal caso, no se requiere la designación de los arbitros. Es obligatorio fijar la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje...”

Entonces:

No se fijan los extremos de la controversia que será sometida a Arbitraje (pues todavía no existe conflicto), sino que sólo se identifica la relación jurídica vinculada.

✓ Debe firmarse un nuevo documento: **el compromiso arbitral**

El Compromiso Arbitral:

El **Compromiso Arbitral** es aquel contrato mediante el cual “*dos o más partes acuerdan voluntariamente que una controversia determinada, existente entre ellas, materia o no de juicio, sea resuelta por uno o más terceros (el o los árbitros) a los que designan, sometiéndose expresamente a su jurisdicción y decisión*”

(CÁRDENAS, Carlos. Citado por: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, 1994, pág. 114)

El **Compromiso Arbitral** debía tener (Art. 1911 del C.C., hoy derogado):

1. Identificación de las partes
 2. Identificación de árbitros
 3. Determinación minuciosa de la controversia a ser arbitrada, con expresión de las circunstancias
 4. Plazo dentro del cual los árbitros deben laudar
 5. Indicación del lugar del Arbitraje
- ✓ Al final, lo que se quería evitar, resultaba siendo lo que iba a suceder : Poder Judicial tomaba las decisiones trascendentales.

CLÁUSULA COMPROMISORIA Y EL COMPROMISO ARBITRAL

Deficiencias:

Si hay negativa había que acudir al Poder Judicial para que extienda el compromiso (otras legislaciones ni siquiera permitían ello, sino sólo pedir indemnización).

EL CONVENIO ARBITRAL: CONTENIDO

Ley Modelo UNCITRAL:

Opción I

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

Opción II

Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje

(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.

EL CONVENIO ARBITRAL: CONTENIDO

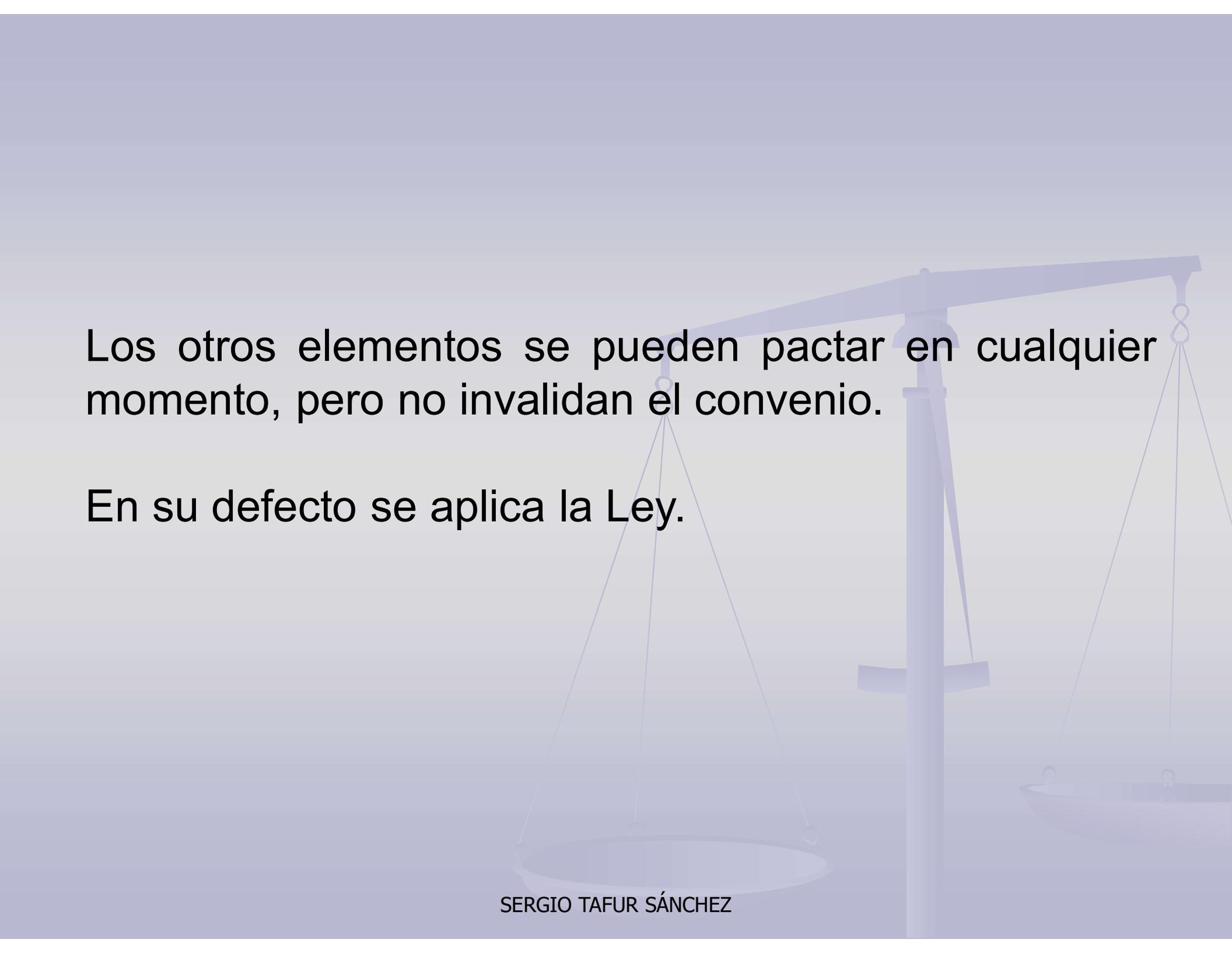
Según la derogada LGA:

Era “*el acuerdo que se celebra para someter diferencias a Arbitraje*”, y tiene sólo dos elementos esenciales:

- * Voluntad inequívoca y clara de las partes de someter sus diferencias a Arbitraje.
- * La fijación de la extensión de la materia a que habrá de referir el Arbitraje.

Lo que dice el D. Leg. N° 1071:

“El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a Arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza” (Art. 13, inc. 1).



Los otros elementos se pueden pactar en cualquier momento, pero no invalidan el convenio.

En su defecto se aplica la Ley.

FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL

- Ley Modelo UNCITRAL: artículo 7
- Depende de la legislación arbitral de cada país.
- Algunos son formalistas : desalienta o dificulta el Arbitraje
- Otros son excesivamente flexibles al permitir acuerdos orales. Ej: Suecia y Holanda

Lo que dice el D. Leg. N° 1071:

- ✓ Debe ser escrito (Art. 13, inc. 2)
- ✓ Podrá tener la forma de:
 - i) una cláusula dentro de un contrato, o
 - ii) un acuerdo independiente

¿Qué entiende la nueva Ley de Arbitraje por escrito? (I)

El Artículo 13, inc. 3 dice: “Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de Arbitraje se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”.

- ✓ ¿”Cualquier otra forma”?
- ✓ ¿”Ejecución de ciertos actos”?

¿Qué entiende la nueva Ley de Arbitraje por escrito? (I)

- 4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
- 5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.
- 6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

EL CONVENIO ARBITRAL ANTE LOS NUEVOS ESPACIOS DE ARBITRAJE

- En contratación pública
- En estatutario
- En inversiones
- En testamentario.
- En seguros
- En Tributario:

El **arbitraje** en materia **tributaria** en **Portugal** se fundamenta en una oferta pública permanente del Estado **portugués** a todo contribuyente (nacional o extranjero, persona física o jurídica) de someter a **arbitraje** toda disputa que pudiera surgir relacionada con una cuestión fiscal hasta un importe de 10.000.000 €.

Entonces en que quedamos: ¿hay o no un “convenio”?.

EL CONVENIO ARBITRAL PATOLOGICO

Suelen ser:

- Acuerdos de arbitrajes optativos o cláusulas híbridas
- Carentes de certeza: Imprecisos en sus alcances
- Acuerdos inoperantes o inejecutables.

Un convenio arbitral, no es sino un contrato y por tanto se recurre a técnicas de interpretación contractual tales como:

- La común intención de las partes
- El principio de la buena fe
- La conservación del contrato
- La interpretación integradora
- La interpretación sistemática
- La interpretación funcional
- La condición más beneficiosa para el adherente
- La interpretación contra preferente

DEFENSA DEL CONVENIO ARBITRAL

- ✓ **Principio de Autonomía o Separabilidad del Convenio Arbitral** (Art. 41, inc. 2 del D. Leg. N° 1071)
- ✓ **Excepción de Convenio Arbitral** (Art. 16 del D. Leg. N° 1071. Ver también: Art. 41, inc. 3, 4 y 5)
 - En la convención de Nueva York (art. II)
- ✓ **Principio *Kompetenz-Kompetenz*** (Art. 41, inc. 1. Ver también: Art. 3, inc. 3:).

