



# ¿QUIÉNES PUEDEN SUSCRIBIR ACUERDOS ARBITRALES? WHO CAN AGREE TO ARBITRATION AGREEMENTS?

Andrés A. Mezgravis\*

**C**uando se suscribe un contrato con el legítimo representante de una empresa, bien sea ésta pública o privada, es natural asumir que si dicho representante tiene facultades para suscribir dicho contrato también las tiene para incluir en éste una cláusula arbitral. Esta natural suposición no está exenta de riesgos en el mundo jurídico venezolano.

El artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial (“LAC”) requiere que el convenio arbitral sea celebrado por personas que tengan “capacidad de transigir”, y no es extraño encontrar en los estatutos de varias empresas que la facultad de transigir está reservada sólo a la Junta Directiva o a su representante judicial. Ciertas sentencias de los tribunales venezolanos han señalado que son nulos los acuerdos arbitrales suscritos por el Presidente de la empresa o por su representante legal si éstos no tienen atribuida expresamente la facultad de transigir o someter la controversia a árbitros. Asimismo, se ha sostenido que según el artículo 4 de la LAC los acuerdos de arbitraje suscritos por los representantes legales de las empresas del Estado con inversionistas que actúan de buena fe y confían en la representación del funcionario, no son válidos si no cuentan con la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización escrita del Ministro de tutela de dicho ente público. Ambas posiciones merecen en nuestro criterio ciertas precisiones fundamentales.

Independientemente del órgano, representante u apoderado que represente a una empresa o sociedad mercantil, es claro que ésta, como persona jurídica, tiene legitimación para transigir, y por ende también legitimación para celebrar acuerdos arbitrales. Mal puede confundirse las facultades del representante con la legitimación del representado para transigir. Se debe advertir que el representante no es parte del contrato o acuerdo de arbitraje que celebra en nombre del representado. El artículo 3 de la LAC no se refiere a las facultades que debe tener el apoderado o representante legal, sino a la aptitud para transigir que deben tener las partes que suscriben el acuerdo de arbitraje. Ni la LAC ni los tratados internacionales ratificados por Venezuela contienen normas sobre la capacidad de los representantes para celebrar un acuerdo de arbitraje. De conformidad con el artículo 1.172 del Código Civil Venezolano “[n]o se requiere que el representante tenga capacidad para obligarse, basta que él sea capaz de representar a otro conforme a la Ley y que el acto de que se trate no esté prohibido al representado.”

Quienes erradamente se pronuncian a favor de exigir la facultad expresa del representante legal para comprometer en árbitros olvidan que el Presidente de una empresa representa a ésta, no en virtud de un “mandato” sino de la “representación” que le es aportada por la ley y por los estatutos de la propia empresa. El “contrato de mandato” y la figura legal de la “representación” son dos conceptos

**W**hen a contract is entered into with the legitimate representative of a public or private company, it is natural to assume that if said representative has the power to sign said contract he also has powers to include an arbitration clause in it. This natural supposition is not exempt from risks in the Venezuelan legal scenario.

Article 3 of the Law on Commercial Arbitration (“LAC” for its acronyms in Spanish) requires that the arbitration agreement be entered into by persons with the “capacity to reach a compromise”, and it is not rare to find in the bylaws of many companies that this faculty of reach a compromise is reserved only to the board of directors or their legal representative. Certain sentences issued by the Venezuelan courts have pointed out that arbitration agreements entered into by the chairman of a company or its legal representative are null and void if they do not have the express power to reach a compromise or subject a controversy to arbiters. Likewise, according to article 4 de la LAC, arbitration agreements entered into by the legal representatives of state-owned companies with investors acting in good faith and trusting in the representation of the authorized official are not valid if they do not have the approval of the competent state organ and the authorization in writing of the corresponding ministry for said public entity. Both postures deserve – in our criterion – to be specified in detail.

