

La representación de la persona jurídica en el arbitraje peruano



MARIO CASTILLO FREYRE

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RITA SABROSO MINAYA

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesora de Arbitrajes Especiales en la Universidad de Lima.

LAURA CASTRO ZAPATA

Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.
Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima.
Estudios de Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

JHOEL CHIPANA CATALÁN

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho de las Obligaciones y Contratos en la Universidad de San Martín de Porres.

SUMARIO:

I. Antecedentes Legislativos.

II. Representación de la persona jurídica.

- 2.1. **Facultades que debería tener el representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral en nombre de ella, antes de la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje.**
 - 2.1.1. **¿Cuándo el gerente general podía celebrar válidamente un convenio arbitral?**
 - 2.1.1.1. **¿El convenio arbitral puede ser considerado un contrato ordinario?**
 - 2.1.1.2. **¿Celebrar un convenio arbitral estaba dentro de las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil?**
 - 2.1.2. **¿Cuándo un representante distinto al gerente general podía celebrar válidamente un convenio arbitral en el marco de la Ley 26572?**
- 2.2. **Facultades del representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral en nombre de ella, después de la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje.**



RESUMEN:

En atención al incremento de los conflictos suscitados entre personas jurídicas que son resueltos en la vía arbitral, los autores analizan la forma en que estas pueden llegar a formar parte de un arbitraje a través de la celebración de un convenio arbitral. Teniendo ello en cuenta, desarrollan, de acuerdo a nuestra legislación, los requisitos necesarios para que sus representantes puedan vincularlos a través del referido acuerdo de arbitraje.

Palabras clave: Persona jurídica, representante, gerente general, contrato, convenio arbitral.

ABSTRACT

Because of the increase of conflicts arising between legal persons who are settled in arbitration, the authors analyze how they can become part of an arbitration by signing an arbitration agreement. Considering the above, develop, according to our legislation, the necessary requirements in order to their agents can link through the arbitration agreement.

Keywords: Legal entity, agent/representative, general manager, agreement, arbitration agreement.

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

A efectos de tener un panorama más completo del tema que vamos a analizar, creemos pertinente citar los antecedentes legislativos que posee el artículo 10 del Decreto Legislativo 1071 (en adelante, la "Ley de Arbitraje").

Así, ni en la Ley Modelo UNCITRAL ni en la derogada Ley General de Arbitraje, Ley 26572, encontramos un antecedente del citado artículo 10 de la Ley de Arbitraje. Incluso, sobre el particular, la Exposición de Motivos señala que la derogada Ley General de Arbitraje no se pronunciaba de manera expresa sobre las facultades de representación necesarias para someterse a arbitraje o participar en el proceso arbitral, lo que generó conflictos de interpretación sobre el tipo de poderes necesarios, que podían limitar —en el futuro— el desarrollo del arbitraje.

Sin embargo, en el Proyecto Modificadorio, elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial N° 027-2006-JUS, ya se contemplaba la inclusión de un artículo 8-A, cuyo texto propuesto era el siguiente:

"Artículo 8-A.- Representación de la persona jurídica. -

Salvo disposición estatutaria distinta o en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para

celebrar convenios arbitrales, representarla en procesos arbitrales y ejercer todos los derechos y facultades previstos en esta ley, sin restricción alguna, incluso para actos procesales de disposición de derechos sustantivos."

En tal sentido, el antecedente del artículo 10 de la Ley de Arbitraje lo encontramos en el citado artículo 8-A.

II. REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, corresponde conocer qué establece el artículo 10 de la Ley de Arbitraje. A tales efectos, vamos a transcribir su contenido:

Artículo 10.- Representación de la persona jurídica

1. Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.

2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados con-

tratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos. Atendiendo a que la potestad de administrar justicia por el Poder Judicial es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, para la solución de controversias en esta vía no se requiere de ningún tipo de pacto; situación distinta a lo que ocurre en el arbitraje, en la medida de que el arbitraje solo vincula a las partes que convencional y expresamente se sometieron a él."

Gamboa Serrano¹ señala que para celebrar el pacto arbitral se requiere —en las partes— la capacidad para transigir, es decir, capacidad para disponer sobre las diferencias o pretensiones que han de someterse al tribunal arbitral. Así, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, señala que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materia de libre disposición por las partes.

Martín Brañas² señala que es necesario que las partes se sometan expresa y voluntariamente a la solución arbitral, no siendo factible, en consecuencia, imponer a un sujeto un arbitraje sin esa aquiescencia previa.

