



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
SALA CONSTITUCIONAL

Magistrada Ponente: LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO
Expediente N° 09-0573

El 15 de junio de 2009, el abogado Arturo Bravo Roa, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 38.593, actuando como representante judicial de la sociedad mercantil **ASTIVENCA ASTILLEROS DE VENEZUELA, C.A.**, inscrita en el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, en fecha 18 de agosto de 1999, bajo el No. 32, Tomo 44-A; solicitó la revisión de la sentencia N° 687 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 21 de mayo de 2009, mediante la cual se declaró que *“improcedente la regulación de jurisdicción planteada por la representación judicial de la demandante [Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.] y, en consecuencia, se declara que el Poder Judicial venezolano no tiene jurisdicción para conocer del caso de autos, razón por la cual se confirma la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Marítimo en fecha 17 de febrero de 2009, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por el apoderado judicial de las empresas Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore; asimismo, se confirma la decisión del 19 del mismo mes y año, en la que se amplió la decisión del 17 de febrero de 2009, dejando sin efecto la medida cautelar de prohibición de zarpe del buque M/N Nobleman”*.

El 3 de junio de 2009, se dio cuenta en Sala y se designó como ponente a la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño quien, con tal carácter, suscribe el presente fallo.

El 4 de junio la parte solicitante consignó copias certificadas de la sentencia objeto de revisión y otras actuaciones.

El 2 de julio de 2009, el abogado Iván Darío Sabatino Pizzolante, en su condición de apoderado judicial del ciudadano Marko Vukosa, capitán de la *“M/N NOBELMAN”* y de la sociedad mercantil *“Oceanlink Offshore III A/S”*, consignó escrito de oposición en el cual se solicitó se declare no ha lugar la revisión interpuesta.

El 17 de julio de 2009, la representación judicial del ciudadano Marko Vukosa, capitán de la “M/N NOBELMAN” y de la sociedad mercantil “Oceanlink Offshore III A/S”, reiteró la oposición y declaratoria de no ha lugar la revisión interpuesta.

Realizado el estudio individual de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala Constitucional pasa a decidir previas las siguientes consideraciones.

I ANTECEDENTES

En escrito presentado el 6 de octubre de 2008, ante el Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, el abogado Arturo J. Bravo Roa, ya identificado, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., interpuso demanda por cumplimiento de contrato e indemnización por daños y perjuicios, contra la sociedad mercantil Oceanlink Offshore III AS. Además, solicitó se decretara medida cautelar de prohibición de zarpe y el embargo preventivo de la embarcación ‘M/N Nobleman’, de conformidad con lo previsto en los artículos 93 y 103 de la Ley de Comercio Marítimo. La demanda fue estimada en la suma de un millón trescientos ochenta mil trescientos bolívares (Bs. 1.380.300,00).

La parte actora pretendió que *“la demandada convenga en: a. el cumplimiento del contrato de compra venta celebrado entre ASTIVENCA y Oceanlink Offshore III AS en fecha 22 de marzo de 2008 y su ‘Addendum número 3’, y al efecto, poner en posesión legítima y suscribir los documentos necesarios para el traspaso efectivo de la embarcación ‘M/N Nobleman’, o en su defecto que ‘frente al Registro Naval la sentencia emitida por este Tribunal haga las veces de título de traspaso’; y b. el pago del lucro cesante, ‘determinado por la pérdida económica que ha experimentado ASTIVENCA con ocasión de la no disposición de la M/N Nobleman, que se suponía le prestara apoyo en el contrato con PDVSA’, daños que estiman en la cantidad de veintiún mil cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de América (USD 21.400, 00) diarios, ‘equivalentes a los solos fines de dar cumplimiento a las regulaciones existentes, a la suma de cuarenta y seis mil diez bolívares fuertes (Bs. F. 46.010,00) desde la fecha en que fue (su) representada ‘despojada’ de la posesión de la embarcación (10 de septiembre de 2008) hasta la fecha de su restitución efectiva’, que sea determinado mediante experticia complementaria del fallo y c. el pago de las costas y costos del proceso”*.

Por auto del 7 de octubre de 2008, el *“Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, admitió la presente demanda y ordenó el emplazamiento de la sociedad mercantil Oceanlink Offshore III AS, como parte demandada ‘(...) y/o en la persona del Agente Naviero del buque, en este caso ‘OCAMAR’ (Oficina Coordinadora de Apoyo Marítimo de la Armada),*

servicio autónomo con dirección Final Calle los Baños, Puerto de La Guaira, Edificio Servicios Autónomos de la Armada, Maiquetía, Estado Vargas, República Bolivariana de Venezuela, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley de Comercio Marítimo’, para que compareciera dentro de los veinte (20) días de despacho a fin de dar contestación a la demanda y, de considerarlo pertinente, opusieran las defensas correspondientes. En cuanto a la medida cautelar solicitada, se acordó proveer por auto separado”.

En decisión de esa misma fecha, dictada “en el cuaderno separado, el tribunal de la causa decretó medida cautelar de prohibición de zarpe sobre la M/N Nobleman y negó la medida cautelar de embargo preventivo solicitada por la parte accionante”.

Mediante diligencia del 31 de octubre de 2008, el “abogado José Ramón Varela Varela, ya identificado, actuando en su carácter de apoderado judicial de la parte accionante solicitó que ‘(...) la citación de la parte demandada ‘Oceanlink Offshore III AS’, se verifique en la persona del ciudadano Capitán de Navío Juan Carlos Flores Zavala, (...) en su carácter de Director de la Agente Naviera (Oficina Coordinadora de Apoyo Marítimo de la Armada-OCAMAR) (...)’; dicho requerimiento fue acordado por auto del 4 de noviembre de 2008”.

E 10 de noviembre de 2008, el “a quo ordenó comisionar al Juzgado (Distribuidor) Tercero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, a los fines de practicar la citación de la parte demandada, en virtud de la solicitud efectuada por la representación judicial de la parte accionante el 6 de ese mismo mes y año”.

El 25 de noviembre de 2008, el “Secretario del Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas dejó constancia de haber recibido la comisión N° C-485/08, proveniente del Juzgado Segundo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, debidamente cumplida.

Mediante diligencia de fecha 9 de diciembre de 2008, el abogado José Manuel Vilar Bouzas, inscrito en el INPREABOGADO bajo el N° 112.137, actuando en su carácter de apoderado judicial del ciudadano Marko Vukosa, de nacionalidad italiana, titular del Pasaporte Italiano No. A-163878, Capitán de la embarcación ‘M/N Nobleman’; y de la sociedad mercantil Oceanlink Offshore III AS, se dio por citado en nombre de sus representados y manifestó su rechazo a la citación practicada a la mencionada empresa en la persona de OCAMAR, por estar viciada, dado que ésta es el agente naviero designado por ASTIVENCA. En esa misma fecha, presentó escrito de oposición a la medida cautelar en el cuaderno de medidas”.

Por auto del 12 de diciembre de 2008, el “tribunal de la causa acordó abrir un cuaderno separado

a los fines de tramitar la incidencia relacionada con la citación del demandado; razón por la cual acordó suspender el curso de la causa. Contra dicho pronunciamiento, la representación judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue oído en un solo efecto, remitiéndose las actuaciones correspondientes al Juzgado Superior Marítimo. En esa misma fecha, el a quo, en el cuaderno de medidas, declaró improcedente el inicio del procedimiento incidental de oposición a la medida cautelar decretada en fecha 07 de octubre de 2008, y negó el levantamiento de dicha medida mediante la constitución de garantía”.

Mediante escritos presentados el 16 de diciembre de 2008, el “*abogado José Ramón Varela Varela, ya identificado, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil ASTIVENCA Astilleros de Venezuela, C.A., rechazó y contradijo el alegato de vicio en la citación formulada por la representación judicial de la parte demandada*”.

Por decisión del 22 de enero de 2009, el “*Tribunal de Primera Instancia Marítimo con competencia Nacional repuso la causa al estado en ‘que transcurra el término de la comparencia de la parte demandada OCEANLINK OFFSHORE III AS, así como el término de la distancia, contado desde la ciudad de Puerto La Cruz, para lo cual se otorgan cuatro (4) días.’. Contra dicha decisión la representación judicial de la parte demandante apeló en fecha 23 de enero de 2009, siendo negado el recurso el 30 de ese mismo mes y año, con fundamento en el artículo 878 del Código de Procedimiento Civil*”.

En escrito presentado el 12 de febrero de 2009, el “*abogado Franklin Elioth García, inscrito en el INPREABOGADO (sic) bajo el N° 69.995, actuando con el carácter de apoderado judicial de las sociedades mercantiles Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore opuso ‘con carácter previo y de manera conjunta las defensas previas y de fondo’, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 865 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo*”.

Mediante decisión del 17 de febrero de 2009, el “*Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas declaró con lugar la cuestión previa opuesta por la parte demandada, contenida en el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia, que el Poder Judicial no tiene jurisdicción para conocer el presente caso*”.

El 18 de febrero de 2009, el “*abogado José Manuel Vilar, actuando con el carácter expresado, solicitó la ampliación de la decisión dictada el 17 de ese mes y año, por haberse omitido el levantamiento de la medida cautelar de prohibición de zarpe de la embarcación M/N Nobleman, atracada en el puerto de Puerto La Cruz*”.

Por sentencia del 19 de febrero de 2009, el “tribunal de la causa resolvió la solicitud de aclaratoria interpuesta por la representación judicial de la parte demandada, dejando sin efecto la medida cautelar de prohibición de zarpe del buque M/N Nobleman, ordenando comunicar mediante oficio a la Capitanía de Puerto de Puerto La Cruz, conforme a lo previsto en el artículo 104 de la Ley de Comercio Marítimo”.

En escrito presentado el 20 de febrero de 2009, el “abogado José Ramón Varela Varela, ya identificado, actuando con el carácter de apoderado judicial de ASTIVENCA Astilleros de Venezuela, C.A, interpuso recurso de regulación de jurisdicción. Mediante escrito presentado el 25 de febrero de 2009, el abogado Franklin Elioth García Rodríguez, ya identificado, actuando con el carácter de apoderado judicial de la parte demandada, dio ‘contestación a la solicitud de regulación de jurisdicción presentada por la representación de la demandante’ (...)”.

Por auto dictado el 26 de febrero de 2009, el Tribunal de Primera Instancia Marítimo con competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, acordó remitir las actuaciones a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y, mediante sentencia N° 687 del 21 de mayo de 2009, la mencionada Sala declaró “improcedente la regulación de jurisdicción planteada por la representación judicial de la demandante [Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.] y, en consecuencia, se declara que el Poder Judicial venezolano no tiene jurisdicción para conocer del caso de autos, razón por la cual se confirma la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Marítimo en fecha 17 de febrero de 2009, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por el apoderado judicial de las empresas Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore; asimismo, se confirma la decisión del 19 del mismo mes y año, en la que se amplió la decisión del 17 de febrero de 2009, dejando sin efecto la medida cautelar de prohibición de zarpe del buque M/N Nobleman”.

II DE LA SOLICITUD DE REVISIÓN

La parte actora presentó solicitud de revisión, con fundamento en los siguientes alegatos:

Denunció la violación del principio de confianza legítima y el derecho a la igualdad conforme al criterio contenido en sentencia N° 1.032/2003 (caso: “Poliflex, C.A.”) de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Así, afirmó que “para la fecha en que se interpuso el recurso de casación (sic) que dio lugar a la sentencia objeto de revisión y de hecho, hasta el momento que se dictó la referida decisión, la Sala Político Administrativa de ese Máximo Tribunal había mantenido pacífica y reiteradamente el criterio de que con la posición asumida en el fallo bajo examen en donde expresamente se estableció que cualquier actuación

distinta a la oposición de la falta de jurisdicción como acto inicial del proceso por parte del demandado constituye la renuncia tácita de la cláusula arbitral. Máxime si se toma en cuenta que la denuncia de citación defectuosa resultaba injustificada en virtud de la aplicación del criterio finalista de dicha actuación, según el cual, la citación tiene como objeto poner en conocimiento del demandado un asunto litigioso y ello fue efectivamente logrado en la causa, con lo cual de haberse querido ejercer la cláusula compromisoria jurisdiccional, debía ser invocada en el primer acto procesal de comparecencia efectiva de de (sic) demanda, esto es el nueve de diciembre de 2008 ”.

Que muestra del cambio de criterio denunciado respecto al “sometimiento tácito a la jurisdicción”, lo constituyen el contenido de las sentencias Nros. 1.209/2001 y 832/2002 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Que “*ciertamente, hasta que se dictó la decisión cuya revisión se solicita la Sala [Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia] (...) mantuvo reiteradamente un criterio cuya modificación debió ser aplicada con efectos ex nunc, a los fines de salvaguardar el principio de seguridad jurídica, que resultó violentado al aplicar un nuevo criterio al caso en estudio*”.

Que “*la oposición que hizo la demandada se refirió a ‘la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado...’, es decir que la demandada efectivamente lo que hizo fue oponer la cuestión previa contenida en el ordinal 4 del artículo 346, aún cuando no haya dicho que lo hacía en virtud de esa norma. En tal sentido, ha explicado esta Sala en numerosas oportunidades que el procedimiento civil se caracteriza- por tener etapas preclusivas, y que la observancia de dichas etapas es de orden público y está íntimamente ligada a la garantía de las partes del debido proceso, derecho a la defensa, tutela judicial efectiva y certeza jurídica, es decir, a derechos constitucionales de las partes. En este orden de ideas, resalta el hecho de que cuando la demandada hizo su primera comparecencia, la etapa en la que se encontraba el juicio era la regida por los artículos 865 y 866, es decir que la actuación que le era dada hacer a la demandada era la de oponer sus ‘defensas previas’ y de fondo. La demandada hizo solamente lo primero, esto es, atacó la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado. Ello sin duda alguna debe tomarse como la interposición de la cuestión previa contenida en el ordinal 4 del artículo 346, con los efectos legales consiguientes. Al hacerlo, por operación del artículo 865, agotó la única y preclusiva oportunidad que tenía para oponer defensas previas y de fondo, única oportunidad también de oponer la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos para decidir la controversia so pena de tenerse como sometiéndose tácitamente a la jurisdicción de los tribunales venezolanos*”.

Que “*de no revisarse la sentencia de la Sala Político Administrativa, quedaría implícita una autorización para que los demandados opongan una a una las cuestiones previas contenidas en el artículo 346, llamándolas con nombres distintos y sin señalar dicho artículo, y luego, después de haber opuesto todas cuantas se les ocurrieran, opongan las defensas de fondo. Ello causará una incertidumbre total al*

demandante sobre el inicio de la siguiente etapa del procedimiento, vulnerando en consecuencia las interpretaciones que sobre los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la certeza jurídica ha establecido esa Sala Constitucional. En efecto, luego de haber opuesto la defensa previa sobre la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, siguiendo la tesis planteada por la Sala Político Administrativa, la demandada podría perfectamente, por ejemplo, ‘indicar’ al Tribunal -sin mencionar en ningún momento el ordinal 7 del artículo 346-, que ‘...el juicio planteado es improcedente por cuanto existe una condición que no se ha cumplido...’; o -sin mencionar el ordinal 8- podría pedir al Tribunal que ‘...suspenda la causa por cuanto existe una cuestión judicial que debe decidirse antes de que el procedimiento pueda continuar...’; o -sin mencionar el ordinal 9- ‘...pedir al tribunal que abra una incidencia para demostrar la existencia de la cosa juzgada...’; y así con los 11 ordinales del artículo 346, agotados los cuales podría incluso comenzar todo el proceso de nuevo. Entretanto, no tendría certeza el actor en cuanto al procedimiento aplicable para contradecir o subsanar la cuestión planteada y, mas grave aun, en cuanto a la fecha exacta en la que comenzaría la siguiente fase del proceso, que es nada mas y nada menos que la fase dentro de la cual las partes tienen la carga de promover las pruebas de las que se quieran valer. El punto es que la primera actuación de la demandada fue efectivamente oponer la cuestión previa contenida en el ordinal 4 del artículo 346 y no puede dársele preeminencia a las formas y a las menciones hechas u omitidas por la demandada sobre las realidades de su actuación y sobre la naturaleza jurídica de la misma”.

Que “el artículo 865 establece expresamente que en el procedimiento oral el demandado tiene una sola oportunidad para oponer sus ‘defensas previas y de fondo que creyere conveniente alegar’. Es decir que cuando compareció la demandada y opuso la cuestión previa contenida en el ordinal 4 del artículo 346, esa era preclusivamente la oportunidad que tenía para proponer todas sus defensas previas y de fondo, incluyendo, claro está, la defensa de falta de jurisdicción, lo cual no hizo. Por el carácter de preclusividad, las defensas previas y de fondo que opusiera la demandada en esa oportunidad serían las únicas que podría oponer, y entre ellas brilla por su ausencia la defensa de falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos para decidir la controversia planteada. Sin embargo, la Sala Político Administrativa erróneamente concluyó que: ‘...sus actuaciones no estaban dirigidas en forma alguna a ejercer defensas de fondo...’ Ello, además de ser irrelevante en relación a la aplicación del artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado, también es francamente contrario a las disposiciones de los artículos 865 y 866 del Código de Procedimiento Civil, y en tal sentido subvierte el procedimiento de tal manera que crea absoluta indefensión al actor, efectivamente dando al demandado más de una oportunidad -quién sabe cuántas- para oponer defensas previas y de fondo”.

