



Decisión N° 1067/2010 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre Arbitraje

Venezuela

Despacho de Abogados miembros de **Macleod Dixon, S.C.**
Centro San Ignacio, Torre Copérnico, Piso 8, Av. Blandin
La Castellana, Caracas 1060, Venezuela
Teléfono: +58 212 276 00 00
Fax: +58 212 276 00 11

Caracas, 29 de noviembre de 2010

URL: <http://www.macleoddixon.com>

El 3 de noviembre de 2010 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, publicó una importante sentencia en materia de arbitraje. Se trata de la decisión N° 1067/2010 (la "Decisión") que resolvió acerca la procedencia de la denominada "*Renuncia Tácita al Arbitraje*", determinando los requisitos que deben ser observados por los órganos del Poder Judicial al momento de determinar su aplicabilidad o no. Adicionalmente, la Decisión determinó que los árbitros tienen poderes cautelares y también determinó la posibilidad de solicitar medidas cautelares a los órganos del Poder Judicial antes de constituirse el tribunal arbitral, sin que ello sea considerado como incompatible con el acuerdo arbitral y sin que implique una renuncia a dicho acuerdo. Como también ratificó principios universalmente reconocidos en materia de arbitraje.

I. Antecedentes del caso

A. De las actuaciones en el Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas.

1. La sociedad mercantil **ASTIVENCA ASTILLEROS DE VENEZUELA, C.A.** (ASTIVENCA) intenta una demanda por cumplimiento de contrato e indemnización por daños y perjuicios, contra la sociedad mercantil **OCEANLINK OFFSHORE III A/S** (OCEANLINK) y solicitó medida de prohibición de zarpe y el embargo preventivo de la embarcación M/N Nobleman. La demanda es conocida y admitida por el Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, quien decretó la medida de prohibición de zarpe pero negó la medida de embargo preventivo.

2. A solicitud de ASTIVENCA, la citación de OCEANLINK fue realizada en la persona del Director de la Agente Naviera (Oficina Coordinadora de Apoyo Marítimo de la Armada – OCAMAR) por comisión practicada por el Juzgado Segundo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas.

3. Posteriormente, el apoderado judicial de OCEANLINK y del capitán de la embarcación, antes

identificada, se dio por citado en el juicio. En esa oportunidad alegó que la citación practicada estaba viciada pues la Agente Naviera OCAMAR no había sido designada por OCEANLINK y también presentó escrito de oposición a la medida.

4. El Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional repuso la causa al estado en que transcurra el término de la comparecencia de la parte demandada, más un término de distancia de cuatro (4) días. Luego, el apoderado de OCEANLINK procedió a oponer cuestiones previas (entre ellas opuso la falta de jurisdicción del tribunal - cuestión previa contenida en el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil – por existir una cláusula arbitral en el Memorandum de Entendimiento suscrito entre las partes) y presentó las defensas de fondo, conforme a los artículos 865 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, con concordancia con el artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo.

5. Mediante decisión de fecha 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 declaró que el Poder Judicial no tenía jurisdicción para conocer el caso. Sin embargo, dicha decisión no señaló nada en relación a la medida cautelar decretada, en virtud de lo cual el apoderado de la parte demandada solicitó una ampliación de la sentencia, la cual fue dictada el 19 de febrero de 2009.

B. Del recurso de regulación de jurisdicción y la decisión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

1. ASTIVENCA interpuso recurso de regulación de jurisdicción contra la decisión del tribunal, el cual acordó remitir todas las actuaciones a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPA).

2. Para fundamentar el recurso de regulación de jurisdicción, ASTIVENCA sostuvo que OCEANLINK se sometió tácitamente a la jurisdicción de los tribunales venezolanos en virtud que su *primera actuación fue la de oponerse a la medida de cautelar decretada en su contra y oponer la defensa de falta de legitimidad del citado*. Adicionalmente alegó que, de conformidad con el artículo 11 de la Ley de Comercio Marítimo, no es posible la derogatoria voluntaria de la jurisdicción venezolana debido a que los tribunales venezolanos tienen jurisdicción exclusiva para decidir la controversia dado que el buque objeto de la acción se encontraba en aguas venezolanas.

3. A través de la sentencia No. 687 de fecha 21 de mayo de 2009 la SPA declaró improcedente la regulación de jurisdicción planteada por ASTIVENCA y en consecuencia, declaró que el Poder Judicial venezolano no tenía jurisdicción para conocer del caso de autos, razón por la cual confirmó la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Marítimo, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por el apoderado judicial de las empresas OCEANLINK y Oceanlink Offshore; y confirmó 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.

