

LOS CONSORCIOS Y EL ARBITRAJE EN LA NORMATIVA PERUANA DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

Derik Latorre Boza*

Contrato asociativo y contrato de consorcio

El desarrollo de la economía, especialmente en el contexto de globalización que vivimos, caracterizado por una mayor interrelación comercial e integración económica entre las naciones —con la consiguiente ampliación de las fronteras de los mercados—, ha dado lugar a que se generen figuras comerciales que permitan atender las necesidades concretas del actual tráfico comercial. El Derecho ha tenido que incorporar estas nuevas figuras; verbigracia, tenemos los denominados “contratos asociativos”, modalidad que las empresas han utilizado en la práctica con el fin de lograr los mayores beneficios con los menores costos posibles; esto bajo el entendido que “de la actividad conjunta o común se obtendrán beneficios materiales o inmateriales, directos o indirectos, que pueden ser colectivos para todos los participantes como en el caso de industriales o productores que concurrentemente buscan el beneficio de la actividad industrial desplegada individualmente por cada uno de ellos, pero que por la unión buscan la mejor manera de protegerse por la regulación u organización común de sus tareas económicas”¹.

En tal sentido, el consorcio constituye el molde más adecuado para desarrollar actividades en campos donde se requiere de recursos y de tecnología avanzada; sin embargo, nada impide que “pueda ser utilizado en actividades empresariales que requieren de la simple colaboración, y es en este sentido que la doctrina clasifica al contrato de consorcio como uno de *colaboración*”². Efectivamente, se ha diferenciado en doctrina entre los denominados contratos de cambio (por ejemplo, mandato) y los contratos de colaboración (por ejemplo, los contratos asociativos). Se entiende que “los contratos de cambio son aquellos en los que la finalidad perseguida por las partes se cumple sin la necesidad de que se deba realizar algún tipo de actividad mediata común que exceda de la colaboración presente en todo contrato para obtener dicho objetivo, y habitualmente los intereses de las partes serán divergentes, mientras que en los contratos asociativos el objetivo de cada parte se cumplirá mediante la realización de un fin común previo, que debe conseguirse de modo inmediato para que, mediatamente, las partes consigan sus objetivos”³, sin que esto signifique la inexistencia de divergencias de intereses entre estas partes. Es decir, en los contratos asociativos la colaboración requerida entre las partes tiene relevancia central, por cuanto los intereses de cada parte se cumplen, precisamente, mediante la realización plena de esa actividad común previa.

Ley General de Sociedades

* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente presta sus servicios en la Gerencia de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE.

¹ CABALLERO SIERRA, Gaspar. Los consorcios públicos y privados. Temis, Bogotá, 1985, p. 3

² MONTOYA MANFREDI, Ulises. Derecho Comercial. Grijley, Lima, 1999, Tomo I, p 751

³ QUESADA SÁNCHEZ, Antonio. Apuntes mínimos de interés sobre la figura del contrato asociativo. En <http://www.juridicas.com/areas/45-Derecho%20Civil/10-Art%EDculos/200107-4551723610112031.html>.

Con la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades (LGS), se reguló esta figura de la práctica comercial. En su artículo 438, la LGS señala que se considera contrato asociativo a “aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes”. Es importante hacer énfasis en que el hecho de que exista una finalidad común no suele eliminar la existencia de intereses divergentes, sino que lo que realmente ocurre es que se da una coexistencia entre finalidad común a lograr de modo inmediato y divergencia de intereses entre las partes, que no se contraponen, dado que nos movemos en dos planos diferentes: “cada parte contratante desea habitualmente obtener el mayor beneficio posible a costa de la realización del menor esfuerzo y gasto por su parte (existe, por lo tanto, divergencia de intereses en ese sentido), pero dicha obtención está a expensas de que la realización del fin común a cumplir sea lo más satisfactoria posible, por lo que, pese a que los intereses sean divergentes, hay un interés inmediato coincidente entre todas las partes, paso previo imprescindible: la divergencia de intereses que suele caracterizar habitualmente a los contratos de cambio, en este caso, se acompaña también con una comunidad de fin, no de intereses, y ambos existen, no se eliminan uno a otro”⁴.