Que “la Sala Político Administrativa omitió considerar que, si bien la demandada no opuso en su primera comparecencia defensas de fondo, también es cierto que la oportunidad en la que opuso la defensa preliminar de falta de legitimación de la persona citada, era la única y preclusiva oportunidad para oponer las defensas de fondo (Vid., Artículo 865, Código de Procedimiento Civil). El hecho de que en

el mismo acto la demandada no haya también opuesto defensas de fondo sólo implica que la demandada no cumplió con su carga procesal. Pero la Sala Político Administrativa pareciera 'premiar', en desmedro de la seguridad jurídica, tal omisión al sostener que como la demandada no opuso defensas de fondo en su primera actuación -que era la única oportunidad que tenía para hacerlo-, su omisión sería premiada al no tenerla como una sumisión tácita a la jurisdicción de los tribunales venezolanos. De hecho, la tesis de la Sala Político Administrativa llevaría al absurdo de permitir a un demandado contumaz, que no compareció a contestar al fondo ni a presentar pruebas que le favorecieran, a cuestionar la jurisdicción de los tribunales venezolanos en su primera comparecencia, cualquiera que ella fuera, incluso en fase de ejecución de sentencia. Tal absurdo subvertiría las más elementales normas procesales y, sin duda alguna, golpearía duro la labor integradora de esa Sala Constitucional de garantizar la supremacía constitucional, en específico las interpretaciones sobre los derechos a la defensa, el debido proceso y a una tutela judicial efectiva del actor. De manera que, sin lugar a dudas, incluso si se aceptara la interpretación errónea que del artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado hizo la Sala Político Administrativa, el criterio aplicable debe ser, no cuándo la demandada opone la falta de jurisdicción, sino más bien si lo hizo en la oportunidad procesal de oponer sus defensas de fondo. En este caso no lo hizo en esa oportunidad, y el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado sanciona su omisión con el efecto de la 'sumisión tácita' a la jurisdicción tácita de los tribunales venezolanos. Así solicitamos formalmente sea declarado. Más aún, la conclusión de la Sala Político Administrativa directamente lesionó el derecho y garantía al debido proceso del actor, y justifica la declaratoria con lugar del recurso extraordinario de revisión, como efectivamente solicitamos se declare”.

Que “al entender las actuaciones habidas de la forma indicada, la Sala Político-Administrativa premió la inactividad de la parte demandada y, más allá de eso, dio lugar a una clara tergiversación del proceso en puntos fundamentales que determinan violaciones constitucionales, pues al permitirse que la parte demandada oponga cuestiones previas sin que éstas sean tratadas como tales, creó la posibilidad de que existan varias oportunidades para oponer cuestiones previas por el solo hecho de que el demandado no identifique su escrito como tal; conllevando dicha errada interpretación que la parte actora (ni tampoco la demandada) sepan o conozcan de antemano el proceso aplicable, la etapa en la cual se encuentra el mismo, las defensas o actuaciones que debe llevar a cabo y el inicio de la etapa preclusiva siguiente. Así, no tendrá certeza el actor, luego de enfrentar el 'cuestionamiento' que hizo la demandada de la legitimidad de la persona citada para recibir tal citación -sin ser tratado como cuestión previa-, de los lapsos dentro de los cuales puede oponerse o subsanar la situación, y de los lapsos dentro de los cuales debe promover sus pruebas, lapso éste que comienza luego de resueltas las cuestiones previas opuestas (Vid. Artículo 867, Código de Procedimiento Civil), toda vez que, como señaló la Sala Político Administrativa, aun cuando la defensa opuesta fue la contenida en el ordinal 4 del artículo 346, siendo que la demandada no nombró esa norma, entonces no debe tenerse como cuestión previa. Tal absurdo, sin lugar a dudas, subvierte el procedimiento y coloca al actor en incertidumbre absoluta, lo cual, como ha decidido esta Sala en tantas oportunidades, vulnera su derecho a la defensa, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la

certeza jurídica”.

Que “no cabe duda, ciudadanos Magistrados, que con la aludida actuación se pretendían señalar las siguientes defensas: a) la incapacidad del citado como representante del demandado; b) la revocatoria del agente naviero OCAMAR y la designación de uno nuevo; y, c) la errónea fijación del término de distancia. Todos estos argumentos constituyen defensas propias de un demandado y no son parte ni de la oposición a la medida de embargo (como veremos más adelante), ni mucho menos tienen que ver con la falta de jurisdicción, únicos supuestos que permite la Ley de Derecho Internacional Privado como propios para no subsumirse a la legislación venezolano”.

Que “lo anterior sin duda alguna hace aplicable la norma contenida en el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado y en ese sentido debe considerarse que, en vista de que en su primera comparecencia la demandada no opuso la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos para decidir la controversia, debe tenersele como habiéndose sometido implícitamente, por operación de la institución de la sumisión tácita a la jurisdicción, a la jurisdicción de los tribunales venezolanos, y así solicitamos formalmente que se declare”.

Por otra parte, solicitó *“medida cautelar de suspensión de efectos de la sentencia bajo examen (...) y se restituya la prohibición de zarpe de la moto nave Nobleman ”.*

Finalmente, solicitó que en la sentencia definitiva se declarara ha lugar la solicitud de revisión interpuesta.

III DE LA SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El pronunciamiento jurisdiccional sometido a revisión de esta Sala, lo constituye la sentencia N° 687 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 21 de mayo de 2009, mediante la cual se declaró que *“improcedente la regulación de jurisdicción planteada por la representación judicial de la demandante [Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.] y, en consecuencia, se declara que el Poder Judicial venezolano no tiene jurisdicción para conocer del caso de autos, razón por la cual se confirma la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Marítimo en fecha 17 de febrero de 2009, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por el apoderado judicial de las empresas Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore; asimismo, se confirma la decisión del 19 del mismo mes y año, en la que se amplió la decisión del 17 de febrero de 2009, dejando sin efecto la medida cautelar de prohibición de zarpe del buque M/N Nobleman”*, sobre la base de las siguientes consideraciones:

“debe atenderse a lo alegado por la parte demandada al oponer la cuestión previa, respecto a que los tribunales venezolanos carecen de jurisdicción por haberse incluido dentro del Memorando de Entendimiento suscrito entre las partes, una cláusula de arbitraje y que en virtud de la existencia de elementos de extranjería, resulta aplicable el orden de prelación de las normas previsto en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, lo que hace aplicable, a su decir, la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, así como la Ley de Arbitraje Comercial y la Ley de Comercio Marítimo.

Por su parte la actora, al interponer la regulación de jurisdicción, indica que en el caso de autos se evidencia que ‘la sociedad mercantil ‘OCEANLINK’ se sometió tácitamente a la jurisdicción de los Tribunales venezolanos’, toda vez que ‘la primera actuación de la demandada ejecutada en fecha 9 de diciembre de 2008, fue la de oponerse a la medida de embargo decretada por el Tribunal Marítimo de Primera Instancia y simultáneamente, en el cuaderno principal, oponer la defensa de falta de legitimidad del citado’; además señala que ‘el artículo 11 de la Ley de Comercio Marítimo no permite la derogatoria voluntaria de la jurisdicción venezolana en el presente caso’ y que ‘los tribunales venezolanos tienen jurisdicción exclusiva para decidir esta controversia por cuanto el buque objeto de la presente acción se encuentra en aguas venezolanas’.

Ahora bien, se observa que el caso de autos ciertamente presenta elementos de extranjería relevantes, como el domicilio de la parte demandada (Ciudad de Oslo –Noruega-), el objeto del contrato de compra venta contenido en el Memorando de Entendimiento es el buque ‘Nobleman’, el cual se encuentra registrado en Douglas –capital de la Isla de Man-; por lo que resultarían aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 39 y siguientes de la Ley de Derecho Internacional Privado, las cuales regulan los supuestos en los que los tribunales venezolanos tienen jurisdicción. No obstante, visto que lo invocado por la parte demandada es la existencia de una cláusula de arbitraje que impide a la jurisdicción venezolana conocer de la demanda incoada, debe atenderse a lo previsto en el Memorandum de Entendimiento suscrito el 22 de marzo de 2008, entre Oceanlink Offshore AS y Oceanlink Mangment AS (vendedoras) y la empresa Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. (compradora del Buque ‘Nobleman’) (folio 165 al 178 de la primera pieza), debidamente traducido por intérprete público, en cuya Cláusula 16 se dispuso lo siguiente:

‘16. Arbitraje

*a) * Este acuerdo será regido e interpretado de acuerdo con la ley inglesa y cualquier disputa originada por este Acuerdo será referida a arbitraje en Londres.*

** 16 a), 16 b) y 16 c) son alternativas; se suprime cualquiera que no sea aplicable. En ausencia de supresiones, se aplica la alternativa 16 a).’*

La cláusula anteriormente transcrita establece que las partes contratantes sometan a arbitraje la resolución de las diferencias que se pudieran originar con ocasión del Memorando; en efecto, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial consagra expresamente la posibilidad de que las partes sometan a arbitraje la resolución de controversias o disputas, mediante un acuerdo denominado ‘acuerdo de arbitraje’; dicha norma reza:

‘Artículo 5: El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el cual las partes deciden someterse a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria’ (...).

Así, al estar el acuerdo de arbitraje contemplado en una cláusula contractual, el mismo adquiere carácter vinculante para las partes que han suscrito el contrato, quienes por dicha disposición renuncian a acudir ante los órganos jurisdiccionales ordinarios a someter sus conflictos.

(...)

Con fundamento en las normas supra transcritas, se observa que en el caso de autos la voluntad de las partes fue la de incluir una cláusula arbitral con el propósito de que en el supuesto de existir

diferencias, ellas acudieran a la figura del arbitraje institucional, previendo excluir con ello a los órganos jurisdiccionales del conocimiento de cualquier disputa relacionada con el contrato de compra venta del buque. De igual forma, observa la Sala que la controversia suscitada en el presente caso, va referida a diferencias surgidas con ocasión del presunto incumplimiento de un contrato, por lo que al no tratarse de ningún conflicto que excluya al arbitraje, de los indicados en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, sí es posible que las partes sometan sus disputas a la figura del arbitraje.

Asimismo, conviene invocar la Ley Aprobatoria de la 'Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras', publicada en Gaceta Oficial N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994, convención ratificada por Venezuela y Noruega, la cual si bien se aplica, tal como su nombre lo indica, 'al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas; así como a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución'; no es menos cierto que en ella se regula en el Artículo II, lo siguiente:

'ARTÍCULO II

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión 'acuerdo por escrito' denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.' (Resaltado de la Sala)

La disposición antes transcrita obliga a los Estados que hayan suscrito la convención, a remitir las disputas suscitadas entre las partes que han establecido un acuerdo de arbitraje en un contrato, al arbitraje; salvo que se compruebe que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

En este sentido, ha sido criterio reiterado de esta Sala que para la procedencia de la excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, el juez debe valorar los siguientes elementos fundamentales, a saber:

'(a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran, tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros), como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros.

(b).- La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, todas orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas éstas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir.

Elementos éstos, de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia:

b'1) La denominada 'Renuncia Tácita al Arbitraje', cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en 'forma: ex ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil', la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconviniendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión ficta). También, se considerará como renuncia tácita, aun y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en 'forma' esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil). (Véanse, entre otras, sentencias números 1209 y 832, de fechas 20 de junio de 2001 y 12 de junio de 2002, casos: Hoteles Doral C.A. e Inversiones San Ciprian, C.A., respectivamente).

El fallo parcialmente transcrito, consagra dos supuestos en los que se considera que ha operado 'la renuncia tácita al arbitraje'; el primero se refiere al caso en el que el demandado, una vez apersonado en juicio, no haya opuesto la cuestión previa de falta de jurisdicción, sino que, por el contrario, haya ejercido defensas de fondo, bien contestando la demanda, bien reconviniendo. El segundo supuesto, va referido al caso en que el demandado, apersonado en juicio, haya opuesto la existencia de la cláusula de arbitraje, pero no mediante el mecanismo procesal idóneo, cual es el ejercicio de la cuestión previa relativa a la falta de jurisdicción.

En cuanto al primer supuesto, referido a que el demandado una vez apersonado en juicio haya ejercido defensas de fondo y no haya opuesto la cuestión previa de falta de jurisdicción, se observa que la representación judicial del ciudadano Marko Vukosa, Capitán del buque M/N Nobleman y de la sociedad mercantil Oceanlink Offshore III AS, en la primera oportunidad en la que actuó en el expediente, esto es, el 9 de diciembre de 2008, se dio por citado en nombre de sus representados, y alegó que la citación de la mencionada empresa estaba viciada, por cuanto se practicó en la persona del agente naviero OCAMAR designado por ASTIVENCA, dado el carácter de fletador del citado buque; al mismo tiempo, en el cuaderno separado, se opuso a la medida cautelar de prohibición de zarpe dictada el 7 de octubre de 2008, y solicitó subsidiariamente el levantamiento de la misma por medio de la constitución de una caución.

Dichas actuaciones, a criterio de la demandante, son evidencia de la voluntad por parte de la demandada de someterse a la jurisdicción de los tribunales venezolanos, por cuanto en la primera oportunidad en la que se dio por citada no opuso la cuestión previa de falta de jurisdicción; al respecto debe esta Sala precisar que si bien la primera actuación de la representación judicial de la demandada no fue la de oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción, sus actuaciones no estaban dirigidas en forma alguna a ejercer defensas de fondo, como sería por ejemplo el haber dado contestación a la demanda o haber incoado una reconvencción. Por el contrario, su primera actuación fue la de darse por citado y denunciar el error en la práctica de la citación de la parte demandada, error que fue reconocido por el Tribunal de Primera Instancia Marítimo en decisión dictada el 22 de enero de 2009, al acordar la reposición de la causa a los fines de que transcurriera el término de la comparecencia de la empresa Oceanlik Offshore III AS, así como el término de distancia [denuncia esta que, contrariamente a lo indicado por la parte demandante, no fue opuesta como cuestión previa –ordinal 4º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil-], luego de lo cual en fecha 12 de febrero de 2009, presentó las defensas previas y de fondo, en atención a lo previsto en el artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, aplicable de conformidad con el artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo.

Asimismo se precisa, que la oposición a la medida cautelar de prohibición de zarpe efectuada por la parte demandada en la misma fecha 9 de diciembre de 2008, no configura una renuncia tácita a la cláusula de arbitraje, toda vez que lo que perseguía era simplemente enervar los efectos que la medida podía ocasionar sobre el buque objeto del contrato y en ningún momento puede entenderse dicha actuación como una defensa de fondo.

Lo anterior tiene fundamento jurídico en la disposición contenida en el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado, que señala: 'La sumisión tácita resultará, por parte del demandante,

del hecho de interponer la demanda y, por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva’.

De otra parte, en cuanto al segundo supuesto en el que opera la renuncia tácita del arbitraje, es decir, referido al caso en que el demandado, una vez apersonado en juicio, no haya hecho uso del mecanismo procesal idóneo para oponer la existencia de la cláusula de arbitraje; se observa que en el caso de autos el apoderado judicial de la parte demandada opuso oportunamente la cuestión previa de falta de jurisdicción, medio procesal apropiado para alegar la existencia de la cláusula de arbitraje; de lo cual se concluye que no hay evidencia que, en el caso de autos, la parte demandada haya querido renunciar, ni tácita ni expresamente, al empleo de este medio alternativo de resolución de conflictos.

A mayor abundamiento, de las actas procesales que conforman el expediente se observa que la parte demandada, al oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción, señaló:

‘En ejecución del referido acuerdo de arbitraje, en fecha 1° de diciembre de 2008 (su) representada a través de sus representantes legales Nordisk Legal Services, procedió a informar a ‘ASTIVENCA’ que con arreglo a la Cláusula 16 del MOA válidamente suscrito entre las partes llamaba a ARBITRAJE, con ocasión del reclamo de aquélla por las pérdidas sufridas como resultado del incumplimiento por parte de ‘ASTIVENCA’ respecto del pago de US\$ 2.500.000 (...) invitándole en consecuencia, al nombramiento conjunto de un árbitro para tratar sobre la disputa (...). Seguidamente (su) representada procedió con la presentación formal de la Demanda de Arbitraje (Claims submissions) de fecha 30-01-09, en la que reclama a ‘ASTIVENCA’ una cifra superior a los US\$ 15.000.000,00, y cuya recepción fue conformada por los árbitros de ambas partes, esto es, Robert Gaisford y Alec J. Kazantzis (...)’.

En efecto, consta en autos comunicaciones debidamente traducidas por intérprete público, en las cuales los representantes judiciales de las empresas en conflicto se encuentran efectuando las gestiones necesarias a los fines de designar los árbitros que llevarán a cabo el procedimiento de arbitraje en Londres, en cumplimiento al Memorando de Entendimiento; señalamiento que no fue rechazado por la contraparte al ejercer la regulación de jurisdicción, de todo lo cual puede inferirse que, efectivamente, ya las partes han decidido someterse al arbitraje.

Señala por otro lado la representación judicial de la parte accionante, que en el presente caso se evidencia que hubo una ‘sumisión expresa a la jurisdicción de los tribunales venezolanos’ por parte de la demandada, al haber indicado que ‘en la oportunidad procesal correspondiente presentará ciertas pruebas [manifestando] su acuerdo con que el juicio siga ante el Tribunal de la causa’; respecto de este argumento debe precisar la Sala que la actuación en la que se fundamenta la accionante es la diligencia presentada por la representación judicial de la parte demandada el 9 de diciembre de 2008, en la que expuso lo siguiente:

‘Por cuanto OCEAN LINK OFFSHORE III AS; en su condición de propietario de la M/N NOBLEMAN, de conformidad con el artículo 32 de la Ley de Comercio Marítimo, y con antelación a la presunta citación, designó como agente naviero a la sociedad mercantil ANTILLANA DE TRANSPORTE, C.A., para atender al buque en referencia en la Circunscripción Acuática de Guanta-Puerto La Cruz, teniendo en consecuencia dicho agente naviero la representación activa y pasiva, en virtud de lo cual acreditaremos su nominación en la oportunidad procesal pertinente (...)’.

De la anterior transcripción, en forma alguna evidencia la Sala que se haya pretendido someter expresamente a la jurisdicción de los tribunales venezolanos el conocimiento de la disputa suscitada, más aun cuando dicha sumisión [expresa] debe constar por escrito, en atención a lo previsto en el artículo 44 de la Ley de Derecho Internacional Privado; por el contrario, lo que si se constata de las actuaciones efectuadas por la representación judicial de la parte demandada, es la voluntad de someterse al arbitraje y de sustraer el conflicto de la jurisdicción.

