

Alfredo Bullard González(*) y Alberto Chan Arellano(**)

¿Es Clark Kent Superman?

La identidad secreta del gerente general

«NO ES POR TANTO EXIGIBLE QUE EL ACTO AUTORITATIVO CONTENGA TODOS LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES DEL ACTO AUTORIZADO, LOS QUE SERÁN DETERMINADOS POR EL GERENTE GENERAL DE ACUERDO A LA CONFIANZA DEPOSITADA EN ÉL, SALVO, CLARO ESTÁ, QUE EL ACTO AUTORITATIVO IMPONGA CIERTOS LÍMITES».

1. El laudo que se quería matar

El caso Sulliden-Algamarcas⁽¹⁾ se ha convertido en una fuente inacabable y continua de jurisprudencia vinculada al desarrollo del arbitraje peruano. A las dos sentencias dadas por el Tribunal Constitucional⁽²⁾ que han marcado la pauta sobre la relación arbitraje-

(*) Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía (ALACDE). Master en Derecho, Universidad de Yale. Miembro del Comité Consultivo Nacional de la Asociación Civil *ius et veritas*.

(**) Abogado. Profesor de Derecho Civil de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

(1) El arbitraje a que se hace referencia con el «caso Sulliden-Algamarcas» es el arbitraje que fue seguido entre Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. contra Compañía Minera Algamarca S.A. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., cuyo laudo es objeto de este comentario.

(2) Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional bajo el Expediente 6167-2005-PHC/TC:

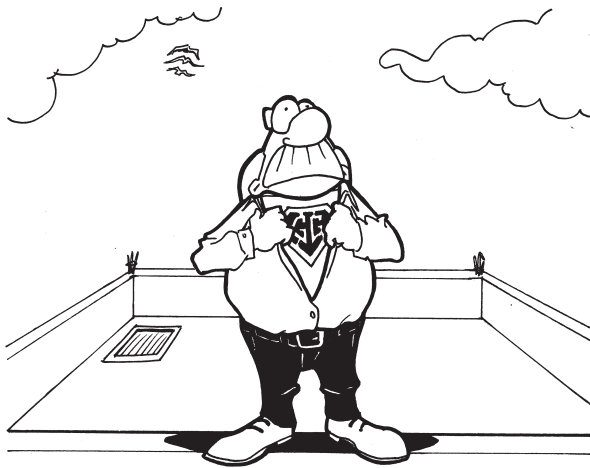
Esta sentencia fue emitida en atención al recurso de agravio constitucional interpuesto por Fernando Cantuarias Salaverry contra la Resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de *habeas corpus* formulada por este.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional analizó la naturaleza y características del arbitraje, llegando a la conclusión que la institución arbitral tiene carácter jurisdiccional por lo que, a criterio del Tribunal Constitucional, el arbitraje no se trata de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. Bajo la premisa anterior, en esta sentencia el Tribunal Constitucional ha reconocido la plena y absoluta competencia de la institución arbitral para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral con independencia jurisdiccional, y por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa, o judicial ordinaria.

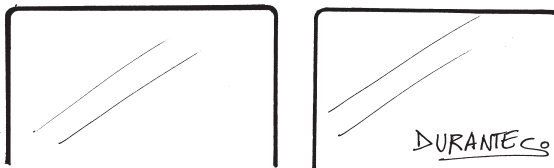
Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional bajo el Expediente 1567-2006-PA/TC:

Esta sentencia fue emitida en atención al recurso de agravio constitucional interpuesto por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. contra la Resolución de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo que fue formulada por esta empresa.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional reconoció la plena vigencia del principio de la competencia de la competencia (*Kompetenz - kompetenz*) previsto en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, que faculta a los árbitros a decidir sobre su propia competencia, incluso cuando se cuestione la existencia, eficacia o la validez del convenio arbitral.



«SIENDO EL CONTRATO Y EL CONVENIO ACTOS JURÍDICOS DISTINTOS, REQUIEREN DE FACULTADES DE REPRESENTACIÓN DIFERENTES PARA CELEBRARSE».



Poder Judicial, que se pronuncian categóricamente a favor de la autonomía del arbitraje y de la protección del mismo sobre injerencias extrañas al tribunal arbitral, se suma a la resolución que comentamos, aunque aun no definitiva por estar pendiente el pronunciamiento de la Corte Suprema en la casación que se ha interpuesto contra el fallo. Lamentablemente, esta resolución va «en contra del tráfico», y lejos de ayudar al desarrollo del arbitraje, se convierte en un caso flagrante de ataque contra el mismo.

Se trata de una resolución que anula un laudo arbitral sosteniendo que el representante que firmó el contrato carecía de facultades para someter las controversias derivadas de dicho contrato a arbitraje. La decisión y los criterios en los que se basa, de generalizarse, socavarían las bases del convenio arbitral, es decir la base del arbitraje mismo. La decisión se aleja de la tendencia internacional (y particularmente de la peruana) que busca otorgar validez y solidez a los acuerdos para arbitrar con el objeto de reforzar

la institución arbitral. Impone formalismos y requisitos innecesarios complicando inútilmente las cosas, lo cual resulta contraproducente para la institución arbitral atendiendo a que el arbitraje, por su carácter eminentemente comercial, debe gozar de la flexibilidad y del informalismo propio de las instituciones mercantiles.

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.

Asimismo, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional precisó que la vía del proceso de amparo por infracción de la tutela procesal efectiva sólo se encuentra disponible para las partes cuando se hayan agotado los recursos previstos en la Ley General de Arbitraje. Siendo el recurso que pone fin a la vía previa arbitral, la interposición del recurso de anulación del laudo arbitral.

Alfredo Bullard González y Alberto Chan Arellano

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.

En ese sentido, siguiendo el razonamiento de la Corte, si al gerente general le otorgan facultades para celebrar un contrato determinado con una empresa, todas las otras facultades que le han sido otorgadas en el estatuto o en otros documentos societarios quedarían suspendidas.

