

CV. y B.P

• Cómo evitar poderes ineficaces

Problemas frecuentes en su redacción, inscripción y ejercicio

Aníbal Torres Vásquez / Mario Castillo Freyre / Rita Sabroso Minaya /
Laura Castro Zapata / Jhoel Chipana Catalán / Oswaldo Hundskopf
Exebio / Eric Palacios Martínez / Fort Ninamancó Córdova / Roger
Vidal Ramos / Gino Rivas Caso / Oscar Huerta Ayala / Omar Sumaria
Benavente / Leysser León Hilario



Av. Angamos Oeste 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

345.71

C6

Cómo evitar poderes ineficaces : problemas frecuentes en su redacción, inscripción y ejercicio / Aníbal Torres Vásquez, Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya ... [et al.] -- 1a ed.--Lima : Gaceta Jurídica, 2017 (Lima : Impr. Edit. El Búho).
398 p. : il. ; 18 cm.

Incluye referencias bibliográficas
D.L. 2017-02323
ISBN 978-612-311-422-0

1. Perú. [Código civil (1984)] - Interpretación y aplicación 2. Representación legal (Derecho procesal civil) - Perú - Ensayos, conferencias, etc. 3. Representación legal (Derecho procesal civil) - Legislación - Perú - Interpretación y aplicación 4. Representación legal (Derecho procesal civil) - Perú - Formularios 5. Derecho procesal civil - Perú - Interpretación y aplicación I. Torres Vásquez, Aníbal, 1942-II. Castillo Freyre, Mario, 1964- III. Sabroso Minaya, Rita, 1980- IV. Gaceta Jurídica (Lima)

BNP: 2017-0794

CÓMO EVITAR PODERES INEFICACES

Problemas frecuentes en su redacción, inscripción y ejercicio

© Aníbal Torres Vásquez / Mario Castillo Freyre / Rita Sabroso Minaya / Laura Castro Zapata / Jhoel Chipana Catalán / Oswaldo Hundskopf Exebio / Eric Palacios Martínez / Fort Ninamanceo Córdova / Roger Vidal Ramos / Gino Rivas Caso / Oscar Huerta Ayala / Omar Sumaria Benavente / Leysser León Hilario
© Gaceta Jurídica S.A.

Director: Manuel Alberto Torres Carrasco
Coordinador: Jhoel Chipana Catalán

Primera edición: Febrero 2017
3890 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2017-02323
ISBN: 978-612-311-422-0
Registro de proyecto editorial
31501221700209

Prohibida su reproducción total o parcial
D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Rosa Alarcón Romero

GACETA JURÍDICA S.A.

Av. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetacivil.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Febrero 2017

Índice general

XVI. Renuncia del representante	47
XVII. Poder general y especial	49
XVIII. Poder especial para actos de disposición	52
XIX. Sustitución del representante	60
XX. Responsabilidad por la elección del sustituto	62
XXI. Revocación de la sustitución	63
XXII. Extinción del poder.....	64

■ El poder de representación en el arbitraje

Mario Castillo Freyre / Rita Sabroso Minaya / Laura Castro Zapata /
Jhoel Chipana Catalán

I. La representación	67
II. ¿Representación total?.....	71
III. Abogados extranjeros	74
IV. Representación de la persona jurídica	76
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	78
1.1. ¿Cuándo el gerente general podía celebrar válidamente un convenio arbitral?.....	81
1.1.1. ¿El convenio arbitral puede ser considerado un contrato ordinario?	82
1.1.2. ¿Celebrar un convenio arbitral estaba dentro de las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil?.....	84
1.2. ¿Cuándo un representante distinto al gerente general podía celebrar válidamente un convenio arbitral en el marco de la Ley N° 26572?.....	88
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	90

El poder de representación en el arbitraje

Mario CASTILLO FREYRE^()*

*Rita SABROSO MINAYA^(**)*

*Laura CASTRO ZAPATA^(***)*

*Jhoel CHIPANA CATALÁN^(****)*

El poder de representación constituye una institución muy utilizada en el arbitraje. Tanto es así que el Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje) posee dos preceptos que lo regulan.