Otro aspecto que requiere un análisis, es el relativo al argumento formulado por la parte demandante en el escrito de regulación de jurisdicción, referido a la presunta invalidez que tendría la cláusula de arbitraje ‘por ser de fecha anterior al incumplimiento por parte de la demandada y a la

acción interpuesta por (su) representada'; al respecto debe aclararse que el arbitraje como medio de autocomposición procesal, puede estar previsto en una cláusula de arbitraje contenida en un contrato, acuerdo en el que las partes convienen en forma anticipada en sustraer del conocimiento del Poder Judicial, las controversias que se susciten entre ellas, por lo que su previsión anticipada en ninguna forma invalida la cláusula de arbitraje. (Vid. sentencia de esta Sala N° 01356 del 31 de julio de 2007 caso: SAFEC SANTANDER)

Asimismo, en cuanto al alegato relativo a que los tribunales venezolanos tienen jurisdicción exclusiva 'por cuanto el buque objeto de la presente acción se encuentra en aguas venezolanas', de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Comercio Marítimo, se observa que dicha norma prevé lo siguiente:

'Artículo 12. Además de la jurisdicción que atribuye la Ley de Derecho Internacional Privado en sus artículos 39 y 40, deberán someterse al conocimiento de la Jurisdicción Especial Acuática, las acciones que se intenten con motivo de las disposiciones que regulan el comercio marítimo, la navegación por agua, la exploración y la explotación de recursos ubicados en el espacio acuático nacional, así como las acciones sobre buques inscritos en el Registro Naval Venezolano, independientemente de la jurisdicción de las aguas donde se encuentran y sobre los buques extranjeros que se encuentren en aguas en las que la República ejerza derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción, las operaciones que tengan lugar en las zonas portuarias y cualquier otra actividad que se desarrolle en el espacio acuático nacional.'

La norma antes transcrita atribuye a la llamada Jurisdicción Especial Acuática, el conocimiento de las acciones allí indicadas, relacionadas con buques extranjeros que se encuentren en aguas en las que la República ejerza derechos exclusivos de soberanía; en el caso de autos se trata de un buque que si bien se encontraba en aguas venezolanas respecto de las que la República ejerce derechos exclusivos de soberanía, lo que pudiera implicar, en principio, que el conocimiento de los autos sí corresponde a la jurisdicción venezolana y específicamente a la llamada Jurisdicción Especial Acuática, no es menos cierto que con la estipulación de la cláusula de arbitraje las partes previeron someter sus disputas al arbitraje y, que en todo caso, no se ve afectado el orden público venezolano.

De igual forma, debe precisarse en cuanto a lo indicado por el recurrente, en el sentido de que los tribunales venezolanos tienen jurisdicción exclusiva para conocer de los autos, que el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado, consagra el principio de inderogabilidad de jurisdicción o jurisdicción exclusiva; dicha norma establece que:

'Artículo 47. La jurisdicción que corresponde a los Tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente a favor de Tribunales extranjeros, o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano.'

El presente caso no está referido a ninguno de los supuestos contenidos en dicha norma, respecto de los cuales no es posible que las partes convencionalmente se sometan al arbitraje.

En cuanto al alegato formulado por la parte demandante referido a que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Comercio Marítimo, no existe norma alguna que 'admita' la derogatoria convencional de la jurisdicción de los tribunales venezolanos en el supuesto de hecho que genera la controversia planteada; debe atenderse, en primer lugar, a lo establecido en la norma, la cual reza:

'Artículo 11. En los casos en los que se admita, una vez producido el hecho generador de la acción, la jurisdicción que corresponda a los tribunales venezolanos, podrá declinarse a favor de tribunales o al procedimiento de arbitraje.'

Dicha norma viene a ratificar los argumentos expuestos en el presente fallo, en el sentido de que cuando algún tribunal de la llamada Jurisdicción Especial Acuática esté conociendo de una controversia planteada, podrá declinarse el asunto al procedimiento de arbitraje, siempre que ello sea permitido ('se admita'), esto es, en aquellos casos en los que no se trate por ejemplo de

jurisdicción exclusiva, lo cual, como se explicó, no se da en el caso de autos y que la cláusula de arbitraje sea válida (que como se indicó supra sí lo es), por lo que carece de sentido el razonamiento empleado por la parte demandante, para pretender restar validez a la cláusula de arbitraje, pues es la misma norma (artículo 11) la que faculta la derogatoria de jurisdicción en los procedimientos de arbitraje.

Finalmente, en lo que respecta a las incidencias surgidas en el presente caso, esta Sala declara el decaimiento del objeto de las mismas, al carecer el Poder Judicial venezolano de jurisdicción para conocer de la demanda interpuesta.

En consecuencia, resulta forzoso para esta Sala declarar improcedente la regulación de jurisdicción planteada por la representación judicial de la demandante y, en consecuencia, se declara que el Poder Judicial venezolano no tiene jurisdicción para conocer del caso de autos, razón por la cual se confirma la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Marítimo en fecha 17 de febrero de 2009, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por el apoderado judicial de las empresas Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore; asimismo, se confirma la decisión del 19 del mismo mes y año, en la que se amplió la decisión del 17 de febrero de 2009, dejando sin efecto la medida cautelar de prohibición de zarpe del buque M/N Nobleman”.

IV DE LA COMPETENCIA

Debe esta Sala determinar su competencia para conocer la presente revisión y al respecto observa que conforme lo establece el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, la Sala Constitucional tiene atribuida la potestad de “(...) *revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva (...)*”.

Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 25, cardinales 10 y 11, atribuye a esta Sala la competencia para “*Revisar las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los tribunales de la República, cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación; o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales* ” y “*Revisar las sentencias dictadas por las otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala el numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o cuando incurran en violación de derechos constitucionales*”.

Ahora bien, por cuanto en el caso de autos se trata de una sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala se declara competente para revisar el referido fallo. Así se decide.

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Llegada la oportunidad para decidir, esta Sala observa:

Solicitó la actora a esta Sala Constitucional el ejercicio de la facultad de revisión concedida por el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y consagrada en el artículo 25, cardinales 10 y 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, con respecto a la sentencia N° 687 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 21 de mayo de 2009, mediante la cual se declaró *“improcedente la regulación de jurisdicción planteada por la representación judicial de la demandante [Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.] y, en consecuencia, se declara que el Poder Judicial venezolano no tiene jurisdicción para conocer del caso de autos, razón por la cual se confirma la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Marítimo en fecha 17 de febrero de 2009, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por el apoderado judicial de las empresas Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore; asimismo, se confirma la decisión del 19 del mismo mes y año, en la que se amplió la decisión del 17 de febrero de 2009, dejando sin efecto la medida cautelar de prohibición de zarpe del buque M/N Nobleman”*.

Al respecto, cabe destacar que el ejercicio de la facultad de revisión establecida en la citada norma es discrecional. En efecto, la Sala señaló en la decisión del caso *“Corpoturismo”* a que se hizo mención en el capítulo anterior del presente fallo, que dicha norma constitucional es *“(…) una potestad estrictamente excepcional, extraordinaria y discrecional (…)”* y por lo tanto *“(…) en lo que respecta a la admisibilidad de tales solicitudes de revisión extraordinaria esta Sala posee una potestad discrecional de admitir o no admitir el recurso cuando así lo considere (…)”*.

De esta manera, la *“(…) Sala puede en cualquier caso desestimar la revisión, ‘sin motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales’ (…)”*.

En este sentido, la discrecionalidad que se le atribuye a la facultad de revisión constitucional, no debe entenderse como una nueva instancia y, por lo tanto, la solicitud en cuestión se admitirá sólo a los fines de preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o cuando exista una deliberada violación de preceptos de ese rango, así como cuando se contraríen criterios de esta Sala, lo que será determinado en cada caso, siendo siempre facultativo de la Sala su procedencia.

La labor tuitiva del texto Constitucional mediante la revisión extraordinaria de sentencias, no se cristaliza de forma similar al establecido para los recursos de gravamen o impugnación, diseñados para cuestionar la sentencia, para ese entonces, definitiva. Para la revisión extraordinaria el hecho configurador

de la procedencia no es el mero perjuicio, sino que, además, debe ser producto de un desconocimiento absoluto de algún precedente dictado por esta Sala; de la indebida aplicación de una norma constitucional, de un error grotesco en su interpretación o, sencillamente, de su falta de aplicación, lo cual se justifica en el hecho de que en los recursos de gravamen o de impugnación existe una presunción de que los jueces de instancia o casación, de ser el caso, actúan como garantes primigenios de la Carta Magna. Sólo cuando esa presunción logra ser desvirtuada es que procede, en tales casos, la revisión constitucional de la sentencia.

No puede pretenderse que la revisión constitucional sustituya ningún medio ordinario o extraordinario, incluso el amparo, por cuanto, mediante esta facultad discrecional que tiene esta Sala, no procede de manera directa la protección y garantía de los derechos constitucionales que, supuestamente, hubieren sido infringidos en el caso concreto, sino que por el contrario, busca de manera general, objetiva y abstracta, la obtención de criterios unificados de interpretación constitucional y no el resguardo de derechos e intereses subjetivos y particularizados del solicitante.

En el presente caso, se cuestiona entre otras denuncias, la aplicación dada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a la “denominada ‘Renuncia Tácita al Arbitraje’...”, conforme a las sentencias Nros. 1.209/01 y 832/02, indicadas en la respectiva solicitud de revisión.

Al respecto, debe advertirse que el fallo N° 1.209/01 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, estableció que:

“correspondiendo a esta Sala determinar a quién corresponde la jurisdicción para dirimir la presente causa, observa, que resultará perentorio -como punto preliminar para acometer semejante tarea- la estimación de los siguientes elementos:

(i) Determinar la validez de la cláusula compromisoria, esto, no con el propósito inmediato de dictar una decisión sobre aspectos del fondo de la litis, sino, precisamente, en el sentido de advertir o no la eficacia de la cláusula arbitral en cuanto a que pueda sustraer o no al Poder Judicial del conocimiento que de rango constitucional detenta sobre las causas que les sean sometidas por los ciudadanos que pretendan hacer uso del derecho al libre acceso a los órganos de administración de justicia -(Vid. Artículos 26 y 253 de la CRBV) y;

(ii) Si de lo que se desprende de las cláusulas contractuales, existe o no, una manifiesta, expresa e incuestionable voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las disputas, desavenencias y controversias que puedan presentarse con ocasión a la interpretación, ejecución y terminación del contrato, y en su lugar, someterlo al conocimiento privado de árbitros mediante la emanación de un Laudo Arbitral definitivo e inapelable.

(iii) Si de lo que se desprende de las conductas procesales -en vía judicial- puede advertirse o no una disposición indubitada para hacer valer en ‘forma’ la excepción de arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria, esto es, si para el primer momento de apersonado en juicio alguna de las partes opuso la incompetencia del tribunal ordinario con base a una cláusula compromisoria de arbitraje cuya eficacia se aduce.

(...)

De suerte tal, que el arbitraje constituye una excepción y eclipse a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver por imperio de la ley, todas las querellas que les sean sometidas por los ciudadanos a su conocimiento, en uso del derecho constitucional de la tutela

judicial efectiva de sus derechos e intereses previstos en los artículos 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De allí que, tal régimen de excepción, exige el cumplimiento y la verificación de una manifestación de voluntad inequívoca y expresa de las partes involucradas, pues de lo contrario, el relajamiento de tales extremos comportaría de manera inexorable, la propugnación de un estado de inseguridad jurídica perenne, en donde de acuerdo a las circunstancias, cada parte opondría según su conveniencia, la sustracción o no de las causas del conocimiento del poder judicial.

En efecto, tal preocupación por mantener una seguridad jurídica firme en cuanto sea verificada una manifestación de voluntad inequívoca, expresa e indubitada al momento de someter o comprometer en árbitros, se encuentra plasmada tanto en los textos legales sustantivos (artículos 1.688 y 1.689 del Código Civil) como los adjetivos (artículo 154 del Código de Procedimiento Civil), y de origen más reciente, en leyes especiales (Artículo 3 y literal (a) del artículo 44, ambos de la Ley de Arbitraje Comercial: publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430 del 7 de abril de 1998) (...)”.

Por su parte, la decisión N° 832/02 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se circunscribe a señalar lo siguiente:

“Ahora bien, ha sido criterio reiterado de esta Sala, que para la procedencia de la excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, el juez debe valorar los siguientes elementos fundamentales:

‘(a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran, tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros), como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros.

(b).- La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, toda (sic) orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas éstas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir.

Elementos éstos, de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia:

b’1) La denominada ‘Renuncia Tácita al Arbitraje’, cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en ‘forma: ex ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil’, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconviniendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión ficta). También, se considerará como renuncia tácita, aún y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en ‘forma’ esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil).

(...)

b’2) Como segundo aspecto a ser valorado, se observa la tentativa de ‘Fraude Procesal en el

Arbitraje’.

En efecto, una vez que las partes han celebrado un contrato contentivo de una cláusula compromisoria o de un pacto independiente de arbitraje para dirimir sus eventuales diferencias en torno al desarrollo, interpretación y terminación de una relación contractual, resulta probable que en el ámbito procesal puedan verificarse conductas de índole adjetivo, destinadas a revertir la voluntad previa contenida en un compromiso arbitral. En ese sentido, debe distinguirse de aquellas conductas, que si bien se encontrarán orientadas a revertir los efectos del compromiso arbitral, no obstante, no poseen una vocación de sorpresa o fraude en detrimento de la posición litigiosa de la parte co-contratante; de otras, manifiestamente destinadas a subvertir el sano y adecuado cauce procesal de las disputas y querellas que no sólo pueden evidenciar una postura acomodaticia de la parte frente a los resultados de uno y otro proceso, sino más grave aún, la inseguridad jurídica procesal que puede generar la existencia de causas y decisiones contradictorias, y el desarrollo de etapas y actos procesales en sumo grado inútiles o realizados en vano’ (véanse, entre otras, sentencias de fechas 20 de junio de 2001 y 29 de enero de 2002, casos Hoteles Doral, C.A., y Banco Venezolano de Crédito, S.A.C.A., respectivamente)”.

Dado el alcance de los criterios jurisprudenciales parcialmente transcritos respecto a la institución del arbitraje, esta Sala a los fines de resolver la solicitud interpuesta, pasa a conocer del fondo del asunto planteado en los siguientes términos:

1.- El sistema de justicia y el arbitraje.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se incluyó en el sistema de administración de justicia a los medios alternativos de resolución de conflictos, y se exhortó su promoción a través de la ley, promoción ésta que a juicio de esta Sala, se materializa con el ejercicio de la iniciativa legislativa, la cual ha de procurar el desarrollo y eficacia del arbitraje, la conciliación, la mediación y demás medios alternativos de solución de conflictos. Sobre este particular, los artículos 253 y 258 de la Constitución establecen lo siguiente:

“(…) Artículo 253. (...) El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.

(...)

Artículo 258. (...)

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (...)” (Subrayado de la Sala).

Al respecto, esta Sala ha señalado que *“(…) la Constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los que se encuentra el arbitraje. Esa ampliación implica, a no dudarlo, un desahogo de esa justicia ordinaria que*

está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, célere y ajena a formalidades innecesarias (...). Así, a través de mecanismos alternos al del proceso judicial, se logra el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia (...). A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje (...)” (Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08).

Por ello, el deber contenido en el artículo 258 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se agota o tiene como único destinatario al legislador (Asamblea Nacional), sino también al propio operador judicial (Poder Judicial), en orden a procurar y promover en la medida de lo posible la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos y adoptar las medidas judiciales necesarias para promover y reconocer la efectiva operatividad de tales medios, lo cual implica que las acciones típicas de la jurisdicción constitucional, no sean los medios idóneos para el control de los procedimientos y actos que se generen con ocasión de la implementación de los medios alternativos de resolución de conflictos - Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008-.

Así, se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que *“el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje”* -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-; pero dejando a salvo que lo anterior, no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional (por ejemplo la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisibles a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

También con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, han entrado en vigencia un conjunto de normas que evidencian la aceptación y tendencia del ordenamiento jurídico patrio por incluir y desarrollar al arbitraje como un medio eficaz para la resolución de conflictos. Incluso, ha sido tan generosa la labor legislativa para el desarrollo del *desideratum* constitucional (ex artículo 258), que se le ha incluido

en materias que, tradicionalmente, ni el propio legislador había aceptado la posibilidad de implementar cualquier mecanismo alternativo para la resolución de conflictos.

A juicio de esta Sala, *“al ampliar la Constitución el sistema de justicia con la inclusión de el arbitraje al de la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial, se replanteó el arquetipo del sistema de justicia, lo cual si bien implica un desahogo de la justicia ordinaria, comporta que el arbitraje no pueda ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz y, por lo tanto, excluye la posibilidad que el arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos sean calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial. Con ello, en términos generales debe afirmarse que el derecho a someter a arbitraje la controversia, implica que la misma puede y debe ser objeto de arbitraje en los precisos términos y ámbitos que establece el ordenamiento jurídico vigente”* -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008-.

Así, el arbitraje no se limita o se realiza con el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258), sino se materializa en *“la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz”* -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-, lo cual se traduce en que la procedencia y validez del arbitraje, se verifica en la medida en que éste responda a los principios y límites que formal y materialmente el ordenamiento jurídico ha establecido al respecto -vgr. Procedencia del arbitraje, validez del laudo arbitral, entre otras-, por lo que el arbitraje trasciende el simple derecho individual de los particulares a someterse al mismo -en los términos de las normas de derecho comparado- y se erige como una garantía de éstos a someterse a un proceso (arbitral) accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo y sin dilaciones indebidas.

De ello resulta pues, que en el contexto jurídico filosófico de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ‘justicia arbitral’ no puede percibirse como un compartimento estanco y diferenciado de la ‘justicia estatal’, ya que ambas persiguen *“por vías distintas pero complementarias, el mismo ideal de justicia”* -Cfr. OPPETIT, BRUNO. *Teoría del Arbitraje*. Legis, Colombia, 2006, p. 45-, con lo cual debe abandonarse toda concepción que reduzca -en términos generales- al arbitraje a un puro fenómeno contractual, a pesar que su origen sea fundamentalmente de tal naturaleza; ya que al ser el arbitraje parte de la función jurisdiccional, el árbitro se ve investido de la *jurisdictio* en los términos que ordenamiento jurídico establezca.