¿Cómo juega respecto de su control posterior y sus efectos prácticos?

EXTENSION A PARTES NO SIGNATARIAS

- ✓ **Antecedentes arbitrales y reconocimiento de cortes judiciales.**
- ✓ **Algunas teorías y/o supuestos:**
 - ✓ Estoppel
 - ✓ Alter ego
 - ✓ Incorporación por referencia
 - ✓ Asunción
 - ✓ Representación o agencia
 - ✓ Cesión de contrato
 - ✓ Novación
 - ✓ Sucesión por operación legal
 - ✓ Subrogación
 - ✓ Tercero beneficiario

EXTENSION A PARTES NO SIGNATARIAS

✓ La Ley Peruana de Arbitraje (artículo 14):

Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

ALGUNAS SITUACIONES ESPECIALES RELATIVAS AL CONVENIO ARBITRAL EN EL CASO DEL ARBITRAJE ESTATAL

✓ La regulación a favor del arbitraje institucional en la LCE y su Reglamento:

Artículo 226. Convenio arbitral

226.1. Cuando corresponda el arbitraje institucional, en el convenio arbitral las partes encomiendan la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral.

226.2. En los siguientes supuestos, el arbitraje es iniciado ante cualquier institución arbitral:

- a) Cuando no se ha incorporado un convenio arbitral expreso en el contrato.
- b) Cuando a pesar de haberse precisado en el convenio arbitral que el arbitraje es institucional no se ha designado a una institución arbitral determinada.
- c) Cuando, a pesar de no cumplirse con las condiciones establecidas en el numeral 225.3 del artículo 225, en el convenio arbitral se señala expresamente que el arbitraje es ad hoc.
- d) Cuando en el convenio arbitral no se haya precisado el tipo de arbitraje.
- e) Cuando en el convenio arbitral se encargue el arbitraje al SNA-OSCE en contravención a lo establecido en el Reglamento y en el Reglamento del SNA-OSCE.
- f) Cuando se trate de controversias que se desprenden de órdenes de compra o de servicios derivadas del Acuerdo Marco, siempre que no se haya incorporado un convenio arbitral en las mismas.

226.3. Las partes pueden establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado.

ALGUNAS SITUACIONES ESPECIALES RELATIVAS AL CONVENIO ARBITRAL EN EL CASO DEL ARBITRAJE ESTATAL

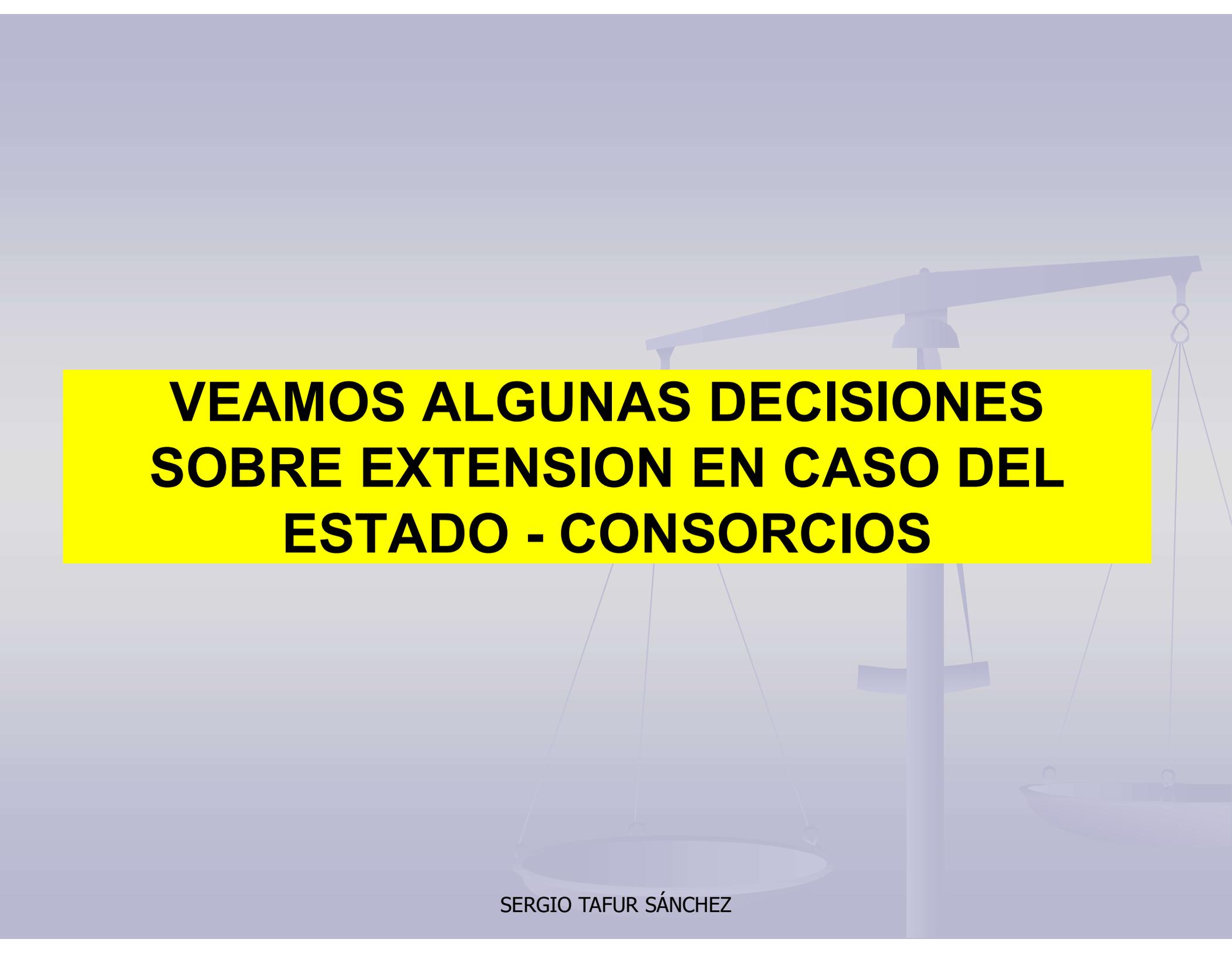
- ✓ **El arbitraje de emergencia: ¿en dónde esta la voluntad cuando? .**
- ✓ **La intervención de los Consorciados.**