Nótese el peligro de este razonamiento no solo para el arbitraje, sino para la contratación mercantil en general. Significa que cuando el gerente general actúa «con sombreros distintos» (dos poderes diferentes) estos no se complementan, sino se excluyen entre sí, tornándose en incompatibles. Si se aplicara este razonamiento no se podrían otorgar poderes específicos a ningún apoderado, por el riesgo que se considere que el otorgamiento de un nuevo poder general que el apoderado no pueda ejercer las facultades o poderes dados con anterioridad.

Asimismo, para sustentar este razonamiento la Corte «desdobla» la figura del representante en dos personalidades distintas que actúan de modo independiente. Así, en la Resolución se sostiene que si al gerente general se le otorgan poderes para realizar un determinado acto, debe entenderse que el gerente general celebra dicho acto como un simple apoderado y no como gerente general, pese a que nos encontramos ante una sola persona.

Por otra parte, cabe anotar que la Resolución omite pronunciarse conscientemente sobre uno de los principales puntos de controversia entre las partes, consistente en determinar si un gerente general por el solo mérito de su nombramiento se encuentra facultado para someter una controversia a arbitraje. En ese sentido, la Resolución deja «abierta» la posibilidad que se cuestione que el gerente general pueda, en su calidad de tal, celebrar un convenio arbitral, lo cual deja una suerte de «espada de Damocles» sobre el convenio arbitral, debilitando la institución arbitral como una alternativa para resolver un conflicto de intereses de modo definitivo.

La decisión es preocupante por varias razones. La primera es porque, lejos de lo que debería hacer una decisión judicial, es decir, crear certeza, crea incertidumbre. La verdad es que no queda claro cuál es el principio aplicable para saber qué facultades de representación son necesarias para celebrar el convenio arbitral. ¿Puede el gerente general hacerlo en su condición de tal? Y, en cualquier caso ¿Qué requisitos debe cumplir un poder para celebrar un acuerdo de someter una controversia a arbitraje? Esas son las preguntas que la Corte tenía que responder, pero evade flagrantemente hacerlo.

Luego de un largo y detallado razonamiento, que parecería anunciar una respuesta contundente y clara, la Corte hace un ejercicio de malabarismo (bastante torpe por cierto) para evitar pronunciarse sobre aquello en lo que el caso reclamaba un pronunciamiento.

Es claro que los vocales evitan meterse en el tema central, buscando un «argumento excusa» que les evite ir al punto y dejan además sembrada la posibilidad de volver a pronunciarse en caso la Corte case la Resolución dictada, encontrando nuevos argumentos para derribar el arbitraje. Es claro, al menos para los suscritos, que primero se decidió anular el laudo arbitral y luego se buscaron los argumentos para hacerlo. Así, la Resolución se detiene en lo anecdótico y evade lo trascendente, quedando como un andamiaje precario, que intenta soportar una decisión cuyo peso en sus consecuencias no puede ser sostenido por su frágil estructura argumentativa.

2. La doble identidad del gerente general

Como hemos indicado anteriormente, el «quid» del caso estaba en buscar una

excusa, bastante mala por cierto, para evitar pronunciarse sobre lo importante. ¿Cómo se hizo esto? ¿en qué consistió el malabarismo? Simplemente en desenfocar el caso. Se creó una «anécdota» irreal (porque nunca existió) en la que se crearon a dos personajes en donde solo existía uno.

En el caso, el señor Miguel de Orbegoso Tudela (en adelante, el señor Orbegoso) gerente general de las empresas Compañía Minera Algamarca S.A. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. (en adelante, las Algamarcas), y persona que suscribe el convenio arbitral en representación de las Algamarcas, es convertido en dos Migueles Orbegosos, en donde Miguel Orbegoso Uno sería el gerente general, y Miguel Orbegoso Dos sería el representante o apoderado específico.

Así como Superman tiene dos personalidades distintas, que no se mezclan y que actúan como individuos diferentes, el señor Orbegoso es convertido por la Corte en un ser bipersonal o bipolar, en el que una identidad es su identidad secreta, y la otra es su identidad pública. De este modo, para la Corte en algunos casos, el señor Orbegoso actúa como Clark Kent y en otros, el señor Orbegoso actúa como Superman. Y cada personaje es tratado de modo distinto e independiente, así Clark Kent no es Superman y Superman no es Clark Kent. No obstante, para el lector que conoce los hechos, y no para el personaje de ficción que recorre la historieta, es evidente que Clark Kent y Superman son la misma persona.

Los vocales han tratado al señor Orbegoso como un superhéroe de historieta, de *comic*, con dos personalidades diferentes, a pesar que era evidente que son uno solo. Ello ha traído como resultado dejar sin efecto el convenio porque «Superman no puede obligar a Clark Kent ni Clark Kent puede obligar a Superman».

Resulta curioso que cuando el gerente general celebró un contrato, de las empresas en las que ejercía dichos cargos, su calidad de gerente general se haya diluido y se convierta en su identidad secreta, supuestamente ignorada por todos los que participan en el acto, y en base a ello, se pretenda afirmar que el gerente general apareció frente a estos como

un apoderado cualquiera con poderes para un acto específico en lugar del cargo que le corresponde, el de gerente general.

Este razonamiento solo se aplica al mundo de las historietas, en el que Superman se transforma en Clark Kent por el solo hecho de colocarse los anteojos y vestir un traje formal. Una vez colocados los anteojos y el terno, increíblemente, nadie lo reconoce ni se percata que estamos frente a Superman. De la misma manera, según lo señalado por la Corte, una vez que el señor Orbegoso se presenta con un poder adicional a las facultades de las que goza como gerente general, resulta que ya nadie lo reconoce como tal. Eso solo pasa en los *comics*, no en el mundo de los negocios.

Pero, igual como Superman no existe, las dos personalidades del señor Orbegoso tampoco. Es evidente que si el gerente general de una empresa participa en un acto de la empresa que lo ha nombrado, usando además un poder especial dado para el acto por un órgano de la sociedad, ello no significa que sus facultades de representación como gerente general desaparezcan, como por arte de magia.