Regardless of the organ, representative or proxy representing a company or mercantile partnership, it is clear that as a legal entity it has legitimate powers to reach a compromise, and therefore also legitimacy to enter into arbitration agreements. One cannot confuse the faculties of the representative with the legitimacy of the represented party to reach a compromise. We must warn that the representative is not a part of the contract or arbitration agreement entered into on behalf of the represented party. Article 3 of the LAC does not refer to the faculties or powers a proxy or legal representative must hold, but to the aptitude for reach a compromise that the parties entering the arbitration agreement must possess. Neither the LAC nor International treaties ratified by Venezuela contain norms on the capacity of the representatives to enter into an arbitration agreement. Pursuant to article 1,172 of the Venezuelan Civil Code, “it is [not] required that the legal representative be obligated to any action. It is sufficient that he be capable of representing another party as per the law and that said act not be prohibited for the represented party.”

Those who erroneously pronounce themselves in favor of demanding the express faculty of the legal representative to commit themselves to arbitrations forget that the chairperson of a company represents it not by virtue of a “mandate” but by the “representation” granted as per the law and as per the bylaws of the company itself. The “contract of mandate” and the legal figure of “representation” are two entirely different legal concepts. Contrary to a mandate, no legal provision that regulates representation sets forth that a legal representative has forcefully to have the express attribution or the faculty to commit himself to arbitration and least of all does a legal provision exist demanding that the bylaws of a corporation or stock company must expressly grant its legal representative the faculty to reach a compromise in arbitration.

On the other hand, in relation to arbitration agreements entered into by public entities, it is embarrassing for us as Venezuelans to observe increasingly more frequently that when lawsuits in international arbitration come up, they allege the nullity of the arbitration clause because they did not previously obtain the approval of the corresponding state entity and the authorization in writing of the corresponding ministry. It is embarrassing for us since it is the own public entity and not the investors which have the obligation of complying with said legal requisites as per article 4 of the LAC. This manner of conduct –which attempts against the good faith and other constitutional principles- impose a different interpretation of the requirements set forth in article 4 of the LAC, compared to when the law was enacted in 1998. In effect, an evolutionary interpretation that takes into consideration the principles of good faith, legitimate trust and above all the pro arbitration principle, all of which are foreseen in the Constitution in force, impose an interpretation on said norm that goes beyond its literal wording. Besides, a legal norm must be interpreted not



jurídicos distintos. A diferencia del mandato, ninguna de las disposiciones legales que regula la representación establece que un representante legal tiene que tener atribuida expresamente la facultad de comprometer en árbitros, mucho menos existe una disposición legal que exija que los estatutos de una sociedad anónima deben otorgar expresamente la facultad de comprometer en árbitros a su representante legal.

Por otra parte, en relación con los acuerdos arbitrales suscritos por entidades públicas nos resulta vergonzoso como venezolanos observar cada vez con mayor frecuencia que éstas cuando son demandas en arbitrajes internacionales alegan la nulidad de la cláusula arbitral porque no fueron obtenidas previamente la aprobación del órgano estatutario correspondiente y la autorización escrita del Ministro de tutela. Nos resulta vergonzoso puesto que es la propia entidad pública, y no el inversionista, la que tiene la obligación de cumplir con dichos requisitos legales previstos en el artículo 4 de la LAC. Semejante conducta reñida con la buena fe y con otros principios constitucionales, imponen que los requisitos establecidos en el artículo 4 de la LAC, sean interpretados de un modo distinto a cuando fue promulgada la LAC en 1998. En efecto, una interpretación evolutiva que tome en consideración los principios de buena fe, confianza legítima y sobre todo el principio pro arbitraje, todos previstos en la Constitución vigente, imponen una interpretación de dicha norma que va más allá de su lectura literal. Además una norma legal debe ser interpretada no de manera aislada sino tomando en consideración lo que establecen otras leyes. En este sentido, el artículo 29 de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de 2008 ("LSTA") establece que no se podrá exigir el cumplimiento de un requisito administrativo cuando éste, de conformidad con la normativa aplicable, debió acreditarse para obtener la culminación de un trámite anterior ya cumplido. Es nuestra opinión que de conformidad con esta norma legal y los principios antes indicados se puede válidamente sostener que los requisitos administrativos exigidos en el artículo 4 de la LAC se tendrán por acreditados a todos los efectos legales, si el representante de una entidad pública suscribe un acuerdo arbitral, ya que los requisitos relativos a la aprobación del órgano estatutario correspondiente y la autorización escrita del Ministro de tutela, de conformidad con la LAC, debieron acreditarse antes de la celebración del respectivo acuerdo de arbitraje. Afortunadamente, la propia jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido expresamente el principio de derecho internacional según el cual "las partes en conflicto no pueden hacer uso de su derecho nacional para burlar la aplicación de una convención arbitral".