El mismo artículo 438 precisa que el contrato asociativo “no genera una persona jurídica”⁵. Sin perjuicio de ello, en el caso de Argentina, por ejemplo, se entiende que la “Unión Transitoria de Empresas” (UTE) es una entidad que persigue un fin de lucro. Esto es lógico, por cuanto esa “Asociación Temporal” constituye un ente distinto de las personas naturales o jurídicas particulares que lo conforman, con la única salvedad que se ha creado con una vigencia temporal limitada y sin todas las formalidades que requieren la creación de una persona jurídica. No obstante, habrían casos en los que los consorcios sí podrían dar lugar a un ente con personería jurídica distinta⁶. Por otro lado, la no obligación de inscribirse en Registros Públicos es algo que varía de acuerdo a las distintas legislaciones, pues hay algunas que sí incluyen este requisito.

Una de las modalidades de estos contratos asociativos es el “contrato de consorcio”, que “es un contrato de organización y de colaboración, que permite lograr concentración empresaria sin caer en las situaciones de control que impone la concentración societaria como en el caso de la participación de una sociedad en otra, la vinculación de sociedades o fusión”. Y en tal sentido, permite “la ejecución de empresas importantes y transitorias a personas que, de otra forma, no podrían competir”⁷.

En esa línea, el artículo 445 de la LGS establece que el Contrato de Consorcio es el contrato por el cual dos o más personas “se asocian para participar en forma activa y

⁴ Ibidem

⁵ El artículo 377 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina tipifica a las Uniones Transitorias de Empresas, las cuales pertenecen al tipo de figuras que se definen como contrato de joint-venture. Se trata de un contrato plurilateral, por tanto, admite la participación de dos o más partes contratantes y presenta, como rasgo relevante, que no produce la aparición de ningún ente con personalidad jurídica. Ello implica que no se está frente a un contrato constitutivo de sociedad y —por tanto— las partes integrantes mantienen su personalidad e individualidad jurídica.

⁶ Montoya nos dice que “será posible que el consorcio participe en la formación y constitución de una empresa cuyo objeto se encuentre relacionado con el objeto de cada uno de los partícipes del consorcio, pudiendo llegarse al caso de constituir sociedades merced al pacto o al contrato asociativo de consorcio, en cuyo caso nos encontraríamos en lo que la doctrina reconoce como *Joint venture Corporation*, y en el caso que los acuerdos consorciales no generen una persona jurídica, o tengan por objeto desarrollar el acuerdo a través de ella, estaríamos ante los *Joint venture Agreement*”. MONTOYA MANFREDI, Ulises. Op. Cit., p 752.

⁷ LÓPEZ, Carlos. Consorcio. En: www.ccee.edu.uy/ensenian/catderco/RespConsorcio01.htm

directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía”. Asimismo, establece que corresponde a cada miembro del consorcio “realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquéllas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato”.

En ese sentido, en el contrato de consorcio “convergen las voluntades de dos o más partes que mediante su participación convienen en aportar bienes, servicios y derechos, con el propósito de desarrollar una actividad en común y repartirse los beneficios en la forma convenida”⁸. Pero es clara la intención de la norma de preservar la autonomía de las partes, que no la pierden y que la manifestarán al realizar las actividades a las que se haya comprometido cada una de ellas en el Contrato.

De igual manera, en su artículo 447 la propia LGS aborda el tema de la relación de los consorcios con terceros y las responsabilidades del caso, señalando que cada miembro del consorcio “se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular” y que cuando el consorcio contrate con terceros, “la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio sólo si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley”.

La LGS establece, entonces, que la autonomía de las partes subsiste pese a la suscripción de un contrato de consorcio y que, inclusive, la responsabilidad será individual, salvo que las partes hayan pactado —o la ley establezca— lo contrario. Entonces, si estuviéramos frente a un contrato regulado estrictamente por las normas de derecho común, podría decirse que las empresas integrantes de un consorcio habrían suscrito cada una un contrato particular con el tercero; por tanto, por más que se haya suscrito un solo documento contractual, se entendería que el consorcio no habría suscrito un contrato único con dicho tercero. Consecuentemente, es falible entender que las partes consorciadas podrían accionar indistintamente contra su cocontratante, pues, en principio, la ley presume que adquieren derechos y asumen obligaciones y responsabilidades a título particular. Sin embargo, la propia LGS establece que esa norma tiene carácter dispositivo; por tanto, las partes pueden pactar en sentido contrario al previsto.