Veamos los antecedentes relevantes de este caso. Con fecha 31 de julio de 2002 se llevaron a cabo juntas generales de accionistas en las empresas Algamarcas, en estas juntas se acordó aprobar el acuerdo propuesto por Sulliden Exploration Inc. respecto a la compra de sus respectivas concesiones mineras ubicadas en el distrito de Cachachi, provincia de Cajabamba, departamento de Cajamarca⁽³⁾.

Asimismo, en las referidas juntas generales de accionistas se acordó designar al señor

(3) Los hechos del caso que han sido utilizados para la elaboración del presente artículo han sido extraídos de la Resolución materia de comentario.

Alfredo Bullard González y Alberto Chan Arellano

Orbegoso como representante de ambas empresas para la suscripción de la carta de intención y la respectiva ejecución de la transferencia de las propiedades mineras.

Con fecha 6 de noviembre de 2002, el señor Orbegoso, en representación de las Algamarcas suscribió el «Contrato de Transferencia de Derechos Mineros» (en adelante, «el Contrato») con la empresa Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. (en adelante, «Sulliden»), el cual fue elevado a Escritura Pública con fecha 11 de noviembre de 2002.

En la cláusula sexta del Contrato las partes incluyeron un convenio arbitral, en virtud del cual las partes acordaron que cualquier disputa, controversia o reclamo que surgiera en relación con el Contrato y sus anexos, o vinculado a su ejecución, objeto, suscripción, validez, interpretación o terminación, sería resuelta de modo definitivo a través de un arbitraje de derecho.

Debido a los incumplimientos incurridos por las Algamarcas respecto del Contrato celebrado, Sulliden formuló una demanda arbitral en contra de estas en aplicación del convenio arbitral establecido en el Contrato, exigiendo que cumplan con todas sus obligaciones.

El argumento esgrimido por las Algamarcas en el proceso arbitral consistió en cuestionar de forma sistemática y continua el desarrollo del proceso arbitral, evitando que el mismo pueda servir a la finalidad para la cual fue iniciado, esto es, resolver el conflicto.

Así, las Algamarcas plantearon recusaciones contra los árbitros, iniciaron procesos judiciales con el objeto de afectar el desarrollo del proceso arbitral, e incluso denunciaron penalmente a los miembros del Tribunal. Parte de esta discusión llegó al Tribunal Constitucional dando lugar a las sentencias a que nos hemos referido anteriormente.

Entre los cuestionamientos efectuados al laudo arbitral, las Algamarcas cuestionaron principalmente, la validez del convenio arbitral sosteniendo que el señor Orbegoso carecía de facultades para celebrarlo, puesto que en las juntas generales de accionistas llevadas a cabo el 31 de Julio de 2002, no se le había autorizado para ello. Las Algamarcas indicaron que el señor Orbegoso no contaba con el poder

especial para someter la controversia a arbitraje según lo establecido en el artículo 167 inciso 3 del Código Civil.

No se pretende describir en este artículo, todo el detalle de las alegaciones de las partes que han sido mencionados en la Resolución. Por ello, nos limitaremos a señalar que la defensa de Sulliden se sustentó, principalmente, en que el gerente general puede llevar a cabo los actos ordinarios y comunes referidos a los negocios de la empresa, entre los que se incluye someter a arbitraje los contratos que celebre la sociedad.

En la Resolución, la Corte ha señalado que es irrelevante si el gerente general tenía o no facultades para someter a arbitraje las controversias que se derivaran del Contrato, porque el señor Orbegoso no actuó como gerente general, sino como un representante con facultades especiales dadas por la Junta General de Accionistas para ese acto específico, y que las facultades especiales no contemplan la facultad de someter a arbitraje. Pero, ¿quién era el señor Orbegoso?, pues nada más y nada menos que el gerente general inscrito como tal en Registros Públicos, cuya calidad de tal no puede ser desconocida por la empresa que lo designó ni por su contraparte que revisó sus poderes para actuar tanto como gerente general y como representante.

Para sostener lo anterior, la Corte señala que cuando se da un poder especial para desarrollar un acto al gerente general, sus facultades como gerente general quedan «suspendidas» para ese acto específico. Un absurdo del tamaño de una catedral.

Con el objeto de ilustrar lo anterior, a modo de ejemplo, imaginemos que una empresa desea vender un local que tiene como tienda

y donde además se encuentra la mercadería de la empresa. Imaginemos, a su vez, que el gerente general de la empresa no cuenta con facultades para vender el inmueble en su calidad de gerente general, pero sí cuenta con facultades para disponer de la mercadería.

Por ello, solicita poderes para vender el inmueble a la Junta de Accionistas y no pide poderes para la mercadería porque ello ya se encuentra bajo sus facultades de representación general. Posteriormente, celebra la venta del local y la mercadería en un solo documento (porque se vende el negocio en marcha) y en la introducción del contrato solo se menciona el poder especial para la venta del local porque se asume que para vender la mercadería basta la facultad del gerente general como tal. Luego de celebrado el contrato se demanda que se deje sin efecto la transferencia de la mercadería porque el poder otorgado por la Junta de Accionistas solo faculta al gerente general a vender el inmueble.

La respuesta a tal pretensión es obvia, pero parece no tan obvia para la Corte. La facultad de vender la mercadería ya le corresponde al gerente general en su calidad de tal. ¿Qué pensaría usted si la Corte le dijera que deja sin efecto la venta de la mercadería porque el poder mencionado en la introducción no faculta a la venta de mercadería sino solo el inmueble? Me imagino que no pensaría nada bueno. Le estaría diciendo que el poder especial suspende las facultades del gerente general como tal para el acto jurídico específico. Pues eso es precisamente lo que ha hecho la Corte en el caso Sulliden-Algamarcas.

En esta Resolución, la Corte ha dicho que las facultades del gerente general otorgadas al señor Orbegoso son irrelevantes, porque Clark Kent es Clark Kent y por tanto no es Superman. ¿Pero acaso no todos sabemos que Clark Kent y Superman son la misma persona, más allá de la formalidad del terno y los anteojos? ¿Acaso no sabemos que el gerente general y el señor Orbegoso son uno solo que representa a una misma sociedad, y que su calidad de gerente general no ha sido suspendida ni levantada al momento en que firmó el Contrato que contenía la transferencia de los bienes y el convenio arbitral en un solo instante?