En efecto, obligar a cualquier persona —natural o jurídica— a recurrir a un arbitraje que no ha convenido es inconstitucional, atendiendo al carácter voluntario de la jurisdicción arbitral. Esto, debido a que el principio general de la Constitución Política del Perú, en el inciso 1 del artículo 139, establece que la jurisdicción ordinaria es exclusiva y que el arbitraje es excepcional. En ese sentido, la inexistencia de una declaración de voluntad válida es causa eficiente para determinar la ineficacia estructural de un convenio arbitral.

Dentro de esta lógica, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje establece 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 o de otra naturaleza.

Así, para hablar de la existencia de un convenio arbitral, se requiere la concurrencia de dos elementos fundamentales. El primero de ellos está referido a la intención de las partes de realizar un acuerdo conforme a los términos y condiciones que éstas pactaron, exteriorizando dicha intención por los mecanismos de manifestación de voluntad permitidos por el ordenamiento jurídico. Mientras que el segundo está referido a la materia u objeto sobre el cual versa tal acuerdo.

Por otro lado, Fernando Vidal Ramírez³ señala que al convenio arbitral, siendo un acto o negocio jurídico, le son exigibles los requisitos de validez que establece el artículo 140 del Código Civil, por lo que la manifestación de voluntad, imprescindible para celebrarlo, debe emanar de sujetos capaces.

A entender de Caivano⁴, en tanto acuerdo de voluntades o convención, el pacto arbitral debe cumplir los requisitos de existencia y validez establecidos con carácter general para los contratos. Tiene que partir de un consentimiento que no se encuentre intrínsecamente viciado, y que haya sido expresado válidamente; ese consentimiento debe ser prestado por personas que tengan capacidad legal para obligarse.

Dentro de tal orden de ideas, para la existencia del convenio arbitral es necesaria la manifestación de voluntad expresa de las partes, en donde éstas se obligan a someter a arbitraje la

1. Gamboa Serrano, Rafael H. "El Proceso Arbitral en Colombia". Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 35.
2. Martín Brañas, Carlos. «La anulación del Laudo Arbitral por infracción de las normas que rigen el nombramiento de los árbitros y la actuación arbitral». En *Anuario de Justicia Alternativa: Derecho Arbitral*, n.º 4, Barcelona: Bosch, 2003, p. 149.
3. Vidal Ramírez, Fernando. "Manual de Derecho Arbitral". Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 53.
4. Caivano, Roque J. *Arbitraje*. Segunda edición. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2000, pp. 109-112.

solución de sus conflictos, ya que se trata de la renuncia del derecho a solicitar la solución de controversias ante la jurisdicción ordinaria, para someterlas a un tribunal arbitral⁵.

En el caso de las personas jurídicas debemos estudiar cómo se produce la manifestación de voluntad necesaria para la existencia del convenio arbitral.

La persona jurídica —al ser un ente moral, esto es, una construcción jurídica— necesita de personas naturales a través de las cuales pueda actuar, lo que equivale a decir que necesita de representantes.⁶

Por ello, para la validez de un convenio arbitral es requisito indispensable la manifestación del consentimiento. En este caso, al tratarse de personas jurídicas, éstas Solo pueden prestar consentimiento a través de sus representantes.

2.1. Facultades que debería tener el representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral en nombre de ella, antes de la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje.

Antes de la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje, el tema sobre las facultades que debía tener el representante de una persona jurídica para celebrar convenios arbitrales, evidentemente, era no Solo discutible, sino que

además se debía —a entender nuestro— optar por la interpretación contraria a lo que hoy representa el contenido del artículo 10 de la Ley de Arbitraje, es decir, por exigir facultades expresas, tal como analizaremos a continuación.

En efecto, la derogada Ley General de Arbitraje, Ley 26572, no se pronunciaba expresamente sobre las facultades de representación necesaria para someter a arbitraje o para participar en el proceso arbitral, lo que generó conflictos de interpretación sobre el tipo de poderes necesarios para tal efecto.

Ulises Montoya Alberti⁷ sostiene que el acuerdo o convenio arbitral lo pueden celebrar las personas naturales o jurídicas, en tanto que no existe —aparte de la capacidad— restricción para que aquéllas puedan pactar el arbitraje. Asimismo, señala que a los representantes legales se les exige autorización expresa para que realicen tal acto.

Malamud⁸ sostiene que —en principio— cualquier persona física o jurídica puede comprometerse al arbitraje; sin embargo, Solo se prohíbe hacerlo en caso de representantes de personas jurídicas a quienes no se les hubiere autorizado expresamente.