A través de este ensayo realizaremos un análisis de los alcances y limitaciones de estas normas.

I. LA REPRESENTACIÓN

La figura de la representación se encuentra regulada en el artículo 37 de la Ley de Arbitraje, cuyo texto es el siguiente:

(*) Magíster y doctor en Derecho. Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre. Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio.

(**) Abogada del Estudio Mario Castillo Freyre. Profesora de Arbitrajes Especiales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Con estudios en la Maestría de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(***) Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Magíster en Derecho con mención en Derecho Empresarial, por la Universidad de Lima. Ha concluido sus estudios en el Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dirige el Área Corporativa del Estudio Mario Castillo Freyre y también se desempeña como árbitro.

(****) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Universidad de San Martín de Porres. Abogado en el Estudio Mario Castillo Freyre.

“Artículo 37.- Representación

1. Las partes podrán comparecer personalmente ante el tribunal arbitral, o bien estar representadas por abogado, o por cualquier otra persona con autorización por escrito.
2. La representación conferida para actuar dentro de un arbitraje autoriza al representante a 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, salvo disposición en contrario.
3. Las personas jurídicas se rigen por lo dispuesto en el artículo 10, pudiendo delegar sus facultades a un abogado o a cualquier otra persona con autorización por escrito.
4. No existe restricción alguna para la participación de abogados extranjeros”.

Dicho precepto no posee antecedente legislativo alguno en las leyes de arbitraje peruanas derogadas. Sin embargo, sí hemos encontrado una concordancia extranjera en la legislación guatemalteca (Decreto Ley N° 67-95)⁽¹⁾.

Ahora bien, en el inciso 1 del artículo 37 de la Ley de Arbitraje peruana se señala que las partes podrán comparecer personalmente ante el tribunal arbitral, o bien estar representadas por abogado, o por cualquier persona con autorización por escrito.

El inciso 1 confunde –de manera bastante burda– lo que significa la representación y la defensa cautiva.

Es evidente que, en cuanto al tema de la representación, las partes pueden comparecer por sí mismas o ser representadas por terceros. La representación –por esencia– siempre se da a través de un tercero, y esta puede ser ejercida tanto por una persona que no tenga experiencia en asuntos de Derecho, como por un abogado.

(1) “Artículo 30.- Representación de las partes

Las partes podrán actuar por sí mismas o valerse de representantes que pueden ser abogados.

Es decir, en cuanto a la representación, los conceptos aplicables, evidentemente, son los del Código Civil; no hay, pues, mayor controversia sobre el tema, ergo, la Ley de Arbitraje no debería aportar nada adicional.

Como se sabe, la representación, como acto de apoderamiento unilateral, puede ser depositada o confiada a cualquier persona. Este hecho no tiene relación alguna con el ejercicio de la defensa de la parte. Simplemente, implica el que la parte actúa por sí misma o a través de un tercero.

Ahora bien, el segundo tema consiste en saber si la parte –representada por sí misma o por un tercero– puede actuar sola o requiere en su defensa de un abogado.

En este segundo supuesto es donde ingresamos al tema de la defensa cautiva.

En materia procesal, ante los tribunales ordinarios, y salvo casos de excepción⁽²⁾, las leyes peruanas exigen la defensa cautiva. Es decir, las personas naturales y jurídicas no pueden defenderse sin la asesoría de un abogado.

Esto es fundamental, por cuanto uno puede tener algunos conocimientos de Derecho o puede no tenerlos, pero en materia procesal estamos hablando de procedimientos jurídicos en donde es indispensable la intervención de un abogado.

