

Expediente N°09534-2009-27

RESOLUCIÓN CUATRO

Lima, 15 de marzo de 2012.-

AUTO

Observando las formalidades previstas por ley, vista la causa el 15 de marzo de 2012 e interviniendo como ponente la Jueza Superior Jiménez Vargas-Machuca, esta Sala Civil Subespecializada en lo Comercial emite la presente resolución.

I. EXPOSICIÓN DE AGRAVIOS:

AUTO FINAL APELADO.- Es materia de apelación por parte de Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros el auto emitido mediante resolución 07¹ de fecha 16 de setiembre de 2011 que declaró fundada la excepción de convenio arbitral y, en consecuencia nulo todo lo actuado e improcedente la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN.- Argumentos del recurso²:

- i. El codemandado, don Hernán Sanabria Sotelo, ha confundido el derecho de subrogación de la recurrente respecto del pago que por cuenta del Consorcio efectuó en virtud del contrato de fianza.

De ese modo, según el señor Sanabria, por efecto de la subrogación el recurrente pasaría de ser garante a ser parte de la relación jurídica material, por

¹ Págs. 279 a 282.

² Págs. 289 a 301.

lo que le alcanza el convenio arbitral suscrito en la relación jurídica material entre ellas, lo cual es totalmente erróneo.

- ii. Mapfre no fue parte contratante en el citado contrato de obra en el que se pactó el convenio arbitral y no le alcanza la *ratio legis* del artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

II. ANÁLISIS:

UNO.- De acuerdo al artículo 13.1 de la Ley de Arbitraje (LA), 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.

De ese modo, se crea la obligación de las partes de someter sus controversias (de acuerdo a lo pactado) a la competencia de un tribunal arbitral, en cuyo caso se produce una renuncia implícita a la jurisdicción de los tribunales judiciales, los cuales no podrán conocer las controversias sometidas a la jurisdicción arbitral.

DOS.- En el presente caso, Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros (Mapfre) demandó en la vía del proceso de conocimiento³ a Consorcio Lima, Corporación Terranova Edificaciones S.A.C., Ortiz Rey Ingenieros S.A. Sucursal Perú, Assistance & Construction Contratistas Generales S.A.C. y don Hernán Sanabria Sotelo, a fin de que le paguen en forma solidaria la suma de S/. 5´840,000.00 nuevos soles, más costas, costos e intereses legales devengados desde la fecha de ejecución de la Carta Fianza 68-01001192-05 y Carta Fianza 68-01001193-05.

Refiere que Corporación Terranova Edificaciones S.A.C., Ortiz Rey Ingenieros S.A. Sucursal Perú, Assistance & Construction Contratistas Generales S.A.C. y don Hernán Sanabria Sotelo conformaron el Consorcio Lima para celebrar un contrato de obras con la empresa SEDAPAL ("Instalación de un colector de alivio del colector de circunvalación – Distrito de Chorrillos") el 07 de diciembre de 2007.

Para suscribir el referido contrato, los demandados solicitaron a Mapfre (antes Latina Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.) la emisión de una garantía personal (carta fianza) a favor de Sedapal que se renueve y/o ejecute al solo requerimiento de ésta. Se emitieron las citadas cartas fianza, las cuales fueron ejecutadas a solicitud de Sedapal el 04 de mayo de 2009. Dado que los integrantes del consorcio responden solidariamente del incumplimiento del contrato de obra con la entidad (ahora Mapfre por el efecto subrogatoria), se ha planteado la demanda contra todos ellos.

- Por escrito presentado con fecha 07 de junio de 2010 el codemandado señor Sanabria Sotelo deduce excepción de convenio arbitral. Señala que el contrato

³ Demanda en pág. 89 y ss.

celebrado entre Sedapal y el Consorcio contiene cláusula arbitral, y que al haber surgido una discrepancia entre ambas respecto del cumplimiento del contrato, se sometieron a un arbitraje de derecho. De ese modo, al haberse Mapfre subrogado en los derechos de Sedapal en dicha relación obligacional, y existiendo una medida cautelar concedida por el tribunal arbitral ordenando mantener vigentes las cartas fianza durante el proceso arbitral, Mapfre se encuentra bajo los alcances del convenio arbitral.