Al respecto, Caivano⁹ sostiene que los representantes de las personas jurídicas no pueden celebrar acuerdos arbitrales si no tienen autorización.

5. Al respecto cabe señalar que a entender de Alfredo Bullard González ello no implica una renuncia a un derecho. Por el contrario, es el ejercicio del derecho de pactar en contra de la regla o mecanismo supletorio previsto en el ordenamiento. (Bullard González, Alfredo. "Buscándole tres pies al gato". Las facultades del gerente general para someter a la sociedad a arbitraje». En *Estudios de Derecho Societario: Libro homenaje a Enrique Elías Larrosa*. Trujillo: Normas Legales, 2005, p. 16).

6. En términos generales, podemos definir a la representación como la institución jurídica mediante la cual un sujeto, denominado representante, puede celebrar actos jurídicos en nombre y en interés de otro sujeto, que recibe el nombre de representado. Se trata de una modificación de las consecuencias naturales del acto jurídico, en tanto el sujeto que realiza la declaración de voluntad y, por ende, celebra el acto jurídico, es distinto de aquél que recibe los efectos del mismo.

7. Montoya Alberti, Ulises. "El Arbitraje Comercial". Lima: Cultural Cuzco S.A., 1988, pp. 45-69.

8. Malamud, J. «El Arbitraje Comercial en la República Argentina». En *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana - Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 65.

9. Caivano, Roque J. *Op. cit.*, p. 111.

Según Sánchez Urite,¹⁰ la celebración de un convenio arbitral es un caso de representación directa, es decir, aquella en la que exista una manifestación de voluntad por parte del representante en nombre y por cuenta de otro y dentro de los límites de los poderes dados por el representado.

Por su parte, Alvarado Velloso¹¹ —haciendo referencia a la normatividad arbitral argentina de principios de los años ochenta— nos dice que no pueden comprometer a arbitraje el mandatario, gerente, apoderado, síndico, liquidador, etc., a menos que cuenten con autorización judicial o con poderes especiales otorgados por quienes representa.

En la misma línea de pensamiento (y época en que vertió sus comentarios) encontramos a Zepeda¹², quien afirma que los representantes Solo pueden comprometer en arbitraje, los negocios de sus mandantes, si cuentan con facultad especialmente otorgada para ello.

Finalmente, tenemos a Parra Aranguren¹³ quien, al analizar el tema del acuerdo arbitral en la legislación venezolana en su época, señala que en principio pueden comprometer en arbitraje todas las personas que tienen capacidad para contratar y obligarse libremente, sin restricciones particulares respecto de ciertas clases de personas, físicas o jurídicas. Sin embargo, el citado autor afirma que requieren de autorización expresa los representantes de corporaciones, asociaciones, sociedades y otras personas jurídicas.

En consecuencia, podemos apreciar que esta parte de la doctrina reseñada considera que la persona jurídica debe otorgar de manera expresa facultades especiales a su representante, a fin de que este pueda obligar a la persona jurídica en un convenio arbitral.

Sin embargo, hay quienes sostienen que no se requieren poderes especiales para la celebración de un convenio arbitral en nombre de una persona jurídica. En esta posición encontramos a Alfredo Bullard,¹⁴ quien sostiene que el pacto arbitral en los contratos comerciales de todo tipo se ha vuelto en el Perú la práctica común, sin que se esté exigiendo autorizaciones expresas.

A entender del citado autor, ello es una muestra —bajo la teoría de la confianza— de por qué la expectativa del tercero al contratar con el gerente, es que no existe limitación alguna para incluir este tipo de pactos.

De esta manera, Bullard González trata de rebatir los argumentos de quienes sí consideran indispensable la autorización expresa para que —en nombre de una persona jurídica— se sometan a arbitraje las controversias derivadas de un algún contrato.

En tal sentido, en las próximas líneas expondremos ambas posiciones, teniendo en cuenta una distinción relativa al representante; a saber: (i) por un lado, si se trata del gerente general de la persona jurídica; y (ii) por el otro, si se trata de un representante distinto al gerente general.

10. Sánchez Urite, Ernesto. "Mandato y Representación", Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 39.

11. Alvarado Velloso, A. «El Arbitraje Comercial en la República Argentina». En *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana - Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 47.

12. Zepeda, J. Antonio. «Normación y práctica del Arbitraje en México». En *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 263.

13. Parra Aranguren, Gonzalo. «Informe sobre el Arbitraje Comercial en Venezuela». En *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 357.