Por tanto, dentro de los alcances de la LGS, cuando los consorcios se relacionen con un tercero, éste deberá tener la diligencia necesaria para precisar si el objeto del contrato es uno que implica una obligación indivisible a fin de tomar debido cuidado en señalar el tipo de responsabilidad. Si la obligación es indivisible, lo más probable es que no se pueda exigir su cumplimiento a aquel consorciado que no reúne los requisitos de idoneidad o técnicos para cumplir con la parte que no le corresponde del contrato. “En todo caso habrá que recurrir a la resolución del contrato y a la fijación de los daños para que se impute una responsabilidad de los consorciados, a pagarse en forma mancomunada, si es que no se ha pactado la solidaridad. Habrá que tener presente entonces, el pacto de la solidaridad para el cumplimiento de la obligación que nace del contrato frente al tercero, de forma tal que se cubra la responsabilidad por los daños y perjuicios al no cumplir con el objeto del contrato”⁹.

Normativa de contrataciones públicas

⁸ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Op. Cit, p 749

⁹ Ibidem, p 754

Aunque la LGS constituye el marco general regulatorio de la actividad de los consorcios, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 012-2001-PCM (TUO), y su Reglamento, aprobado por D.S. N° 013-2001-PCM (Reglamento) constituyen, para el caso de los contratos que celebre el Estado, el marco normativo especial. De conformidad con el artículo 4 del TUO, éste y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho común que fueran aplicables.

Sobre el tema que nos ocupa, el artículo 37 del TUO establece que 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 luego del otorgamiento de la Buena Pro y antes de la suscripción del contrato”. Se ha afirmado, coincidentemente con la norma, que los consorcios “son uniones transitorias de empresas dentro del campo de la contratación administrativa, con la finalidad de compartir recursos, capacidades y aptitudes, para participar en un [sic] o más procesos de selección y contratar con el Estado”¹⁰.

El mismo artículo 37 señala, además, que las partes del consorcio “responderán solidariamente ante la Entidad por todas las consecuencias derivadas de su participación individual o en conjunto dentro del consorcio en los procesos de selección y en la ejecución del contrato derivado de éste”. Por tanto, es la propia ley la que establece que la responsabilidad de los integrantes del consorcio frente a la Entidad es necesariamente solidaria¹¹. Parece ser que lo que quiso el legislador es justamente evitar el surgimiento de problemas futuros a las Entidades Públicas y permitirles tener garantizada la posibilidad de que, en caso de incumplimiento de un contrato por un consorcio, puedan accionar indistintamente contra cualquiera de las personas que los conforman, con el fin de lograr el cumplimiento del contrato o la reparación correspondiente de los daños irrogados por su incumplimiento. Esto no hubiera sido posible si se entendía que las partes que conforman el consorcio adquieren derechos y asumen obligaciones y responsabilidades a título particular. Esos asuntos los deja para las relaciones internas al consorcio. Para afuera —en su relación con los terceros cocontratantes— los consorcios constituyen un ente distinto a sus partes.

La representación en los consorcios

En su parte final, el artículo 37 establece que las partes del consorcio “deberán designar un representante o apoderado común con poderes suficientes para ejercitar

¹⁰ WADSWORTH ZÁRATE, Patricia. Consorcios en la actual normativa sobre contrataciones y adquisiciones del Estado. Hechos & Derechos, Suplemento mensual de Editora Normas Legales S.A.C. Año 1, N° 12, Setiembre 2003.

¹¹ En tal sentido, las responsabilidades particulares que establece como regla la LGS, no son aplicables a los consorcios para la fase de ejecución contractual en los contratos del Estado, en los que la regla es la contraria, es decir, la responsabilidad solidaria, sin admitir excepciones. Esto se ha regulado de tal modo que en las contrataciones públicas la responsabilidad particular es posible únicamente en algunos casos durante el proceso de selección. Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 207 del Reglamento, que establece que las infracciones cometidas por los postores que presentaron promesa de consorcio durante su participación en el proceso de selección “se imputarán exclusivamente a la parte que las haya cometido, aplicándose sólo a ésta la sanción a que hubiere lugar, siempre que pueda individualizarse al infractor”. Esa misma norma establece que las infracciones cometidas por un consorcio durante la ejecución del contrato celebrado como consecuencia del proceso de selección, “**se imputarán a todos los integrantes del mismo, aplicándoseles la sanción a que hubiere lugar**”.