- Por resolución 07 de fecha 16 de setiembre de 2011 (materia de la presente apelación) el Sr. Juez A quo declaró fundada la excepción por considerar que el tribunal arbitral será el que decida sobre su propia competencia (competencia de la competencia) de acuerdo al art. 41.1 LA, y además por cuanto la subrogación de Mapfre respecto de Sedapal es una pretensión que se deriva del contrato entre Sedapal y el Consorcio.

Para reforzar su posición, el Juez hace una referencia bibliográfica en la que se comenta la segunda parte del art. 14 LA, con un ejemplo de contrato de seguro en el que el beneficiario es una persona distinta al asegurado.

TRES.- El Juez declaró fundada la excepción por considerar que, de acuerdo al principio de competencia de la competencia, el tribunal arbitral será el que decida sobre su propia competencia, de acuerdo al art. 41.1 LA.

Al respecto, el principio competence-competence, recogido en el artículo 41.1 LA, consiste en la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral, conocida como el efecto positivo del principio, pero ello es **cuando la excepción o el cuestionamiento de la competencia de los árbitros se deduce dentro de un proceso arbitral**, lo que indiscutiblemente no ha ocurrido en este caso.

En tanto, el llamado efecto negativo –por un sector de la doctrina, recogido de la vertiente francesa- del citado principio se encuentra a regulado por el art. 16 LA: **en las demandas judiciales, al deducirse la excepción de convenio arbitral**, luego de un examen del convenio arbitral, **los tribunales estatales (u ordinarios) en caso la declaren fundada, deben remitir a las partes al arbitraje.**

Resulta de una obviedad manifiesta que el presente supuesto se enmarca en el previsto por el art. 16 LA y no por el 41 LA, por cuanto esta demanda se ha planteado en sede judicial y aquí se ha deducido la excepción.

CUATRO.- El artículo 14 LA

4.1 El artículo 14 LA establece la 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.”

Esta norma, inspirada en la Ley Modelo UNCITRAL con los aportes de la versión 2006, tiene como rasgo principal una mayor flexibilidad al espectro de cobertura del convenio arbitral, dejando de lado la anterior concepción rígida en la que aquel únicamente se extendía a quienes lo habían suscrito (por escrito, como formalidad solemne) y a lo que expresamente se había pactado. Así este numeral permite incluir a quienes han consentido en su contenido sin haberlo suscrito.

4.2 Ahora bien, es preciso no incurrir en interpretaciones erróneas, dado que no se trata propiamente de terceros sino de **partes** que no han firmado el convenio pero que son incorporados por su participación mediante actos distintos que configuran un consentimiento tácito al mismo, por lo que el intérprete debe evaluar la existencia de tal consentimiento.

Esto incluye a quienes pretendan derivar algún beneficio o derecho del contrato sometido a cláusula arbitral (como el caso del beneficiario del contrato de seguro – sujeto por las partes a arbitraje-, quien si bien no suscribió la cláusula arbitral, pretende derivar un beneficio de dicho contrato)⁴.

En ese sentido, se ha precisado lo siguiente:

“Muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ese es un error conceptual y escapa al contenido del artículo. El artículo 14 permite la incorporación de partes no signatarias, es decir de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo la luz del principio de buena fe.

Entonces no estamos en realidad frente a terceros, sino ante auténticas partes, cuya incorporación al convenio no se da por la firma o suscripción del mismo (lo que es consistente en descartar el carácter escrito como requisito de validez), sino por hechos diferentes, que deben ser interpretados como un auténtico

⁴ Ejemplo citado por el Juez A quo, y que configura un supuesto distinto al de este proceso, por lo que no le es de aplicación.

consentimiento, aunque sujeto a reglas no necesariamente iguales a los que se derivan de la regulación contractual ordinaria”⁵

4.3 Esto es consistente con la sentencia del Tribunal Constitucional, que distingue – para efectos de la legitimidad para obrar en los procesos de amparo arbitral como de anulación de laudo arbitral- los terceros ajenos por completo al convenio arbitral, de las personas a que se refiere el artículo 14 LA (a quienes si bien también llama terceros, los diferencia de los primeros):

“21. No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) **Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero este comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo No. 1071.”** (énfasis agregado).

CINCO.- En el presente caso, es menester verificar si el convenio arbitral se extiende a Mapfre, considerando su posición jurídica respecto a la relación obligacional entre Sedapal y el Consorcio.