14. Bullard González, Alfredo. *Op. cit.*, p. 21.

También diferenciaremos si el gerente general tiene únicamente las facultades generales y especiales establecidas por el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, Ley 268875¹⁵; o si el Estatuto establece como facultad especial del gerente general el poder celebrar convenios arbitrales en nombre de la persona jurídica.¹⁶

2.1.1. ¿Cuándo el gerente general podía celebrar válidamente un convenio arbitral?

Según Elías Laroza,¹⁷ la sociedad puede nombrar a uno o más gerentes y determinar las facultades con las que ejercerán sus cargos. La extensión de dichas facultades se encuentra librada a la decisión del órgano que las otorgue.

Rey y Trelles¹⁸ señalan que el gerente general tiene una doble función; por un lado, la de ejecutor en la gestión del negocio, y, por el otro, la representación de la sociedad ante los distintos agentes que participan en el mercado.

Las atribuciones de cualquier gerente pueden consignarse en el estatuto o ser establecidas en el acto mismo del nombramiento o en acto posterior, tal como lo establece el artículo 188 de la Ley General de Sociedades.

Así, los incisos 1 y 2 del artículo 188 establecen que —salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la Junta General de Accionistas o del Directorio— se presume que son atribuciones del gerente general: (i) celebrar y

ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social; y (ii) representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil.

2.1.1.1. ¿El convenio arbitral puede ser considerado un contrato ordinario?

En relación a la facultad de celebrar y ejecutar actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social, debemos tener en cuenta que para determinar qué es un acto o un contrato ordinario es necesario ver lo que el propio estatuto de la persona jurídica establece, ya que la calificación de actos o contratos ordinarios se halla relacionada con el objeto social de la empresa.

Como sabemos, el objeto social de una empresa es la razón misma por la que la sociedad se constituye; es la razón por la cual los socios deciden participar en la sociedad, aportar capitales y asumir el riesgo del negocio. Se ha sostenido que el sometimiento al fuero arbitral no podría considerarse como un acto ordinario de la empresa, ya que el sometimiento a la jurisdicción arbitral implica la disposición de derechos sustantivos de la persona jurídica.

En otras palabras, el sometimiento a arbitraje implica que la persona jurídica renuncie al derecho de accionar judicialmente, sustrayéndose de la jurisdicción ordinaria, lo que no podría ser considerado como un acto ordinario de la persona jurídica, sea cual fuere su objeto social. Así, la celebración de un convenio arbitral implicaría una disposición del derecho fundamental

15. Artículo 188.- «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 (...).»

16. Al respecto, cabe precisar que Rey y Trelles señalan que el referido artículo 188 constituye una norma dispositiva, ya que admite pacto en contrario, pudiendo consignarse las atribuciones de cualquier gerente en el estatuto, en el acto mismo del nombramiento o en acto posterior. (Rey Bustamante, Alonso y Jorge Trelles Castro Mendivil. «El Gerente General». En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 627).

17. Elías Laroza, Enrique. "Derecho Societario Peruano". Trujillo: Normas Legales, 2001, pp. 389-390.

18. Rey Bustamante, Alonso y Jorge Trelles Castro Mendivil. *Op. cit.*, p. 625.

a la tutela jurisdiccional efectiva; y para poder disponer de derechos sustantivos, según el artículo 75 del Código Procesal Civil, se requiere del otorgamiento de facultades especiales.

Por el contrario, Bullard considera que celebrar convenios arbitrales sí es un acto ordinario de administración compatible con el objeto social de cualquier sociedad comercial. Para dicho autor, si estamos frente a un acto ordinario (por ejemplo, la venta de bienes producidos por la sociedad regularmente) no es necesario que el estatuto autorice la celebración de convenios arbitrales, ya que el convenio arbitral es parte de los pactos comunes y corrientes que suelen incluirse en todos los contratos.¹⁹

Asimismo, el citado autor²⁰ señala que cuando el referido artículo 188 señala que se presume las facultades ahí establecidas, se estaría protegiendo la buena fe y la confianza de quienes contratan con la sociedad, invirtiendo la carga de la prueba, de manera que la sociedad sería quien debería demostrar que se carecía de facultades y no será el tercero el que tenga que demostrar que el gerente sí tenía dichas facultades.

Dentro de tal orden de ideas, según esta posición, ante la duda sobre si el gerente general goza de la confianza de los accionistas para celebrar un convenio arbitral, se opta por proteger al tercero que razonablemente consideró que tal acto estaba comprendido dentro del espectro de las facultades del gerente general incluidas en el inciso 1 del artículo 188, es decir, celebrar actos y contratos ordinarios relacionados con el objeto social.