4. Para fundamentar su decisión, la SPA sostuvo que los alegatos sostenidos por la parte demandada en su primera actuación si bien no consistieron en oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción, los mismos no estaban dirigidos 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 lo tanto, concluyó que no había evidencia en los autos que la parte demandada haya querido renunciar, ni tácita ni expresamente, al arbitraje.

5. ASTIVENCA interpone recurso de revisión ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por considerar que la decisión de la SPA violó el principio de confianza legítima, el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica, pues el criterio pacífico y reiterado de la SPA respecto al sometimiento tácito a la jurisdicción no fue aplicado a su caso. Al contrario la SPA modificó su criterio y en lugar de ser aplicado con efectos *ex nunc*, lo aplicó al caso en concreto.

La Sala Constitucional declara con lugar la revisión de la sentencia de la SPA por cambiar su criterio sin advertirlo y haberlo aplicado al caso en concreto.

II. Confirmaciones de la Decisión

- La Decisión reitera el criterio de la ampliación del sistema de justicia al incluir los modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los cuales se encuentra el arbitraje, que es un derecho fundamental inserto en el derecho a la tutela

judicial efectiva. (Vid, sentencia de la Sala Constitucional N° 192/08).

- La Decisión reitera el criterio sostenido en sentencia N° 1.541/08 de la misma Sala mediante el cual se 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. Dicho criterio establece 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 estipulación de las partes de optar por un medio alternativo de resolución de conflictos, como el arbitraje, es de exclusiva naturaleza adjetiva. Por lo tanto, los árbitros al igual que el Poder deben aplicar aquellas leyes especiales que han sido declaradas de orden público ya que éstas afectan la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas.

- La Decisión ratifica *el Principio de Cooperación y Subsidiariedad de la Actividad Judicial*, el cual se refiere a 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 ordenamiento jurídico a los árbitros. En tal sentido, la Decisión niega expresamente cualquier concepción que implique asumir que existe incompatibilidad entre la "jurisdicción" y el arbitraje

- La Decisión establece que a partir de la cooperación entre los órganos del Poder Judicial y los de se "*generan un conjunto de relaciones jurídicas que suponen una necesaria asistencia y, comportan igualmente, un control*" para garantizar la eficacia de los medios de resolución de conflictos como una manifestación del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva.

- En lo que respecta a la asistencia entre el Poder Judicial y el arbitraje, la Decisión expresa que se ha reconocido los poderes que tienen los árbitros para otorgar medidas cautelares, pero que en virtud que su potestad jurisdiccional no tiene más alcance, es por ello necesario acudir a la asistencia del Poder Judicial para la ejecución de la medida cautelar decretada. También la Decisión hace referencia a la asistencia que brinda el Poder Judicial en relación a la designación de árbitros y la obtención de pruebas antes y durante el proceso arbitral.

- En relación al control entre los órganos del Poder Judicial y los órganos arbitrales, la Decisión señala que la Ley de Arbitraje Comercial ha previsto

la posibilidad de la anulación de los laudos arbitrales, la cual se ejerce a través del recurso de nulidad. Pero señala que la naturaleza de tal recurso es excepcional, debido a que la intención del legislador es garantizar la efectividad del laudo arbitral.

- La Decisión ratifica el *Principio* Competencia – Competencia y el *Principio de la Autonomía del Pacto Arbitral* como parte del régimen jurídico estatuario del arbitraje. Adicionalmente, establece 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.
- La Decisión establece que la posibilidad que tienen los órganos arbitrales de pronunciarse sobre su propia competencia en ningún caso excluye el control de los tribunales, la cual ocurre de forma plena a través del recurso de nulidad contra el laudo arbitral conforme a lo establecido en los artículos 43 y 44 de la Ley de Arbitraje Comercial.
- En ese orden de ideas, la Decisión sostiene que conforme al Principio Competencia – competencia y a las relaciones de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje que los órganos del poder judicial no pueden hacer un examen judicial de fondo y detallado del pacto arbitral. 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, indicando que si los órganos del poder judicial no encuentran una manifiesta nulidad, ineficacia o inaplicabilidad de la cláusula, deben remitir al arbitraje las disputas sometidas a su conocimiento.
- La Decisión reitera el criterio que establece que es erróneo sustituir el recurso de nulidad que puede ser ejercido contra un laudo arbitral, por un amparo constitucional.
- Señala que la verificación *prima facie* o sumaria debe limitarse a verificar lo siguiente: (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.
- En relación al primer requisito, la Sala sostiene que debe interpretarse conforme a lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, es decir, que el acuerdo debe constar por escrito en cualquier documento. En otras palabras, la cláusula compromisoria puede estar incluida en el mismo documento del negocio jurídico o en otro instrumento así como por otros medios como una carta, télex, telegramas, facsímiles u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo o del cual se derive la voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje.