los derechos y cumplir las obligaciones que se deriven de su calidad de postores y del contrato hasta la liquidación del mismo”. Esta es una norma de carácter imperativo y no da lugar a pacto en contrario, pues establece como obligatorio que las partes integrantes de un Consorcio designen un representante común, a fin de poder ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones. Hay que recordar que el artículo 145 del Código Civil¹² señala que el acto jurídico “puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley. La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley”. Asimismo, en su artículo 149, establece que el poder “puede ser revocado en cualquier momento”; la revocación y, eventualmente, la sustitución del representante debidamente acreditado ante la Entidad (según el Convenio de Asociación celebrado entre las propias empresas) debe realizarse, en todo caso, mediante las acciones correspondientes y conforme a la normativa aplicable. En ese sentido, el artículo 160 del mismo Código establece que el acto jurídico celebrado por el representante, “dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efectos directamente respecto del representado”. En estos supuestos surge lo que se ha denominado ‘relación representativa’, en la cual el representante actúa ante un tercero, que es ante quien o con quien se realiza la gestión representativa y el que adquiere derechos o contrae obligaciones como consecuencia del acto realizado con el representante”¹³.

Los efectos del acto jurídico representativo, “esto es, del acto celebrado por el representante en nombre del representado, dentro de los límites del poder, se producen directa e inmediatamente para éste como si él mismo lo hubiera celebrado. Esto es así no solamente cuando el representante es el elemento activo, generador de la relación jurídica (representación activa), sino también cuando es el elemento pasivo (representación pasiva), siempre que en tal caso los terceros se hayan dirigido a él en su calidad de representante del poderdante”¹⁴.

Siguiendo el razonamiento a partir del artículo 37 del TUO, se aprecia que el ejercicio de los derechos de las empresas que conforman el Consorcio durante la ejecución del contrato, así como el ejercicio de sus obligaciones debe efectuarse mediante el representante designado por las empresas que se asocian temporalmente. Y aquello que éste haya realizado, por tanto, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido en el Contrato de Asociación y por la Ley, obliga solidariamente a todas las empresas integrantes del mismo. “Al haberse celebrado el acto jurídico en nombre del representado, éste adquiere directamente sus efectos, es decir, queda obligado directamente respecto del tercero o terceros con quien el representante concluyó el acto representativo”¹⁵.

Esto incluye también el procedimiento relativo a la Liquidación Final del Contrato. El ejercicio por acción u omisión de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones debe realizarlo (válida y legalmente) el representante del Consorcio; de lo contrario, el

¹² De acuerdo con el artículo 117 del Reglamento el contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título y, supletoriamente, por las normas del Código Civil.

¹³ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 207. Es importante señalar, con relación al tema de representación que en Argentina se ha dado un tratamiento incluso más preciso y rígido a la necesidad de representación de las Uniones Transitorias de Empresas. La norma señala en su artículo 379 que el representante “*tendrá los poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que hicieren al desarrollo o ejecución de la obra, servicio o suministro. Dicha designación no es revocable sin causa, salvo decisión unánime de las empresas participantes;* mediando justa causa la revocación podrá ser decidida por el voto de la mayoría absoluta.

¹⁴ TORRES VÁSQUEZ, Anibal. Acto jurídico. IDEMSA, 2ª Ed, Lima, 2001, pp. 368-369

¹⁵ Ibidem, p. 369

ejercicio no regular de derechos u obligaciones no tendría efectos para la Entidad. “El acto representativo celebrado por el *falsus procurator* es, pues, ineficaz respecto del representado, a quien corresponde ratificarlo o no”. Para explicar mejor esto, debe señalarse que la ineficacia “no significa que el acto sea nulo o anulable sino, simplemente, que no despliega sus efectos hacia la esfera jurídica de quien ha sido indebidamente representado, por lo que si él no ratifica el acto celebrado por su seudorepresentante, el tercero contratante no tiene nada que exigirle y sólo podrá dirigir sus pretensiones contra el seudorepresentante, quien además queda obligado por los daños y perjuicios que irroque al tercero contratante o a otros terceros y, aun, al mismo *dominus*”¹⁶.