SEIS.- Laudo arbitral.

6.1 En el proceso arbitral se incorporó a las pretensiones de Consorcio el pago de la suma de S/. 5´840,000.00 nuevos soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios (recientemente originados) por la presunta indebida ejecución de las cartas fianzas de adelantos que el contratista (Consorcio) presentó en su oportunidad, lo que fue fijado como tercer punto controvertido.

Endicho proceso se ordenó a Mapfre que se abstenga de ejecutar otra carta fianza (garantía de fiel cumplimiento) en tanto se encuentre en trámite el proceso arbitral.

⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Extensión del convenio arbitral. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (Coordinadores Dres. Soto Coaguila y Bullard González). T.I, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 202 a 203.

6.2 Con fecha 22 de julio de 2011 el Tribunal Arbitral emitió laudo de derecho⁶, en el que declaró fundada la referida pretensión, señalando lo siguiente en la parte considerativa:

“Como se puede apreciar del escrito presentado por el Contratista, en donde se establecen las cuantías de las pretensiones, la llamada indemnización a la que hace referencia el Contratista en esta pretensión, se encuentra relacionada con la devolución del monto íntegro cobrado por SEDAPAL, por concepto de las Cartas Fianza ejecutadas.

En tal sentido, corresponde que el Tribunal Arbitral declare fundada esta pretensión, y que corresponde ordenar el pago de la indemnización por la indebida ejecución de las Cartas Fianza de Adelanto Directo y de Adelanto de Materiales a favor del Consorcio Lima, ascendente a la suma de S/. 5´840,000.00 nuevos soles. Cabe precisar que el mencionado monto a pagar por la empresa SEDAPAL corresponde al monto las Cartas Fianza de Adelanto Directo y de Adelanto de Materiales, ejecutadas indebidamente por parte de SEDAPAL, y que la devolución de este monto servirá para volver a instaurar las mencionadas garantías que deberán ser renovadas por el Consorcio Lima durante la ejecución y posterior culminación del Contrato, pues ya se ha establecido que la resolución de contrato practicada por SEDAPAL no tiene efecto alguno.

Nótese que esta situación deviene del hecho concreto y real del fallo emitido por este Colegiado en los puntos controvertidos anteriores, pues habiéndose dictaminado que el Expediente Técnico se encuentra aprobado, y además habiéndose declarado la ineficacia y nulidad de la resolución del contrato por parte de SEDAPAL, tenemos que la consecuencia directa de ello es que dicho contrato recobra su vigencia y que, entonces, corresponde a ambas partes cumplir con las obligaciones a su cargo, con lo cual resulta imperioso que el Consorcio recupere los montos indebidamente ejecutados de sus cartas fianzas, ya que no existían motivos para que se proceda de esa manera, y con ello generar nuevamente estas cartas fianzas para que cumplan con su sentido esto es resguardar y proteger a la Entidad respecto del monto dinerario entregado para la ejecución del contrato materia de controversia, así como frente a los materiales e insumos dados.”⁷

De ese modo manifestó en la parte resolutive:

“NOVENO.- ORDENAR a la empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – SEDAPAL, el pago de la indemnización al Consorcio

⁶ Págs. 135 y ss.

⁷ Págs. 213 y 214.

Lima ascendente a la suma de S/. 5'840,000.00 (cinco millones ochocientos cuarenta mil y 00/100 nuevos soles), por indebida ejecución de las Cartas Fianza de Adelanto Directo y de Adelanto de Materiales precisándose que para que se pueda reactivar la ejecución del Contrato No 381-2007-SEDAPAL, el Consorcio Lima deberá tener vigentes dichas garantías.”

SIETE.- Las Cartas Fianza.

Las cartas fianza sub litis, emitidas a solicitud de Consorcio Lima, tienen las siguientes características⁸: irrevocable, solidaria, incondicionada, de realización automática y sin beneficio de excusión, a favor de Sedapal.

En primer lugar, se debe distinguir este tipo de fianza de la fianza contractual del Código Civil, que supone una relación obligacional de las reguladas por el Código Civil y en la que, de surgir el conflicto, el fiador puede ser demandado en un proceso en el que podrá defenderse y contradecir la pretensión. Es decir, se encuentra inmerso en esa relación obligatoria, formando parte de la misma por su carácter de accesoriedad.