Por otro lado, el referido profesor señala que si estamos frente a una autorización de la Junta General de Accionistas o del Directorio para celebrar un acto de disposición que no se encuentra dentro de las facultades originarias del gerente, no es común que dicha autorización incluya todo el detalle del contrato. Usualmente se señalan algunos aspectos bá-

sicos y lo demás es delegado a la habilidad de negociación del gerente. Así, se presume razonablemente que si existe una autorización para celebrar un acto determinado, se está facultando al gerente general para negociar y pactar términos y condiciones accesorios o vinculados que, por su menor importancia, no tenían que estar contenidos en la autorización dada para celebrar el contrato. Ello se deriva de la facultad del gerente general de negociar y pactar términos contractuales beneficiosos para la sociedad y que estén orientados a perfeccionar o ejecutar el contrato.

2.1.1.2. ¿Celebrar un convenio arbitral estaba dentro de las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil?

Conforme al inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, el representante está facultado para representar a la sociedad con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil, es decir, se refiere a facultades de representación procesal.

Dentro de tal orden de ideas, debemos remitirnos a lo que estipulan los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil, normas que establecen lo siguiente:

“Artículo 74.- La representación judicial confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas. La representación se entiende otorgada para todo el proceso, incluso para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas y costos, legitimando al representante para su intervención en el proceso y realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieran la intervención personal y directa del representado. (El subrayado es nuestro).

Artículo 75.- Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los

19. Bullard González, Alfredo. *Op. cit.* p. 15.

20. *Idem*, pp. 11 y 12.

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 subrayado es nuestro).

En ese sentido, cabe preguntarnos si el suscribir un convenio arbitral en nombre de la persona jurídica se encontraba incluido dentro de las referidas facultades generales o especiales. Al respecto, Fernando Vidal Ramírez²¹ señala que para celebrar un convenio arbitral, el representante requiere de facultad especial, sea que lo celebre con anterioridad a la litis o ya establecido el litigio en el ámbito judicial (conforme lo precisa el artículo 75 del Código Procesal Civil).

Sin embargo, debemos precisar que el artículo 75 del Código Procesal Civil contempla únicamente el supuesto de representación en caso de pretensiones controvertidas en un proceso judicial ya existente. En tal sentido, el artículo 75 del Código Procesal Civil se refería exclusivamente a la facultad del apoderado (lo que incluye al gerente general, en virtud del artículo 188 de la Ley General de Sociedades) de someter a arbitraje las pretensiones controvertidas dentro de un proceso. No se estaría refiriendo a someter a arbitraje cualquier controversia, sino solamente aquella que ha sido objeto de la demanda a partir de la cual se ha iniciado un proceso.

La norma procesal permite *ex post*—a favor del arbitraje como opción excepcional— la decisión del gerente general de recurrir al arbitraje para mejor resolver las controversias que se suscitan y que son de conocimiento del Poder Judicial. Sin embargo, la ley no facultaba expresamente a ha-

cer lo contrario, esto es a excluirse del juez natural *ex ante* sin tener explícitamente la capacidad de hacerlo, es decir, sin que la persona jurídica así lo haya expresado en el Estatuto, como atribución conferida al gerente general o conferida a través de una Junta General de Accionistas.

Como se puede apreciar, el momento en el que se lleva a cabo la celebración del convenio arbitral resultaría importante, ya que no sería lo mismo que se produzca en la firma de un contrato (antes de que surja algún conflicto), a que se realice dentro de un proceso judicial (una vez que el conflicto ya surgió).

Ello, debido a que en el momento en el que se celebra un contrato no se sabe de antemano cuáles serán los conflictos concretos que se presentarán en el futuro, siendo más riesgoso someter todo un mundo de meros conflictos potenciales y abstractos a decisión arbitral inapelable, que decidir someter a un proceso arbitral un conflicto determinado.

En consecuencia, siguiendo esta posición, aun cuando el representante de la persona jurídica hubiese actuado en calidad de gerente general, el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, no contemplaba como atribución inherente a su cargo el pactar un arbitraje fuera del Poder Judicial. En ese sentido, encontramos a Carlos Larreátegui,²² quien señala que los representantes de las sociedades civiles o mercantiles pueden comprometer a la persona jurídica, solo si están facultados expresamente para ello en el contrato social o en los estatutos, o los autoriza la Junta General.