Es curioso el nivel de contradicción e inconsistencia de la Resolución que anula el laudo arbitral. Así, en la Resolución

la Corte cita el principio de la separabilidad del convenio arbitral. Efectivamente, en eso (y solo en eso) la Resolución que comentamos está en lo correcto.

Por el principio de separabilidad se considera que el convenio arbitral es un acto separable y distinto del contrato en el cual se encuentra contenido. Esta separación tiene por objeto que los vicios, defectos y/o condiciones que repercutan en la validez o eficacia del Contrato no afecten al convenio arbitral. Es por ello que en la doctrina se considera a este principio como un mecanismo de protección del arbitraje.

Este principio se encuentra reconocido de forma expresa en el artículo 14 de la Ley General de Arbitraje, en el que se indica que: «(...) la inexistencia, rescisión, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de este. En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral».

A su vez, este principio representa uno de los sustentos para la aplicación de otro principio de igual importancia, que es denominado por la doctrina como *Kompetenz-Kompetenz* (competencia de la competencia), según el cual, se reconoce que son los árbitros los que deben tener a su cargo la determinación de su propia competencia. Ello en tanto que, por el principio de separabilidad del convenio arbitral, la simple alegación de nulidad o ineficacia del contrato no determina, a su vez, la nulidad o ineficacia del convenio y con ello se permite que los árbitros tengan

Alfredo Bullard González y Alberto Chan Arellano

la posibilidad de pronunciarse sobre ambos actos por separado en el proceso arbitral.

A modo de ejemplo, imaginemos un contrato de compraventa de armas de guerra que por la legislación aplicable requiera autorización (como requisito de validez del acto) de las fuerzas armadas del país productor para ser válido. Si el contrato contuviera una cláusula arbitral y una parte alegara que el contrato es nulo porque no se cuenta con tal autorización de las fuerzas armadas, ello no afectaría al convenio arbitral puesto que el mismo es separable del contrato que lo contiene o al que está vinculado.

De este modo, los propios árbitros tendrían la posibilidad de evaluar la alegación de invalidez del contrato por más que, en apariencia, su facultad de arbitrar se deriva de un pacto contenido en el mismo documento que contiene el contrato cuya invalidez se alega.

Como se deriva del ejemplo, el principio de separabilidad del convenio arbitral se inspira en la necesidad de proteger el arbitraje, no de perjudicarlo. La separación se efectúa para dar mayor solidez al convenio arbitral evitando que los vicios o defectos del contrato constituyan un obstáculo para que los árbitros puedan conocer la controversia.

En apoyo de lo anterior, sobre los fines del principio de separabilidad o autonomía del convenio arbitral, Zavala basándose a Reisman, Craig, Park & Paulsson indica lo siguiente:

«(...) la doctrina de la separación de la cláusula arbitral del contrato (principal) dentro del cual se inserta, ha ganado aceptación en todas las jurisdicciones donde se instalan los mayores centros de arbitraje. Y es que esta doctrina tiene sentido desde un punto de vista práctico. En caso contrario, podría resultar destructivo para el arbitraje, puesto que sería muy fácil para una de las partes que intenta descarrilar el proceso arbitral en su inicio mismo reclamar que el contrato principal es o se ha vuelto inválido»⁽⁴⁾.

Asimismo, sobre los efectos de la aplicación de este principio, Cantuarias y Aramburú indican lo siguiente:

«En primer lugar, al reconocerse expresamente que cualquier alegación referida a la nulidad u otros vicios del contrato principal no invalida el convenio arbitral y por tanto el arbitraje, pues corresponderá exclusivamente a los árbitros (y no al Poder Judicial) el analizar y fallar respecto a toda alegación referida a la validez o eficacia del contrato principal»⁽⁵⁾.

Nótese que la Corte ha hecho precisamente lo contrario. Ha usado el principio de separabilidad del convenio arbitral para debilitar al proceso arbitral en lugar de protegerlo, alegando que se requiere más facultades de representación que las existentes para otorgar validez al convenio arbitral.

Como hemos indicado líneas arriba, la separabilidad del convenio arbitral busca evitar que la invalidez o ineficacia del contrato arrastre al arbitraje. No busca separarlo para hacer más fácil «matar» el acuerdo para arbitrar.

El razonamiento de la Corte es que siendo el Contrato y el convenio actos jurídicos distintos, requieren de facultades de representación diferentes para celebrarse. Eso es correcto. No obstante, paso seguido la Corte sostiene que el poder que existe es para celebrar el Contrato y no para celebrar el convenio arbitral. Las facultades de representación con que cuenta el gerente general como tal son abiertamente ignoradas.

(4) ZAVALA, Diego. *La autonomía de la cláusula arbitral y la competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia*. En: *Arbitraje y Mediación-Centro de Arbitraje y Mediación-Paraguay*. Paraguay: Intercontinental, 2003. p. 210.
(5) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Diego ARAMBURU YZAGA. *El Arbitraje en el Perú*. Lima: M.J. Bustamante de la Fuente, 1994. p. 223.

En otras palabras, se invoca la separabilidad del convenio arbitral para crear de modo absurdo un requisito más exigente para el convenio arbitral que para el Contrato. Se puede notar en la Resolución un «pánico» evidente a analizar si el gerente general puede o no en su calidad de tal, celebrar convenios arbitrales. De este modo, la Corte le dice a Clark Kent que no tiene superpoderes, cuando es evidente que en su identidad de gerente general el señor Orbegoso sí los tenía.

La inconsistencia es grosera y evidente. En su afán de acabar con el arbitraje, se asume que las facultades de representación son distintas, pero los poderes usados tienen una sola fuente: el acuerdo de Junta de Accionistas. La calidad de gerente general no existe para la Corte.

Sin perjuicio de lo burdo del juego usado para dejar sin efecto el laudo arbitral por «angas o por mangas» hay algunos detalles adicionales que confirman lo absurdo del razonamiento seguido.