Tanto la Ley N° 26572, hoy derogada, como el Decreto Legislativo N° 1071 que regula el arbitraje en la actualidad, amplían los términos de las facilidades para que las partes puedan desenvolverse en los procesos arbitrales sin que sea indispensable la intervención de abogados.

En ese sentido, la Ley de Arbitraje del Perú no recoge el principio de defensa cautiva.

Nosotros no estamos convencidos de la idoneidad de esta disposición, en la medida de que la experiencia vivida enseña que es muy raro que alguien no ejerza la defensa con el apoyo profesional de un abogado. Generalmente, las personas naturales o jurídicas en un proceso arbitral recurren a la asistencia de un letrado.

(2) Como el caso del proceso de alimentos, en virtud de lo establecido por el inciso 11 del artículo 424 del Código Procesal Civil.

La experiencia en la práctica arbitral no nos ha puesto frente a un caso en el que alguien se haya defendido sin la asistencia de un abogado; ello resulta sumamente complicado, y, no solo eso, sino que la experiencia también enseña que en materia de procesos arbitrales las partes deben contar precisamente con la asistencia de abogados que sean conocedores de la materia arbitral, por cuanto esto implica el manejo de algunos códigos en sentido técnico y de algunas normas y procedimientos, como es el caso de los principios que posee la propia Ley de Arbitraje y los reglamentos arbitrales que eventualmente fueran aplicables, cuyo conocimiento ni siquiera es propio a la generalidad de abogados.

En ese entender, será difícil el desarrollo de un proceso arbitral con la asistencia de abogados que no conozcan el manejo de estos procedimientos, por cuanto muchas veces o se procesaliza en extremo el proceso, o no se llega a entender a la parte mal asistida por un abogado que desconozca estos códigos, quienes no comprenden los alcances de la institución arbitral.

Esto, como es evidente, desmejora de materia notoria el desenvolvimiento de la parte carente de asesoría especializada.

Creemos que en materia arbitral (sobre todo en un medio como el peruano, en el que se está tratando de que el arbitraje no solo sea un mecanismo alternativo de solución de controversias entre grandes empresas, sino que también se incorpore a las medianas y pequeñas empresas que virtualmente tengan problemas entre sí, así como a personas naturales en los conflictos que se susciten, etc.), se debe ser muy cauteloso y no traducir a la sociedad la falsa sensación de que es muy fácil ejercer la propia defensa en materia procedural en un proceso arbitral; hacerlo daría la sensación de que, efectivamente, se puede prescindir de un abogado.

La Ley no lo dice, pero la práctica enseña que si se sigue este camino es muy probable que uno esté dirigiéndose a un despeñadero. Las partes, al no conocer las leyes de arbitraje, al no ser abogados, no necesariamente sabrán de los procedimientos y será muy fácil que incurran en errores formales de fondo, los mismos que –es muy probable– serán decisivos en contra de los intereses de esas mismas partes.

No estamos seguros de que la fórmula de prescindir de la defensa cautiva, contenida en el artículo 36, inciso 1 de la Ley, haga un bien al arbitraje.

Por el contrario, creemos que le podría hacer un daño al crearse la falsa sensación de facilidad para el desarrollo de estos procesos.

Llevar un proceso arbitral algunas veces es mucho más complicado que llevar un proceso judicial, en la medida en que se requiere de una especialización poco común en nuestro medio.

II. ¿REPRESENTACIÓN TOTAL?

Ahora bien, el inciso 2 del artículo 37 de la Ley de Arbitraje señala que la representación conferida para actuar dentro de un arbitraje autoriza al representante para 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, salvo norma legal o pacto en contrario.

Lo establecido por dicho inciso tiene un problema fundamental, el cual se centra en que dentro de esas facilidades y amplitudes que se quiere ejercer a efectos de la representación, se otorga una facultad excesivamente amplia, porque en los procesos judiciales las facultades de representación por lo general se dividen en facultades de representación para actos procesales de mero trámite y facultades de representación para actos de disposición de derechos sustantivos.