En todo caso, esta perspectiva del arbitraje como parte de la función del Estado de impartir justicia, no abandona o excluye una visión contractualista del mismo, que posibilita equilibrar la posición jurisdiccional planteada, permitiendo afirmar el carácter excepcional de la participación de los órganos jurisdiccionales en el arquetipo del sistema arbitral, con lo que cualquier interpretación y aplicación normativa en la materia, responde al principio según el cual debe preferirse toda interpretación que

favorezca el arbitraje y afrontar de manera restrictiva la intervención jurisdiccional ordinaria, conforme al brocardo “*exceptio est strictissimae applicationis*”; ya que las partes, al optar por el arbitraje “*escogieron un método que reduce la participación judicial a un pilar dentro de un sistema que tiene ventajas y desventajas (...)*” -Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO. *El Arbitraje y la Judicatura*. Editorial Porrúa, México, 2007, p. 15- y, en el cual, la “*interacción de la justicia ordinaria y el arbitraje, obedece a la combinación de caracteres de autonomía y efectividad que acompañan al mecanismo arbitral*” -Vid. TALERO RUEDA, SANTIAGO. *Arbitraje Comercial Internacional, Instituciones Básicas y Derecho Aplicable*. Temis, 2008, Bogotá, p. 227-.

Al respecto, la doctrina ha reseñado que “*(...) ‘al surgir todo procedimiento arbitral del libre albedrío de las partes, es decir, de su voluntad expresa, en pleno uso de sus facultades, de subyugar, total o parcialmente, determinado o determinable conflicto, a la jurisdicción de un árbitro o tribunal arbitral, se demuestra la intencionalidad de las partes de prescindir del Poder Judicial del Estado (...). De tal forma que toda resolución emitida por jueces o tribunales que recaiga sobre cuestiones que no sean propiamente de orden o interés público y que además, hayan sido explícitamente encomendadas al poderío exclusivo de un determinado árbitro o tribunal arbitral, incluyendo toda cuestión relativa a la validez, nulidad o inexistencia de la cláusula arbitral, acabaría violentando el principio de autonomía de la voluntad de las partes, de modo tan alarmante, que se vería pisoteado tanto en su sano albedrío como la razón de existencia de todo procedimiento, medio o instrumento alternativo que intente de manera justa, viable y eficaz, dar solución al sinnúmero de conflictos que se suscitan en el creciente tráfico de negocios y servicios de la sociedad de hoy’ (...)*” -Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO. *Ob. Cit.*, p. 15-.

Incluso debe reiterarse, que en la sentencia N° 1.541/08 (publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008) esta Sala estableció que la inserción del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas “*sensibles*” como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras; en la medida que:

“Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse per se a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo -vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras-, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva.

Por ello, ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a que sea la ley especial y no otra la norma de fondo la que deban aplicar los árbitros, en tanto los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial.

La estipulación en un contrato de cualquier medio alternativo para la resolución de controversias, no supone entonces renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial, porque tales medios deben aplicarla preferentemente, lo cual en forma alguna permite afirmar la anulación del ejercicio de competencias administrativas en materia de policía administrativa, conforme al estatuto atributivo de específicas potestades en determinada materia -vgr. En materia de bancos, seguros, valores y competencia a las respectivas Superintendencias o en materia de arrendamiento a las Direcciones de Inquilinato-, sino por el contrario, es admitir que en el ordenamiento jurídico vigente el hecho que se haya pactado un arbitraje no altera el régimen protector o de derecho público aplicable a cada área, en tanto la misma se constituye en la elección de un medio distinto a la vía judicial, al momento de una pretensión pecuniaria entre las partes”.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, cabe afirmar que la relación entre los órganos del Poder Judicial y los de arbitraje a los fines de lograr **“por vías distintas pero complementarias, el mismo ideal de justicia”**, se generan un conjunto de relaciones jurídicas que suponen una necesaria asistencia y, comportan igualmente, un control que garantice la eficacia de los medios de resolución de conflictos como una manifestación del derecho fundamental a una tutela “judicial” efectiva, en los términos expuestos en la sentencia de esta Sala N° 192/08.

Así, como ejemplos de la **necesaria asistencia entre los órganos del Poder Judicial y los órganos arbitrales**, puede destacarse que al reconocerse los poderes cautelares de los árbitros, en la medida que el órgano arbitral constituido conforme a la ley, esté plenamente facultado para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, lo que abarca, incluso su potestad implícita para resolver lo atinente a la oposición que pudiera formularse en su contra; y dado que su potestad jurisdiccional no tiene más alcance en esta materia, es imperativo que para proceder a su ejecución solicite la asistencia de los órganos del Poder Judicial, siendo indispensable, que el órgano arbitral dé cuenta al Juzgado cuyo auxilio pretende, sobre la legitimidad de su constitución y los títulos sobre los cuales funda su actuación, como bien podrían ser los instrumentos fehacientes que contengan la cláusula o acuerdo arbitral, aquellos donde conste su efectiva designación, constitución y facultades; todo en absoluto resguardo de la seguridad jurídica y previendo la actuación fraudulenta en perjuicio de terceros -Vid. Sentencia de esta Sala N° 572/05-.

Igualmente, se ha recalcado en la constitucionalidad de la exigencia de una caución por parte del juez ordinario que conozca de un recurso de nulidad contra un laudo arbitral, ya que dada la naturaleza excepcional del recurso y que la intención del legislador es precisamente garantizar la efectividad del laudo una vez dictado, la constitución de una caución para lograr la suspensión del laudo cuya nulidad se recurre, es una forma de garantizar a las partes del proceso que resulten cubiertas ante los eventuales daños o perjuicios que puedan experimentar por la suspensión en su ejecución, mientras se espera la resolución definitiva del recurso propuesto -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.121/07-. Reconociéndose así, que una de las más importantes manifestaciones de la tutela judicial efectiva (ex artículo 26 constitucional) es el derecho de la parte gananciosa a ejecutar aquellos fallos favorables, sin la admisibilidad de tácticas dilatorias temerarias por la parte perdedora.

También la Sala ha asumido principios universalmente aceptados en la materia, orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico que contiene al compromiso arbitral (*severability*, que plantea la distinción entre la alegación de nulidad del contrato, de la referida a la cláusula arbitral, evitando así “*torpedear*” al mecanismo con tan sólo alegar la nulidad del negocio de que se trate); así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (*kompetenz-kompetenz*), conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana -Vid. Sentencias de esta Sala N° 827/01 y de la Sala Político Administrativa N° 5.249/05-.

Asimismo, la legislación vigente ofrece otros ejemplos de **asistencia** tales como la designación de árbitros -Cfr. Artículo 17 de la Ley de Arbitraje Comercial- o la obtención de pruebas antes y durante el proceso arbitral -Cfr. Artículo 28 *eiusdem*-.

Por otra parte, desde el ángulo de las relaciones de **control** entre los órganos del Poder Judicial y los órganos arbitrales, la Ley de Arbitraje Comercial en sus artículos 43 al 47 prevé la **anulación de los laudos** o, su reconocimiento “*por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir exequatur, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias*”, conforme a los artículos 48 de la Ley de Arbitraje Comercial y con las excepciones contenidas en el artículo 49 *eiusdem*.

Ahora bien, no escapa al análisis de esta Sala que históricamente ha existido cierta reticencia frente al arbitraje por parte de algunos de los órganos del Poder Judicial, fundamentalmente por considerar que los pactos arbitrales constituyen una derogatoria de la jurisdicción de los tribunales judiciales -vale decir en una pérdida de poder o debilitamiento de las funciones que le son otorgadas constitucionalmente-; todo lo cual deviene en inaceptable, no sólo por el incuestionable desarrollo actual de la institución como un medio alternativo con rango constitucional, sino más importante aún, por el hecho que semejante posición significaría desconocer a los pilares fundamentales que sustentan al mecanismo como una institución viable y efectiva que, se insiste, forma parte del sistema de justicia (Vid. artículo 253 constitucional).

En tal sentido, si se afirman como cinco los elementos primordiales que debe mostrar una adecuada regulación del arbitraje, a saber “*validez y eficacia del convenio arbitral, autonomía de las partes, amplios poderes a los árbitros, intervención judicial sólo como apoyo al arbitraje, e intangibilidad del laudo arbitral*” -Cfr. MANTILLA SERRANO FERNANDO, *La Ley de Arbitraje. Una Perspectiva Internacional*, Iustel, Madrid, 2005, página 29-, éstos sólo pueden realizarse eficazmente, **en la medida que la aparente tensión entre las jurisdicciones ordinaria y arbitral, sea sustituida por una visión que postule la necesaria e inevitable cooperación entre las mismas.**

Sobre este aspecto, comparte esta Sala las consideraciones de MUSTILL en cuanto a que idealmente, el manejo de los conflictos arbitrables debería parecerse a una carrera de relevos. En las fases iniciales, cuando los árbitros no se han hecho cargo de la disputa, el bastón está al alcance de los tribunales, por cuanto para ese momento no hay ninguna otra organización que pueda tomar medidas para prevenir la falta de efectividad del pacto arbitral. Cuando los árbitros asumen sus funciones, toman el testigo y lo conservan hasta la expedición de un laudo. En este estadio, no teniendo funciones adicionales, los árbitros retornan el bastón de forma tal que los tribunales, en caso necesario, prestan sus poderes coercitivos para la efectividad del laudo. Pero en la vida real esto no es tan claro. Muy pocos comentaristas aseverarían en la actualidad que las funciones legítimas de los tribunales cesan íntegramente cuando los árbitros reciben el expediente y, correlativamente, muy pocos dudarían que hay un punto donde aquellos asumen un papel netamente subordinado -Cfr. MUSTILL, MICHAEL. *Part III: Comments and Conclusions, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, The ICC International Court of Arbitration, París, 1993, p. 119 y GAMBOA MORALES, NICOLÁS. *La Inmunidad Soberana de Jurisdicción en el Marco del Arbitraje Comercial Internacional. Evolución y Actualidad*. Universidad del Rosario, Colombia, 2007-.

Corolario de todo lo anterior, es que el análisis judicial de las instituciones del arbitraje debe abandonar cualquier postura dogmática o excluyente que genere un sobredimensionamiento del aspecto contractual que da origen al sometimiento de las partes al sistema arbitral, de forma tal que se desconozca la necesaria participación de los órganos del Poder Judicial para la efectividad de ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos -vgr. Medidas cautelares-; o bien que asuma una visión hipertrofiada de la actividad jurisdiccional, que termine por afectar el núcleo esencial del sistema de arbitraje como un medio idóneo y eficaz para la resolución de conflictos -vgr. El pernicioso análisis de fondo sobre cuestiones relativas a la validez o existencia del acuerdo de arbitraje, como será tratado *infra*-.

2.- Del arbitraje y la falta de jurisdicción.

El concepto de jurisdicción a la luz de la justicia de paz y los medios alternativos de resolución de conflicto previstos en los artículos 253 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se recoge en la doctrina sentada por esta Sala en su sentencia N° 1.139/00 (caso: “*Héctor Luis Quintero Toledo*”), el cual reza textualmente:

“Ahora bien, la jurisdicción consiste en la potestad o función del Estado de administrar justicia, ejercida en el proceso por medio de sus órganos judiciales (Conf. Piero Calamandrei. Derecho Procesal Civil. Tomo I, p. 114. EJEA. Buenos Aires. 1973). Son los órganos judiciales con los que la autoridad mantiene el orden, cuando se produzcan ciertas situaciones entre los justiciables, y estos órganos pueden ejercer, conforme a la ley, una jurisdicción de equidad o una de derecho, por lo que los jueces de equidad, creados por el Estado, forman parte del orden jurisdiccional. A ese fin, la

jurisdicción administra justicia, resolviendo conflictos, mediante un proceso contradictorio que es resuelto por una persona imparcial, autónoma e independiente. Cuando el artículo 26 de la vigente Constitución garantiza una justicia equitativa, tiene que estar refiriéndose a la jurisdicción de equidad.

Como antes la Sala advirtió, los órganos jurisdiccionales, que conforman el segmento: jurisdicción, están organizados jerárquicamente, de manera que entre ellos no pueden surgir otros conflictos que los de competencia, siendo impensable dentro del área jurisdiccional, litigios entre diversos tribunales por causas que conocen, siendo una excepción al que un tribunal sin mediar apelación o consulta, juzgue los actos, sentencias y resoluciones de otro tribunal, a menos que se trate de cuestiones de orden público, como el fraude procesal o la revisión, donde se encuentran implicadas conductas de particulares que son realmente los afectados, que permiten a un juez enfrentarse a lo decidido por otro juez. Pero este conocimiento en la revisión, ocurre excepcionalmente, y por lo regular, producto de la iniciativa de las partes y no del órgano jurisdiccional.

Dentro de las posibilidades legales de que la actividad de un órgano jurisdiccional sea juzgado por otro, sin mediar la apelación o la consulta, se encuentra la del artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el cual permite que un juez superior al que emite un pronunciamiento u ordene un acto, conozca de un amparo contra dicho fallo o acto, si con él se lesiona un derecho o garantía constitucional. En este caso excepcional, es cierto que se rompe el principio de la unidad de la jurisdicción, sin embargo funciona la pirámide organizativa de la jurisdicción, y es el superior quien juzga al inferior, y ello ocurre porque las partes y no el órgano incoan el amparo. Los tribunales fueron concebidos para dirimir conflictos, no estando entre sus poderes o facultades el pedir justicia mediante litigios. Se requiere que el orden que impone la Ley Orgánica del Poder Judicial a los órganos de administración de justicia, se cumpla.

Ahora bien, los jueces de paz pertenecen al sistema judicial, son órganos jurisdiccionales, como lo son los árbitros y otras figuras que pueda crear la justicia alternativa, y son jueces de equidad, según el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, siendo excepcionalmente jueces de derecho, conforme al mismo artículo que reza:

“Los Jueces de Paz procurarán la solución de conflictos y controversias por medio de la conciliación. Cuando ello no fuere posible, dichos conflictos y controversias se resolverán con arreglo a la equidad, salvo que la Ley imponga una solución de derecho. Los Jueces de Paz también resolverán conforme a la equidad cuando así lo soliciten expresamente las partes”.

No puede considerarse que esta forma (la alternativa) de ejercicio de la jurisdicción, esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el poder judicial, por lo que a pesar de su naturaleza jurisdiccional, estos Tribunales actúan fuera del poder judicial, sin que ello signifique que este último poder no pueda conocer de las apelaciones de sus fallos, cuando ello sea posible, o de los amparos contra sus sentencias.

La justicia alternativa (arbitramentos, justicia por conciliadores, etc.), es ejercida por personas cuya finalidad es dirimir conflictos, de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio; produce sentencias (artículos 45 y 46 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz) que se convierten en cosa juzgada, ejecutables (lo que es atributo jurisdiccional, y que aparece recogido en el numeral 1 del artículo 9, y en los artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, así como en las normas sobre ejecución del laudo arbitral de la Ley de Arbitraje Comercial, y en el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil), y por tanto es parte de la actividad jurisdiccional, pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa”.

Al margen de la delimitación orgánica contenida en la sentencia parcialmente transcrita, es de destacar como ya se señaló *supra*, que conforme a la jurisprudencia vinculante de esta Sala, **el arbitraje**

postula el principio de cooperación y subsidiariedad de la actividad judicial, que comporta no sólo un parámetro interpretativo de las competencias o instituciones relacionadas con el sistema de justicia arbitral, sino desde el punto de vista material, el garantizar que los órganos del Poder Judicial deban intervenir asistiendo o controlando el procedimiento arbitral o sus efectos, así como evitar que tales órganos interfieran en la actividad jurisdiccional conferida por el ordenamiento jurídico a los árbitros -Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.139/00 y 1.541/08-.

Así, en orden a resolver el asunto planteado a consideración de esta Sala, sólo se hará referencia a la operatividad de la “*excepción de arbitraje*” frente a la jurisdicción ordinaria y, en particular, a su tratamiento jurisprudencial por parte de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en relación con la jurisprudencia de esta Sala en materia de arbitraje. A tal efecto, el parámetro conceptual sobre la base del cual la Sala Político Administrativa aborda este tema, se encuentra recogido entre otras, en la sentencia N° 2.571/05, conforme a la cual se señala lo siguiente:

“Ahora bien, si bien por una parte se constitucionalizan los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, sin embargo, debe erradicarse el uso tergiversado que de ellos se pretende, en aras de garantizar los cánones y principios del sistema de administración de justicia.

Por ello, para la procedencia de la excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, el juez debe valorar los siguientes elementos fundamentales:

‘(a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran, tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros), como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros.

(b).- La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, toda (sic) orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas éstas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir.

Elementos éstos, de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia:

b’1) La denominada ‘Renuncia Tácita al Arbitraje’, cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en ‘forma: ex ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil’, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconviendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión ficta). También, se considerará como renuncia tácita, aún y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en ‘forma’ esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil).

(...)

b'2) Como segundo aspecto a ser valorado, se observa la tentativa de 'Fraude Procesal en el Arbitraje'.

En efecto, una vez que las partes han celebrado un contrato contentivo de una cláusula compromisoria o de un pacto independiente de arbitraje para dirimir sus eventuales diferencias en torno al desarrollo, interpretación y terminación de una relación contractual, resulta probable que en el ámbito procesal puedan verificarse conductas de índole adjetivo, destinadas a revertir la voluntad previa contenida en un compromiso arbitral. En ese sentido, debe distinguirse de aquellas conductas, que si bien se encontrarán orientadas a revertir los efectos del compromiso arbitral, no obstante, no poseen una vocación de sorpresa o fraude en detrimento de la posición litigiosa de la parte contratante; de otras, manifiestamente destinadas a subvertir el sano y adecuado cauce procesal de las disputas y querellas que no sólo pueden evidenciar una postura acomodaticia de la parte frente a los resultados de uno y otro proceso, sino más grave aún, la inseguridad jurídica procesal que puede generar la existencia de causas y decisiones contradictorias, y el desarrollo de etapas y actos procesales en sumo grado inútiles o realizados en vano'. (Sentencia de fecha 20 de junio de 2001, caso: 'Hoteles Doral, C.A.')".

De igual forma, la denominada "excepción de arbitraje" ha sido resuelta de forma similar por la mencionada Sala Político Administrativa, en la sentencia N° 5.245/05, conforme a la cual se señaló que:

"el arbitraje constituye una excepción a la jurisdicción que tienen los tribunales de la República para resolver por imperio de la ley, todos los litigios que sean sometidos a su conocimiento, en ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De allí que tal régimen de excepción, exige el cumplimiento y la verificación de una manifestación de voluntad inequívoca y expresa de las partes involucradas; de lo contrario, el relajamiento de tales extremos comportaría de manera inexorable el estímulo de un estado de inseguridad perenne, en donde de acuerdo a las circunstancias cada parte opondría, según su conveniencia, la sustracción o no de las causas al conocimiento del poder judicial.