3. Superman sí puede usar sus poderes: el gerente general tiene, en su calidad de tal, la facultad suscribir convenios arbitrales

En los negocios ordinarios de la empresa se considera que el tercero suele contratar sabiendo que tiene al frente a un gerente general nombrado sin especiales limitaciones estatutarias y legales. El tercero no tiene por qué revisar detalladamente si se le concedió en específico la facultad que está ejerciendo, si se trata de una actividad común y corriente para la sociedad.

La circunstancia puede ser ligeramente distinta en los casos en que se exige autorización expresa (como los actos de disposición importantes reseñados en la Ley, el Estatuto o el acuerdo correspondiente). Pero incluso en estos casos, como veremos más adelante, concedida la autorización respectiva, se considera que las facultades se extienden a todos los actos necesarios y comúnmente vinculados al acto autorizado. No es por tanto exigible que el acto autoritativo contenga todos los términos y condiciones del acto autorizado, los que serán determinados por el gerente general de acuerdo a la confianza depositada en él, salvo, claro está, que el acto autoritativo imponga ciertos límites.

En ese sentido, si se autoriza al gerente general a vender un inmueble, acto que no estaba originalmente contenido en sus facultades, y no se dice cuáles son las condiciones para el pago del precio, se entiende que está entre las facultades del gerente general determinar si dicho precio se pagará al contado o al crédito, y en este último caso cuáles son las condiciones del pago (plazo, forma de pago, tasa de interés), salvo, claro está, que el acto autoritativo haya expresamente limitado su contenido.

Este principio tiene su explicación, por un lado, en la asimetría de los costos derivados de las relaciones de agencia que surgen en el manejo de las sociedades y de la contratación con terceros. Mientras la sociedad está en posibilidad de elegir a su gerente general en base a la confianza que este le genera, los terceros solo pueden tratar con alguien que no han elegido ni controlan. Controlar los actos del gerente general es una actividad más fácil y menos costosa para la sociedad que para los terceros. Por eso, la Ley en general, y la mercantil en particular, protege, en caso de duda, al tercero. De no ser así la dinámica de los negocios se vería seriamente afectada al incrementarse los costos de transacción en el mercado.

Es cierto que la Ley señala que para que los actos del representante vinculen a la sociedad, tales actos deben efectuarse en el ejercicio de las facultades conferidas. Sin embargo, para la Ley las facultades pueden haber sido conferidas de manera directa o de manera presunta. Tal distinción se deriva del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, que señala lo siguiente:

«Artículo 188. Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser

Alfredo Bullard González y Alberto Chan Arellano

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; (...).

¿Por qué la Ley utilizó la palabra «presumir»? Pues bien, si la única función de la Ley General de Sociedades fuera establecer una regla supletoria sobre el alcance de las facultades del gerente general, bastaba el siguiente texto: «Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la Junta General o del Directorio, [texto suprimido] el gerente general goza de las siguientes atribuciones: (...)». No obstante, el artículo bajo análisis, debidamente interpretado, cumple una función adicional: proteger la buena fe y la confianza de quienes contratan con la sociedad, invirtiendo la carga de la prueba de manera que, la sociedad deberá demostrar que se carecía de facultades, y no el tercero que el gerente general tenía dichas facultades.

Por ello, 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 facultades del gerente general incluidas en el inciso 1 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, es decir, celebrar actos y contratos ordinarios relacionados con el objeto social. En otras palabras, se presume que el gerente general actuó correctamente y que vinculó a la sociedad, y quien pretenda sostener lo contrario (por ejemplo, la sociedad representada), tendrá la carga de la prueba de demostrar la mala fe del tercero contratante.

Esta carga no solo implica demostrar que se carecía de facultades. La carga es mucho mayor e implica demostrar que existían hechos que podían romper la buena fe de su contraparte al momento de contratar, demostrando que esta sí debía conocer que existían limitaciones a la facultad de celebrar un convenio arbitral y que por tanto la confianza en la apariencia de las facultades había sido rota. Si no se logra ello, triunfa la presunción de buena fe y por tanto el acto, incluido el convenio arbitral, es válido.

La posición de las Algamarcas ha sido, en el recurso de anulación, que la celebración de un convenio arbitral requiere de una autorización expresa. Sustenta lo anterior, entre otros argumentos, en que celebrar convenios arbitrales es un acto de renuncia o disposición de derechos, y que por tanto requiere del otorgamiento de un poder expreso y específico.

Si estamos frente a un acto ordinario (por ejemplo, la venta de bienes producidos por la sociedad regularmente) no es necesario que el Estatuto u otro instrumento autorice la celebración de convenios arbitrales. El convenio arbitral es parte de los pactos comunes y corrientes que suelen incluirse en todos los contratos. Es un término que se agrega al contrato, y 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 conlleve a la nulidad del convenio arbitral. No es para permitir la anulación del convenio sin la anulación del contrato principal. Como hemos indicado, la autonomía del convenio arbitral tiene por fin reforzar dicho convenio, no debilitarlo.

Es evidente que hubiera sido muy complicado para la Corte entrar al análisis de si el gerente general, por la mera calidad de tal, cuenta con facultades para someter a arbitraje cualquier contrato. Si la intención de la Corte era matar el laudo, y se escogía el argumento que el gerente general carecía de facultades, estaría destruyendo no solo el laudo, sino el arbitraje en el Perú. La inmensa mayoría de arbitrajes son de naturaleza comercial y de ellos la inmensa mayoría son celebrados por personas jurídicas que actúan por medio de sus gerentes. ¿Puede imaginarse el lector qué pasaría si el Poder Judicial declarase que todos esos convenios legales son inválidos

o ineficaces? Cualquiera podrá cuestionar un arbitraje y cientos de miles de convenios arbitrales se caerían como un castillo de naipes. Buena parte del desarrollo del arbitraje en los últimos años se vería seriamente afectado.

La Corte, aparentemente, no quería ser responsable de tamaña catástrofe, y prefirió asumir una responsabilidad menor y más modesta. No obstante, lo que ha hecho no deja de ser catastrófico, porque ha abierto puertas (o mejor dicho ventanas) que nos pueden conducir a terrenos insospechados. La incertidumbre creada no permite saber a ciencia cierta qué poderes se van a requerir para pactar un arbitraje.