Lo último se encuentra regulado en dos normas del Código Procesal Civil. Así, el artículo 74 de dicho cuerpo normativo establece que 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.

Por otro lado, el artículo 75 señala que se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniciones, 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. De la misma forma establece que el otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

Como se observa, el tratamiento en el Código adjetivo es mucho más cuidadoso que el que la Ley de Arbitraje otorga al tema. Decimos ello debido a que el inciso 2 del artículo 37 otorga al representante *per se*, es decir, por el solo hecho de ser representante, facultades de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.

Es cierto que se admite el pacto en contrario, pero nosotros creemos que esto resulta peligroso, porque el tema de la representación generalmente –y esto es apoyado por la doctrina, no solo procesal, sino sustantiva en materia de representación–, se rige por el principio de literalidad. Es decir, el poderdante debe ser consciente de los alcances de la representación que otorga a un tercero a efectos de que sus actos, en realidad, sean actos que sienta finalmente realizados en su nombre y que afecten su esfera patrimonial de manera directa.

Pero si entendemos, como lo hace el artículo 37, inciso 2 de la Ley, que la representación –independientemente de los términos en que se haya otorgado– faculta a la disposición de derechos sustantivos, puede generar un desfase entre lo querido y lo real, vale decir, entre aquellos alcances que verdaderamente se quisieron otorgar al representante y lo que la ley entiende que se ha otorgado al representante.

Consideramos esto como muy peligroso, por cuanto, por lo general, cuando las partes otorgan representación en los procesos, están habituadas –sobre todo en función de lo que implican las leyes procesales y civiles– a la representación para actos de mero trámite y no a la representación para disponer de derechos sustantivos.

Esto podría generar actuaciones fraudulentas por parte de los terceros que sean representantes, actuaciones que posteriormente sean impugnadas, con lo que, entre otras cosas, se estaría entrampando el proceso arbitral de manera innecesaria.

Además, encontramos discordancia entre lo dispuesto por esta norma (que, en todo caso, debería primar por ser norma especial) y lo que dispone la

doctrina civil al respecto, y es que el artículo 156 del Código Civil establece que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Estimamos que lo dispuesto en el artículo 37, inciso 2, de la Ley de Arbitraje sobre disposición de derechos sustantivos constituye un exceso. La norma ha debido abstenerse de contemplar este aspecto y limitarse a señalar lo indicado en la primera parte del inciso 2, respecto a la autorización del representante para ejercer todos los derechos previstos en este decreto legislativo, sin restricción alguna; pero no debió incluir la regulación del tema de los derechos sustantivos que –como se manifestó– resulta muy peligroso.

Creemos en este sentido que, una vez más, la Ley de Arbitraje ha originado, dentro de ese ánimo de facilitar el desarrollo de los procesos, incertidumbre e inseguridad jurídica. No se mide, pues, la reacción ante un eventual acto fraudulento de una parte en el proceso. Sin duda, en este escenario se originará la impugnación de los actos realizados con exceso de facultades en función de lo dispuesto por los artículos 161 y 162 del Código Civil. Allí se discutirá, en efecto, si los alcances del poder eran o no suficientes con respecto al artículo 37, inciso 2 de la Ley.

Por último, podrían formularse algunas interrogantes luego de afirmar el hecho en el que se otorgó un poder, pero este era uno con determinadas facultades. Aquí, ¿deberán entenderse esas determinadas facultades literales como el pacto en contrario? ¿Se debe, necesariamente, señalar que el representante no tiene facultad para disponer de derechos sustantivos, o basta que haga una enumeración taxativa para que se entienda que este solamente está autorizado para realizar esos actos?

Ya tenemos allí, pues, un problema de interpretación. Creemos que en esta materia no debería primar –ante una enumeración taxativa de facultades– lo señalado por el artículo 37, inciso 2. Somos de la opinión de que esto debe ser manejado con mucho cuidado. En todo caso, preferimos realizar una interpretación restrictiva de la materia, para evitar futuros problemas innecesarios. En ese sentido, creemos que sobre este punto deben primar las normas generales de Derecho Civil.

En este punto queremos precisar que el contenido del inciso 3 del artículo 37 que regula el tema de la representación de las personas jurídicas, será analizado, en detalle, a partir del punto IV de este ensayo.

III. ABOGADOS EXTRANJEROS

Finalmente, el inciso 4 del artículo 37 de la Ley de Arbitraje señala que no existe restricción alguna para la participación de abogados extranjeros. Creemos que aquí hay que tener mucho cuidado.

Entendemos que la Ley de Arbitraje está facilitando de una manera notable que el Perú se convierta en plaza de procesos arbitrales para atraer el desarrollo de esta institución en nuestro país.

Permitir el ejercicio profesional, es decir, la participación de abogados extranjeros en el arbitraje, podría resultar cuestionable en la medida en que el abogado extranjero no tiene las facultades legales para el ejercicio de la profesión en el territorio de la República del Perú.

De acuerdo a las normas internas de cada país, se sabe que generalmente uno tendría que revalidar el título y estar colegiado en los respectivos colegios profesionales, a efectos de ejercer la profesión.

En el caso peruano, la Constitución Política establece, en su artículo 20, que los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público. Asimismo, la segunda parte del citado numeral, señala los casos en que la colegiación es obligatoria.

Rubio Correa⁽³⁾ señala sobre este punto que los colegios profesionales determinan autónomamente los requisitos para el ingreso de nuevos miembros. No pueden establecer normas que prohíban el ingreso de nuevos profesionales, pero sí pueden pedirles calificaciones especiales o inclusive pasar exámenes propios del ejercicio profesional. Las profesiones universitarias se cursan en las universidades, las que también autónomamente establecen los requisitos que conducen al título profesional. Cuando este ya fue obtenido, la persona es académicamente profesional. Sin embargo, a veces por la

(3) RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 193.

naturaleza misma de dicha profesión es conveniente que la persona esté identificada por un colegio de especialistas que certifica que ella efectivamente pertenece al grupo de dichos profesionales. Son muchos los casos, pero es típico que esto suceda en las profesiones liberales clásicas: médicos, ingenieros y abogados. En el Perú, estos tres son colegios de antigua data y significativos en el contexto social.

Teniendo en cuenta lo expresado, la Ley Orgánica del Poder Judicial estipula, en el numeral 285, que para patrocinar se necesita cumplir con cuatro requisitos: tener título de abogado; hallarse en ejercicio de sus derechos civiles; tener inscrito el título profesional en la Corte Superior de Justicia correspondiente y, si no lo hubiere, en la Corte Superior de Justicia más cercana; y estar inscrito en el colegio de abogados del distrito judicial correspondiente y, si no lo hubiere, en el distrito judicial más cercano.

De esta forma, al parecer, en la elaboración de la Ley de Arbitraje se obvió tener en cuenta lo establecido por la normativa constitucional e infraconstitucional para ejercer la profesión en nuestro país.

Por otro lado, se debería tener en cuenta un principio muy importante en materia de relaciones internacionales: la reciprocidad.

Así, si se está permitiendo a través del inciso 4 del artículo 37 de la Ley de Arbitraje, la participación o el ejercicio profesional de abogados extranjeros en arbitrajes en el Perú, cabría hacerse la interrogante en el sentido de si los abogados peruanos tienen la misma prerrogativa en los países de origen de esos abogados extranjeros. Entendemos que una norma de esta naturaleza hubiese sido idónea, en la medida en que agregara que ella rige en tanto y en cuanto el país de origen del abogado extranjero permita el ejercicio profesional en el respectivo territorio (y en materia arbitral) a los abogados peruanos sin restricción alguna. Allí habría, pues, un balance en esta materia y se estaría estableciendo una salvedad bastante lógica y pertinente que resuelva los problemas que hemos identificado. Simple reciprocidad, la misma que obligaría a que los demás países revisen su normativa arbitral, por presión de sus propios árbitros connacionales.

IV. REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

Este tema se encuentra regulado en el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, el mismo que establece:

“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 contratos 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 Serrano⁽⁴⁾ 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, como ya hemos visto, 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 Brañas⁽⁵⁾ 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.

(4) GAMBOA SERRANO, Rafael H. *El proceso arbitral en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1992, p. 35.

(5) 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° 4, Bosch, Barcelona, 2003, p. 149.

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 suficiente 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 estas 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 Ramírez⁽⁶⁾ 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.

Dentro de tal orden de ideas, para la existencia del convenio arbitral es necesaria la manifestación de voluntad expresa de las partes, en donde estas se obligan a someter a arbitraje la 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 arbitral⁽⁷⁾.

(6) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 53.

(7) 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 Laroza*. Normas Legales, Trujillo, 2005, p. 16).

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⁽⁸⁾.

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

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 del Decreto Legislativo N° 1071, es decir, por exigir facultades expresas, tal como analizaremos a continuación.

En efecto, la derogada Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, no se pronunciaba expresamente sobre las facultades de representación necesarias 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 Alberti⁽⁹⁾ sostiene que el acuerdo o convenio arbitral lo pueden celebrar las personas naturales o jurídicas, en tanto que no existe

(8) 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 aquel que recibe los efectos del mismo.

(9) MONTOYA ALBERTI, Ulises. *El arbitraje comercial*. Cultural Cuzco, Lima, 1988, pp. 45-69.

—aparte de la capacidad— restricción para que aquellas puedan pactar el arbitraje. Asimismo, señala que a los representantes legales se les exige autorización expresa para que realicen tal acto.

Malamud⁽¹⁰⁾ 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, Caivano⁽¹¹⁾ sostiene que los representantes de las personas jurídicas no pueden celebrar acuerdos arbitrales si no tienen autorización.

Según Sánchez Urite⁽¹²⁾, la celebración de un convenio arbitral es un caso de representación directa, es decir, aquella en la que existe 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 Velloso⁽¹³⁾ —haciendo referencia a la normativa 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 Zepeda⁽¹⁴⁾, quien afirma que los representantes solo pueden comprometer en arbitraje, los negocios de sus mandantes, si cuentan con facultad especialmente otorgada para ello.

-
- (10) MALAMUD, J. "El arbitraje comercial en la República Argentina". En: *El arbitraje comercial en Iberoamérica*. Instituto de Cooperación Iberoamericana - Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1982, p. 65.
- (11) CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 111.
- (12) SÁNCHEZ URITE, Ernesto. *Mandato y representación*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 39.
- (13) ALVARADO VELLOSO, A. "El arbitraje comercial en la República Argentina". En: *El arbitraje comercial en Iberoamérica*. Instituto de Cooperación Iberoamericana - Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1982, p. 47.
- (14) ZEPEDA, J. Antonio. "Normación y práctica del arbitraje en México". En: *El arbitraje comercial en Iberoamérica*. Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1982, p. 263.

Finalmente, tenemos a Parra Aranguren⁽¹⁵⁾, quien al analizar el tema del acuerdo arbitral en la legislación venezolana de esos tiempos 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 brevemente 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⁽¹⁶⁾, 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.

También diferenciaremos si el gerente general tiene únicamente las facultades generales y especiales establecidas por el inciso 2 del artículo 188

(15) PARRA ARANGUREN, Gonzalo. "Informe sobre el arbitraje comercial en Venezuela". En: *El arbitraje comercial en Iberoamérica*. Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1982, p. 357.