En tal sentido, esta Sala considera necesario determinar la validez de la cláusula compromisoria, así como verificar si existe expresa voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las controversias suscitadas entre las partes; y, finalmente, constatar la disposición indubitada de hacer valer la excepción de arbitraje, a fin de precisar la jurisdicción a la que corresponde dirimir la causa bajo análisis.

Desde esta perspectiva, se hace imprescindible en el caso bajo examen, analizar los siguientes elementos fundamentales:

a. Validez y eficacia de la cláusula compromisoria; esto es, el apego a los requisitos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como en el objetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

b. Expresa voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las controversias suscitadas entre las partes.

c. Disposición indubitada de hacer valer la excepción de arbitraje".

De una simple lectura de las sentencias parcialmente transcritas, se advierte que las mismas parten de una premisa que bien puede calificarse como procesalmente válida -en la medida que la cuestión previa contenida en el artículo 346.1 del Código de Procedimiento Civil, es una pretendida "excepción" relativa a la falta de jurisdicción de los tribunales para resolver un determinado caso sometido a arbitraje-; **pero que en forma alguna puede ser utilizada como arquetipo fundacional sobre la base del cual interpretar**

con carácter general, las relaciones de asistencia o control entre los órganos del Poder Judicial y el sistema de arbitraje.

Ciertamente, cuando esta Sala afirmó la unidad funcional y teleológica de las actividades desarrolladas por los tribunales de la República y el sistema arbitral -Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.139/00 y 1.541/08-, **se niega cualquier concepción que comporte asumir una visión de incompatibilidad entre la “jurisdicción” y el arbitraje.** En tal sentido, el ordenamiento jurídico aplicable se caracteriza por la necesaria colaboración entre el arbitraje y los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial como partes integrantes del sistema de justicia, cuyo objetivo final debe ser la consecución de una sociedad justa de conformidad con los artículos 3, 26 y 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; de suerte tal que siendo coherentes con esta visión, no puede entonces seguir sosteniéndose que el arbitraje sea, en puridad de conceptos, una “excepción”.

Por ello, los **principios de competencia-competencia y de la autonomía del pacto arbitral se constituyen en el régimen jurídico estatuario del arbitraje**, en eslabones cardinales para garantizar el “derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje” (Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08), en la medida que al ser la competencia del órgano del arbitraje consecuencia de un pacto -arbitral- que determina el ámbito de la competencia del mismo, **es necesario reconocer a éstos su competencia para resolver los asuntos que se encuentren enmarcadas por la correspondiente estipulación**, tal como lo señala la Ley de Arbitraje Comercial en sus artículos 7 y 25, los cuales establecen que:

“Artículo 7°. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.

(...)

Artículo 25. El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite.

Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, conocer una excepción presentada fuera del lapso si considera justificada la demora”.

Asimismo, conviene invocar la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, publicada en Gaceta Oficial N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994, la cual regula en su Artículo II, el principio competencia-competencia (cuya vigencia es incuestionable en nuestro foro), en los siguientes términos:

“Artículo II

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
2. La expresión 'acuerdo por escrito' denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.
3. **El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable**" (Destacado de la Sala).

Asimismo, conviene reseñar similar disposición contenida en el artículo 8 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que inspiró a la vigente Ley de Arbitraje Comercial venezolana (1993), que estatuye lo siguiente:

"Artículo 8.- Acuerdo de Arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal.

1) El Tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. (Destacado de la Sala).

Así, el principio competencia-competencia permite al Tribunal Arbitral decidir acerca de su propia competencia (independientemente de lo que sostenga un tribunal nacional), incluso sobre las relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje; por lo que puede afirmarse el carácter bifronte del mismo, bien desde una **perspectiva positiva**, o en la potestad de los árbitros de resolver sobre su propia competencia aun respecto a cuestiones relativas a la validez o existencia del acuerdo de arbitraje (vgr. artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial) o, en relación a su **aspecto negativo, conforme al cual los tribunales no deben decidir en paralelo y con el mismo grado de profundidad sobre la validez, eficacia o aplicabilidad que los órganos arbitrales** (vgr. Artículo II.3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras) -Vid. GAILLARD, EMMANUEL y BANIFATEMI, YAS. *Negative Effect of Competence-Competence: The rule of Priority in Favour of the Arbitrador*, en la obra *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, the New York Convention in Practice*, Edited by GAILLARD, EMMANUEL y DI PIETRO, DOMENICO. Cameron May, Londres, 2008, p. 257-273-; y sobre el cual debe señalarse lo siguiente:

"(...) El principio Compétence-Compétence y el de autonomía del acuerdo arbitral son las dos instituciones más típicas del derecho arbitral. Para entenderse deben estudiarse en forma conjunta. Aunque tienen un mismo punto de partida, buscan evitar dos peligros distintos. El punto de partida es uno: el deseo de dar efectos al pacto de las partes de recurrir al arbitraje en lugar de al litigio tradicional. Para aquilatar su impacto, imaginemos por un momento un mundo en el que no existe el principio de Compétence. En caso que de una controversia surgiera entre las

partes derivada de un contrato con un acuerdo arbitral, y una de las partes cuestionara el alcance de la jurisdicción del árbitro, tendría que recurrirse a un juez estatal para que decida si el universo de controversias que se someten ante el árbitro caen dentro de su legítima competencia. El resultado sería irónico además de contrario al deseo de las partes: para arbitrar hay que litigar: de desear evitar acudir a tribunales es necesario acudir a tribunales para que decidan remitir a las partes al arbitraje.

Supongamos ahora que el principio de autonomía es inexistente. En caso de que parte de las pretensiones de una de las partes en controversia sea que el contrato o el acuerdo arbitral es nulo, dado el principio de Competence tendría que arbitrarse dicha controversia para obtener un laudo que decida sobre la validez del contrato. Pero ello podría implicar un absurdo: si el contrato es nulo, el acuerdo arbitral (que es parte del contrato) como accesorio seguiría la suerte de lo principal: el acuerdo arbitral también sería nulo, y el laudo que al amparo del mismo se emita no podría tener efectos jurídicos un resultado tanto lógico como jurídico (según la teoría de las nulidades). De nuevo, se propiciaría un resultado tanto irónico como contrario a la voluntad de las partes; pero merecería un adjetivo adicional: ridículo se generaría la obligación de arbitrar para obtener un laudo que resuelva sin efectos jurídicos, pues ex nihilo nil fit.

Como puede verse, ambos principios tienen un mismo punto de partida. En esencia, son principios que dan efectos a la voluntad de acudir al arbitraje y no acabar en tribunales.

Existe cierto traslape entre ambos. Es gracias al principio de autonomía que una reclamación sobre la validez del contrato o acuerdo arbitral no impactará la competencia del tribunal arbitral; y es como resultado del principio de compétence que un árbitro puede aquilatar la validez tanto de la cláusula arbitral como del contrato en su totalidad.

Pero cada uno aporta un valor agregado distinto. Compétence hace que un árbitro pueda analizar su competencia y decidir que carece de la misma en forma jurídica y lógicamente congruente; y la autonomía permite determinar que el contrato es defectuoso sin desestabilizar los cimientos jurídicos de la decisión (el laudo). Pero y es aquí donde existe una sutileza que es importante notar si bien autonomía permite resistir una reclamación de que el acuerdo arbitral es inválido dado que el contrato es nulo, sin compétence dicho principio solo no permitiría que un árbitro proceda con el arbitraje cuando la reclamación versa sobre el acuerdo arbitral. Dicho resultado es propiciado por compétence.

Como puede verse, ambos principios son los dos cimientos indispensables para edificar la estructura jurídica que permitirá darle efectos al pacto arbitral. Se trata de instancias de ingeniería jurídica inteligentemente utilizada para resolver un obstáculo que la trayectoria al objetivo deseado encontró (...)” -Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO. El Principio Compétence-Compétence Revisado, en la Revista de la Corte Española de Arbitraje, ISSN 0213-2761, N° 2007, 2007, p. 63-84-

Ahora bien, la cuestión no radica en determinar la existencia o no del principio competencia-competencia en el ordenamiento jurídico venezolano -situación por lo demás clara a favor del mismo-, sino su aplicación en aquellos casos en los cuales una de las partes que acordó someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan generarse entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje; decide acudir e iniciar un proceso ante los órganos del Poder Judicial.

En tales supuestos, el carácter bifronte del principio competencia-competencia se pone de manifiesto en su aspecto negativo, pero igualmente cabe plantearse cuál es el grado de intensidad en la revisión de la cláusula compromisoria que el juez debe asumir.

Sobre este tema, desde el punto de vista del Derecho Comparado, no existía unidad de criterios en relación con el tipo de examen en materia de validez, eficacia o aplicabilidad, pero pueden identificarse dos corrientes en esta materia, unas vinculadas con el control inmediato o de fondo (criterio tradicional) y, otras -mayoritarias en la actualidad- que sostienen un examen preliminar o sumario por parte de los órganos del Poder Judicial.

Así, el control inmediato y de fondo era sostenido -en forma tradicional- por la jurisprudencia inicial de los Estados Unidos, conforme a la cual la revisión del pacto arbitral debía ser de fondo, ya que conforme a la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso “*First Options of Chicago v. Kaplan*”, se consideró que “*las cortes debían ser las encargadas de determinar, de manera exclusiva y por regla general los cuestionamientos relativos a la validez o los alcances del pacto arbitral*” -Vid. TALERO RUEDA, SANTIAGO. *Ob. Cit.*, p. 157-. Situación que ha venido cambiando paulatinamente, dentro de los propios Tribunales de los Estados Unidos, en virtud de que cada día más Cortes han empezado a inclinarse por la llamada postura moderna, que consiste en aplicar el control preliminar a que se refiere el artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, (cuya Ley Aprobatoria en nuestro foro, fue publicada en Gaceta Oficial N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994, antes citada).

En efecto, ya a nivel comparado -y en forma mayoritaria- ha prevalecido el llamado control preliminar y sumario de los tribunales, cuyo origen más elaborado se ubica en el sistema francés, conforme al cual los jueces deben hacer un examen *prima facie* del pacto arbitral y, sólo si se evidencia una manifiesta nulidad del mismo, es sólo allí que no deben remitir a las partes al arbitraje.

Así, en países como Suiza, su Tribunal Federal ha restringido la revisión de las cortes a una verificación “*prima facie*” de la validez, eficacia o aplicabilidad de la cláusula de arbitraje. También tribunales en Ontario (Canadá) y Hong Kong (China) que emplean una similar aproximación al tema, al establecer una revisión sumaria del pacto arbitral, conforme al principio competencia-competencia. En ese mismo sentido, recientemente la Corte Suprema de la India en el caso “*Shin-Etsu Chemical Co. v. Aksh Opticfibre Ltd*”, adoptó la tesis conforme a la cual la revisión judicial sobre la validez, eficacia o aplicabilidad de la cláusula de arbitraje **no puede ser una aproximación exhaustiva y de fondo del pacto arbitral y justificó la revisión “*prima facie*”, en la medida que una revisión a profundidad respecto la validez o nulidad de la misma podía efectuarse mediante el control judicial del laudo arbitral** -Vid. R. DOAK BISHOP, WADE M. CORIELL, and MARCELO MEDINA CAMPOS. *The ‘Null and Void’ Provision of the New York Convention*, en la obra *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, the New York Convention in Practice*, Edited by GAILLARD, EMMANUEL y DI PIETRO, DOMENICO. Cameron May, Londres, 2008, p. 284-.

Ahora bien, sobre la base de las consideraciones expuestas respecto al principio de competencia-competencia y a las relaciones de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje, resulta claro que es en esta última corriente que el ordenamiento jurídico venezolano se inscribe, lo cual no sólo se justifica desde un punto de vista jurídico conceptual, sino desde un enfoque utilitarista, en la medida en que la posibilidad que los órganos arbitrales se pronuncien sobre su propia competencia en ningún caso excluye el control de los tribunales, la cual puede ocurrir de forma plena en el marco de un recurso de nulidad contra el laudo arbitral de conformidad con los artículos 43 y 44 de la Ley de Arbitraje Comercial.

En ese mismo sentido, debe interpretarse por parte de los órganos del Poder Judicial venezolano la disposición contenida en el artículo II.3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, que obliga a los Estados que hayan suscrito la convención, a remitir inmediatamente las disputas suscitadas entre las partes que han establecido un acuerdo de arbitraje en un contrato, al arbitraje; salvo que se “*compruebe*” que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

Respecto a la interpretación y alcance del artículo II.3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, resulta particularmente ilustrativa la tesis sostenida por SANTIAGO TALERO, conforme a la cual, se afirma que:

“el control sumario protege la autonomía de los tribunales arbitrales para decidir preliminarmente acerca de su propia competencia. Sin embargo, no desconoce la celeridad procesal, al facultar a los jueces para señalar, en un momento dado, que el pacto arbitral es manifiestamente nulo, lo cual les evita a las partes adelantar un proceso arbitral inútil. Así mismo, responde al espíritu de la Convención y al del artículo II.3 de la misma, los cuales consisten, en esencia, en dotar de efectividad al arbitraje, sin perjuicio de unas limitaciones razonables, enderezadas a proteger las expectativas de las partes y unas garantías elementales del debido proceso (...).

...omissis...

En efecto, (i) la amplitud normativa que pretende el artículo 11 para el reconocimiento de los pactos arbitrales; (ii) la previsión del artículo III en cuanto a la necesidad de evitar la adopción, en el derecho interno de los Estados, de requisitos de efectividad de los laudos arbitrales, más rigurosos que los aplicables a los laudos domésticos; (iii) el señalamiento, en el artículo V, de una potestad discrecional de los jueces para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero; (iv) la consagración, en el mismo artículo, de causales de denegación del reconocimiento y ejecución de dichos laudos, basadas fundamentalmente en errores de procedimiento -in procedendo- y no en errores sustanciales del laudo -in judicando-; y (v) la inclusión, en el artículo VII, de la posibilidad expresa para que los interesados hagan valer los laudos arbitrales en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dichos laudos se invoquen, constituyen elementos normativos que evidencian, en su contexto, la presencia de un sentido inequívoco de la Convención, consistente en propiciar la efectividad del arbitraje, sin perjuicio de unos controles judiciales razonables (...).

...omissis...

En particular, el artículo 31, numeral primero, de la Convención de Viena, dispone que la interpretación de un tratado se debe realizar “[...] de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y

fin". A su vez, el artículo 33, numeral cuarto, del mismo instrumento, señala (i) que en caso de que un texto del tratado no prevalezca frente a otro, y (ii) que los textos auténticos revelen una diferencia de sentido, resulta necesario adoptar el sentido que mejor concilie los textos, en atención al objeto y fin del tratado.

Como se puede observar, la Convención de Viena se inclina por una interpretación teleológica o finalista del texto de un tratado internacional. La verdadera finalidad de la Convención de Nueva York consiste en proteger la efectividad razonable del arbitraje. Los textos de dicho tratado internacional, vale decir, de la Convención de Nueva York, independientemente de sus diferencias lingüísticas, se deben conciliar para reflejar el objetivo o propósito central de dicha Convención" - Vid. TALERO RUEDA, SANTIAGO. Ob. Cit., p. 155-156-.

De ello resulta pues, que a juicio de esta Sala el alcance de la voz "compruebe" denota bajo una interpretación literal, teleológica y racional de la norma -conforme a la jurisprudencia vinculante de esta Sala según la cual "visto que el mandamiento constitucional a que se refiere el artículo 258 impone el desarrollo, promoción y sana operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el foro venezolano (que compele tanto al legislador como al operador judicial), toda norma legal o interpretación judicial que lo contrarie debe considerarse reñida al texto fundamental y, por tanto, inconstitucional" (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008)-, que la misma no pueda comportar la realización de un examen judicial de fondo y detallado del pacto arbitral, sino una verificación "prima facie", formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral; por lo que los órganos del Poder judicial al no advertir una manifiesta nulidad, ineficacia o inaplicabilidad, deberán remitir al arbitraje, las disputas sometidas a su conocimiento.

No escapa al análisis de esta Sala, que igualmente existiría una amplia discrecionalidad en lo que debe entenderse por una verificación "prima facie", formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que podría derivar en la negación del principio competencia-competencia y la autonomía del acuerdo arbitral como elementos necesarios en nuestro ordenamiento jurídico para la garantizar el arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos. Por ello, este órgano jurisdiccional considera que la verificación sumaria debe limitarse a **(i) la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y (ii) que se excluya cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito.**

Respecto al primer supuesto, el mismo debe interpretarse en los precisos términos del artículo 6° de la Ley de Arbitraje Comercial, conforme a la cual "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato".

Así, el carácter escrito no se limita a la verificación de un documento -cláusula compromisoria-

firmado por las partes a tal efecto -en el mismo documento del negocio jurídico u en otro instrumento-, sino además de circunstancias tales como la manifestación de voluntad que se colige del intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímiles u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo o del cual se derive la manifestación de voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje, con lo cual el juez debe remitir el conocimiento de inmediato de la controversia al órgano arbitral que corresponda (Vid. numerales 3, 4 y 5 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); Párrafo 2 del artículo II de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, y a la Recomendación relativa a su interpretación emitida por la Comisión (CNUDMI) en 2006).

El otro elemento a considerar -que se encuentra intrínsecamente relacionado con el punto anterior-, es que si se advierte una manifestación de voluntad concurrente respecto a la pretensión de someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, los órganos del Poder Judicial no pueden efectuar examen o análisis alguno relacionado con los vicios del consentimiento que puedan derivar de la cláusula arbitral -vgr. Facultades de un representante u órgano de la sociedad mercantil para someter a su representada-.

Esta interpretación vinculante, en forma alguna implicaría una renuncia a la soberanía o al desconocimiento de las potestades que constitucionalmente tienen atribuidos los tribunales de la República, sino por el contrario la materialización de los preceptos y principios contenidos en el Texto Fundamental en los términos expuestos *ut supra*; más aun, cuando el derecho de los particulares a una tutela judicial efectiva se ve garantizado por las normas estatutarias aplicables, particularmente en el artículo 44 de la Ley de arbitraje Comercial, el cual señala los supuestos en los cuales debe decretarse la nulidad de un laudo, a saber:

“Artículo 44. La nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar:

- a) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje;*
- b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos;*
- c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta Ley;*
- d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo;*
- e) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral;*
- f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es*

contraria al orden público”.

