

## FACULTADES DEL REPRESENTANTE DE UNA PERSONA JURÍDICA PARA CELEBRAR UN CONVENIO ARBITRAL

*Mario Castillo Freyre\**  
*Rita Sabroso Minaya\*\**

1. INTRODUCCIÓN.— 2. FACULTADES QUE DEBE TENER EL REPRESENTANTE DE UNA PERSONA JURÍDICA PARA CELEBRAR UN CONVENIO ARBITRAL EN NOMBRE DE ELLA.— 2.1. ¿CUÁNDO EL GERENTE GENERAL PUEDE CELEBRAR VÁLIDAMENTE UN CONVENIO ARBITRAL?— 2.1.1. ¿EL CONVENIO ARBITRAL PUEDE SER CONSIDERADO UN CONTRATO ORDINARIO?— 2.1.2. ¿CELEBRAR UN CONVENIO ARBITRAL ESTÁ DENTRO DE LAS FACULTADES GENERALES Y ESPECIALES PREVISTAS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL?— 2.2. ¿CUÁNDO UN REPRESENTANTE DISTINTO AL GERENTE GENERAL PUEDE CELEBRAR VÁLIDAMENTE UN CONVENIO ARBITRAL?— 2.3. PROYECTO MODIFICATORIO DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE.— 3. ALCANCES DE LA REPRESENTACIÓN Y LOS ACTOS QUE NO OBLIGAN A LA PERSONA JURÍDICA.—

### 1. INTRODUCCIÓN

La jurisdicción arbitral no es equiparable a la jurisdicción ordinaria, ya que – entre otras diferencias– la función jurisdiccional es propia de la soberanía del Estado, mientras que la arbitral emana de un convenio privado.

En efecto, 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 sólo vincula a las partes que convencional y expresamente se sometieron a él.

---

\* 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](http://www.castillofreyre.com)

\*\* Rita Sabroso Minaya, Bachiller en Derecho, Adjunta de Cátedra del curso de Obligaciones y Contratos Típicos I en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Asistente Legal del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

Gamboa Serrano<sup>1</sup> señala que para celebrar el pacto arbitral se requiere –en las partes– la capacidad para transigir, es decir, capacidad para disponer sobre las diferencias o pretensiones que han de someterse al Tribunal Arbitral.

Así, el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, señala que pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las *partes tienen facultad de libre disposición*.

Por su parte, Martín Brañas<sup>2</sup> señala que es necesario que las partes se sometan expresa y voluntariamente a la solución arbitral, no siendo factible, en consecuencia, imponer a un sujeto un arbitraje sin esa aquiescencia previa.

En efecto, obligar a cualquier persona –natural o jurídica– a recurrir a un arbitraje que no ha convenido es inconstitucional, atendiendo al carácter voluntario de la jurisdicción arbitral. Esto, debido a que el principio general de la Constitución Política del Perú, en el inciso 1 del artículo 139,<sup>3</sup> establece que la jurisdicción ordinaria es exclusiva y que el arbitraje es excepcional. En ese sentido, la inexistencia de una declaración de voluntad válida es causa eficiente para determinar la ineficacia estructural de un convenio arbitral.

Dentro de esta lógica, el artículo 9 de la Ley General 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 no contractual, sean o no materia de un proceso judicial.

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

Por otro lado, Fernando Vidal Ramírez<sup>4</sup> 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,

---

<sup>1</sup> GAMBOA SERRANO, Rafael H. *El Proceso Arbitral en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 35.

<sup>2</sup> MARTÍN BRAÑAS, Carlos. «La anulación del Laudo Arbitral por infracción de las normas que rigen el nombramiento de los árbitros y la actuación arbitral». En: *Anuario de Justicia Alternativa: Derecho Arbitral*, n.º 4, Barcelona: Bosch, 2003, p. 149.

<sup>3</sup> Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

(...).»

<sup>4</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 53.

imprescindible para celebrarlo, debe emanar de sujetos capaces.

A entender de Caivano,<sup>5</sup> en tanto acuerdo de voluntades o convención, el pacto arbitral debe cumplir los requisitos de existencia y validez establecidos con carácter general para los contratos. Tiene que partir de un consentimiento que no se encuentre intrínsecamente viciado, y que haya sido expresado válidamente; ese consentimiento tiene que ser prestado por personas que tengan capacidad legal para obligarse.

Dentro de tal orden de ideas, para la existencia del convenio arbitral es necesaria la manifestación de voluntad expresa de las partes, en donde éstas se obligan a someter a arbitraje la 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.<sup>6</sup>

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 poder actuar, lo que equivale a decir que necesita de representantes.<sup>7</sup>

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

## **2. FACULTADES QUE DEBE TENER EL REPRESENTANTE DE UNA PERSONA JURÍDICA PARA CELEBRAR UN CONVENIO ARBITRAL EN NOMBRE DE ELLA**

Ulises Montoya Alberti<sup>8</sup> sostiene que el acuerdo o convenio arbitral lo pueden celebrar las personas naturales o jurídicas, en tanto que no existe –aparte de la capacidad– restricción para que aquéllas puedan pactar el arbitraje. Asimismo, señala que a los representantes legales se les exige autorización expresa para que realicen tal acto.

---

<sup>5</sup> CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, pp. 109-112.

<sup>6</sup> 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*. Trujillo: Normas Legales, 2005, p. 16).

<sup>7</sup> En términos generales, podemos definir a la representación como la institución jurídica mediante la cual un sujeto, denominado representante, puede celebrar actos jurídicos en nombre y en interés de otro sujeto, que recibe el nombre de representado. Se trata de una modificación de las consecuencias naturales del acto jurídico, en tanto el sujeto que realiza la declaración de voluntad y, por ende, celebra el acto jurídico, es distinto de aquél que recibe los efectos del mismo.

<sup>8</sup> MONTOYA ALBERTI, Ulises. *El Arbitraje Comercial*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1988, pp. 45-69.

Malamud<sup>9</sup> sostiene que –en principio– cualquier persona física o jurídica puede comprometerse al arbitraje; sin embargo, sólo se prohíbe hacerlo en caso de representantes de personas jurídicas a quienes no se les hubiere autorizado expresamente.

Al respecto, Caivano<sup>10</sup> sostiene que los representantes de las personas jurídicas no pueden celebrar acuerdos arbitrales si no tienen autorización.

Según Sánchez Urite,<sup>11</sup> la celebración de un convenio arbitral es un caso de representación directa, es decir, aquélla en la que exista una manifestación de voluntad por parte del representante en nombre y por cuenta de otro y dentro de los límites de los poderes dados por el representado.

Por su parte, Alvarado Velloso<sup>12</sup> –haciendo referencia a la normatividad arbitral argentina– 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 encontramos a Zepeda,<sup>13</sup> quien afirma que los representantes sólo pueden comprometer en arbitraje, los negocios de sus mandantes, si cuentan con facultad especialmente otorgada para ello.

Finalmente, tenemos a Parra Aranguren<sup>14</sup> quien, al analizar el tema del acuerdo arbitral en la legislación venezolana, 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 éste pueda obligar a la persona

---

<sup>9</sup> MALAMUD, J. «El Arbitraje Comercial en la República Argentina». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 65.

<sup>10</sup> CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>11</sup> SÁNCHEZ URITE, Ernesto. *Mandato y Representación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 39.

<sup>12</sup> ALVARADO VELLOSO, A. «El Arbitraje Comercial en la República Argentina». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana- Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 47.

<sup>13</sup> ZEPEDA, J. Antonio. «Normación y práctica del Arbitraje en México». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 263.

<sup>14</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo. «Informe sobre el Arbitraje Comercial en Venezuela». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 357.

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,<sup>15</sup> 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 cada uno de 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 de la Ley General de Sociedades, Ley n.º 26887;<sup>16</sup> o si el Estatuto establece como facultad especial del gerente general el poder celebrar convenios arbitrales en nombre de la persona jurídica.<sup>17</sup>

## **2.1. ¿Cuándo el gerente general puede celebrar válidamente un convenio arbitral?**

Según Elías Laroza,<sup>18</sup> la sociedad puede nombrar a uno o más gerentes y

---

<sup>15</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>16</sup> 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;

[...].».

<sup>17</sup> Al respecto, cabe precisar que Rey y Trelles señalan que el referido artículo 188 constituye una norma dispositiva, ya que admite pacto en contrario, pudiendo consignarse las atribuciones de cualquier gerente en el estatuto, en el acto mismo del nombramiento o en acto posterior. (REY BUSTAMANTE, Alonso y Jorge TRELLES CASTRO MENDÍVIL. «El Gerente General». En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 627).

<sup>18</sup> ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano*. Trujillo: Normas Legales, 2001, pp. 389-390.

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<sup>19</sup> señalan que el gerente general tiene una doble función; por un lado, la de ejecutor en la gestión del negocio y, por el otro, la representación de la sociedad ante los distintos agentes que participan en el mercado.

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

Así, los incisos 1 y 2 del artículo 188 establecen que –salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la Junta General de Accionistas o del Directorio– *se presume* que son atribuciones del gerente general: (i) celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social; y (ii) representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil.

#### 2.1.1. *¿El convenio arbitral puede ser considerado un contrato ordinario?*

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

Como sabemos, el objeto social de una empresa es la razón misma por la que la sociedad se constituye; es la razón por la cual los socios deciden participar en la sociedad, aportar capitales y asumir el riesgo del negocio.

Se ha sostenido que el sometimiento al fuero arbitral no podría considerarse como un acto ordinario de la empresa, ya que el sometimiento a la jurisdicción arbitral implica la disposición de derechos sustantivos de la persona jurídica.

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

Así, la celebración de un convenio arbitral implicaría una disposición del derecho fundamental 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.

---

<sup>19</sup> REY BUSTAMANTE, Alonso y Jorge TRELLES CASTRO MENDIVIL. *Op. cit.*, p. 625.

Por el contrario, Alfredo Bullard considera que celebrar convenios arbitrales sí es un acto ordinario de administración compatible con el objeto social de cualquier sociedad comercial.

Para dicho autor, si estamos frente a un acto ordinario (por ejemplo, la venta de bienes producidos por la sociedad regularmente) no es necesario que el estatuto autorice la celebración de convenios arbitrales, ya que el convenio arbitral es parte de los pactos comunes y corrientes que suelen incluirse en todos los contratos.<sup>20</sup>

Asimismo, el citado autor<sup>21</sup> señala que cuando el referido artículo 188 señala que *se presume* las facultades ahí establecidas, se estaría protegiendo la buena fe y la confianza de quienes contratan con la sociedad, invirtiendo la carga de la prueba de manera que la sociedad sería quien debería demostrar que se carecía de facultades y no será el tercero el que tenga que demostrar que el gerente sí tenía dichas facultades.

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

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

### 2.1.2. *¿Celebrar un convenio arbitral está dentro de las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil?*

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

---

<sup>20</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>21</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 11 y 12.

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

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

Artículo 75.- «Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los 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». (El subrayado es nuestro).

En tal sentido, cabe preguntarnos si el suscribir un convenio arbitral en nombre de la persona jurídica se encuentra incluido dentro de las referidas facultades generales o especiales.

Al respecto, Fernando Vidal Ramírez<sup>22</sup> señala que para celebrar un convenio arbitral, el representante requiere de facultad especial, sea que lo celebre con anterioridad a la litis o ya establecido el litigio en el ámbito judicial (conforme lo precisa el artículo 75 del Código Procesal Civil).

Sin embargo, debemos precisar que el artículo 75 del Código Procesal Civil contempla únicamente el supuesto de representación en caso de pretensiones controvertidas en un proceso judicial ya existente.

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

---

<sup>22</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 54.

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 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 el pactar un arbitraje fuera del Poder Judicial.

En ese sentido, encontramos a Carlos Larreátegui,<sup>23</sup> 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<sup>24</sup> 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.

---

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> GAMBOA SERRANO, Rafael H. *Op. cit.*, p. 35.

Sin embargo, sobre este punto, Bullard<sup>25</sup> 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.

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

Ahora bien, se podría sostener que para evitar que con el uso distorsionado de los arbitrajes se realicen actos para los que no se está facultado, no sólo 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, éste debe contar con poderes de disposición (consecuente)».

Como sabemos, una de las reglas más conocidas de la lógica es la llamada *ponendo ponens*.<sup>26</sup> 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*,<sup>27</sup> 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* sólo nos permite afirmar toda la construcción, si está afirmado el antecedente; mientras que la regla *tollendo tollens*

---

<sup>25</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 23 y 24.

<sup>26</sup> Cuyo significado en español es «afirmando afirmo».

<sup>27</sup> Cuyo significado en español es «negando, niego».

sólo 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 sólo se pueda afirmar a partir del antecedente, y negar sólo 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, ya que éstas se han podido mojar por múltiples causas, como por ejemplo, si un camión cisterna ha pasado regando los jardines de la berma central de una avenida.

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

## **2.2. ¿Cuándo un representante distinto al gerente general puede celebrar válidamente un convenio arbitral?**

Sobre este punto hay quienes sostienen 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,<sup>28</sup> 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

---

<sup>28</sup> REY BUSTAMANTE, Alonso y Jorge TRELLES CASTRO MENDÍVIL. *Op. cit.*, p. 629.

convenio arbitral. Es decir, si se faculta a un representante –sea éste el gerente general de la empresa u otra persona– a suscribir un contrato, se debería dejar expresa constancia de la voluntad de la persona jurídica de someter cualquier controversia derivada de dicho contrato a un proceso arbitral.

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

- (i) La materia a arbitrar;
- (ii) La conformación del tribunal arbitral;
- (iii) La naturaleza del arbitraje (de derecho o de equidad); y
- (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 sólo los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquéllos que son necesarios para su cumplimiento.*

Así, se podría afirmar que –en el supuesto de que el representante no tuviera facultades expresas para la celebración del convenio arbitral– el convenio arbitral sería válido al considerársele como un acto conducente a cumplir con el encargo de ejecutar a cabalidad el mandato (es decir, la celebración y ejecución del contrato).

Sin embargo, también se podría argumentar que este razonamiento desvirtúa el alcance de la palabra *necesidad*, ya que no se podría presumir que exista una relación de necesidad entre la ejecución de un contrato y la celebración de un convenio arbitral.

La existencia de un convenio arbitral no sería un requisito *sine qua non* para que se celebre algún tipo de contrato; más aún si consideramos que lo natural es que cualquier controversia se solucione en la jurisdicción ordinaria y no en la jurisdicción arbitral.

Por otro lado, el representante no podría considerar válidamente a la institución arbitral como una de naturaleza accesoria a un contrato principal.

Dentro de tal orden de ideas, si el representante no se encontraba facultado para celebrar un convenio arbitral, dicho convenio tampoco podría entenderse como una facultad accesoria o algo inherente a cualquier contrato, atendiendo al carácter autónomo de los pactos arbitrales, autonomía que le viene dada por ley expresa.<sup>29</sup>

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<sup>30</sup> 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. No es para la anulación del convenio sin la anulación del contrato principal. La autonomía del convenio arbitral tiene por fin reforzar dicho convenio, no debilitarlo.

### **2.3. Proyecto modificador de la Ley General de Arbitraje**

Como hemos podido advertir en los puntos precedentes existen dos posiciones abiertamente contrapuestas en lo relacionado a las facultades que debe tener el representante de la persona jurídica para celebrar un convenio arbitral.

Cada una de dichas posiciones nos brinda una clara imagen de la problemática que se presenta hoy en día en el arbitraje.

Dicha controversia encontraría solución con el artículo 8-A del Proyecto Modificador<sup>31</sup> de la Ley General de Arbitraje, precepto que establece que «Salvo disposición estatutaria distinta o en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales,

---

<sup>29</sup> El artículo 14 de la Ley General de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 14- «*Separabilidad del convenio arbitral.*»

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

<sup>30</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 15 y 16.

<sup>31</sup> Proyecto elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS, de fecha 25 de enero de 2006.

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

En otras palabras, el Proyecto Modificatorio propone la inclusión de 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 precisar que el propuesto artículo 8-A contempla 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.

La Comisión sostiene que la actual Ley General de Arbitraje no se pronuncia expresamente sobre las facultades de representación necesarias para someter a arbitraje o para participar en el proceso arbitral, lo que ha generado conflictos de interpretación sobre el tipo de poderes necesarios para tal efecto.

En tal sentido, la Comisión considera que –siguiendo la práctica arbitral internacional– debe presumirse que los gerentes o administradores de personas jurídicas cuentan de suyo con dichas facultades.

Si bien 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, consideramos que la opción seguida por el Proyecto Modificatorio no sería la más adecuada.

A nuestro entender, sería mejor que se establezca que el gerente general o el representante de una persona jurídica debe 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.

El convenio arbitral constituye, de alguna manera, un acto de disposición de derechos (al implicar la renuncia al 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).

En efecto, el convenio arbitral no podría ser impuesto a una persona jurídica que jamás consintió en ello. El convenio arbitral –por su naturaleza evidentemente autónoma– requeriría ser celebrado por un representante que cuente con facultades especiales para tal efecto.

En consecuencia, si bien no coincidimos con la opción seguida por el Proyecto Modificadorio, consideramos que con él se estaría dando un paso adelante al regular dicho tema, el cual –en la práctica– ha generado algunos conflictos, en donde incluso se ha llegado a recurrir al Poder Judicial para que fuera sea el que resuelva sobre el tipo de poderes necesarios para someter a arbitraje a la persona jurídica representada.

### 3. ALCANCES DE LA REPRESENTACIÓN Y LOS ACTOS QUE NO OBLIGAN A LA PERSONA JURÍDICA

En este punto corresponde analizar qué sucede cuando el representante no cuenta con las facultades suficientes para la celebración del convenio arbitral.

En primer lugar, debemos recordar que los artículos 12 y 13 de la Ley General de Sociedades establecen lo siguiente:

Artículo 12.- «Alcances de la representación.

La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social [...]. (El subrayado y la negrita son nuestros).

Artículo 13.- «Actos que no obligan a la sociedad.

Quienes no están autorizados para ejercer la representación de la sociedad no la obligan con sus actos, aunque los celebren en nombre de ella.

La responsabilidad civil o penal por tales actos recae exclusivamente sobre sus autores».

Las normas citadas coinciden en establecer que un contrato celebrado por un representante únicamente vincula a la sociedad en la medida de que dicho contrato haya sido celebrado dentro de los límites de las facultades otorgadas (principios de especialidad y de literalidad).

Al respecto, Elías Laroza<sup>32</sup> –comentando los alcances del artículo 13 de la

---

<sup>32</sup> ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano*. Lima: Normas Legales, 1999, tomo I, p. 53.

Ley General de Sociedades– señala que el tercero que contrata con una sociedad tiene una sola obligación: verificar que las personas que contrataron con ellos tienen poderes suficientes de la sociedad y que esos poderes fueron otorgados por órganos sociales que estaban autorizados por el estatuto o por la ley para dar tales poderes.

Por su parte, el artículo 161 del Código Civil también señala que cuando el representante realiza actos en nombre de su representado, excediéndose en las facultades otorgadas por este último, dichos actos son ineficaces en relación al representado.

En efecto, el artículo 161 del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 161.- «El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es *ineficaz* con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros. También es *ineficaz* ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye».

Puede apreciarse que el citado artículo sanciona con ineficacia, respecto del representado, los actos celebrados por un representante, en las siguientes situaciones:

- a) Cuando el representante ha celebrado el acto jurídico excediendo los límites de las facultades conferidas por el representado.
- b) Cuando el representante ha celebrado el acto jurídico violando las facultades que le hubiere conferido el representado.
- c) Cuando el supuesto representante celebra un acto jurídico no teniendo la representación que se atribuye.

A nuestro entender, resulta natural que todos los actos jurídicos que hayan sido celebrados por un representante o supuesto representante, dentro de las circunstancias y consideraciones establecidas por el artículo 161 del Código Civil, puedan llegar a ser considerados como ineficaces con respecto al representado o supuesto representado.

Ello, puesto que la representación obliga al representado con respecto a aquél con quien el representante celebró el acto jurídico.

Tales consideraciones se derivan de la naturaleza jurídica de la representación, habida cuenta de que cuando un representante celebra un acto jurídico con otra parte y dentro de las facultades que le ha conferido el representado, por medio de este acto jurídico queda automáticamente vinculada esta otra parte

con el representado.

En otras palabras, se considera que el acto jurídico se celebró entre el representado y su contraparte, no siendo parte en el acto jurídico o contrato celebrado aquél que actuó como representante.

Se puede decir válidamente que la esfera jurídica del representante no se altera –en lo absoluto– por la celebración del acto mencionado.

A pesar de que la voluntad que se declara es la del representante y no la del representado (lo que distingue al representante del nuncio o mensajero), el representante no es parte en el acto jurídico que se celebra.

Sin embargo, y como hemos expresado oportunamente, tales efectos de la celebración de ese acto jurídico con relación al representado, sólo se deberían producir en la medida de que el representante se encuentre actuando dentro de las facultades otorgadas por su representado, pues en caso contrario el representado podría demandar y conseguir se declare judicialmente la ineficacia de dicho acto.

Ello podría ocurrir cuando el representante desborda sus facultades, ya sea por exceder los límites que se le hubiere conferido (como sería el caso en el cual una persona que sólo tiene poder para vender la camioneta «x», venda también el auto «y») o por violar los límites de las facultades conferidas (como sería el caso en el cual el representado otorgue poder para que el representante venda su auto en no menos de US\$10,000.00 y el representante lo venda en US\$9,000.00) o, finalmente, cuando el representante no es tal, vale decir, cuando se trata de un supuesto representante, o sea, de alguien que careciendo de cualquier facultad, es decir, que no teniendo poderes del supuesto representado, actúa como si fuese su apoderado o representante.

Para todos estos casos la ley peruana, en el artículo 161 del Código Civil, establece como sanción la ineficacia del acto con respecto al representado o supuesto representado.

Si nos preguntamos acerca de la razón de ser de esta norma, es evidente que ella se justifica en el hecho de que en caso de exceso de las facultades conferidas o de violación de dichas facultades; o incluso si el supuesto representante no tuviese tal condición, al carecer de la representación que se atribuye, sería injusto que el representado o supuesto representado se encuentre obligado con la contraparte del acto jurídico celebrado.

Lima, julio del 2007