LOS CONVENIOS ARBITRALES CON CLÁUSULAS ESCALONADAS

- ✓ Lo bueno y la contingencia.
- ✓ La pertinencia de regulación sobre el particular en las reglas arbitrales de instituciones arbitrales.

LOS ARBITRAJES MULTIPARTE

- ✓ ¿En qué consisten?
- ✓ ¿A que nos enfrenta? :
 - ✓ ¿Quienes deben intervenir?
 - ✓ ¿Cómo deben intervenir?: en la designación del arbitro, sobre el cuestionamiento al árbitro, el tipo de responsabilidad que asumen, como se distribuyen los costos arbitrales, como se entienden los pedidos respecto del laudo, y la anulación del laudo, como se ejecuta el laudo.
- ✓ **La pertinencia del arbitraje institucional. Ver algunos ejemplos: a nivel nacional CCL a nivel internacional Centro Internacional de Arbitraje de Madrid- Corte de Arbitraje de Madrid.**



**VEAMOS ALGUNAS DECISIONES
SOBRE EXTENSION EN CASO DEL
ESTADO - CONSORCIOS**

SERGIO TAFUR SÁNCHEZ

**Caso privado, pero ejemplificativo de
ANULACIÓN:**

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

EXP. JUDICIAL ELECTRÓNICO N°00363-2021 y N° 00365-2021-0-1817-SP-CO-01 (Acumulados)

**DEMANDANTE: CONSTRUCTORA UPACA S.A.
 CONSORCIO VICTORIA**

**DEMANDADO : INGENIERIA Y CONSTRUCCION PACIFICO
 SUR S.A.C.**

MATERIA : ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES

Entonces, aprecia este Colegiado, en primer lugar, que la decisión de incorporar a UPACA como parte demandada no ha sido irreflexiva de parte del tribunal arbitral, sino que corresponde a una decisión sustentada en razones expuestas en forma clara, coherente, consistente y suficiente, por ende inteligible, que