4. Clark Kent también tiene poderes suficientes: el representante bajo un poder especial, puede celebrar un convenio arbitral

Por otro lado, si estamos frente a una autorización de la Junta de Accionistas o del Directorio para celebrar un acto de disposición que no se encuentra dentro de las facultades originarias del gerente general, 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 representante, el cual queda a cargo de la configuración detallada del contrato mismo. Así, se presume razonablemente que si existe una autorización para celebrar un acto determinado se está facultando al representante para negociar y pactar términos y condiciones principales, accesorias o vinculadas que, no tenían que estar contenidos en la autorización dada para celebrar el contrato. Ello se deriva de la facultad del representante de negociar y pactar términos contractuales beneficiosos para la sociedad y que estén orientados a perfeccionar o ejecutar el contrato. Así, un poder puede estar concedido de manera tan lata y simple como «vender inmuebles», lo cual deja al representante la facultad de darle a la venta todo su contenido.

En otras palabras, incluso si aceptáramos que Superman (el gerente general) y Clark Kent (el representante con facultades específicas) son personas distintas, las facultades con las que cuenta Clark Kent son suficientes para pactar un convenio arbitral referido al contrato que está autorizado a celebrar, salvo, claro está, que el representado hubiera establecido expresamente límites a la libertad de configuración contractual.

Esta facultad de negociación comprende, evidentemente, la facultad de pactar en contra de normas supletorias a la voluntad de las partes. Salvo que los términos de la facultad concedida expresamente limiten la negociación de ciertos aspectos, el representante está en capacidad, en ejercicio de la autonomía privada del representado y que le ha sido delegada, de incluir términos que desplacen la aplicación de normas supletorias previstas en el ordenamiento.

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. Decir lo contrario implicaría aceptar que una facultad de representación para celebrar un contrato no confiere el derecho a negociar o, peor aun, que no confiere el derecho a pactar en contra de normas dispositivas.

Si se acepta esta posición, se podría llegar al extremo que el representante no podría acordar disposiciones tan simples como que el pago se realice en el domicilio del acreedor, en tanto que ello implicaría pactar en contra de una norma dispositiva⁽⁶⁾.

(6) «Artículo 1238

El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la Ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso (...).

Alfredo Bullard González y Alberto Chan Arellano

Este es otro serio error que comete la Resolución que comentamos. Se considera implícitamente que pactar un arbitraje es el acto de disposición de un derecho (me imagino, porque no se dice con claridad en la Resolución, que se trata del derecho de poder acudir al Poder Judicial) acogiendo así una posición planteada por las Algamarcas. Pero tal derecho no existe.

Si un representante al celebrar un contrato de compraventa pacta en contra de lo establecido en el artículo 1552⁽⁷⁾ del Código Civil estableciendo que el momento de entrega del bien ocurrirá en un mes y no de forma inmediata a la celebración del contrato, no se podría afirmar que el representante «dispuso» de su derecho a la entrega inmediata. El derecho recién surge del contrato que celebra. Prohibir que ello esté dentro del campo de negociación del representante no resiste el menor análisis.

Sostener que pactar un arbitraje constituye un acto de disposición es errado. De acuerdo Díez-Picazo, los actos de disposición pueden definirse de la siguiente manera:

«Un acto de disposición, como es sabido, es aquel por medio del cual voluntariamente se modifica o se extingue un derecho subjetivo. Son así actos de disposición todos aquellos que comportan su voluntaria disminución (verbigracia gravamen, etcétera) y todos aquellos por medio de los cuales el derecho queda voluntariamente extinguido (verbigracia renuncia)»⁽⁸⁾.

Lo cierto es que cuando una empresa somete una eventual controversia a arbitraje, no está renunciando, por ejemplo, a sus derechos de propiedad; solo está sometiendo ante un tribunal arbitral la decisión sobre si el derecho de propiedad que alega ostentar, le corresponde o no. El patrimonio de una empresa es el mismo tanto antes como después de pactar el convenio arbitral.

Evidentemente, si el representante no negocia ni pacta términos contractuales adicionales, entonces las eventuales

lagunas contractuales serían llenadas por las normas supletorias de la Ley, incluidas las contempladas en el Código Civil y el Código Procesal Civil. Así, por ejemplo, si no se pacta la prórroga de la competencia territorial a un juez distinto al llamado por la Ley, la competencia territorial del juez estaría asignada de acuerdo a las reglas supletorias que contiene el Código Procesal Civil. Nadie podría discutir que ello está dentro de las facultades del representante. ¿Podría válidamente sostenerse que el señalar que los jueces competentes son los jueces de Arequipa cuando la regla supletoria es que el juez competente es el de Lima, significa un acto de disposición de «mi derecho» a que sea el juez de Lima el competente? ¿Requeriría ello de un «poder especial y expreso» que autorice al representante a cambiar la jurisdicción del contrato? Evidentemente no.

En ese sentido, es insostenible que para pactar en contra de normas y mecanismos supletorios, el representante deba contar con facultades especiales. Pactar en contra de mecanismos supletorios es parte de las facultades del representante autorizado a celebrar un contrato⁽⁹⁾.

En tal sentido, contratar para someter a arbitraje eventuales y futuras controversias, en contra de mecanismos supletorios como el mecanismo judicial de solución de controversias, no puede considerarse como un acto de disposición o de renuncia a derechos ni procesales ni sustantivos, sino simplemente como el ejercicio de la facultad

(7) Artículo 1552

El bien debe ser entregado inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto.

(8) DÍEZ-PICAZO, Luis. *La representación en el Derecho Privado*. Madrid: Cívitas, 1979. p. 179.

(9) Este mismo razonamiento puede ser aplicado respecto de las facultades con que cuenta un gerente general. Evidentemente, la facultad del gerente general de celebrar contratos de acuerdo a la Ley General de Sociedades y el estatuto de la sociedad incluye la facultad de pactar en contra de reglas supletorias, salvo disposición distinta de la Ley o el estatuto.

de configurar el contenido contractual, lo que es inherente a la representación, en particular en aquellos extremos que no han sido objeto de determinación previa por el representado.