Entonces, los problemas internos que acarree la representación acordada en el Convenio de Asociación no pueden ni deben afectar los derechos de la Entidad. Para resolver dichos problemas, la parte que se considere afectada podrá ejercer su derecho de acción en la vía correspondiente. Otro caso concreto puede ser el de la actuación arbitraria del representante debidamente designado. Por ejemplo, si el representante obra dentro de los límites de las facultades conferidas pero excediéndose de las instrucciones recibidas, el acto representativo es válido y eficaz, pero el representante responderá por los daños causados al representado. “Hipótesis distinta del *defecto de representación* y del *exceso de representación* es el *abuso de representación*, que se da cuando el representante concluye un acto jurídico persiguiendo un interés propio o ajeno en contraste con el del representado (conflicto de intereses). El Código italiano en su art. 1394 prescribe: ‘*El contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado podrá ser anulado a instancia del representado, si el conflicto era conocido o conocible por el tercero*’. Nuestro Código carece de un dispositivo como éste”¹⁷. Y tampoco el TUO y su Reglamento han previsto nada sobre ese tema específico.

El supuesto anterior puede presentarse, por ejemplo, cuando uno de los miembros del consorcio, que además tiene la representación del consorcio mismo, actúa atendiendo a sus intereses particulares, sin cautelar y hasta en contra de los intereses de los otros consorciados. En este caso, se ha vulnerado el derecho fundamental de los representados de que el representante “cautele debida y adecuadamente sus intereses”, pues para ello depositaron en él su confianza al otorgarle su representación¹⁸.

El arbitraje y los consorcios

A esta altura debe tenerse claro lo siguiente:

1. El consorcio es una asociación temporal, que no constituye una persona jurídica distinta ni una sociedad, pero que es un ente de existencia temporal distinto a las partes que lo conforman.

¹⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. Cit., pp. 226-227

¹⁷ TORRES VÁSQUEZ, Anibal. Op Cit. pp. 371-372

¹⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. Cit., p. 208

2. En los casos de contratos con el Estado, la responsabilidad del Consorcio es solidaria en todos los casos y esto hace que sus obligaciones contractuales sean exigibles, indistintamente, a cualquiera de los asociados.
3. Para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, los consorcios que deseen contratar con el Estado, deben designar un representante con poderes suficientes para ello, que será el único por medio de quien podrán ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones.

Sobre la base de estas tres premisas, debe señalarse que la Ley General de Arbitraje (en adelante, LGA) establece en su artículo 9 que el convenio arbitral “es el acuerdo por el que **las partes** deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual”. Si bien es cierto que esta norma es sumamente clara, se admite que existen “determinadas situaciones [distintas a las de los causahabientes o a los terceros que son llamados a intervenir en el arbitraje] en que algunas personas, a pesar de no haber suscrito el pacto arbitral, se ven involucradas en él para dirimir ciertas controversias que se susciten en relación con el respectivo contrato”¹⁹.

En el caso de contratos de obras celebrados por una sociedad perteneciente a un grupo empresarial (supuesto distinto al que se trata en el presente artículo), en el arbitraje internacional se está abriendo paso una práctica usual: “la implicación de las sociedades o personas físicas pertenecientes al grupo, respetando su personería jurídica propia y autónoma”²⁰. Con esto, “los fallos de la Cámara de Comercio Internacional han estructurado una jurisprudencia que permite aplicar el arbitraje a sociedades que expresamente no han suscrito la cláusula compromisoria, pero están comprometidas en la relación contractual que da origen al conflicto, y por ello se las considera aceptantes tácitas del pacto arbitral”²¹.

Si bien es cierto que la naturaleza de los “grupos empresariales” es distinta a la de los “consorcios”, puede ser de utilidad entender que existe una tendencia a interpretar la titularidad del Convenio Arbitral de manera flexible. Pero en el caso de los consorcios, atendiendo a la existencia de norma expresa (artículo 37 del TUO) el asunto es mucho más claro y no admite una discusión similar.

Sin perjuicio de lo anterior, se aprecia “que uno de los elementos esenciales del convenio arbitral es el acuerdo inequívoco de las partes de someter al arbitraje, cualquier conflicto futuro o actual derivado de una relación jurídica determinada”²². En tal sentido, de conformidad con el mismo artículo 9, el convenio arbitral “obliga a las partes (...) a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral”.