satisface el estándar constitucional de la debida motivación. Así, de la motivación del laudo se entiende que el tribunal descartó lo expresamente alegado por UPACA, reiterado en el recurso de anulación, que su incorporación como parte codemandada debió hacerse mediante el mecanismo y requisitos previsto por la regla 8 del Reglamento arbitral, específicamente su cuarto párrafo, y no por vía de la ampliación de demanda efectuada por INGECOPS en base a la regla 25. Y ello fue descartado a partir de la interpretación que hizo el tribunal arbitral de dichas reglas arbitrales, según la cual el sentido de la regla 8 estaba referido a terceros –que al no ser parte en la relación jurídica no estaban comprendidos dentro del alcance del convenio arbitral- cuya incorporación al arbitraje requería el acuerdo de las partes, no siendo aplicable al caso concreto pues UPACA era parte en el Consorcio demandado, por lo que el tribunal arbitral consideró que UPACA debía ser considerado como parte en el arbitraje en tanto responsable solidario, invocando para ello la norma sustantiva (artículos 438 y 447 de la Ley General de Sociedades) y la cláusula sexta del contrato de Consorcio suscrito entre UPACA, Corporación Ankalesa S.A.C. y Carlos Alberto Zambrano Ríos, que dio lugar al Consorcio Pacífico demandado originalmente por INGECOPS.

Por tanto, a criterio de esta Corte, la incorporación de UPACA no fue un acto arbitrario y se encuentra debidamente motivada, no pudiendo invalidarse por tal razón el laudo sub materia, siendo que el recurso de anulación es meramente reiterativo de lo argumentado antes en el arbitraje por UPACA, por lo que propiamente se sustenta en la discrepancia del criterio adoptado por el tribunal arbitral. Por ello mismo, no puede alegarse incumplimiento de regla arbitral alguna, en tanto que un tal argumento asume como premisa la pertinencia de la regla 8 del Reglamento arbitral, siendo así que UPACA reitera su interpretación de dicha regla, que el tribunal expresamente ha

descartado por las razones claramente expuestas, que diferencian entre un tercero absoluto y quien es parte en la relación jurídica sustancial. Al respecto, el Colegiado comparte el criterio del tribunal arbitral, pues tal es precisamente la diferencia entre un tercero ajeno por completo a la relación jurídica sustancial, respecto de quien el tribunal carece de competencia pues no se encuentra vinculado ni le es extensivo el convenio arbitral, y aquél que no habiendo suscrito formalmente el contrato ni el convenio respectivo, sin embargo, por alguna razón fáctica o jurídica, se encuentra *ab initio* o deviene vinculado y comprendido por los alcances del convenio, como lo prevé el artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

Pese a que es SOLIDARIO, se le incorporó en el arbitraje como NO SIGNATARIO.

5° JUZGADO CIVIL-COMERCIAL

EXPEDIENTE : 14186-2021-55-1817-JR-CO-05
MATERIA : EJECUCION DE LAUDOS ARBITRALES
JUEZ : LIMO SANCHEZ JULIO FRANCISCO
ESPECIALISTA : BENITES CLAVIJO ROSA JEANINA
DEMANDADO : CONSORCIO SUPERVISOR HUARI –conformado por las
empresas- MARDAN CONSULTORES CONTRATISTAS GENERALES S.R.L y
SERVICIO DE CONSULTORES ANDINOS S.A
DEMANDANTE : EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERU - ELECTROPERU
S A

Resolución Nro. CUATRO

Miraflores, once de julio

Dos mil veintidós.

QUINTO: Que, en cuanto al embargo en forma de retención que solicita respecto de las empresas **SERVICIO DE CONSULTORES ANDINOS SA - SERVONSULT SA** y **MORDAN CONSULTORES CONTRATISTAS GENERALES SRL**, cabe señalar que de la revisión del laudo obrante a folios 45 a 187 de manera expresa señala:

V. Decisión

POR TANTO, El Tribunal Arbitral resuelve:

Primero: Declarar **INFUNDADAS** la excepción de incompetencia y excepción de caducidad deducidas por Consorcio Huari, reafirmando la competencia del presente Tribunal Arbitral para conocer la presente controversia.

Segundo: Declarar **FUNDADA** la Pretensión Principal de Electrop Perú para que se declare que Consorcio Huari incumplió con las prestaciones contractuales a su cargo derivadas del Contrato de Supervisión al no contar con la habilitación del Ing. Enrique Bernardo Cangahuala, para ejercer la profesión de ingeniero en su condición de Gerente de Proyecto a la fecha de firma del "Informe Situacional de Obra Enero 2009".

Tercero: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal de Electrop Perú ordenando en consecuencia al Consorcio Huari el pago de una indemnización por daños y perjuicios, ocasionado por los incumplimientos contractuales señalado en la Pretensión Principal equivalente a la suma de S/ 218,710.71 más los intereses legales que correspondan desde la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje hasta la fecha de pago efectivo.