Se ha señalado que celebrar convenios arbitrales implica renunciar a la jurisdicción. Sin embargo, en ningún caso un convenio arbitral puede implicar la renuncia a que el Estado, a través de los jueces y tribunales que forman parte del Poder Judicial, revise el laudo dictado si este incurre en causales de nulidad. En apoyo de lo anterior, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente en la resolución emitida bajo el expediente 6167-2005-PHC/TC:

«De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional».

Como se desprende de lo señalado por el Tribunal Constitucional, el arbitraje no debe ser entendido como una renuncia a la jurisdicción estatal, ni como un mecanismo sustitutorio que desplaza al Poder Judicial, sino como una «alternativa» (de allí que el Tribunal Constitucional reconoce el carácter supletorio del pacto para arbitrar) que puede ser pactada por las partes en función de su autonomía privada.

Además, como hemos visto, no existe ninguna renuncia, sino simplemente la elección entre dos alternativas. Se trata pues de una elección autorizada por la Ley. De la misma manera como no se podría decir, desde el punto de vista jurídico, que no incluir un convenio arbitral es una renuncia al arbitraje; tampoco se puede decir que incluirlo es una renuncia a la jurisdicción ordinaria. Es simplemente una decisión que la Ley permite adoptar. No es entonces que haya un derecho a ir al Poder Judicial previo al pacto. El derecho es justamente a optar por cuál mecanismo de solución de controversias se va a utilizar.

Podría alguien contradecir el argumento que hemos sostenido, consistente en que para celebrar un convenio

arbitral no es necesario un poder distinto que aquel otorgado para celebrar el contrato, alegando que autorizar a celebrar un contrato no significa autorizar a celebrar un acto jurídico distinto y separable como el convenio arbitral. Tal argumento, sin embargo, se aleja bastante de la lógica de la separabilidad del convenio. Si bien es cierto que, el arbitraje no es un acuerdo accesorio al contrato principal, también lo es que se trata de un contrato coligado, es decir vinculado. La separabilidad no es autismo entre ambos contratos. La separabilidad está para resolver el problema práctico de la invocación de la nulidad o ineficacia del contrato principal como mecanismo para neutralizar a los árbitros. Pero es claro que existe un vínculo entre ambos actos, a tal nivel que un acuerdo de arbitraje sin un contrato al cual ligarlo es una rareza.

En ese sentido, más allá de sí Clark Kent tiene o no los poderes de Superman, lo cierto es que sí tiene poderes suficientes como representante autorizado para someter el conflicto a arbitraje. En otras palabras, el esfuerzo «malabarístico» de la Corte para evadir pronunciarse sobre las facultades del gerente general no es suficiente para derribar el laudo arbitral. Como lo confirma la contundente y unívoca práctica y costumbre comercial, y la doctrina y precedentes internacionales, el representante con facultades para celebrar un contrato puede pactar un convenio arbitral vinculado a él.

5. La falsa Kriptonita: la falacia del artículo 167, inciso 3, del Código Civil

En las historietas de Superman, un material proveniente del espacio, llamado kriptonita, neutralizaba los poderes de Superman (y por

Alfredo Bullard González y Alberto Chan Arellano

ende de Clark Kent). En esa línea, las Algamarcas (y siguiendo su posición, la Corte) sostienen que el artículo 167, inciso 3 del Código Civil, deja sin base cualquier alegación del representante (y no queda claro de la Resolución si ello se aplica al gerente general) para celebrar convenios arbitrales, al exigirse un poder especial para estos fines. Así, el artículo 167 del Código Civil sería una suerte de «kriptonita legal» que debilita los supuestos poderes con que contaría el señor Orbegoso, sea que lo consideremos representante especial o sea que lo consideremos gerente general.

El referido artículo 167 señala lo siguiente:

«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».

Si bien es cierto que el artículo 167, inciso 3 del Código Civil, establece que los representantes legales requieren autorización expresa para celebrar convenios arbitrales 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.

Así, la Ley General de Sociedades regula los límites de las facultades del representante en las sociedades comerciales, regulación que por tener mayor especificidad, debe primar sobre la regulación general contenida en el artículo 167 del Código Civil, que está referida a los límites de la representación legal en todos los demás ámbitos del derecho privado.

Ello se deriva además de una serie de ejemplos que pueden extraerse del mismo artículo 167. Por ejemplo, el inciso 1 señala que se requiere facultad especial para disponer de los bienes del representado, cosa que no es exigible en las sociedades comerciales, justamente en base al principio de

la confianza. En efecto, cuando la sociedad dispone de bienes dentro de sus operaciones ordinarias de comercio, como ocurre por ejemplo cuando una tienda vende su mercadería a los clientes, no se requiere poder especial. Ello porque las sociedades deben de disponer de su patrimonio todos los días en sus operaciones comunes. Ello no se aplica a las relaciones de naturaleza civil. En la misma línea, las sociedades mercantiles se someten a arbitraje todos los días. Invocar principios de Derecho Civil es perder de vista la naturaleza propia del Derecho Mercantil.

Es claro que participar en arbitrajes es la consecuencia natural de participar en la vida económica, con los riesgos e incertidumbres que ello supone. Es entonces razonable que el gerente general o el representante de la sociedad cuenten con facultades para cautelar el patrimonio de la sociedad y para tal fin pactar mecanismos alternativos de solución de controversias que en muchos casos terminan siendo más eficientes en términos de dinero y tiempo, que recurrir al Poder Judicial.

Así, el artículo 167 del Código Civil no es aplicable, como ya he mencionado, a la representación de sociedades mercantiles por la simple razón que la Ley General de Sociedades ya regula de manera específica las facultades de representación para ese tipo de organizaciones. Una norma posterior y específica ya estableció todo un régimen especial y excluyente. La situación es aun más clara si tenemos en cuenta que la nueva Ley General de Sociedades ha reforzado la teoría de la confianza en la representación y al hacerlo ha debilitado las teorías literalista que inspiraron al Código Civil.