Todo lo antes señalado en modo alguno significa que el artículo 4 de la LAC quedó totalmente derogado. Lo que queremos decir es que el artículo 29 de LSTA sólo derogó el artículo 4 de la LAC en la materia propia de su especialidad, esto es, en las consecuencias legales que tiene para el particular, que no infringió norma alguna, el incumplimiento de ciertos requisitos administrativos por parte de la empresa pública que sí estaba obligada a cumplirlos antes de suscribir el respectivo acuerdo de arbitraje. En términos legales estaríamos en presencia de una derogatoria parcial tácita del artículo 4 de la LAC, pues, los requisitos exigidos en esta norma, aunque inocuos para el inversionista, seguirán siendo exigibles para los funcionarios de las empresas públicas quienes incluso podrían ser objeto de las sanciones correspondientes por incurrir en dichas omisiones.

En fin, aunque existen fuertes argumentos para rebatir las referidas conductas que desde nuestra perspectiva están reñidas con la buena fe, es conveniente a la hora de suscribir un acuerdo de arbitraje tomar las debidas precauciones para evitar sorpresas desagradables.

in an isolated fashion, but taking into consideration what other laws have set forth. In this regard, article 29 of the 2008 law on the Simplification of Administrative Procedures ("LSTA" for its acronyms in Spanish) establishes that compliance of an administrative requirement cannot be demanded when in compliance with the applicable regulations it had to be validated in order to reach the culmination of a previously, already fulfilled procedure. It is therefore our opinion that in accordance with this legal norm and the aforementioned principles, it can be validly sustained that the administrative proceedings required as per article 4 of the LAC shall be deemed validated for all legal purposes if the representative of a public entity signs an arbitration agreement, whether the requirements regarding the approval of the corresponding state entity and the authorization in writing of the corresponding ministry -as per the LAC- had been completed or not, prior to the enactment of the respective arbitration agreement. Fortunately, the binding jurisprudence of the constitutional court of the Supreme Court of Justice itself has expressly recognized the principle of international law according to which "the parties in conflict cannot make use of their national body of law to elude the application of an arbitration convention".

All of the foregoing under no circumstances implies that article 4 of the LAC has been totally repealed. What we are stating is that article 29 of the LSTA only derogated article 4 of the LAC on the subject matter of its own specialty, i.e., in the legal consequences for an individual who has not violated any norm, the non-compliance of certain administrative requirements on behalf of the public enterprise which was certainly obligated to abide by them prior to subscribing the respective arbitration agreement. In legal terms, we would be in the presence of a partial tacit derogation of article 4 of the LAC, since the requirements as per this norm - though innocuous for the investors themselves- would continue to be in force for the officials of public entities which could even be subjected to the corresponding sanctions for incurring in said omissions.

Anyway, although strong arguments exist to rebat the referred conducts which, from our perspective go contrary to good faith- it is convenient when subscribing an arbitration agreement to take the appropriate precautions so as to avoid unpleasant surprises.

\*Socio Coordinador de Mezgravis & Asociados. Profesor de la UCAB.