En tal sentido tal y como aparece del laudo arbitral, se aprecia que el obligado al pago de una indemnización por daños y perjuicios corresponde a **CONSORCIO HUARI**, no habiéndose discriminado en dicho pronunciamiento, las responsabilidades que a título particular le corresponden a cada miembro del consorcio. Asimismo, no se ha precisado el tipo de responsabilidad de los mismos, respecto de las relaciones con terceros. En tal sentido, el embargo que solicita respecto a las empresas **SERVICIO DE CONSULTORES ANDINOS SA - SERVONSULT SA** y **MORDAN CONSULTORES CONTRATISTAS GENERALES SRL**, no corresponde, más aun si la recurrente no adjunta instrumental alguna, en la que se verifique cual es la porcentage de participación y responsabilidad frente a terceros de las citadas empresa. Al respecto el artículo 447 del la Ley General de Sociedades dispone: "Cuando el consorcio contrate con terceros, la responsabilidad será solidaria si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley", así también el artículo 1183 del

Código Civil Señala "La solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establece en forma expresa", por tanto, este extremo debe ser desestimado.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
**SEGUNDA SALA CIVIL SUBESPECIALIZADA EN MATERIA
COMERCIAL**

EXPEDIENTE NÚMERO 14186-2021-4-1817-JR-CO-05

Demandante : EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A.
- ELECTROPERÚ
Demandados : CONSORCIO SUPERVISOR HUARI y otros
Materia : MEDIDA CAUTELAR DENTRO DEL PROCESO

RESOLUCIÓN NÚMERO TRES

Miraflores, veintisiete de abril de dos mil veintitrés

QUINTO.- Así, respecto al sustento de la solidaridad de las partes en el presente caso, de la revisión de autos se advierte que éste recién ha sido invocado por la recurrente ELECTROPERU con su recurso de apelación, en el cual ha referido que la responsabilidad solidaria se da en virtud de que el numeral 13.2 del artículo 13 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que:

*“(...) **13.2** Los integrantes del consorcio son responsables solidariamente ante la Entidad por las consecuencias derivadas de su participación durante la ejecución del contrato. El contrato de consorcio debe contar con firma legalizada.”*

[Resaltado agregado por esta Sala Superior]

Si bien la norma citada por la recurrente corresponde a la Ley de Contrataciones del Estado que fue aprobada mediante Ley N°30225 y modificada por el Decreto Legislativo N°1444; cabe tener presente que, a la fecha de la suscripción del Contrato de Supervisión, cuya controversia motivó el arbitraje mediante el cual se emitió el laudo arbitral que reconoció los derechos que se pretende cautelar mediante el presente

proceso (tal como se advierte de la parte introductoria de la copia del laudo arbitral aparejada a la solicitud cautelar), se encontraba vigente el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 083-2004-PCM, la cual establecía en su artículo 37 lo siguiente:

“Artículo 37.- Ofertas en Consorcio.-

En los procesos de selección podrán participar distintos postores en consorcio, sin que ello implique crear una persona jurídica diferente. Para ello, será necesario acreditar la existencia de una promesa formal de consorcio, la que se perfeccionará una vez consentido el otorgamiento de la Buena Pro y antes de la suscripción del contrato.

Las micro y pequeñas empresas mantendrán los beneficios, bonificaciones o similares que las normas establezcan cuando participen en consorcio.

Las partes del consorcio responderán solidariamente ante la Entidad por todas las consecuencias derivadas de su participación individual en el consorcio durante los procesos de selección, o de su participación en conjunto en la ejecución del contrato derivado de éste. Deberán designar un representante o apoderado común con poderes suficientes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que se deriven de su calidad de postores y del contrato hasta la liquidación del mismo. (...)”

[Resaltado agregado por esta Sala Superior]

En ese sentido, se advierte que, para el presente caso, la responsabilidad solidaria se encontraba reconocida por ley; razón por la cual, las empresas integrantes del Consorcio Supervisor Huari también son responsables solidariamente ante ELECTROPERU, por los incumplimientos derivados en la ejecución del Contrato de Supervisión, conforme a lo resuelto en el laudo arbitral.

SEXTO.- Ahora bien, habiendo esta Sala Superior determinado que sí existe responsabilidad solidaria entre el Consorcio Supervisor Huari, Servicio de Consultores Andinos S.A. – SERCONSULT S.A. y Mardan Consultores Contratistas Generales S.R.L., resulta pertinente analizar si es que la solicitud cautelar presentada por ELECTROPERU cuenta con los presupuestos exigidos para su concesión, conforme a lo establecido en el artículo 611 del Código Procesal Civil.