Asimismo, Gamboa Serrano²³ sostiene que habrá de estarse a lo que dispongan los estatutos en relación a las facultades del representante legal. En principio, las personas jurídicas pueden

21. Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 54.

22. Larreátegui, M. Carlos. «Contribución al Estudio del Arbitraje - Ecuador». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana - Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, pp. 176-177.

23. Gamboa Serrano, Rafael H. *Op. cit.*, p. 35.

celebrar el pacto arbitral, salvo que los estatutos lo prohiban o restrinjan; pero al permitirlo o al no prohibirlo, deben examinarse las facultades del representante legal.

En consecuencia, para estos autores, el gerente general —en calidad de representante legal de la persona jurídica— sí puede someter a arbitraje a la persona jurídica, pero siempre que cuente en el Estatuto con las facultades expresas para ello.

Bullard²⁴ señala que la premisa de esta posición es correcta, pero la conclusión es errada. Del hecho de que el gerente general pueda someter a arbitraje pretensiones ya judicializadas, no se deriva que el mismo gerente general no pueda celebrar convenios arbitrales ante la eventualidad de que se produzcan futuras controversias.

Señala que aquí también se diferencia el pacto arbitral *ex ante* del pacto arbitral *ex post*. Sin embargo, se hace la precisión de que lo que regulan el Código Procesal Civil y el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, es la facultad del gerente general de pactar arbitraje *ex post*. Pero de tal regulación no se podría derivar que para pactar *ex ante*, el gerente general no cuenta con facultades para contratar el sometimiento a arbitraje.

En consecuencia, a entender del citado profesor, la lógica de los incisos 1 y 2 del artículo 188 era clara y consistía en facultar al gerente general tanto para pactar arbitrajes *ex ante* como para hacerlo *ex post*, por el solo mérito de su nombramiento. Sin embargo, precisa que es evidente que los accionistas pueden limitar estas facultades, pero si no lo han hecho, ello demuestra la plena confianza que tenían en el gerente general, así como la plena eficacia del convenio arbitral incluido en el contrato.

Ahora bien, se podría sostener que para evitar que con el uso distorsionado de los arbitrajes se

realicen actos para los que no se está facultado, no Solo se debe contar con poderes especiales para celebrar un convenio arbitral, sino que además se debería contar con poderes de disposición. En otras palabras, «si cierto representante cuenta con poder para someter a arbitraje una controversia (antecedente); entonces, este debe contar con poderes de disposición (consecuente)».

Como sabemos, una de las reglas más conocidas de la lógica es la llamada *ponendo ponens*.²⁵ Esta regla establece que en una construcción «si p, entonces q» ($p \rightarrow q$), si el antecedente (en este caso, p) se afirma, entonces, necesariamente, se debe afirmar el consecuente (en este caso, q).

Esta regla se complementa con la denominada *tollendo tollens*,²⁶ la cual hace referencia a la propiedad inversa de los condicionales. Esta propiedad establece que si en la misma construcción «si p, entonces q», negamos el consecuente (efecto), entonces, ello nos conduce a negar el antecedente (causa). Esto, debido a que si un efecto no llega a concretarse, es porque su causa no ha podido darse.

Como podemos apreciar, la regla *ponendo ponens* Solo nos permite afirmar toda la construcción, si está afirmado el antecedente; mientras que la regla *tollendo tollens* Solo nos permite negarla a partir del consecuente. Estas consecuencias se derivan de que la implicación es una flecha que apunta en un único sentido ($p \rightarrow q$), lo cual determina que Solo se pueda afirmar a partir del antecedente, y negar Solo a partir del consecuente. Es decir, el afirmar el consecuente no nos lleva necesariamente a afirmar el antecedente.

¿Por qué?

Pues porque lo que sabemos es que si (p) ocurre (léase, por ejemplo, «llueve») entonces siempre pasará (q) (léase, «las calles se mo-

24. Bullard González, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 23 y 24.

25. Cuyo significado en español es «afirmando, afirmo».

26. Cuyo significado en español es «negando, niego».

jan»). En nuestro ejemplo, resulta que ahora ha empezado a llover (p), pues entonces no cabe duda de que las calles se van a mojar (q). Sin embargo, si sucede que las calles están mojadas, no podemos deducir que haya llovido, ya que estas se han podido mojar por múltiples causas, como por ejemplo, si un camión cisterna ha pasado regando los jardines de la berma central de una avenida.