- Con respecto al segundo requisito o elemento que debe ser verificado por el órgano del Poder Judicial, la Sala interpreta de manera vinculante 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, como por mplo, las facultades de un representante u órgano de la sociedad mercantil para someter a su representada.

- La Sala sostiene que lo anterior en forma alguna implica 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 en la Decisión. En efecto, 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, pues es justamente a través del recurso de nulidad que se determinan causales como vicios del consentimiento.

- La Sala advierte que la revisión "*prima facie*" 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.

- Se establece con carácter vinculante que para la procedencia de la denominada "*Renuncia Tácita al Arbitraje*" debe necesariamente vincularse a un análisis de la actividad desarrollada por las partes en el juicio. Para ello, se debe formular un examen con respecto a si las conductas procesales de las partes demuestran: una indiscutible orientación de someterse al arbitraje; y no, una fraudulenta intención de sujetar los conflictos a ese medio alternativo. Por ello, la 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.

- A partir de esta Decisión, se consideraron que en esta materia, no son aplicables los criterios jurisprudenciales para la procedencia de la denominada "Renuncia Tácita al Arbitraje" sostenidos por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo Justicia, en las sentencias números 1209 y 832, de fecha 20 de junio de 2001 y 12 de junio, casos: "Hoteles Doral, C.A. e Inversiones San Ciprian, C.A.", respectivamente.
- La Decisión también desarrolla acerca de la aplicabilidad del artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado y sostiene que se encuentra limitada a la actuación de las partes en juicio y no a las actuaciones extra litem. En consecuencia, se decide que la oportunidad y forma para la oposición de la cuestión previa del ordinal 1 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, debe producirse en la oportunidad procesal que en cada caso disponga el ordenamiento adjetivo aplicable.
- Se establece con carácter vinculante, que los árbitros designados para 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.
- La Decisión sostiene que las partes podrán solicitar medidas cautelares ante los órganos del Poder Judicial antes del inicio de las actuaciones arbitrales, sin que ello pueda considerarse incompatible con el acuerdo de arbitraje o como una renuncia a ese acuerdo. Se advierte que el ejercicio de tal potestad se encuentra limitada y sometida a los principios y normas aplicables como los criterios atributivos de competencia para el conocimiento de la solicitud de la medida cautelar (ubicación del bien; verificación de los extremos para la procedencia de las medidas cautelares; tramitación de la oposición a las medidas decretadas).
- La Decisión advierte que conforme a lo antes expuesto, si con ocasión de una determinada acción 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 (Artículo 1, 1.1 del Reglamento de Procedimiento Prearbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y el artículo 35.2

del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje).

- En vista a la inexistencia de una norma legal aplicable en relación al término para demandar ante el Tribunal arbitral una vez sea decretada una medida cautelar por un órgano del Poder Judicial, la Sala establece lo siguiente:

1. 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.

2. 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 al 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 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.

3. Corresponde a la parte solicitante acreditar los fundamentos de procedencia de las medidas cautelares solicitada; esto es, la satisfacción del peligro de mora o la apariencia de buen derecho.

4. El tribunal sólo podrá decretar medidas 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 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 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.

5. Decretada la medida 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.

6. 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 en costas al solicitante.

7. 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 adoptaran las medidas.

8. Hasta que se constituya el tribunal arbitral, la incidencia generada por la petición cautelar seguirá en curso de la ley; siendo admisibles todos los recursos que asistan a las partes. Una vez constituido el Tribunal Arbitral, deberán remitirse inmediatamente las actuaciones para que provea sobre la incidencia cautelar, pudiendo revocarlo, ampliarla o modificarlo.

9. 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.

Para mayor información, por favor contacte a:
Ramon J. Alvins, Federica Alcalá y/o Vanessa Giraud

E-mail:

ramon.alvins@macleoddixon.com,
federica.alcala@macleoddixon.com,
vanessa.giraud@macleoddixon.com.

Este boletín es publicado por Despacho de Abogados miembros de Macleod Dixon, S.C. para suministrar información sobre desarrollos legales recientes y materias específicas en variadas áreas del derecho. Debido a la naturaleza genérica de este boletín, el mismo no debe ser considerado como un asesoramiento legal. Despacho de Abogados miembros de Macleod Dixon, S.C. está dispuesto a suministrar detalles adicionales o asesoramiento a solicitud de la parte interesada.

© Copyright 2010. Despacho de Abogados miembros de Macleod Dixon, S.C. Todos los Derechos Reservados.