Es importante señalar que el Convenio Arbitral obliga a las partes que lo suscribieron, esto es, a las partes que suscribieron el Contrato que contenía la Cláusula Arbitral correspondiente. Las partes que se obligan por el Convenio Arbitral son exclusivamente las que suscribieron válida y legalmente el Convenio Arbitral. Esto nos genera la necesidad de efectuar un análisis respecto de dos temas: primero, la capacidad de las partes para suscribir un convenio arbitral y, segundo, la adecuada representación, sea legal o voluntaria. Sobre ello puede afirmarse que “tratándose de

¹⁹ BENETTI SALGAR, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano. Temis, Bogotá, 2001, p. 79

²⁰ Ibidem p. 80

²¹ Ibidem, p. 82

²² CANTUARIAS, Fernando y ARAMBURÚ, Manuel. El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1994, p. 134.

la capacidad de las personas naturales suele aplicarse la ley de su nacionalidad o domicilio, mientras que respecto a la capacidad de las personas jurídicas, será normalmente de aplicación la ley del lugar de constitución, por ser esa la ley que determina su capacidad legal²³. En cuanto al tema de la representación voluntaria, este se resuelve “de acuerdo con la ley del lugar en donde se otorgó la representación. Creemos que esta solución es la más aconsejable”²⁴.

En el caso del Consorcio, es parte dicha Asociación Temporal (con su naturaleza jurídica sui generis), regulada por el Contrato de Asociación, por el TUO, por el Reglamento y, supletoriamente, por la LGS. No son parte de ese contrato las empresas integrantes del Consorcio consideradas particularmente; lo son en tanto conforman la Asociación Temporal. Y esta parte del Convenio Arbitral debe actuar a través de su representante voluntario. Entonces, la solicitud de arbitraje, la solicitud de designación de árbitros, la recusación de árbitros, en el caso del Consorcio, deberán ser presentadas por dicha Asociación Temporal debidamente constituida y a través del representante designado en el Convenio respectivo. Si bien un consorcio no constituye, en nuestro ordenamiento jurídico, una persona jurídica distinta a las partes que lo conforman, es indudable que sí es un ente de existencia temporal, distinto a quienes lo conforman y debe actuar, durante su vigencia, debidamente representado por el representante voluntario, debidamente designado por las propias partes en el Contrato de Consorcio. Todas las actuaciones que se den con relación al contrato suscrito entre una Entidad del Estado y un consorcio, deberán ser ejecutadas o requeridas por dicha asociación temporal, por intermedio de su representante debidamente designado. No pueden actuar particularmente las partes que lo integran, al menos sus actuaciones no obligarán a la entidad contratante.

El artículo 23 inciso 5 de la LGA establece, en el procedimiento de designación a cargo del Juez, que éste “únicamente podrá rechazar la solicitud de designación de árbitros cuando considere por los documentos aportados que no consta manifiestamente la voluntad de las partes de acudir al arbitraje”.

Haciendo aplicación supletoria de esta norma, podemos señalar que el CONSUCODE —organismo que actúa como entidad nominadora en los arbitrajes de la normativa de contrataciones públicas— podrá rechazar la solicitud de designación en el mismo supuesto; por ejemplo, cuando se tratara de un Contrato suscrito al amparo de las normas de algún Organismo Internacional que, a pesar de tener previsto el recurso al arbitraje, el mismo no se desarrolle dentro de los límites que permita su participación. Asimismo, esa voluntad deberá constar respecto a las partes que suscribieron el Contrato y, por tanto, el Convenio Arbitral.

Por tanto, si la parte no acredita, primero, su titularidad respecto de ese Convenio y, segundo, la representación suficiente, el CONSUCODE podrá rechazar la solicitud de designación de árbitro, toda vez que en ese supuesto se verifica que no consta manifiestamente la voluntad de las partes de acudir al arbitraje. Lo contrario podría dar lugar al inicio irracional de arbitrajes, con lo que se afectaría la eficiencia que debe regir dicho métodos de solución de controversias y encarecería excesivamente las contrataciones públicas.

Esto podría dar la apariencia de indefensión de la empresa miembro del consorcio que no ha podido, pese a su voluntad en ese sentido, acudir al arbitraje para defender sus derechos particulares. Esto es solo en apariencia, pues hay que reiterar que el ejercicio de los derechos del consorcio en su relación contractual con una entidad, se

²³ Ibidem p. 134

²⁴ Ibidem p. 136

hará por medio de un representante y los problemas que se generen en la relación representativa de ese consorcio es un asunto relativo a las relaciones internas de los miembros del consorcio, que, en todo caso, deberán resolver en la instancia que corresponda y de conformidad con lo acordado por las propias partes y de acuerdo con las normas aplicables.