Por su parte, la carta fianza (proveniente de una entidad crediticia) tiene una naturaleza propia y muy distinta: sus características de incondicionalidad y realización automática la alejan por completo de la lógica obligacional anterior y la colocan en una dinámica diferente, en la que la entidad crediticia –que emite la carta fianza- no puede discutir ni objetar el requerimiento, ni siquiera puede averiguar el porqué del mismo, sino limitarse a entregar el dinero cual si de una orden de pago directa se tratara. Así la relación entre Consorcio y Sedapal le resulta ajena por completo.

Es una entidad de crédito que se encuentra supervisada por la SBS y que cumple una función vital en la contratación de obras de cierto alcance, siendo las cartas fianza un instrumento necesario que es regulado por su propia normativa a efecto de no entorpecer el desarrollo de las actividades económicas que garantiza.

Por ello, en las cartas fianza se hace mención de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, así como a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, siendo su única referencia al Código civil el art. 1898 (que regula la fianza a plazo determinado, estableciendo que de vencerse éste sin requerimiento del acreedor, el fiador queda liberado).

OCHO.- De ese modo, al pedir el cliente (en este caso, el Consorcio) a Mapfre la emisión de la carta fianza a favor de Sedapal, la entidad crediticia cumplió con el requerimiento emitiendo dicho instrumento y sin involucrarse en la relación obligatoria, debiendo solo asegurarse de que su cliente (Consorcio) tenga suficiente respaldo para recuperar el pago, en caso Sedapal ejecutase las cartas.

⁸ Págs. 43 y 44.

En consecuencia, por la naturaleza y función de las cartas fianza en el sistema financiero y contractual, y por la relación entre la entidad crediticia y su cliente, puede concluirse que la participación de Mapfre no configura el supuesto del artículo 14 LA, pues no es parte ni signataria del contrato celebrado entre Consorcio Lima y Sedapal, sino tercero ajeno a la misma, no pudiendo, por tanto, inferirse bajo ningún punto de vista una voluntad tácita de adherirse al convenio arbitral, como tampoco obtiene beneficios que se deriven de dicho contrato.

NUEVE.- Lo señalado es más claro cuando se aprecia que ni las partes ni el tribunal arbitral consideraron necesario que Mapfre integrara la relación procesal en el proceso arbitral, aún a pesar de que se incluyó la pretensión que involucraba la ejecución de las cartas fianza.

DIEZ.- Así, Sedapal (de acuerdo al laudo arbitral) deberá devolver a Consorcio, en mérito de la relación obligacional que le vincula con éste, el monto cobrado. De haber sido otra la decisión de los árbitros, Sedapal habría conservado esos montos cobrados.

Y en ambos casos, Mapfre, de modo separado e independiente de la relación y el conflicto entre Sedapal y Consorcio, debe recuperar su dinero exigiéndoselo al Consorcio.

ONCE.- El que Mapfre señale que se ha subrogado en todos los derechos de Sedapal para lograr obtener la restitución de lo que pago es solo un mecanismo jurídico para articular su pretensión, y no altera la sustancia de las citadas relaciones contractuales, ni implica la renuncia de la entidad crediticia a la tutela jurisdiccional del Estado, como tampoco sometimiento alguno a las cláusulas de contratación ni al convenio arbitral que solo vinculan a las partes del contrato de obra.

DOCE.- Por ende, este Colegiado Superior concluye que el auto traído para ser revisado adolece de errores sustanciales que ameritan su revocación, debiendo en consecuencia declararse infundada la excepción de convenio arbitral deducida.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, impartiendo justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, este Colegiado **RESUELVE:**

- I. **REVOCAR** la resolución 08⁹ de fecha 02 de agosto de 2010 que declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandados y **REFORMÁNDOLA**, declararla **INFUNDADA**.

⁹ Págs. 219 a 221.

En los seguidos por **MAPFRE PERU COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS** contra **ASSISTANCE & CONSTRUCTION CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. y otros**, sobre Obligación de Dar Suma de Dinero.

Notifíquese y devuélvase, conforme al artículo 383 del Código Procesal Civil.

LA ROS.A. GUILLÉN

MARTEL CHANG

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA