ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE EL PROCESO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL SULLIDEN-ALGAMARCA

Gonzalo García-Calderón Moreyra[*]
Mario Castillo Freyre[**]

1. INTRODUCCIÓN.— 2. LOS ALCANCES DEL INCISO 1 DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE.— 2.1. EFECTOS DE LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE.— 2.2. SOBRE LA SUPUESTA FALTA DE IDENTIDAD ENTRE LO ALEGADO EN SEDE ARBITRAL Y LO QUE SE ALEGA EN SEDE JUDICIAL.— 3. LA FACULTAD DEL GERENTE GENERAL PARA CELEBRAR CONVENIO ARBITRAL EN USO DE LAS ATRIBUCIONES PROPIAS DE SU CARGO.— 4. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 167 DEL CÓDIGO CIVIL.—

1. INTRODUCCIÓN

Antes de proceder a desarrollar el presente artículo, es necesario aclarar que el tema relativo al Laudo Arbitral expedido por el Tribunal Sulliden – Algamarca, se presenta en el Poder Judicial en un proceso de Anulación de Laudo Arbitral, seguido por Compañía Minera Algamarca S.A. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. (en adelante, Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca), en contra de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. (en adelante, Sulliden).

El caso en cuestión se ha convertido en el proceso arbitral más controvertido de la historia del arbitraje peruano y ha originado una serie de posiciones encontradas en la doctrina nacional, habiendo motivado la publicación de una serie de artículos de diversos juristas nacionales.

Por cuestiones relativas a nuestro ejercicio profesional, nos ha tocado formar parte de los debates originados en torno al presente caso, confrontándonos

* Gonzalo García-Calderón Moreyra, Magíster en Derecho Internacional Económico, Abogado en ejercicio, socio del Estudio García Calderón – Vidal – Montero & Asociados Abogados; profesor de Derecho Internacional Privado y Arbitraje Nacional e Internacional en la Universidad de Lima. www.garciacalderon.com.pe

** Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

académicamente sobre ello[1] en una de las discusiones más relevantes, referida a los requisitos de validez del Convenio Arbitral, principalmente en lo concerniente a las facultades con las que deben contar un apoderado y un representante legal para suscribir válidamente un convenio arbitral en nombre de una persona jurídica.

Asimismo, en ocasión del proceso arbitral Sulliden - Algamarca, hemos tenido la oportunidad de emitir opinión, al igual que ilustres abogados del medio[2] han opinado en uno u otro sentido.

No obstante, la riqueza del caso aún suscita nuevas controversias y nuevos debates entre reconocidos profesores. En esta oportunidad, la discusión gira en torno a la Sentencia expedida por la Primera Sala Sub-especializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente n.° 1757-2006), la cual ha sido motivo de crítica por nuestros distinguidos colegas el doctor Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena[3] y el doctor Alfredo Bullard González,[4y5] en cuanto a la interpretación realizada por la Sala en lo referente al inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572 (en adelante, Ley General de Arbitraje) y en torno a los alcances del inciso 3 del artículo 167 del Código Civil.

2. LOS ALCANCES DEL INCISO 1 DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE

---

1 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.* Trujillo: Normas Legales, 2005, pp.1-27; GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. «Validez del sometimiento de una persona jurídica a arbitraje» En: *Derecho & Sociedad*, n.º 23, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 199-204; CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «Facultades del representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral». En: Jus Doctrina & Práctica, n.° 7. Lima: Editora Jurídica Grijley, julio del 2007, pp. 221-235.

2 En efecto, existen sendos informes legales expedidos por distintos Estudios jurídicos del medio, entre los cuales destacan los informes expedidos por los doctores Jorge Avendaño Valdez, Manuel Diego Aramburú, Oswaldo Hundskopf Exebio, Jaime Heredia Tamayo, Nelson Ramírez Jiménez, Juan Monroy Gálvez, Manuel de la Puente y Lavalle, Eduardo Barboza Beraún, Marcial Rubio Correa, Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, Javier de Belaunde López de Romaña, Ana María Arrarte Arisnabarreta, entre otros.

3 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. «Una cuestionable anulación de Laudo arbitral» En: *Revista Diálogo con la Jurisprudencia.* n.° 110, Lima: Gaceta Jurídica, 2007, pp. 85-110.

4 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Alberto CHAN ARELLANO. «¿Es Clark Kent Superman? La identidad secreta del gerente general» En: *Ius et Veritas.* n.º 35, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, pp. 92-106.

5 Cabe señalar que ambos letrados han asesorado a Sulliden, al igual que resulta necesario precisar que quienes escribimos estas páginas hemos asesorado y seguimos asesorando a Minera y Exploraciones Algamarca. Es así que, obviamente, este debate no es sólo de naturaleza académica, sino también profesional.

La interpretación esbozada por el doctor Lohmann en torno a los alcances del inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, apunta a afirmar que en la medida de que Minera y Exploraciones Algamarca no habrían realizado oposición al arbitraje alegando la causal de invalidez, sino sólo las causales de ineficacia e inexistencia del convenio arbitral, no existiría identidad entre lo pedido en sede arbitral y lo planteado en sede judicial.

En efecto, el doctor Lohmann afirma que la nulidad implica únicamente invalidez y que no existió identidad entre lo pedido por Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca en sede arbitral y en sede judicial.

Al respecto, debemos recordar que el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje establece lo siguiente:

> Artículo 73.- «*Causales de anulación de los laudos arbitrales*
> El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:
> 1) La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39.
> (…)». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, el texto expreso de la norma hace referencia al artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, al condicionar el derecho de una de las partes de acudir a la jurisdicción del Poder Judicial para solicitar la anulación del laudo arbitral, al hecho de que haya cuestionado la validez del convenio dentro del propio proceso arbitral, de conformidad con lo establecido por el referido artículo 39.

Por su parte, el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje alude a la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, en caso surjan cuestionamientos de las partes respecto al convenio arbitral, en cuatro supuestos específicos, cuales son: (i) la inexistencia; (ii) la ineficacia; (iii) la invalidez; y (iv) que no esté pactado el arbitraje para resolver la controversia.

En efecto, el referido artículo 39 establece lo siguiente:

> Artículo 39.- *«Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia*
> Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral. La oposición total o

> parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros sin embargo podrán considerar estos temas de oficio.
> Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo. Contra la decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada». (El subrayado es nuestro).

2.1. Efectos de las categorías jurídicas contempladas en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje

Si bien la doctrina intenta establecer las diferencias entre las distintas categorías jurídicas, no es menos cierto que dichas diferencias encuentran muchas veces delimitaciones que no resultan claras y que llevan a confusión. No obstante ello, debemos reconocer que el doctor Lohmann intenta asimilar la figura de la «nulidad», en los términos del inciso 1 del artículo 73, a la categoría jurídica de la «invalidez», contemplada por el citado artículo 39 de la Ley General de Arbitraje.

Sin embargo, debemos tener en cuenta las particularidades de la institución arbitral, su naturaleza jurídica, la necesidad de convertirse en el pilar jurídico de la nueva «Lex Mercatoria», su vinculación con criterios ajenos —e incluso antagónicos— con el Derecho clásico procesal y también civil.

Por ello, la definición dada por el profesor Lohmann, que en nuestra opinión no resulta exacta, deja de lado otras categorías jurídicas, cuyos efectos son intrínsecos al concepto de «nulidad».

En efecto, la «eficacia» y la «invalidez» son conceptos mucho más abstractos y generales que el concepto de «nulidad», siendo que este concepto positivo muchas veces puede abarcar alguno de los elementos de las otras categorías mencionadas.

En este sentido, debe precisarse que si bien el ordenamiento jurídico peruano no acoge positivamente dichas categorías generales, recoge algunas de las consecuencias y/o elementos de las mismas en dos conceptos plasmados normativamente; a saber: la anulabilidad y la nulidad.

Así, la nulidad de un acto jurídico sanciona:

a) La invalidez del acto, por atentar contra un bien jurídico superior, en donde el criterio de valoración de un determinado acto viene dado por la valoración del mismo de cara al orden público y a las buenas costumbres.
b) La ineficacia del acto, dado que sus efectos son rechazados por el ordenamiento jurídico y busca evitar que éste surta efecto jurídico alguno.
c) La inexistencia del acto, dado que la nulidad supone una ficción jurídica de inexistencia, en la cual un acto declarado nulo, es considerado inexistente para el ordenamiento jurídico, independientemente de su existencia material (es decir, que conste o no un acuerdo de voluntades entre las partes).

Por su parte, la «anulabilidad» —a diferencia del concepto anterior— supone un vicio en la celebración del acto jurídico, vicio que puede ser subsanado por la parte afectada por el mismo. Este concepto supone que de por medio no existe en el acto elemento alguno que atente contra el orden público y las buenas costumbres; supone, entonces, la afectación de un interés particular que no involucra el interés público.

De esta manera, la anulabilidad de un acto jurídico conlleva:

a) La invalidez del acto, por atentar contra un interés jurídico que tiene prelación respecto al interés jurídico que reviste el acto en sí mismo. En este caso, el interés de un particular es considerado más importante que la finalidad misma del acto y busca evitar la afectación ilegítima de derechos.
b) La ineficacia del acto, ya que al atentar de manera ilegítima contra el derecho de otro, no puede surtir efecto jurídico alguno.

   Ello supone que, siendo un acto plenamente válido en su origen, existe un defecto en él que le impide surtir los efectos deseados, para los cuales fue concebido.

   Así, por ejemplo, tenemos algunos casos ilustrativos, como el de la persona que celebra una compraventa respecto de un bien mueble determinado, el cual producto de un terremoto queda totalmente destruido. En este supuesto, el acto fue plenamente válido, sin embargo, nunca podrá alcanzar la finalidad para la cual fue celebrado.

   Otro ejemplo de esta ineficacia está constituido por la figura de la inoponibilidad, la cual involucra cuestionamientos a la representación de quien celebró un acto jurídico a nombre de un tercero, sin contar con facultades para ello, o resultando éstas insuficientes. Ello determina que el

acto así celebrado no pueda surtir efectos respecto del supuesto representado.

c) La inexistencia, ya que un acto anulable que no fue subsanado y, en consecuencia, declarado nulo, es considerado inexistente desde su celebración. Los efectos de la declaración de nulidad se retrotraen al momento de su celebración y, al igual que sucede con la nulidad, el acto es considerado inexistente para el ordenamiento jurídico desde su origen.

Atendiendo a lo expuesto, no es correcto asimilar el concepto de «nulidad» a una única categoría jurídica que, por lo demás, es mucho más abstracta y general. Resulta claro que el concepto de «nulidad» recoge elementos de cada una de dichas categorías jurídicas. De esta manera, la nulidad puede contener tanto elementos de la invalidez como de las otras categorías jurídicas, cuales son la ineficacia y la inexistencia, a la luz de lo prescrito en la Ley General de Arbitraje.

En este sentido, somos de la opinión de que el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje establece como requisito *sine qua non* que quien pretenda cuestionar un Laudo Arbitral en virtud de dicha causal, haya realizado oposición previa al interior del proceso arbitral, alegando la existencia de un vicio que determine su invalidez, ineficacia o inexistencia, como bien lo señala la sentencia expedida por la Primera Sala Sub-especializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en su considerando sexto, el mismo que establece lo siguiente:

> «Sexto.-(….)Y es que "el convenio arbitral puede sufrir vicisitudes que susciten dudas en cuanto a su existencia, a su validez o su eficacia, lo que también da mérito a que se formulen oposiciones a la competencia de los árbitros y obligar (sic) a éstos a que se pronuncien sobre la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral".
> (…)
> Así,, se desprende como requisito sine qua non, que la parte que invoque esta causal haya formulado oposición al arbitraje en la etapa postulatoria del proceso y que la oposición haya sido desestimada o que, si reservada para ser resuelta con el Laudo, haya sido declarada infundada. Tal oposición debe haberse solicitado en concordancia con el artículo 39 de la Ley n.º 26572 que prevé como motivos de oposición total o parcial al arbitraje, el hecho de que el convenio arbitral sea inexistente, ineficaz o inválido; así como también, que no se encuentre pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida».

Pero volvamos al argumento crítico de la resolución bajo comentario. El doctor Lohmann afirma que nulidad sólo implica invalidez, recogiendo una definición limitada de las categorías jurídicas de inexistencia e ineficacia.

De los supuestos establecidos por el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, tenemos que el mismo establece una diferencia entre la causal de inexistencia del convenio arbitral y el supuesto en que no se haya pactado el arbitraje para resolver una materia controvertida o, lo que es lo mismo, que no exista materialmente convenio arbitral alguno.

Debemos reiterar que si atendemos al argumento señalado por el doctor Lohmann, en el cual se precisa que «(…) sólo puede hablarse de inexistencia jurídica del convenio arbitral cuando no hay voluntad reconocible que conste por letras o, en general signos gráficos admitidos de manera uniforme y objetiva en un lugar o tiempo determinados y que sean portadores de una idea más o menos unívoca»,[6] arribaríamos necesariamente a la conclusión de que el autor afirma que la inexistencia jurídica es lo mismo que la inexistencia material y que, en consecuencia, el artículo 39 es redundante al establecer entre sus supuestos a la inexistencia y, por otro lado, hablar de ausencia de pacto arbitral para determinada materia controvertida.

Ello simplemente es contradictorio y no se condice con la finalidad misma de la norma, ya que el propio hecho de que exista regulada la causal de inexistencia como causal distinta a la ausencia de pacto arbitral, nos da una luz clara sobre la diferencia que existe entre ambos supuestos.

De esta manera, ello nos conduce a deducir que la intención del legislador fue la de diferenciar la inexistencia jurídica (que alude a una ficción legal en los casos en que un acto jurídico es declarado nulo) y la inexistencia material (referida a la comprobación fáctica de ausencia de pacto arbitral, es decir, la ausencia de voluntad reconocible que conste por letras o signos gráficos).

La inexistencia jurídica responde a una sanción legal propia de la declaración de nulidad de un acto jurídico.

---

6 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.,* p. 104.

En consecuencia, en el término «nulidad» —a la luz de la Ley General de Arbitraje— subyacen elementos de tres categorías jurídicas distintas, por la referencia al concepto de «nulidad» inserto en el inciso 1 del artículo 73. Tenemos que la interpretación del término «nulidad» en el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, hace referencia a cualquiera de los tres vicios estipulados por el artículo 39 de la misma Ley; a saber: la inexistencia, la ineficacia y la invalidez del convenio arbitral.

2.2. Sobre la supuesta falta de identidad entre lo alegado en sede arbitral y lo que se alega en sede judicial

Si nos ceñimos a una interpretación rígida y escueta de lo que implica un acto nulo, es decir, a una interpretación estricta y literal del citado inciso 1 del artículo 73, tendríamos que ni siquiera quien haya manifestado su oposición al arbitraje por causal de invalidez del convenio, podría invocar dicho defecto como causal de nulidad del Laudo Arbitral. Ello, atendiendo a que dicho concepto no **ha sido contemplado de manera expresa por el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje**, norma que sólo establece los siguientes supuestos:

a) Ineficacia;
b) Inexistencia;
c) Invalidez; y
d) Por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida.

Ninguno de los supuestos del referido artículo 39 hace referencia expresa a la nulidad a la que alude el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, por lo que nunca podría existir identidad plena entre lo pedido en sede arbitral y lo pretendido en sede judicial.

En efecto, la llamada *identidad plena* entre lo planteado en sede arbitral y lo planteado en sede judicial no es un requisito señalado en la Ley General de Arbitraje para poder solicitar la anulación del laudo arbitral.

A pesar de ello, el profesor Lohmann afirma que «se explica perfectamente que el ordenamiento haya querido reservarse la supervisión del alegato de vicio del convenio arbitral solamente por nulidad (cuando ella hubiera sido alegada en el arbitraje), no así por otros defectos que pudieran aquejar al acto u otras circunstancias que lo limiten, puesto que como ni unos ni otras lo vician

intrínsecamente y de raíz la ley ha querido dejar la decisión al exclusivo criterio de los árbitros y, por tanto, irrevisable».[7]

Sin embargo, el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje contempla que la parte que se opuso al arbitraje, por considerar *inexistente*, *ineficaz* o *inválido* el convenio arbitral, puede interponer recurso de anulación del laudo arbitral, si tal oposición hubiese sido desestimada. Es decir, pese a que la referida decisión ya no puede ser materia de impugnación en sede arbitral, queda a salvo la posibilidad de interponer recurso de anulación del laudo en sede judicial.

Por otro lado, el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje establece que sólo cabe alegar la *nulidad* del convenio arbitral, en sede judicial, cuando la parte que la solicite hubiese reclamando la *nulidad*, en sede arbitral, conforme al artículo 39 del mismo cuerpo normativo.

Sin embargo, tal como hemos podido apreciar de la lectura del referido artículo 39, éste —en ningún momento— hace referencia a la *nulidad*. Por ello, debemos entender que el artículo 73, inciso 1, emplea el término *nulidad* en sentido lato o vulgar; es decir, esta *nulidad* abarca a todos los vicios del negocio jurídico a los que se hace referencia en el artículo 39; a saber: la inexistencia, ineficacia y la invalidez del convenio arbitral.

Por ello, sería absurdo afirmar que debe existir *identidad plena* entre el vicio alegado en sede judicial (nulidad) y el vicio alegado en sede arbitral (inexistencia, ineficacia o invalidez), pues tal identidad —si nos ceñimos a la literalidad del inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje— nunca se podría configurar, lo que equivale a decir que nunca se podría anular un laudo por esta causal.

Asimismo, si apoyásemos el argumento de la *identidad plena*, entonces tendríamos que afirmar que alguien que alegó la *inexistencia* del convenio arbitral en sede arbitral, amparándose en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, con el objeto de cuestionar el inicio del proceso arbitral, no podría luego interponer recurso de anulación del laudo arbitral en sede judicial. Es decir, llegaríamos al absurdo de que alguien que hubiere alegado la *nulidad* del convenio arbitral (vicio menos leve que la inexistencia) sí podría solicitar la anulación del laudo, pero quien alegó la

---

7 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 106.

inexistencia del convenio arbitral (por el simple hecho de que éste nunca se celebró), no podría hacerlo.

Esto, simplemente, no es así.

El propio Tribunal Constitucional[8] ha establecido que la ineficacia del convenio arbitral debe ser objeto de control de legalidad previo al control constitucional, es decir, el Tribunal Constitucional interpretó que la ineficacia del convenio arbitral ha de ser uno de los puntos sobre los que debía emitir pronunciamiento la Sala que conoce la demanda de anulación del laudo arbitral.

Así, los fundamentos jurídicos 13 y 14 —entre otros— de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente n.° 6167-2005-PHC7TC, de fecha 28 de febrero de 2006, fueron declarados vinculantes para todos los operadores jurídicos.

En dichos fundamentos, el Tribunal Constitucional señala que el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia (incluidas las cuestiones sobre la *existencia, eficacia* o *validez* del convenio arbitral). Asimismo, el Tribunal Constitucional establece que el control judicial debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori,* mediante los recursos de apelación y **anulación del laudo.**

En tal sentido, el Tribunal Constitucional —interpretando los alcances de los artículos 39 y 73 de la Ley General de Arbitraje— ha señalado que la causal de anulación del convenio arbitral se extiende a todo cuestionamiento que alguna de las partes hubiera podido hacer durante el desarrollo del proceso arbitral en relación a la existencia, invalidez, ineficacia, nulidad y anulabilidad del convenio arbitral.

En vista de lo mencionado, resulta irracional exigir —a la parte que invoca la nulidad del Laudo Arbitral por la causal establecida en el inciso 1 del artículo 73— que exista identidad entre lo invocado en el fuero arbitral (inexistencia, ineficacia, invalidez o que no se haya pactado arbitraje para la materia controvertida), con la pretensión deducida en sede judicial (nulidad), pues si nos ceñimos a una interpretación literal del inciso 1 del artículo 73, **los afectados con un Laudo**

[8] Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente n.° 6167-2005-PHC7TC, de fecha 28 de febrero de 2006, y a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente n.° 1567-2006-PA/TC, de fecha 30 de abril de 2006.

Arbitral jamás podrían invocar la causal establecida en dicho inciso, convirtiéndose dicha causal en una de contenido vacío.

Aún más, si la invalidez sólo puede darse en tanto que el acto jurídico no pasa los criterios de valor referidos al interés público y no así al interés particular, entonces un acto jurídico que colisiona de manera ilegítima con un interés privado, **jamás será inválido. Será inexistente o ineficaz, pero jamás inválido**. En otras palabras, **sólo podrían solicitar la nulidad del laudo arbitral quienes hayan invocado la invalidez del convenio por atentar éste contra normas de orden público y las buenas costumbres (interés general)** y no así en todos los demás casos, como por ejemplo, cuando el acto sea inexistente por no haber existido nunca convenio alguno entre las partes (ya que ello reviste un interés particular).

En consecuencia, a nuestro juicio, el que una de las partes se haya opuesto al arbitraje por cualquiera de los vicios establecidos por el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, la legitima —plenamente— a cuestionar dicho arbitraje en la esfera del Poder Judicial, invocando la causal establecida en el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

3. LA FACULTAD DEL GERENTE GENERAL PARA CELEBRAR CONVENIO ARBITRAL EN USO DE LAS ATRIBUCIONES PROPIAS DE SU CARGO

Tanto el doctor Lohmann como el doctor Bullard hacen una correcta diferenciación entre la representación orgánica y el apoderamiento, la misma que —a criterio de ellos— no ha sido apreciada correctamente por la Primera Sala Sub-Especializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Al respecto, debemos indicar que no es nuestra intención explayarnos en el debate respecto a la correcta o incorrecta evaluación que realiza la referida Sala; simplemente nos detendremos en el análisis de las facultades del representante de Minera y Exploraciones Algamarca, tanto como apoderado especial como gerente general de las mismas. De igual modo, veremos cómo —a criterio de los referidos profesores— la facultad de celebrar convenios arbitrales es inherente a la condición de gerente general.

Así, por ejemplo, el doctor Lohmann señala lo siguiente:[9]

[9] LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.,* p. 108.

> «Pues bien, si en la especie resulta que el individuo a quien las juntas de las Algamarcas apoderaron de manera especial para ejecutar acuerdos y formalizar las transferencias era al mismo tiempo gerente con las facultades generales respectivas u otras especiales otorgadas, a mi modo de ver no es correcto sostener que, con relación a esas transferencias y lo vinculado a ellas, no pueda la persona de ese gerente ejercer también las atribuciones que tiene por ser propias de tal cargo. La circunstancia de que en las actas de las juntas no constara que el sujeto apoderado para los actos especiales de enajenación en ellas aprobado ostentaba a la vez el cargo de gerente, no le impedía a éste comportarse con sus poderes gerenciales previos y coexistentes puesto que, en él concurrían dos nombramientos: uno especial y ocasional derivado del apoderamiento, consistente en formalizar las transferencias acordadas, y otro permanente e institucional, el de representante orgánico actuando como gerente con todas las atribuciones inherentes al órgano de la gerencia. Entre ellas, sin duda la de suscribir un convenio arbitral, que por su autonomía del contrato o relación jurídica a que se refiere pudo ser celebrado en documentos separados a los del contrato de transferencia de derechos mineros. No era necesario consecuentemente, que en las juntas de Accionistas se dijera que, además de suscribir los contratos de transferencia el funcionario apoderado al efecto, quedaba asimismo facultado en su calidad de gerente general para celebrar el convenio arbitral, que por supuesto no puede ser calificado de acto contrario al objeto social. Sostener lo contrario sería tanto como decir que, por un instante, y solamente en lo relacionado a las transferencias, la gerencia carecía de gerente». (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el doctor Bullard sostiene lo siguiente:[10]

> «Así, la Resolución sustenta la nulidad del laudo arbitral en la supuesta ineficacia del convenio arbitral, por la vía de cuestionar las facultades de representación que tenía quien suscribió el contrato en el que se encontraba inserto el convenio arbitral.
> Con el objeto de sustentar esta pretendida falta de representación para la suscripción de un convenio arbitral, la resolución ha diseñado un estándar de representación atípico o *sui generis* que resulta forzado tanto para el arbitraje como para la práctica civil y comercial ordinaria.
> Este estándar de representación propuesto por la Corte supone aceptar un supuesto "extraño" de suspensión de poderes y asimismo, un desdoblamiento "esquizofrénico" de la figura del representante.

[10] BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Alberto CHAN ARELLANO. *Op. cit.,* pp. 93-94.

> La Resolución cuestiona las facultades de representación del gerente general alegando que, si al gerente general le han asignado facultades específicas para un acto determinado, sus facultades de representación (como gerente general) quedan suspendidas para ese acto». (El subrayado es nuestro).

En relación a la naturaleza del convenio arbitral y al carácter autónomo del mismo, debemos remitirnos a lo ya expresado por uno de los coautores de este trabajo,[11] en las que se desarrolla *in extenso*, los requisitos de validez del convenio arbitral.

En esta oportunidad, nos referiremos únicamente a la interpretación de las facultades del gerente general, respecto a la celebración de un convenio arbitral, dado que no tenemos dudas de que el gerente general —en su calidad de apoderado especial, en mérito de las Juntas Generales de Accionistas— de las Algamarcas carecía de facultad alguna para celebrar un convenio arbitral a nombre de éstas. Dicho de otro modo, un apoderado carece de facultades para someter u obligar a una persona jurídica a acudir a arbitraje si no cuenta con facultades expresas para ello.

Dentro de tal orden de ideas, la discusión girará en torno a si el Gerente General de una sociedad puede o no obligar a dicha sociedad a someterse a arbitraje sin contar con facultades expresas, por el simple hecho de ser un órgano de administración social, que goza de todas las facultades de administración ordinaria de ésta, las mismas que son establecidas por el estatuto de la empresa y/o por la Ley General de Sociedades.

Según Elías Laroza,[12] 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.

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.

---

[11] GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. «Validez del sometimiento de una persona jurídica a arbitraje» En: *Derecho & Sociedad*, n.º 23, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 199-204.

[12] ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano*. Trujillo: Normas Legales, 2001, pp. 389-390.

Como puede apreciarse, existe un límite general de actuación del gerente, el mismo que viene dado por el objeto social de la empresa. Fuera de los límites descritos, se requieren facultades especiales otorgadas de manera expresa y específica por la Junta General de Accionistas.

El criterio señalado en el párrafo precedente es recogido por la propia Ley General de Sociedades, Ley n.º 26887 (en adelante, Ley General de Sociedades), en cuanto señala que existe la presunción legal —en defecto del estatuto— de que el gerente general de una empresa goza de las siguientes facultades:

> Artículo 188.- «*Atribuciones del gerente*.-
> 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:
> 1.- Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social;
> 2.- Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil;
> 3.- Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de directorio, salvo que éste acuerde sesionar de manera reservada;
> 4.- Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de la junta general, salvo que ésta decida en contrario;
> 5.- Expedir constancias y certificaciones respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad; y,
> 6.- Actuar como secretario de las juntas de accionistas y del directorio». (El subrayado es nuestro).

Como podemos apreciar, el inciso 1 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades señala que el gerente puede celebrar y ejecutar actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social. En este sentido y siendo el arbitraje una institución autónoma y diferente de cualquier otro concepto, regida por sus propias normas y reglas especiales, no puede incluirse a dicha institución dentro de otros conceptos mercantiles, o asimilarlo a un acto de administración ordinaria, con mayor razón si se tiene en cuenta que **un acuerdo arbitral comporta una renuncia a derechos sustantivos reconocidos por la constitución, como lo es el acudir a la jurisdicción predeterminada por ley, que no es otra cosa que acudir a los órganos judiciales**.[13]

[13] 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.

Asimismo, debemos tener en cuenta que para determinar qué es un acto o un contrato ordinario se requiere 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 cual 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.

En este sentido, somos de la opinión que las facultades inherentes a un órgano de administración social no son suficientes para celebrar pactos arbitrales, lo cual requiere de poderes especiales. Por ello, el gerente general —además de serlo— puede, como apoderado y con facultades expresas, suscribir este tipo de convenios, correspondiendo únicamente a la Junta de Accionistas —en virtud del artículo 115 de la Ley General de Sociedades—[14] la decisión de otorgar o no dichas facultades.

Peor aún, el gerente general de una empresa, en uso de sus facultades no puede someter a arbitraje —sin autorización especial y expresa de la Junta General de Accionistas—, las controversias relativas a un contrato que —como en el caso de aquel que implica a Minera y Exploraciones Algamarca— conllevó la transferencia de casi la totalidad del patrimonio social de las mismas. Ello, por una simple y sencilla razón, el acto de transferencia no es un acto ordinario de administración social, mucho menos lo es la facultad de someter a arbitraje el mismo, no siendo de aplicación el inciso 1 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades.

Por otro lado, el inicio 2 del referido artículo 188 señala que el gerente está facultado para representar a la sociedad con las facultades generales establecidas en el Código Procesal Civil, lo cual nos remite a los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil, referidos a las facultades generales y especiales de representación procesal, preceptos que se encuentran comprendidos en el Capítulo III «Apoderado Judicial» del Título II «Comparecencia al Proceso» del referido cuerpo normativo.

---

[14] En efecto, el artículo 115 de la Ley General de Sociedades señala las facultades de las que goza únicamente la Junta General como órgano supremo de la sociedad, para decidir sobre temas no comprendidos dentro del objeto social. En este sentido, el referido articulo 115 establece lo siguiente:
Artículo 115.- «Compete asimismo, a la junta general.
(...)
5. Acordar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad».

De lo expuesto extraemos como primera conclusión que la referencia del inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, otorga al gerente general, entre otras, las facultades propias de un apoderado judicial para representar a la empresa en su calidad de órgano de administración social.

En tal sentido, corresponde analizar el artículo 74 del Código Procesal Civil, el cual a la letra indica lo siguiente:

> Artículo 74.- «*Facultades generales*
> 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 intervención personal y directa del representado». (El subrayado es nuestro).

La norma precedente no concede al apoderado procesal la facultad de pactar convenios arbitrales de ningún tipo, por lo que no es válido asumir que, en virtud del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, concordado con el citado artículo 74, el gerente general, por el solo hecho de serlo, pueda someter a arbitraje controversias como la suscitada en el caso que concierne a Minera y Exploraciones Algamarca. **El gerente general, entonces, tiene las mismas facultades, «ni más, ni menos» de las que goza un apoderado judicial.**

Veamos, entonces, si el gerente general puede suscribir convenios arbitrales, en virtud del artículo 75 del Código Procesal Civil.

Esta norma establece lo siguiente:

> Artículo 75.- «*Facultades especiales*
> Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconvenciones, 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 OTORGAMIENTO DE FACULTADES ESPECIALES SE RIGE POR EL PRINCIPIO DE LITERALIDAD. NO SE PRESUME LA EXISTENCIA DE FACULTADES ESPECIALES NO CONFERIDAS EXPLÍCITAMENTE». (El subrayado y el resaltado son nuestros).

La norma es clara al establecer que el apoderado especial puede someter a arbitraje **únicamente pretensiones que se encuentren controvertidas dentro de un proceso judicial**. Ello reza la literalidad de la norma y no hay interpretación distinta a lo establecido expresamente por ésta.

Al respecto, el profesor Fernando Vidal Ramírez[15] 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).

En tal sentido, el artículo 75 del Código Procesal Civil se refiere 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 aquéllas que han sido objeto de la demanda, a partir de la cual se ha iniciado un proceso judicial.

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 faculta 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

---

[15] VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 54.

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 contemplaría como atribución inherente a su cargo la de pactar un arbitraje fuera del Poder Judicial.

En ese sentido, encontramos la opinión de Carlos Larreátegui,[16] quien señala que los representantes de las sociedades civiles o mercantiles pueden comprometer a la persona jurídica, sólo si están facultados expresamente para ello en el contrato social o en los estatutos, o los autoriza la Junta General.

Asimismo, Gamboa Serrano[17] 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, las facultades especiales a que se refiere este artículo sólo pueden ser ejercidas dentro de un proceso judicial, para lo cual es necesaria la existencia de dos requisitos previos:

a) Que las facultades especiales hayan sido otorgadas de manera expresa; y
b) Que las facultades otorgadas hayan especificado de manera explícita los alcances para los que fueron otorgadas o, lo que es lo mismo, que los actos que pueda realizar el representante estén específicamente detallados.

En este sentido, el artículo 75 del Código Procesal Civil establece que, para que el apoderado especial goce de las facultades señaladas, es necesario que dichas facultades hayan sido otorgadas por el representado, por lo que **no basta la remisión al referido artículo para que dichas facultades se entiendan**

[16] 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.

[17] GAMBOA SERRANO, Rafael H. *El Proceso Arbitral en Colombia.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 35.

otorgadas, sino que además resulta necesario que éstas consten expresadas por escrito de manera específica.

El citado artículo 75 **sanciona su propia literalidad**, ya que tratándose de actos de disposición de derechos sustantivos, debe existir prueba indubitable que demuestre que el representado delegó facultades para disponer de derechos que le corresponden de manera exclusiva. Es la única forma de brindar seguridad jurídica al representado y a los terceros que se relacionen con éste, para evitar casos de abuso de derecho.

En consecuencia, el hecho de que los doctores Lohman y Bullard consideren que el artículo 188 de la Ley General de Sociedades otorga al gerente general la facultad de someter a arbitraje cualquier tema, aun fuera de un proceso judicial, no resulta coherente**. No se puede, bajo ningún concepto, hacer extensivas las facultades inherentes al cargo de gerente general para actos no comprendidos en el objeto social de una empresa, confundiendo instituciones distintas, como lo son** la representación procesal de la representación ordinaria mercantil o civil.

La representación a que se refiere el artículo 75 del Código Procesal Civil es una específica y de carácter eminentemente voluntario, pues se requiere de la especificación por parte del representado de los actos para los cuales otorga poder, por lo que se evidencia que no caben presunciones de facultades, si es que éstas no constan expresamente.

4. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 167 DEL CÓDIGO CIVIL

Según lo señalado por los profesores cuyos estudios venimos comentando, el artículo 167 del Código Civil[18] únicamente sería de aplicación a las personas

[18] Artículo 167.- «Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:
1. Disponer de ellos o gravarlos.
2. Celebrar transacciones.
3. Celebrar compromiso arbitral.
4. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial». (El subrayado es nuestro).

Como sabemos, hoy en día ya no existe en nuestro ordenamiento legal la antigua distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, que se encontraba regulada entre los artículos 1906 y 1922 del Código Civil de 1984, preceptos que fueron derogados por la Primera Disposición Final de la antigua Ley General de Arbitraje de 1992, Decreto Legislativo n.° 25935. Sin embargo, la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la citada Ley General de Arbitraje establecía

naturales y no a las personas jurídicas, ya que estas últimas tienen un régimen especial y distinto al de las personas naturales, a quienes únicamente se les aplica las reglas generales establecidas en el Libro II del Código Civil, correspondiente al Acto Jurídico.

En efecto, el doctor Lohmann[19] sostiene lo siguiente:

> «El artículo 167 está en el Título de Representación del Libro de Acto Jurídico. Es la representación derivada de apoderamiento y que primariamente se refiere a la de las personas naturales, no de las jurídicas (a las que se aplica sólo supletoriamente en defecto de sus respectivos regímenes especiales). Ese numeral 167, por tanto, se refiere solamente a los representantes legales (padres, tutores, curadores) de quienes el Código Civil llama incapaces relativos o absolutos, o a quienes actúan en ciertos casos especiales (…)». (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el doctor Bullard[20] afirma lo siguiente:

> «Si bien es cierto que el artículo 167, inciso 3 del Código Civil, establece que los representantes legales requieren autorización expresa para celebrar convenio arbitral respecto de los bienes de sus representados, dicho artículo es: (i) norma general que es desplazada en su aplicación por las normas especiales de la Ley General de Sociedades que ya hemos analizado, y (ii) es una norma anterior al artículo 188 inciso 1 de la Ley General de Sociedades, razón por la cual debe primar la Ley General de Sociedades por ser norma posterior».

Consideramos que dicha interpretación no resulta válida.

En primer lugar, porque el Libro II del Código Civil sobre Acto Jurídico establece las reglas generales de interpretación y validez de todo acto jurídico, sin discriminar si se trata de personas naturales o jurídicas, esto es, en cualquiera de los siguientes supuestos, donde **A** y **B** son contratantes:

a) **A** es una persona natural y **B** es una persona natural;
b) **A** es una persona jurídica y **B** es una persona jurídica; y

---

que «toda referencia legal o contractual a cláusula compromisoria o compromiso arbitral se entiende hecha a convenio arbitral».

[19] LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.,* p. 109.

[20] BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Alberto CHAN ARELLANO. *Op. cit.,* p. 104.

c) **A** es una persona natural y **B** es una persona jurídica, o viceversa.

Atendiendo al razonamiento de los citados profesores, tendríamos —en el supuesto del literal c), a efectos de evaluar la nulidad o no de un acto jurídico— que realizar una evaluación desde dos perspectivas (una, por parte de la persona natural y otra, por parte de la persona jurídica). Ello, incluso, nos podría llevar a concluir en que un mismo acto podría ser nulo para una parte, pero válido para la otra, por el simple hecho de que las reglas del acto jurídico se aplicarían sólo a personas naturales y no a personas jurídicas. Pero ello, simplemente, carecería de toda coherencia.

Si bien existen reglas especiales para las personas jurídicas, las mismas están destinadas a regular su actividad económica, mientras que el Libro II del Código Civil sobre Acto Jurídico establece las reglas generales que debe seguir todo particular que pretenda celebrar un acto jurídico y participar en el tráfico mercantil, supuestos absolutamente distintos.

Nosotros reconocemos que el Código Civil es una norma general y anterior a la Ley General de Sociedades. Sin embargo, esta ulterior ley no regula el tema relativo a los poderes que debe tener el representante de una sociedad para celebrar convenios arbitrales, por lo que —en virtud de la supletoriedad del Código Civil— se debe entender que se requiere autorización expresa para celebrar dichos actos.

En consecuencia, las normas relativas a los actos jurídicos son aplicables a todo acto o negocio jurídico celebrado entre dos particulares (sean éstos personas naturales o jurídicas), razón por la cual, el artículo 167 del Código Civil es de plena aplicación al caso que concierne a Minera y Exploraciones Algamarca, al igual que el artículo 161 del mismo cuerpo normativo, el cual a la letra indica que «<u>es ineficaz</u> ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye». (El subrayado es nuestro).

Lima, abril del 2008