El legislador mercantil claramente quiso moverse a un régimen más flexible y menos

formalista y literalista como ya hemos explicado antes. En ese sentido la norma contenida en el artículo 167 del Código Civil es una suerte de «fósil», al menos en relación a las sociedades mercantiles, que se basa en principios y reglas diferentes a las adoptadas por la actual Ley General de Sociedades, y por tanto resulta inaplicable al caso. Es un «dinosaurio» ya extinto en el campo de las relaciones comerciales y que quizás sobrevive solo para otro tipo de relaciones como las que regulan la vida de personas naturales no comerciantes.

No obstante, en el supuesto negado que el artículo 167 fuera aplicable al caso objeto de este comentario, la consecuencia no sería la invalidez o ineficacia del convenio arbitral. Ello porque al tener facultades para disponer de bienes, queda claro que se tenía la facultad para someter a arbitraje las controversias que surgieran en torno al acto de disposición que se hubiera autorizado.

Partamos de una interpretación literal del primer párrafo del artículo 167 del Código Civil. De su lectura se observa que este claramente limita su ámbito de aplicación a la autorización requerida por el representante para realizar actos «sobre los bienes del representado».

Veamos ahora el sentido que tendría el numeral 3 del artículo 167. Lo que la norma ha establecido es que si quieres disponer de un bien (directamente, por ejemplo con una compraventa, o indirectamente, por medio de una transacción), entonces requieres un poder especial para hacerlo. ¿Qué ha querido proteger o evitar la norma? Imaginemos un representante legal que carece de facultades de disponer los bienes de un menor. Pero deseando disponer de ellos simplemente genera un conflicto con el «comprador» interesado y pacta un arbitraje. Coludiéndose con los árbitros para que le den la razón al «comprador» puede conseguir un laudo cuyo efecto sea una suerte de «venta» y disponer de manera indirecta lo que la Ley no le permite de manera directa. Por eso la Ley le exige poder especial para someter a arbitraje.

No obstante, ¿qué ocurriría si el representante ya cuenta con facultades de disposición? Es decir que puede efectuar directamente la venta sin usar un mecanismo indirecto. Quien puede lo más, puede lo menos. No hay nada que proteger

mediante mecanismos que exigen poderes para actos de disposición indirectos si ya está facultado a disponer directamente. En ese caso ¿qué sentido tendría sostener que puede disponer pero no puede someter a arbitraje su acto de disposición por el temor que se dé una «disposición indirecta»? Si el representante legal ya tiene facultades para disponer, pedirle además que tenga facultades para someter una compraventa a arbitraje es una yuxtaposición absurda de facultades. Evidentemente sostener eso carece de todo sentido.

En el caso concreto, el señor Orbegoso tenía facultades de disposición de los bienes, entonces debe entenderse que contaba con la facultad de someter a arbitraje, acto que en todo caso es menos concesivo que pactar un convenio arbitral.

El criterio que hemos indicado, y que privilegia la naturaleza comercial de los contratos celebrados por sociedades mercantiles, sobre la poca flexibilidad de las normas de representación civiles, no es extraño a la práctica arbitral comercial internacional.

Así, se puede revisar un caso de 1996 resuelto por un tribunal arbitral constituido conforme a las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional de París. Una sociedad comercial egipcia sostuvo que el arbitraje no debía continuar, porque el representante que actuó en nombre de ella (el presidente del Directorio) no tenía facultades para aceptar un convenio arbitral, ya que de acuerdo con el Código Civil egipcio, era necesario un poder especial para pactar arbitrajes en nombre de la sociedad. El tribunal arbitral a cargo de resolver la oposición de la empresa egipcia, descartó dicha oposición basándose en el principio del mandato presunto, dado que

Alfredo Bullard González y Alberto Chan Arellano

quienes promovieron el arbitraje celebraron el contrato (que incluyó una cláusula arbitral) de buena fe. Ello significa que los terceros contratantes confiaron en que el representante con el cual trataban era en efecto el representante oficial de la empresa, hecho que el silencio de dicho representante confirmó⁽¹⁰⁾.

Asimismo, existen decisiones adoptadas en otras jurisdicciones en los que se protege la apariencia, la confianza y la buena fe de manera similar⁽¹¹⁾.

6. Todavía estamos a tiempo

La Resolución que comentamos es una muy mala noticia para quienes creemos en el arbitraje y las tremendas ventajas que este trae a la sociedad. No obstante, es solo una primera Resolución y la Corte Suprema está en capacidad de regresar las cosas a su sitio y pronunciarse categóricamente, como ya

lo hizo el Tribunal Constitucional en otro incidente vinculado a este mismo caso, a favor del arbitraje.

Las facultades de representación para celebrar un convenio arbitral se han vuelto, por culpa de la Resolución que comentamos, en un tema sensible. Tenemos que desensibilizarlo. Veamos las cosas en perspectiva. ¿Cree alguien realmente que los hombres de negocio consideran que someter un contrato a arbitraje los aleja de su deseo de someter controversias al Poder Judicial? ¿Alguien cree que sienten que los están privando de un derecho porque los están alejando de ir a las cortes ordinarias? ¿Creemos que una sociedad mercantil representada por su gerente general o por un representante prefiere un juicio a un arbitraje? Es absurdo. Este caso se explica solo por la oposición de las Algamarcas a que el conflicto sea solucionado de modo definitivo a través del arbitraje y que el Contrato sea cumplido según sus términos. Alguien aquí no quiere que las cosas sean claras. Lamentablemente, la Corte Superior ha mostrado, con las deficiencias anotadas, una complicidad conceptual con una tesis no solo contraria al Derecho, sino contraria al sentido común y al carácter práctico con el que deben manejarse los negocios.

(10) Véase: Laudo Arbitral extraído del Tomo XXII del YEARBOOK de la ICC, página 30 (1997). Citado por: CRAIG, PARK and PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3era. edición. ICC, 2000. p. 47.

(11) Por ejemplo se pueden revisar las controversias surgidas entre Sunkist Soft Drinks, Inc. y Sunkist Growers, Inc. (10 F. 3d 753 11th Cir. 1993); entre Usina Costa Pino S.A. y Louis Dreyfus Sugar Co. (933 F. Supp. 1170 S.D.N.Y. 1996) y entre la República de Nicaragua y Standard Fruit Co. (937 F. 2d 469 9th Cir. 1991).