(16) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Ob. cit., p. 21.

de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887⁽¹⁷⁾; o si el estatuto establece como facultad especial del gerente general el poder celebrar convenios arbitrales en nombre de la persona jurídica⁽¹⁸⁾.

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

Según Elías Laroza⁽¹⁹⁾, 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 Trelles⁽²⁰⁾ 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

(17) El texto original del artículo 188, esto es, antes de la modificación efectuada por la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, era el siguiente:

“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;
(...)”.

(18) 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 TRELLES CASTRO MENDÍVIL, Jorge. “El gerente general”. En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 627).

(19) ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario peruano*. Normas Legales, Trujillo, 2001, pp. 389-390.

(20) REY BUSTAMANTE, Alonso y TRELLES CASTRO MENDÍVIL, Jorge. Ob. cit., p. 625.

social; y (ii) representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil⁽²¹⁾.

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

Con 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 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.

(21) La Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071 del 28/06/2008, modificó el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, estableciendo el siguiente texto: "Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil y las facultades previstas en la Ley de Arbitraje".

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⁽²²⁾.

Asimismo, el citado autor⁽²³⁾ señala que cuando el referido artículo 188 indica 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 originares del gerente, no es común que dicha autorización incluya todo el detalle del contrato. Usualmente, se señalan algunos aspectos básicos 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.

(22) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Ob. cit., p. 15.

(23) Ibidem, pp. 11 y 12.

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

Conforme al texto original del 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 resaltado es nuestro).

“Artículo 75.- Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley” (el resaltado 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 Ramírez⁽²⁴⁾ señala que para celebrar un convenio arbitral el representante requiere de facultad especial, sea que lo

(24) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit., p. 54.

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 hacer 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⁽²⁵⁾, 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 Serrano⁽²⁶⁾ 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 celebrar el pacto arbitral, salvo que los estatutos lo prohíban 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.

Bullard⁽²⁷⁾ 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

(25) LARREÁTEGUI, M. Carlos. "Contribución al estudio del Arbitraje - Ecuador". En: *El arbitraje comercial en Iberoamérica*. Instituto de Cooperación Iberoamericana - Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, pp. 176-177.

(26) GAMBOA SERRANO, Rafael H. Ob. cit., p. 35.

(27) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Ob. cit., pp. 23 y 24.

plena confianza que tenían en el gerente general, así como la plena eficacia del convenio arbitral incluido en el contrato. Hasta aquí su posición.

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*⁽²⁸⁾. 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*⁽²⁹⁾, 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 mojan”). 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,

(28) Cuyo significado en español es ‘afirmando, afirmo’.

(29) Cuyo significado en español es ‘negando, niego’.

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).

1.2. ¿Cuándo un representante distinto al gerente general podía celebrar válidamente un convenio arbitral en el marco de la Ley N° 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⁽³⁰⁾, 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.

(30) REY BUSTAMANTE, Alonso y TRELLES CASTRO MENDÍVIL, Jorge. Ob. cit., p. 629.

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:

- i) La materia a arbitrar.
- ii) La conformación del tribunal arbitral.
- iii) La naturaleza del arbitraje (de derecho o de equidad).
- iv) 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 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 aquellos 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⁽³¹⁾.

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, Bullard⁽³²⁾ 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. 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, 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

(31) 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, ineeficacia 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, ineeficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral.
(...)”.

(32) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Ob. cit., pp. 15 y 16.

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 N° 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 N° 1071.

Cada una de las posiciones sobre las facultades del representante nos brinda una clara 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⁽³³⁾.

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 representarlas en procesos arbitrales, sin necesidad de acudir a otros preceptos.

(33) 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).

³³ De esta manera, el convenio arbitral no podría ser impuesto a una persona jurídica que jamás consintió en ello. (Ver CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. “Facultades del representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral”. En *Revista Jus. Doctrina & Práctica*. N° 7, Grijley, Lima, julio 2007, pp. 221-235).