Un simple análisis sistémico de la normativa aplicable, evidencia que las causales respecto a la nulidad del laudo tales como las que se refieren a los vicios del consentimiento (artículo 44.b) o a la arbitrabilidad objetiva de la controversia (artículos 3 y 44.f), **no pueden constituirse -bajo una interpretación que niegue la entidad y estatus constitucional del arbitraje-, en mecanismos que vacíen de contenido ese medio alternativo de resolución de conflictos, al someter a una revisión judicial previa -en fase de admisión de una demanda o ante un conflicto de jurisdicción- supuestos propios de un contradictorio pleno -recurso de nulidad- para su determinación en un juicio especial para tal efecto.**

En tal sentido, esta Sala en la sentencia N° 462 del 20 de mayo de 2010, destacó que *“toda la doctrina comparada y nacional, la cual señala como principios generales que la elección de un foro específico para el desarrollo de un procedimiento arbitral y, para que tenga lugar la emisión del laudo definitivo, genera dos consecuencias inmediatas, a saber: (i) expreso consentimiento de las partes en cuanto que podrán ser demandadas en dicho foro, a través de la formalización de un arbitraje (institucional o independiente) y (ii) la exclusión o privación de conocimiento para aquellos tribunales que, en condiciones normales, podrían tener jurisdicción sobre las partes o sobre la controversia misma (Vid. ANDREAS F. LOWENFELD, *Internacional Litigation and Arbitration*. p. 281. American Casebook Series. New York University. 1993)”*.

Aunado a que en ese marco conceptual, *“la pretensión de nulidad de un laudo arbitral se trata de una acción excepcional que sólo puede proceder en los supuestos contenidos en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, orientada a enervar la validez del mismo, ya que su procedencia sólo es posible por motivos taxativos, lo que comporta la imposibilidad de afirmar que tal recurso se constituya en una ‘apelación’ sobre el mérito del fondo”*. Así, cualquier pretensión que propenda la nulidad de forma directa o indirecta debe interponerse conforme a la ley de procedimiento aplicable para ese arbitraje en específico (de acuerdo a lo que haya sido adoptado por las partes en su cláusula compromisoria o acuerdo arbitral), y conforme a las normas de conflicto que resultasen aplicables al Estado que haya sido seleccionado como lugar tanto para el desarrollo del procedimiento arbitral -Cfr. SIXTO SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho Aplicable al Fondo de la Controversia en el Arbitraje Comercial Internacional*. Revista Española de Derecho Internacional. Vol. LXI-2009, Núm. 1, Enero-Junio, Madrid, 2009-, como para la posterior emisión del laudo final, por lo que esta misma Sala señaló en la referida sentencia N° 462 del 20 de mayo de 2010, que:

“desde el punto de vista sustantivo, el contenido y extensión de los supuestos regulados en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, permiten ventilar en el correspondiente juicio de nulidad, denuncias como las formuladas por el presunto agraviado, vinculadas con la violación del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, bien sea por contravención al procedimiento legalmente establecido o bien porque el laudo es contrario a normas de orden público -Cfr. En tal sentido, lo reconoce el artículo 5, de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias

Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (G.O. N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994)- ya que 'los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia, no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial' o que 'en caso que la decisión del correspondiente órgano [arbitral] contrarie el sistema jurídico constitucional interno, la misma sería inejecutable en la República, circunstancia que no debería producirse en la medida que la misma esté fundamentada correctamente en el marco jurídico aplicable para la resolución del correspondiente conflicto, como serían tratados internacionales, leyes o disposiciones contractuales, los cuales en todo caso deberán necesariamente atender a las normas de orden público de cada Estado en los cuales se pretenda ejecutar la decisión' -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.541/08-

Asimismo, desde una perspectiva adjetiva el recurso previsto en los artículos 43 al 47 de la Ley de Arbitraje Comercial, garantiza los derechos de los interesados frente a la posible ejecución del laudo arbitral, en la medida que prevé expresamente que a solicitud del recurrente, el Tribunal pueda suspender la ejecución del mismo, previa constitución de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado -Cfr. Artículo 43 eiusdem y sentencia de esta Sala N° 1.121/07- (...)" -Cfr. Sentencia N° 462 del 20 de mayo de 2010-

En definitiva, sobre la base de las consideraciones expuestas respecto al principio de competencia-competencia y a las relaciones de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje, los órganos del Poder judicial sólo pueden realizar un examen o verificación “*prima facie*”, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que debe limitarse a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y se excluye cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito, en los términos expuestos *ut supra*, y así expresamente se declara.

Ahora bien, es de hacer notar, que el anterior criterio no comporta la negación de las competencias del Poder Judicial relativas a la interposición de los recursos o consultas establecidas en el ordenamiento jurídico adjetivo aplicable, por lo que en aquellos casos en los cuales ante una demanda o acción interpuesta ante los tribunales se plantee la falta o regulación de jurisdicción, resulta plenamente aplicable el contenido de los artículos 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Así se declara.

Por otra parte, el segundo aspecto a ser valorado por esta Sala se encuentra vinculado con “*la existencia de conductas procesales de las partes en disputa, orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje, para lo cual se califican las actividades u omisiones de una parte en juicio, como elementos demostrativos de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir*”, para lo cual se analizara la “*denominada ‘Renuncia Tácita al Arbitraje’ (...)*”.

Para ello, es preciso analizar el contenido y alcance del artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado, que señala que: “*La sumisión tácita resultará, por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, **por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o***

por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva”.

Sobre los supuestos contenidos en el artículo parcialmente transcrito, la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado que cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en forma: ex ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil’, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconviniendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (*confesión ficta*) y; que también, se considerará como renuncia tácita, aún y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en ‘forma’ esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil), se verifica la denominada “*Renuncia Tácita al Arbitraje*’ (...)”.

La interpretación del artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado, cuyo antecedente inmediato se encuentra en el artículo 322 del Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), es una actividad que debe desarrollarse en su totalidad, lo cual comporta que la interpretación normativa debe realizarse enmarcada en el sistema global del derecho positivo, para así esclarecer el significado y alcance de las disposiciones legales, cuyo conocimiento es necesario para determinar cuál ha sido la voluntad del legislador.

Ello implica, “(...) *tener en cuenta el fin del derecho, pues lo que es para un fin por el fin ha de deducirse (...)*”, así, el principio general de interpretación de la ley consagrado en el artículo 4 del Código Civil -conforme al cual, a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador-, resulta aplicable no sólo en un contexto lógico sino teleológico o finalista, con lo cual los elementos normativos deben ser armonizados como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unos de otros, sino que los mismos han de ser tomados en cuenta al momento de hacer la correcta valoración del contenido del texto legal -Vid. Sentencia de esta Sala N° 2.152/07-.

Conforme a lo expuesto, la Sala ha señalado que “(...) *la interpretación jurídica debe buscar el elemento sustantivo que se halla en cada una de las reglas del ordenamiento jurídico, constituido por los principios del derecho que determinan lo que GARCÍA DE ENTERRÍA (Revolución Francesa y Administración Contemporánea. Madrid: Editorial Cívitas, 4º edición. 1994. P. 29), denomina como ‘fuentes significativas’ del ordenamiento, esto es, lo que el iuspublicismo con Kelsen, por un lado, y Santi Romano por otro, teorizaron como una Constitución <en sentido material> distinguible de la <Ley constitucional> en sentido formal, como un condensado de reglas superiores de la organización del*

Estado, que expresan la unidad del ordenamiento jurídico. Así, la Constitución como expresión de la intención fundacional y configuradora de un sistema entero que delimita y configura las bases jurídico-socio-políticas de los Estados, adquiere valor normativo y se constituye en lex superior, lo cual imposibilita la distinción entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, pues todos los preceptos constituyen normas jurídicas directamente operativas, que obligan a las leyes que se dictan a la luz de sus principios a respetar su contenido esencial (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 2.152/07-.

De ello resulta pues, que la Sala al analizar la expresión jurídica legal o sub legal con el Texto Fundamental de acuerdo al principio de supremacía constitucional, debe tener presente que toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordinadas trazadas en la norma fundamental, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran.

En tal sentido, el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado es una garantía para el demandante en la medida que define que actuaciones debe realizar para que no se verifique una sumisión tácita a la jurisdicción de los tribunales venezolanos, tomando en consideración que conforme a la jurisprudencia vinculante de esta Sala, “*visto que el mandamiento constitucional a que se refiere el artículo 258 impone el desarrollo, promoción y sana operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el foro venezolano (que compele tanto al legislador como al operador judicial), toda norma legal o interpretación judicial que lo contraríe debe considerarse reñida al texto fundamental y, por tanto, inconstitucional*” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008))

En consecuencia, debe tenerse presente que la aplicabilidad de la referida norma se encuentra limitada a la actuación de las partes en juicio y no de actuaciones *extra litem*, con lo cual la oportunidad y forma para la oposición de la cuestión previa del ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil o a la respectiva medida cautelar, debe producirse en la oportunidad procesal que en cada caso disponga el ordenamiento adjetivo aplicable, además de responder a los principios y normas rectoras del correspondiente procedimiento.

3.- Sobre el criterio jurisprudencial de la falta de jurisdicción en el caso concreto.

Para verificar la existencia del trato desigual en el ámbito jurisdiccional, debe hacerse una comparación entre dos o más decisiones, que resuelvan casos análogos, y si resulta que una de ellas es de distinto juzgamiento, sin que se indique, en forma expresa, un cambio de criterio, ello permite concluir que se encuentra en entredicho el derecho de igualdad de aquellos sujetos involucrados en el caso resuelto por la decisión que es diferente a las demás. Se trata pues, de una divergencia interpretativa en una decisión cuyo sentido diferente de otras decisiones anteriores se debe a que se han hecho menciones jurídicas distintas a las

que siempre se han tomado en cuenta (Vid. Sentencia de esta Sala N° 366/07).

Cabe añadir además, que esta Sala en sentencia N° 2.191/2006 asentó que debe garantizarse la confianza legítima y la seguridad jurídica de los justiciables, en los siguientes términos:

“[p]recisamente, respecto a la confianza legítima de los ciudadanos frente a la falta de aplicación uniforme de la jurisprudencia la Sala ha indicado que: ‘[l]a uniformidad de la jurisprudencia es la base de la seguridad jurídica, como lo son los usos procesales o judiciales que practican los Tribunales y que crean expectativas entre los usuarios del sistema de justicia, de que las condiciones procesales sean siempre las mismas, sin que caprichosamente se estén modificando (...)’ (vid. Sent. N° 3180/2004 del 15 de diciembre) (...)”.

Ciertamente, deben respetarse las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existían para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente. (Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 956 del 1 de junio de 2001, caso: “*Fran Valero González*”, 1.032 del 5 de mayo de 2003, caso: “*Poliflex, C.A.*”, 3.702 del 19 de diciembre de 2003, caso: “*Salvador de Jesús González Hernández*” y 401 del 19 de marzo de 2004, caso: “*Servicios La Puerta, S.A.*”), para lo cual a los fines de determinar el criterio vigente respecto al “*sometimiento tácito a la jurisdicción*” en el caso concreto, esta Sala advierte de la revisión de la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, observa que desde la sentencia N° 812/2009, se estableció lo siguiente:

“En tal sentido, esta Sala advierte que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 812/09, estableció lo siguiente: ‘para establecer la procedencia de la excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, el juez debe valorar los siguientes elementos fundamentales:

‘(a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran, tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros), como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros.

(b).- La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, todas orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas éstas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir.

Elementos éstos, de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia:

b’1) La denominada ‘Renuncia Tácita al Arbitraje’, cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en ‘forma: ex ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil’, la cláusula de arbitraje y se someta al

conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconvinendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión ficta). También, se considerará como renuncia tácita, aun y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en 'forma' esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil). (Véase, entre otras, sentencias Nros. 1209 del 20 de junio de 2001 y 832, del 12 de junio de 2002, casos: Hoteles Doral C.A. e Inversiones San Ciprian, C.A.). El criterio parcialmente transcrito consagra dos supuestos en los que se considera que ha operado la renuncia tácita al arbitraje; el primero se refiere al caso en el cual el demandado, una vez apersonado en juicio, no haya opuesto la cuestión previa de falta de jurisdicción, sino que por el contrario haya ejercido defensas de fondo, bien contestando la demanda, bien reconvinendo” (Destacado de la Sala).

Posteriormente, la mencionada Sala reiteró el criterio parcialmente transcrito, en la decisión N° 1.069/2009, indicando igualmente que “*el criterio parcialmente transcrito consagra dos supuestos en los que se considera que ha operado la renuncia tácita al arbitraje; el primero se refiere al caso en el cual el demandado, una vez apersonado en juicio, no haya opuesto la cuestión previa de falta de jurisdicción, sino por el contrario haya ejercido defensas de fondo. El segundo, se refiere al caso en que el demandado apersonado en juicio haya opuesto la existencia de la cláusula de arbitraje, pero no mediante el mecanismo procesal idóneo, esto es, a través de la interposición de la cuestión previa relativa a la falta de jurisdicción”*.

Aunado al contenido de las sentencias parcialmente transcritas, cabe destacar que la referida Sala Político Administrativa sostiene de forma general conforme al texto de las sentencias parcialmente transcritas, un criterio que postula que cualquier actuación procesal distinta a la oposición de la cuestión previa prevista en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, debe considerarse como una “*renuncia tácita al arbitraje*”.

En tal sentido, cuando en la sentencia objeto de revisión se precisó “*que si bien la primera actuación de la representación judicial de la demandada no fue la de oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción, sus actuaciones no estaban dirigidas en forma alguna a ejercer defensas de fondo, como sería por ejemplo el haber dado contestación a la demanda o haber incoado una reconvencción (...). Por el contrario, su primera actuación fue la de darse por citado y denunciar el error en la práctica de la citación de la parte demandada, error que fue reconocido por el Tribunal de Primera Instancia Marítimo en decisión dictada el 22 de enero de 2009, al acordar la reposición de la causa a los fines de que transcurriera el término de la comparecencia de la empresa Oceanlik Offshore III AS, así como el término de distancia (...), luego de lo cual en fecha 12 de febrero de 2009, presentó las defensas previas y de fondo, en atención a lo previsto en el artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, aplicable de conformidad con el artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo” (Destacado de la Sala), se alteró o modificó implícitamente la doctrina que había asentado con anterioridad (Vid. Sentencia de esta*

Sala N° 366/07).

De ello resulta pues, que relacionados como han sido los precedentes judiciales similares de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, transcritos *supra*, observa esta Sala que Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., tenía la expectativa legítima que en el presente caso se verificó la sumisión tácita reconocida en la jurisprudencia parcialmente transcrita de la mencionada Sala; por lo que al obtener un pronunciamiento diferente al que de manera reiterada la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venía sosteniendo, se produjo una violación a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, al no dársele el mismo trato, respecto de otros casos análogos. De tal manera que, la sentencia objeto de revisión se apartó de la doctrina pacífica y reiterada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, referida a la sumisión tácita, como en el caso *sub iudice*.

En consecuencia, esta Sala a los fines de garantizar la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales, en ejercicio de la potestad extraordinaria de revisión, anula la sentencia N° 687 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 21 de mayo de 2009 y, en consecuencia, ordena remitir copia de la presente decisión a la mencionada Sala, a los fines de que dicte un nuevo pronunciamiento, en acatamiento a la doctrina establecida anteriormente en el presente fallo. Así se decide.

Ahora bien, esta Sala debe advertir que conforme a las consideraciones generales antes expuestas, respecto a la procedencia de la “denominada ‘Renuncia Tácita al Arbitraje’ (...)”, cabe destacar que la misma debe vincularse directamente con el necesario **análisis de la actividad desarrollada por las partes en el juicio, en la medida en que se debe formular un examen respecto de si las conductas procesales de las partes en disputa expresan una indiscutible orientación de someterse al arbitraje, y no, una fraudulenta intención de sujetar los conflictos a ese medio alternativo, lo cual debe ahora asumirse con carácter vinculante, conforme a las consideraciones expuestas en el presente fallo**, por lo que a partir de la publicación del presente fallo -y con el exclusión del presente caso-, no son aplicables los criterios jurisprudenciales sostenidos en esta materia por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia a la fecha (Vid. Entre otras, sentencias números 1209 y 832, de fechas 20 de junio de 2001 y 12 de junio de 2002, casos: “*Hoteles Doral, C.A.*” e “*Inversiones San Ciprian, C.A.*”).

Por ello, esta Sala considera que no sólo debe admitirse la posibilidad que el demandado se oponga a las medidas cautelares contra él dictadas, sino que además la conducta defensiva del demandado, no puede derivarse la voluntad de sumisión, en la medida que se evidencie en el contexto del proceso que se trate, la necesidad del demandado de actuar en defensa de su propio interés frente a la actuación irrita de los órganos jurisdiccionales, lo cual debe ser analizado de forma casuística.

En tal sentido, al margen de la declaratoria ha lugar de la presente revisión, esta Sala considera -con

preocupación- que circunstancias tales como las que se presentaron en el presente caso, posibilitaban que la Sala Político Administrativa efectivamente anunciara -en forma expresa y categórica- el cambio de criterio que implícitamente aplicó, a pesar de haber anunciado lo contrario; es decir, a pesar que afirmó estar aplicando su criterio pacífico, en realidad estaba alterando su criterio sin siquiera advertirlo.

Pues, en efecto, las situaciones que envolvieron al caso alentaban la adopción de un nuevo criterio, pero aplicable a futuros casos (*ex nunc*); ya que la conducta procesal de darse por citado y denunciar el error en la práctica de la citación (como ocurrió en el caso de marras) de la parte demandada en los términos que se evidencian de la sentencia objeto de revisión y, declarada con lugar por el Juez de Instancia y ordenada como fue la nulidad de todo lo actuado y la reposición de la causa a los fines de que transcurriera el término de la comparecencia de la empresa Oceanlik Offshore III AS, así como el término de distancia, aunado a que en la oportunidad procesal correspondiente, la parte demandada efectuó (Ex Art. 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado), como primera actuación válida en el respectivo proceso, la oposición de la cuestión previa prevista en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, resultaban compatibles con los principios vinculantes desarrolladas por esta Sala en el presente fallo; esto es, no significaban -sólo ahora, a partir de esta sentencia- una renuncia tácita.