Por lo tanto, aplicando estas reglas de la lógica, se podría afirmar que el hecho de que una persona cuente con poder para someter a arbitraje una controversia (antecedente), implica que esa persona cuenta con poderes de disposición (consecuente); sin embargo, el hecho de que esa persona cuente con poderes de disposición (consecuente) no necesariamente implicará que ella cuente con poderes para someter un conflicto a la vía arbitral (antecedente).

2.1.2 ¿Cuándo un representante distinto al gerente general podía celebrar válidamente un convenio arbitral en el marco de la Ley 26572?

Sobre este punto hay quienes sostenían que si el representante actúa en virtud a las facultades conferidas —esta vez, ya no por la Ley General de Sociedades ni por el estatuto—, sino por las otorgadas en la Junta General de Accionistas, ello implica que la actuación de este representante debe sustentarse en la literalidad de los poderes otorgados en dicha Junta General de Accionistas, ya que en ella se debe incluir, como tema de agenda, la celebración del convenio arbitral.

Así encontramos a Rey y Trelles,²⁷ quienes señalan que las facultades se rigen por el principio de literalidad, de manera que no se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

La Junta General de Accionistas es uno de los órganos principales de la persona jurídica,

cuya función es formar su voluntad, siempre y cuando se hayan observado las formalidades y los requisitos de validez establecidos en la Ley General de Sociedades y en el Estatuto de la persona jurídica.

En tal sentido, hay quienes han sostenido que es imprescindible que en la Junta General de Accionistas se conozca, discuta y apruebe la celebración del convenio arbitral. Es decir, si se faculta a un representante —sea este el gerente general de la empresa u otra persona— a suscribir un contrato, se debería dejar expresa constancia de la voluntad de la persona jurídica de someter cualquier controversia derivada de dicho contrato a un proceso arbitral.

Una de las razones de dicha posición es que la no expresión del deseo de celebrar el convenio arbitral en la agenda bajo la cual se convocó a la Junta General de Accionistas, impediría el conocimiento y la eventual discusión de los accionistas respecto de la necesidad y/o conveniencia de la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato determinado, e incluso de los términos en los que se contemplaría; a saber:

- La materia a arbitrar;
- La conformación del tribunal arbitral;
- La naturaleza del arbitraje (de derecho o de equidad); y
- Si el arbitraje sería institucional o *ad-hoc*.

Dentro de tal orden de ideas, el representante tampoco estaría facultado para celebrar un convenio arbitral, por el simple hecho de habersele otorgado facultades para la celebración y ejecución del contrato dentro del cual se insertaría ese convenio arbitral. Por el contrario, se podría sostener que el representante está facultado para celebrar un convenio arbitral en nombre de la persona jurídica, siempre que se le haya facultado para celebrar el contrato que

27. Rey Bustamante, Alonso y Jorge Trelles Castro Mendiivil. *Op. cit.*, p. 629.

contiene el convenio arbitral; ello, en virtud de lo establecido por el artículo 1792 del Código Civil.

En efecto, el referido artículo 1792 señala que el mandato comprende no solo los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquéllos que son necesarios para su cumplimiento.

Así, se podría afirmar que —en el supuesto de que el representante no tuviera facultades expresas para la celebración del convenio arbitral— el convenio arbitral sería válido al considerársele como un acto conducente a cumplir con el encargo de ejecutar a cabalidad el mandato (es decir, la celebración y ejecución del contrato). Sin embargo, también se podría argumentar que este razonamiento desvirtúa el alcance de la palabra necesidad, ya que no se podría presumir que exista una relación de necesidad entre la ejecución de un contrato y la celebración de un convenio arbitral.

La existencia de un convenio arbitral no sería un requisito sine qua non para que se celebre algún tipo de contrato; más aún si consideramos que lo natural es que cualquier controversia se solucione en la jurisdicción ordinaria y no en la jurisdicción arbitral. Por otro lado, el representante no podría considerar válidamente a la institución arbitral como una de naturaleza accesoria a un contrato principal.

Dentro de tal orden de ideas, si el representante no se encontraba facultado para celebrar un convenio arbitral, dicho convenio tampoco podría entenderse como una facultad accesoria o algo inherente a cualquier contrato, atendiendo al carácter autónomo de los pactos arbitrales, autonomía que le viene dada por ley expresa.²⁸

Ello, en la medida de que la existencia de un pacto arbitral comporta la existencia de un convenio autónomo, distinto del acto jurídico o contrato que lo origina, respecto del cual las partes deciden someterse a la jurisdicción arbitral para solucionar sus controversias.

Al respecto, Bullard²⁹ sostiene que si bien la doctrina y la legislación reconocen que el convenio arbitral es autónomo, ello es así para evitar que la nulidad del contrato principal lleve a la nulidad del convenio. La autonomía del convenio arbitral tiene por fin reforzar dicho convenio, no debilitarlo.

2.2. *Facultades del representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral en nombre de ella, después de la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje.*

Como hemos podido advertir en los puntos precedentes, existían dos posiciones abiertamente contrapuestas en lo relacionado a las facultades que debía tener el representante de la persona jurídica para celebrar un convenio arbitral y el contenido del artículo 10 de la Ley de Arbitraje es fruto de dicha larga discusión, la misma que —por lo demás— constituyó una de las principales materias controvertidas en el caso arbitral más emblemático que tuvo lugar en el Perú durante la vigencia de la Ley 26572 y en el cual nuestro Estudio de Abogados participó activamente en la defensa de una de las partes. Este caso, además, determinó muchos de los cambios legislativos contenidos en el hoy vigente Decreto Legislativo 1071.

Cada una de las posiciones sobre las facultades del representante, nos brinda una clara

28. El artículo 14 de la Ley General de Arbitraje establecía lo siguiente:

Artículo 14- «*Separabilidad del convenio arbitral.*» La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de este. En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral.

[...].»

29. Bullard González, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 15 y 16.

imagen de la problemática que se presentaba antes de la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje.

En efecto, dicha controversia encontró solución con el artículo 10 de la Ley en vigencia, precepto que —en su inciso 1— establece que «Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales».

Por su parte, el inciso 2 señala que «*Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos*».

En otras palabras, el artículo 10 incluye una presunción *iuris tantum*, en el sentido de que con el solo nombramiento como gerente general o como administrador de una persona jurídica, se tendría la facultad para celebrar convenios arbitrales que obliguen a la persona jurídica, o la facultad para representarla durante los procesos arbitrales, ejerciendo así todos los derechos y facultades previstos en la ley, sin restricción alguna. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el estatuto de la persona jurídica contenga una

disposición distinta o que el órgano correspondiente llegue a un acuerdo en sentido contrario.

Nos parece de suma importancia que se haya regulado el tema de las facultades de representación necesarias para someter a arbitraje o para participar en el proceso arbitral.

En primer lugar, porque, efectivamente, zanja la discusión en torno a las facultades del representante. El tema sin esta norma, evidentemente, era no solo discutible, sino que —como ya lo hemos expresado— debía entenderse en el sentido contrario de lo que hoy estipula el artículo 10.³⁰

De otro lado, el inciso 2 del artículo 10 de la Ley de Arbitraje en actual vigencia, también nos parece positivo, porque se establece que la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos. Ello, a efectos de que luego no se cuestione que se ha excedido el representante en cuanto a los poderes conferidos por su representado. Este extremo también fue objeto de una ardua controversia en el proceso arbitral a que hemos hecho referencia.

De esta manera, y tal como señala la Exposición de Motivos, se uniformiza en una sola norma el tema de las facultades de los representantes de las personas jurídicas para celebrar convenios arbitrales y para representarlos en procesos arbitrales, sin necesidad de acudir a otros preceptos,

30. Si bien, como lo hemos señalado, nos parece de suma importancia que se regule el tema de las facultades de representación necesarias para someter a arbitraje o para participar en el proceso arbitral, en algún momento propusimos la solución legislativa del problema a través de una fórmula distinta, pero igualmente eficaz, en la medida de que también hubiese puesto fin a la controversia teórica. En efecto, en su momento planteamos se establezca en la ley que el gerente general o el representante de una persona jurídica debía contar con facultades expresas para celebrar convenios arbitrales, para representarla en procesos arbitrales y para ejercer todos los derechos y facultades previstos en la ley, sin restricción alguna, e incluso para actos procesales de disposición de derechos sustantivos.

Ello, habida cuenta de que el convenio arbitral constituye, de alguna manera, un acto de disposición de derechos (al implicar la renuncia del derecho de acudir a la jurisdicción ordinaria, para someterse a una jurisdicción alternativa) y, por tanto, requeriría de la existencia de poderes especiales, esto es de facultades específicas (principio de especialidad) otorgadas para tales efectos (principio de literalidad).

De esta manera, el convenio arbitral no podría ser impuesto a una persona jurídica que jamás consintió en ello. (Ver Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. «Facultades del representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral». En *Revista Jus, Doctrina & Práctica*, N.º 7, Lima: Grijley, Julio 2007, pp. 221-235).