Así, cabe destacar que de acuerdo al ordenamiento jurídico procesal aplicable al presente caso, de conformidad con el artículo 8º de la Ley de Procedimiento Marítimo, según el cual “*El procedimiento marítimo, cualquiera sea su cuantía, se desarrollará en forma oral, aplicando los principios de la brevedad, concentración, inmediación, gratuidad y publicidad conforme a las disposiciones contenidas en el Libro Cuarto, Título XI del Código de Procedimiento Civil, con las modificaciones señaladas en este Capítulo*”, en concordancia con el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil; al declarar el Juzgado de Primera Instancia Marítimo en la decisión dictada el 22 de enero de 2009, la nulidad total de los actos consecutivos al acto irrito y la consecuente reposición de la causa al estado correspondiente al punto de partida de la nulidad y la renovación del correspondiente acto, el demandado el 12 de febrero de 2009, presentó las defensas previas y de fondo, en atención a lo previsto en el artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, 8 de la Ley de Procedimiento Marítimo y en acatamiento del artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Así se declara.

Aunado a las anteriores consideraciones, esta Sala igualmente advierte por orden público constitucional, que por auto del 7 de octubre de 2008, el Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, admitió la demanda y ordenó el emplazamiento de la sociedad mercantil Oceanlink Offshore III AS, como parte demandada “*(...) y/o en la persona del Agente Naviero del buque, en este caso ‘OCAMAR’ (Oficina Coordinadora de Apoyo Marítimo de la Armada), servicio autónomo con dirección Final Calle los Baños, Puerto de La Guaira, Edificio Servicios Autónomos de la Armada, Maiquetía, Estado Vargas, República Bolivariana de Venezuela, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley de Comercio Marítimo*”, para que compareciera dentro de los

veinte (20) días de despacho a fin de dar contestación a la demanda y, de considerarlo pertinente, opusieran las defensas correspondientes. En cuanto a la medida cautelar solicitada, se acordó proveer por auto separado. En decisión de esa misma fecha, dictada en el cuaderno separado, el tribunal de la causa decretó medida cautelar de prohibición de zarpe sobre la M/N Nobleman y negó la medida cautelar de embargo preventivo solicitada por la parte accionante.

Asimismo, que por escrito presentado el 12 de febrero de 2009, el “*abogado Franklin Elioth García, inscrito en el INPREABOGADO (sic) bajo el N° 69.995, actuando con el carácter de apoderado judicial de las sociedades mercantiles Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore opuso ‘con carácter previo y de manera conjunta las defensas previas y de fondo’, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 865 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo*” y; mediante decisión del 17 de febrero de 2009, el “*Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas declaró con lugar la cuestión previa opuesta por la parte demandada, contenida en el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia, que el Poder Judicial no tiene jurisdicción para conocer el presente caso*”.

Respecto a esta última afirmación del Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, conforme a la cual “*declara con lugar la cuestión previa contenida en el numeral 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia de acuerdo a lo establecido en el artículo 353 eiusdem, se declara EXTINGUIDO EL PROCESO*”, esta Sala precisa formular las siguientes consideraciones en torno a la jurisdicción de los “*tribunales ordinarios*” y al **poder cautelar general** de éstos, **vinculado a los procedimientos de arbitraje, como consecuencia directa de derecho a una tutela judicial efectiva.**

Ciertamente, como se dejó establecido en la presente decisión, **el logro de una verdadera tutela judicial efectiva por parte del sistema de arbitraje, requiere necesariamente la intervención de los órganos del Poder Judicial, en ámbitos tales como el ejercicio del poder cautelar de los árbitros.**

Así, no es controvertido en el ordenamiento jurídico vigente el poder cautelar de los órganos arbitrales, en los términos expuestos por esta Sala en la sentencia N° 572/05. Sin embargo, cabe cuestionarse si frente a un sometimiento a la jurisdicción arbitral **¿es posible que alguna de las partes, pueda solicitar ante los órganos del Poder Judicial de forma autónoma medidas cautelares mientras se constituye el tribunal arbitral, sin que ello se constituya como una renuncia tácita al arbitraje?**

Para resolver tal planteamiento, es claro que si la ley otorga a las partes la posibilidad de acudir al arbitraje para dirimir las controversias surgidas entre ellas, y el laudo que culmine dicho proceso goza de plena eficacia y puede incluso revestirse con la fuerza de la cosa juzgada, ello presupone al igual que ante

los juicios ordinarios la posibilidad de contar con medios idóneos para garantizar el resultado de los derechos en controversia, como manifestación propia del derecho a una tutela judicial efectiva en los términos expuestos *supra* respecto al arbitraje.

Ciertamente, los procesos llevados tanto por los órganos que integran el Poder Judicial como por órganos arbitrales, constituyen un instrumento fundamental para la obtención de la justicia (artículo 257 constitucional), y tienen repercusiones más allá de los mecanismos adjetivos que de forma abstracta el Poder Nacional instaure por vía legislativa (*justicia formal*), por lo que alcanzan la aplicación concreta que de tales mecanismos realiza el juzgador (*justicia material*).

En tal sentido, los principios constitucionales destacan la naturaleza instrumental, simple, uniforme y eficaz que debe observar todo proceso, así como que el fin primordial de éste, es garantizar que las decisiones que se dicten a los efectos de resolver las controversias entre las partes aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver.

Con base a ello, deviene en una verdadera obligación del Poder Judicial la búsqueda de medios para propender a armonizar en el marco de un debido proceso, los distintos componentes que conforman la sociedad y los medios para resolver sus conflictos, tales como el arbitraje, debiendo a tal efecto lograr un justo equilibrio entre los intereses que se debaten en un caso, siendo que el medio para lograr esa necesaria armonización de la sociedad, debe ser el resultado necesario de una interpretación de la Constitución que responda a las necesidades de la sociedad en un momento determinado, tomando en cuenta el impacto y alcance de las decisiones que se asuman.

Así, para la materialización del derecho a una tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución y, dado que la existencia de estos medios alternativos no presupone mella alguna en atributos exclusivos de los órganos del Poder Judicial, pues cuestiones fundamentales de orden público se hacen inderogables frente a la voluntad de los particulares, es necesario admitir la existencia de un poder general de los órganos del Poder Judicial para dictar medidas de cautela para asegurar o anticipar una determinada resolución arbitral.

Ello no se fundamenta exclusivamente en el contenido del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme al cual “*toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente*”, sino que además, resulta de una circunstancia práctica vinculada con el funcionamiento del sistema arbitral, ya que mientras se constituye el tribunal arbitral conforme a la cláusula de arbitraje del contrato es posible que se afecten los derechos e intereses de alguna de las partes.

Lo anterior no sólo ha sido puesto de relieve por la doctrina especializada, en casos en los cuales las partes que someten una controversia al sistema arbitral no tienen una opción distinta que acudir a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial -Cfr. REDFERN, ALAN. *Interim Measures*; en LAWRENCE W. NEWMAN Y RICHARD D. HILL (EDITORS). *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Juris Publishing, Inc. USA, 2004, p. 217-243-, sino que además tales circunstancias, han sido reguladas en diversos instrumentos internacionales en materia de arbitraje.

En ese orden pueden mencionarse la normativa elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), recogida en la Ley Modelo (tantas veces aludida) sobre Arbitraje Comercial Internacional, y el Reglamento de Arbitraje de la misma Comisión, los cuales establecen en sus artículos 9 y 26, respectivamente, lo siguiente:

“Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el tribunal.

No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas”.

“Medidas Provisionales de Protección

Artículo 26

1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos.

2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.

3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo”.

De igual forma, el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), reconoce que las partes que someten una controversia a arbitraje, podrán solicitar a la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares, al establecer que:

“Artículo 23.- Medidas cautelares

1. A menos que se haya acordado de otro modo por las partes, el tribunal arbitral puede, tras el envío de la documentación a petición de una de las partes, ordenar cualquier medida cautelar que considere apropiada. Su adopción se puede condicionar a la constitución de garantías adecuadas. Las medidas aludidas en el presente artículo son adoptadas mediante resolución motivada o si es necesario bajo la forma de sentencia, si el tribunal arbitral lo considera adecuado.

2. Las partes pueden, antes del envío de la documentación al tribunal arbitral y con arreglo a las circunstancias antedichas, pedir de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. La actitud de la autoridad judicial en orden a la obtención de tales medidas, o para ejecutarlas una vez adoptadas por el tribunal arbitral no implica contravenir el convenio arbitral ni constituye una renuncia al mismo ni prejuzga la competencia del tribunal arbitral. Semejante petición, así como todas las medidas adoptadas por la autoridad judicial, deberán ser puestas en conocimiento del Secretariado. Este último procederá a informar al tribunal arbitral”.

A la par de las anteriores disposiciones normativas, la necesidad de contar con medios de tutela cautelar efectivos, ha generado una serie de regulaciones en el ámbito internacional y nacional, que permiten contar en el marco interno del sistema arbitral, con árbitros de emergencia o especiales para la obtención de medidas cautelares, antes que se constituya el correspondiente tribunal arbitral.

En tal sentido, resulta particularmente ilustrativa la regulación adoptada por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en el Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral, cuyo fundamento se encuentra recogido en la “*Introducción*” del citado Reglamento, al señalar que “[u]n gran número de contratos, particularmente aquellos que tienen por objeto operaciones a largo plazo, pueden dar lugar a problemas que requieran una respuesta urgente. Frecuentemente, no es posible obtener en el tiempo requerido una decisión definitiva de un tribunal arbitral o de un juez (...). En consecuencia, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha establecido el presente Reglamento instituyendo un procedimiento precautorio prearbitral con el fin de permitir a las partes que así lo hayan convenido, recurrir rápidamente a una persona (llamado el Tercero) facultada para ordenar medidas tendentes a resolver un problema urgente, incluyendo mantener o conservar pruebas. Las medidas precautorias ordenadas, por tanto, podrán proveer una solución provisional de la disputa y podría sentar las bases para su solución definitiva ya sea mediante acuerdo o de alguna otra forma (...). La utilización del procedimiento precautorio prearbitral no sustituye la jurisdicción arbitral o estatal competente”.

Para el logro de tales objetivos, el referido Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral establece un procedimiento que dispone el nombramiento inmediato de una persona (el “Tercero”) que tiene la facultad de dar ciertas órdenes antes de que el tribunal arbitral o estatal competente para conocer del caso (la “Autoridad Competente”) se haga cargo de él -artículo 1, 1.1-, siendo dicho tercero competente conforme al artículo 2, 2.1, para:

- a) Ordenar cualesquiera medidas conservatorias o medidas restitutorias que sean urgentemente necesarias ya sea para evitar el daño inminente o la pérdida irreparable, y así salvaguardar cualquiera de los derechos o bienes de una de las partes;*
- b) Ordenar a una de las partes que efectúe a otra de las partes o a cualquier otra persona, un pago que debiera ser efectuado;*
- c) Ordenar a una de las partes que tome cualquier medida que pudiere ser adoptada de conformidad con el contrato entre las partes, incluyendo la firma o entrega de cualquier documento o la intervención de una de las partes para procurar la firma o entrega de un documento;*
- d) Ordenar cualesquiera medidas que sean necesarias para conservar o constituir pruebas”.*

Igualmente, desde el año 2006 el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD o por sus siglas en inglés ICDR), división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), adoptó un nuevo procedimiento para garantizar a las partes que se someten a un procedimiento arbitral, la posibilidad de acudir a un árbitro de urgencia que tendrá la facultad de ordenar u otorgar cualquier medida provisional o cautelar que considere necesaria, incluyendo órdenes de hacer o no hacer y medidas para la

protección o conservación de propiedad, en los precisos términos del artículo 37 del Reglamento de Arbitraje Internacional, en los siguientes términos:

“Artículo 37.-

1. A menos que las partes acuerden otra cosa, las disposiciones de este Artículo 37 se aplicarán a los arbitrajes conducidos de conformidad con cláusulas de arbitraje o acuerdos celebrados el 1 de Mayo de 2006 o después.

2. La parte que requiera una medida urgente previa a la constitución del tribunal notificará al administrador y a las demás partes, por escrito, sobre la naturaleza de la medida solicitada y las razones por las que esa medida es requerida con carácter de urgencia. La notificación también explicará las razones por las que la parte tiene derecho a esa medida. Esta notificación podrá ser presentada por correo electrónico, fax o a través de otros medios fiables y deberá incluir una declaración haciendo constar que las otras partes han sido notificadas o una explicación de las gestiones realizadas de buena fe para notificar a las otras partes.

3. Dentro del día hábil siguiente a la recepción de la notificación que dispone el párrafo 2, el administrador nombrará a un árbitro único de urgencia de entre un panel especial de árbitros de urgencia designados para decidir solicitudes de medidas urgentes. Antes de aceptar su nombramiento, el candidato para árbitro de urgencia deberá informar al administrador sobre cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificables sobre su imparcialidad o independencia. Cualquier recusación del árbitro de urgencia deberá hacerse dentro del día hábil siguiente a aquél en el que el administrador haya comunicado a las partes el nombramiento del árbitro de urgencia y de que éste haya revelado las circunstancias antes mencionadas.

4. El árbitro de urgencia deberá establecer lo antes posible (y en todo caso dentro de los dos días hábiles siguientes a su nombramiento) un calendario de actividades para la consideración de la solicitud de las medidas de urgencia. Ese calendario de actividades deberá otorgar una oportunidad razonable a las partes para ser oídas, pero podrá disponer que, como alternativa a una audiencia formal, las alegaciones se formulen por medio de una conferencia telefónica o por escrito. El árbitro de urgencia tendrá las facultades conferidas al tribunal en el Artículo 15, incluyendo la facultad para decidir sobre su propia jurisdicción, y resolverá cualquier disputa sobre la aplicabilidad de este Artículo 37.

5. El árbitro de urgencia tendrá la facultad de ordenar u otorgar cualquier medida provisional o cautelar que considere necesaria, incluyendo órdenes de hacer o no hacer y medidas para la protección o conservación de propiedad. Cualquiera de esas medidas podrá adoptar la forma de un laudo provisional o de una orden. El árbitro de urgencia deberá expresar sus razones en cualquiera de los casos. El árbitro de urgencia puede modificar o anular el laudo provisional o la orden si se prueba la existencia de justa causa.

6. El árbitro de urgencia no tendrá poder para actuar después de la constitución del tribunal arbitral. Una vez que el tribunal haya sido constituido, el tribunal podrá reconsiderar, modificar o anular el laudo provisional u orden de medida de urgencia dictado por el árbitro de urgencia. El árbitro de urgencia no podrá actuar como miembro del tribunal, salvo acuerdo en contrario de las partes.

7. Cualquier laudo provisional u orden de medida de urgencia puede ser condicionado a que la parte que solicita esa medida otorgue una garantía apropiada.

8. La solicitud de medidas provisionales dirigida por una parte a la autoridad judicial no se considerará ni como incompatible con este Artículo 37 o con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia al derecho de acudir a arbitraje. Si el administrador es instruido por una autoridad judicial para nombrar a un asesor especial del juez que considere e informe sobre la solicitud para la medida de urgencia, el administrador procederá como establece el párrafo 2 de éste artículo y las referencias al árbitro de urgencia se entenderán hechas al asesor especial del juez, con la excepción de que lo que el asesor especial del juez dictará será un informe y no un laudo provisional.

9. Las costas relacionadas con las solicitudes para las medidas de urgencia podrán ser inicialmente

impuestas en todo o en parte a una de las partes por el árbitro de urgencia o el asesor especial del juez, sujeto a la facultad del tribunal para imponer las costas de manera definitiva” -Cfr. Página web, <http://www.adr.org/sp.asp?id=34518>, consultada el 4 de agosto de 2010-.

Sobre el contenido del artículo parcialmente transcrito, la doctrina ha señalado que el artículo 37 es más que una norma cualquiera sin aplicación efectiva, en tanto se constituye como una verdadera herramienta que las partes pueden utilizar eficazmente, cuando su contraparte intenta cambiar el “*status quo*” existente antes de la constitución del tribunal arbitral -Cfr. GUILLAUME LEMENEZ y PAUL QUIGLEY. *The ICDR’s Emergency Arbitrator Procedure in Action*. <http://www.allbusiness.com/legal/legal-services-litigation/11776155-1.html>, consultado el 3 de agosto de 2010-.

Sobre este tema también cabe destacar, que desde el año dos mil nueve, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo había considerado la adopción de esa clase procedimientos cautelares de emergencia, siendo adoptada tal solución en las vigentes normas de arbitraje de dicho Instituto. Así, en los artículos 1 al 10 del Apéndice II de las Normas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (2010), se reconoce el derecho de la parte interesada a solicitar la constitución de un árbitro de emergencia, el cual podrá dictar cualquier medida de emergencia, la cual mantendrá sus efectos, salvo que el árbitro de emergencia o el tribunal arbitral la revoque, se dicte el laudo definitivo o el caso no se remita al tribunal arbitral dentro de los 90 días siguientes a la fecha en la cual se adoptó la medida de emergencia, entre otros supuestos regulados en el artículo 9 *eiusdem*.

Por último, en el ámbito nacional el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), reguló en forma similar la intervención de árbitros de emergencia que dieran eficaz respuesta a situaciones de urgencia que pueden presentarse antes del nombramiento de los árbitros, en los siguientes términos:

“Artículo 35. Medidas cautelares.

35.1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, el Tribunal Arbitral, a solicitud de parte, podrá decretar cualesquiera medidas cautelares que considere apropiadas. El Tribunal Arbitral puede subordinar el decreto de tales medidas, al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien se dirijan las medidas, de los daños y perjuicios que éstas pudieren ocasionarle. Las medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada.

35.2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualesquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros y previo el pago de los honorarios y gastos previstos en el Apéndice I de éste Reglamento, solicitar al Directorio del CEDCA que designe de la lista oficial de árbitros, un Tribunal Arbitral, compuesto, a juicio del Director Ejecutivo, por uno o tres árbitros, para que resuelva exclusivamente sobre el decreto de las medidas cautelares solicitadas. La designación de estos árbitros, la hará el Directorio del CEDCA de manera rotativa entre los inscritos en la lista oficial de árbitros que no estén actuando en ese momento como tales en un arbitraje administrado por el CEDCA. Cualquier medida decretada por dicho Tribunal Arbitral, podrá estar subordinada al otorgamiento de una garantía suficiente y

eficaz para responder a la parte contra quien obre la medida por los daños y perjuicios que ésta pudiere ocasionarle. Estas medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada.

35.3. No se decretará la medida de embargo ni la prohibición de enajenar y gravar, ni las medidas cautelares innominadas, o deberán suspenderse si estuviesen ya decretadas, si la parte contra quien haya recaído, diere garantía suficiente y eficaz a juicio del Tribunal Arbitral.

35.4. Quien resulte afectado por la medida cautelar, podrá oponerse a ella mediante escrito que presentará ante el Director Ejecutivo, en tantas copias como partes haya, más una para cada árbitro. El Tribunal Arbitral que haya dictado la medida cautelar, conocerá de la oposición, sin perjuicio de que en los casos a que se refiere el numeral 29.2, a solicitud de la parte interesada, el Tribunal Arbitral designado conforme a los artículos 16 ó 17 de este Reglamento, también revise dichas actuaciones y revoque, modifique, suspenda o confirme la medida dictada, o exija la ampliación de la garantía otorgada, o declare que esta garantía ya no es necesaria.

35.5. El Tribunal Arbitral podrá tomar cualesquiera medidas destinadas a proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial” (Destacado de la Sala).

El esfuerzo reglamentario evidenciado en las normativas parcialmente transcritas, denota que en el curso de muchas relaciones contractuales, particularmente en el caso de aquellas que tienen una duración prolongada o compleja por los términos en los cuales se desarrolla la relación -pagos, valuaciones de obras u otras circunstancias-, comportan en muchos ocasiones que ante la probabilidad de conflictos entre las partes, que puedan perjudicar sus derechos o intereses, se requiere de la existencia de medios de tutela urgentes, que no pueden supeditarse hasta constitución del tribunal arbitral.

Ahora bien, una vez reconocido con fundamento en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, **el poder general de los órganos del Poder Judicial para dictar medidas de cautela para asegurar o anticipar una determinada resolución arbitral antes del inicio de las actuaciones arbitrales, sin que ello pueda interpretarse como una renuncia tácita al compromiso arbitral;** debe igualmente señalarse que el ejercicio de tal potestad por parte de los mencionados órganos jurisdiccionales, no puede ser arbitraria en la medida que se encuentra limitada y sometida a los principios y normas aplicables, tales como los criterios atributivos de competencia para el conocimiento de la solicitud de medida cautelar -vgr. Ubicación del bien- o las normas adjetivas y sustantivas aplicables, tales como la verificación de los extremos para la procedencia de las medidas cautelares -presunción de buen derecho y peligro de mora- o la tramitación de la oposición a las medidas acordadas.

Así pues, **el ejercicio del mencionado poder cautelar se agota en la medida que la controversia sea sometida a su jurisdicción natural y una vez constituida ésta, el respectivo órgano arbitral tendrá plenas facultades conforme al artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial, para modificar, ampliar o revocar las medidas cautelares previamente otorgadas.**

Conforme a tales asertos, **si con ocasión de una determinada acción -vgr. Demanda por resolución de contrato- ante los órganos que integran el Poder Judicial, se solicitan medidas cautelares, aún cuando se determine la falta de jurisdicción para el conocimiento del fondo del**

asunto controvertido en virtud de la existencia de un compromiso arbitral, dicho órgano jurisdiccional mantiene su competencia para resolver (exclusivamente) sobre la medida cautelar solicitada o para la resolución de la eventual oposición a la misma, en los términos expuestos; salvo que se verifique la existencia en las normas o reglamentos del respectivo centro de arbitraje -al cual se encuentra sometida la controversia- de árbitros de emergencia para el otorgamiento de medidas cautelares en los términos expuestos *infra* -vgr. Artículo 1, 1.1 del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el artículo 35.2 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje-

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, esta Sala en orden a armonizar el sistema de tutelas cautelares en materia de arbitraje, advierte que el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial -al establecer que *“salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto al objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante”*- debe ser objeto de una interpretación constitucionalizante, en la cual se de plena eficacia al *“derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, considerando el derecho a una tutela cautelar como un elemento intrínseco del primero”* -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 710/05-.

Así, no es posible afirmar bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que por voluntad de las partes sea posible excluir una potestad intrínseca al ejercicio de la actividad jurisdiccional, como lo es la de garantizar los resultados del juicio a través de medidas cautelares, por lo que esta Sala establece con carácter vinculante, que los árbitros designados para la resolución del fondo de una controversia tienen como parte de sus competencias la facultad de dictar medidas cautelares en el marco del ordenamiento jurídico estatutario aplicable. Así se declara.

Por otra parte, esta Sala observa que frente al presente reconocimiento del poder cautelar general de los órganos que integran el Poder Judicial, podría argumentarse en contra, que se obvia el carácter instrumental de las medidas cautelares, que se concreta en la pendencia de las mismas a un proceso principal.

Ciertamente, esta Sala reconoce que como principio general se deduce la necesidad de que las medidas cautelares se soliciten, como muy pronto, al momento de la interposición de la demanda, pero ello en forma alguna niega la existencia y necesidad de reconocer, la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de la interposición de la respectiva acción o, incluso sin que ello deba verificarse con posterioridad.

Al respecto, esta Sala en sentencia N° 4.223/05, declaró la constitucionalidad de una norma de la Ley Orgánica de Aduanas que establecía una medida cautelar anticipada (sin previo juicio), inaudita parte y que puede declararse de oficio, al señalar que:

“En este sentido, se observa que, en materia procedimental, la norma jurídica puede establecer la existencia de ciertas ‘medidas autónomas’ o ‘autosatisfactivas’, que son aquellas que, de manera breve, urgente y a través de un procedimiento de cognición o contradictorio limitado, acuerdan una determinada pretensión para evitar un daño irreparable o de difícil reparación a una de las partes. Más que medidas cautelares, se ha entendido que se trata de verdaderos procesos, aunque breves, sumarios y urgentes, pues no cumplen con los requisitos de dependencia e instrumentalidad propios de toda medida cautelar.

Distinto es el caso de las medidas cautelares anticipadas, que son aquéllas que se solicitan y acuerdan antes de la interposición de una demanda o bien del inicio de un procedimiento administrativo, cuando el peligro en la mora haga temer que no es posible la espera hasta el comienzo del procedimiento, sin que se produzcan daños irreparables, y, por tanto, se justifica el adelanto de su adopción (Vid. Calamandrei, Piero, Providencias Cautelares, Buenos Aires, 1984, pp. 53 y ss.). No obstante, siguen siendo accesorias e instrumentales en relación con ese procedimiento que ha de iniciarse con posterioridad, pues su finalidad es el aseguramiento de la eficacia de la decisión de fondo que ha de dictarse en ese procedimiento principal. Además, la ausencia del inicio oportuno de dicho procedimiento o de la posterior ratificación de la medida en el curso del mismo, según disponga el ordenamiento jurídico de que se trate, implicará el decaimiento de la medida, pues, se insiste, debe ser aneja y dependiente del mismo, aunque se acuerde de manera adelantada. En el ámbito del procedimiento administrativo son éstas, las medidas anticipadas, las que pueden ser expedidas, de lo que se concluye que no hay medidas plenamente autónomas en vía administrativa, menos aún si son de gravamen, pues se trataría de una limitación indefinida en el tiempo, lo cual la haría inconstitucional.

En aplicación de tales consideraciones al caso de autos, y sobre la base de la afirmación de que no es una medida definitiva sino preventiva, se observa que la constitucionalidad de la medida que admite el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas derivará, fundamentalmente, de que no se trate de una medida preventiva de carácter autónomo, sino que, por el contrario, se enmarque (i) dentro de un procedimiento en el que se otorgue oportunidad de defensa a las partes que estén involucradas y en el que la autoridad competente determine, con carácter definitivo, la existencia o no de violación a derechos de propiedad intelectual; o bien (ii) se trate de una medida cautelar anticipada respecto de un procedimiento administrativo o bien respecto de un proceso judicial que se sustancie con posterioridad, en un tiempo determinado y razonable, con la misma finalidad que antes se expuso; procedimiento administrativo o proceso judicial según que ese ‘órgano competente en materia de propiedad intelectual’ a que se refiere la norma que se impugnó sea una autoridad administrativa o bien un juez. En todo caso, de la existencia de ese debate formalizado y posterior a la medida dependerá, se insiste, que la norma cuya nulidad se demandó viole o no el derecho al debido proceso y, en consecuencia, el derecho de propiedad y a la no confiscatoriedad, pues, en caso de tratarse de una medida ‘preventiva’ autónoma, se produciría, además de una clara indefensión, un gravamen que, desproporcionada e irrazonablemente, limitaría el uso, goce y disfrute del importador o propietario respecto de la mercancía que fuere retenida”.

Asimismo, circunstancias similares se verifica en el caso de las medidas que puede dictar el juez agrario, a objeto de asegurar la no interrupción de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales renovables, haciendo cesar cualquier amenaza de paralización, ruina, desmejoramiento o destrucción -Cfr. Artículo 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y la sentencia de esta Sala N° 962/06-.

Empero, a diferencia del supuesto contenido en el artículo 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo

Agrario, conforme al cual “*la norma circunscribe el poder preventivo a la adopción de medidas en cuatro supuestos específicos, para obtener dos resultados perfectamente delimitados, con lo cual debe desestimarse el argumento según el cual el artículo recurrido es una norma en blanco, que propugna la actuación arbitraria, pues no sólo se encuentran delimitadas las circunstancias que llevarían al juez agrario a actuar en un determinado sentido, sino que además están preestablecidos los dos objetivos que debe perseguir dicho órgano jurisdiccional con su proveimiento, el cual a todo evento, debe observar el deber de motivación a la que hizo referencia supra*” -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 962/06-, esta Sala advierte que en el presente caso, se trata de medidas cautelares para asegurar las resultas de un juicio y no de derechos o bienes de interés general, previamente definidos por el ordenamiento jurídico.

Al margen del anterior supuesto, existen otros casos excepcionales contemplados expresamente en la ley, que permiten acordar medidas cautelares antes que se inicie el proceso principal en el cual se producirá un pronunciamiento en torno a los derechos controvertidos que se pretenden tutelar anticipadamente con el pronunciamiento cautelar. Tal como lo prevé artículo 112 de la Ley sobre el Derecho de Autor, el cual establece que:

“Artículo 112. Si hubiere litigio entre las partes, las pruebas y medidas previstas en el artículo precedente serán decretadas por el Juez de la causa. Pero si la urgencia lo exigiere, podrán ser decretadas por el Juez de Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutarse, cualquiera que sea la cuantía. En tal caso, la parte contra quien obre podrá reclamar de la misma ante el Juez de la causa, sin que ello obste a la práctica de la prueba o la ejecución de la medida. Si no hubiere litigio entre las partes, dichas pruebas y medidas serán decretadas por el Juez de Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutárselas si su urgencia lo exigiere, sin que el propietario, poseedor, responsable, administrador u ocupante del lugar donde deban efectuarse pueda oponerse a su práctica o ejecución. El mismo Juez levantará las medidas a solicitud de la parte contra quien obren, al vencimiento de treinta (30) días continuos, desde su ejecución, si no se le hubiese comprobado la iniciación del juicio principal. Las pruebas y medidas serán practicadas por el Juez que las decretare, por su comisionado o por la autoridad policial a quien el Juez requiera para ello, con la intervención, si fuere necesario, de uno o más peritos designados en el decreto respectivo o por decreto del Juez comisionado”.

Ello también ha sido reconocido en el Derecho Comparado, particularmente en la legislación española, la cual en la Ley del Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) establece lo siguiente:

“Artículo 730. Momentos para solicitarlas medidas cautelares.

- 1. Las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal.*
- 2. Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad.*

En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es

responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

*3. El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del **arbitraje o de arbitraje institucional**. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral.*

4. Con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos.

Esta solicitud se sustanciará conforme a lo prevenido en el presente capítulo”.

Así, en el presente caso, la Sala considera necesario que los trámites o el proceso principal -arbitral- al cual se adheriría la medida decretada, sea iniciado dentro de un número de días determinado, siendo que de no verificarse tal circunstancia, la medida cautelar decaería automáticamente. En consecuencia, al tratarse el poder cautelar general reconocido en este fallo de verdaderas medidas cautelares, y vista la inexistencia de una norma legal aplicable que señale el término para demandar (ante el Tribunal arbitral), así como los efectos de no hacerlo, esta Sala establece lo siguiente:

- (i) Podrán solicitarse medidas cautelares antes de constituirse el panel arbitral, ante los Tribunales ordinarios que resulten competentes en base al objeto de la medida que se pretende, sin que tal actuación pueda considerarse incompatible con el acuerdo de arbitraje o como una renuncia a ese acuerdo. En este supuesto, el peticionante de la providencia cautelar debe acompañar el contrato contentivo de la cláusula o el pacto arbitral, y expresar su única pretensión cautelar; así como indicarle que ya ha iniciado o iniciará los actos tendentes a la constitución del tribunal arbitral.
- (ii) El tribunal competente se determinará por las normas atributivas de competencia aplicables, tomando en consideración que en aquellos casos en los cuales cursen ante órganos del Poder Judicial, acciones relativas a la controversia sometida a arbitraje, el tribunal que conozca de los mismos será el competente para la resolución de las medidas cautelares que le sean solicitadas por alguna de las partes conforme al presente fallo, independientemente de la interposición y trámite de los recursos o consultas establecidas en el ordenamiento jurídico adjetivo aplicable, incluso en los supuestos relativos a la falta o regulación de jurisdicción regulados en los artículos 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.
- (iii) Corresponde a la parte solicitante acreditar los fundamentos para la procedencia de las medida cautelar solicitada; esto es, la satisfacción del peligro en la mora, o la apariencia de buen derecho.
- (iv) El tribunal sólo podrá decretar medida cautelares, previa verificación de la no existencia en las normas o reglamentos del respectivo centro de arbitraje al cual se encuentra sometida la

controversia, que prevea el nombramiento de árbitros de emergencia para el otorgamiento de medidas cautelares en los términos expuestos *infra*, salvo que las partes por acuerdo en contrario excluyan la posibilidad de someterse a árbitros *ad hoc* para el otorgamiento de tales medidas - vgr. Artículo 1, 1.1 del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el artículo 35.2 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje-, así como el cumplimiento de los extremos para la procedencia de las medidas cautelares, lo cual realizará en forma motivada.

- (v) Decretada las medidas cautelares, corresponde al solicitante, en un plazo no mayor de treinta (30) días continuos, acreditar que llevó a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral. Requisito que no será necesario, si ello se ha hecho constar en el mismo escrito de solicitud cautelar.
- (vi) Vencido el lapso al cual hace referencia el anterior punto (v), sin que el solicitante haya cumplido con la carga impuesta, el tribunal de oficio revocará la medida cautelar decretada, y condenará en costas al solicitante.
- (vii) El solicitante de la medida cautelar que sea revocada conforme al anterior supuesto (vi), es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.
- (viii) Hasta que se constituya el tribunal arbitral, la incidencia generada por la petición cautelar seguirá su curso de ley; siendo admisibles todos los recursos que asistan a las partes. Una vez constituido el Tribunal Arbitral, deberán remitírsele inmediatamente las actuaciones para que provea sobre la incidencia cautelar, pudiendo revocarla, ampliarla o modificarla.
- (ix) Cualquiera que sea el caso, la medida cautelar acordada decaerá automáticamente, si luego de transcurridos noventa (90) días continuos desde su efectiva ejecución, el panel arbitral no se ha constituido.

Sobre la base de las consideraciones expuestas, a los fines de ser coherentes con el contenido del presente fallo, esta Sala en orden a tutelar los derechos e intereses de la partes en la controversia que dio origen a la sentencia objeto de revisión, ordena remitir copia de la presente sentencia al Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas del contenido de la presente decisión, en orden a que conozca de una eventual solicitud de medida cautelar y se garantice el derecho a una tutela judicial efectiva en los precisos términos del presente fallo. Así se decide

Finalmente, visto el contenido de este fallo se ordena su publicación en la Gaceta Oficial de la

República Bolivariana de Venezuela, así como su reseña en la página web de este Tribunal. Así se decide.

VI DECISIÓN

Por las razones precedentemente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara:

1.- **HA LUGAR** la solicitud de revisión presentada por el abogado Arturo Bravo Roa, actuando como representante judicial de la sociedad mercantil **ASTIVENCA ASTILLEROS DE VENEZUELA, C.A.**, ya identificados, de la sentencia N° 687 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 21 de mayo de 2009, mediante la cual se declaró que *“improcedente la regulación de jurisdicción planteada por la representación judicial de la demandante [Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.] y, en consecuencia, se declara que el Poder Judicial venezolano no tiene jurisdicción para conocer del caso de autos, razón por la cual se confirma la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Marítimo en fecha 17 de febrero de 2009, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por el apoderado judicial de las empresas Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore; asimismo, se confirma la decisión del 19 del mismo mes y año, en la que se amplió la decisión del 17 de febrero de 2009, dejando sin efecto la medida cautelar de prohibición de zarpe del buque M/N Nobleman”*, la cual **SE ANULA**.

2.- Se **ORDENA** remitir copia de la presente sentencia a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que dicte un nuevo pronunciamiento, en acatamiento a la doctrina establecida en este fallo.

3.- Se **ORDENA** remitir copia de la presente sentencia al Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas del contenido de la presente decisión, en orden a que conozca de una eventual solicitud de medida cautelar y se garantice el derecho a una tutela judicial efectiva en los precisos términos del presente fallo.

Finalmente, se **ORDENA** la publicación íntegra del presente fallo en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia, así como en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en cuyo sumario deberá indicarse lo siguiente:

“Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que fija la interpretación vinculante respecto al sistema arbitraje y la falta de jurisdicción de los órganos del Poder Judicial”.

Publíquese y regístrese. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 03 días del mes de Noviembre de dos mil diez (2010). Años: 200° de la Independencia y 151° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO
Ponente

El Vicepresidente,

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

Los Magistrados,

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

Exp. N ° AA50-T-2009-0573

LEML/