

# Consideraciones sobre el embargo y prohibición de zarpe de buques *ante causam* en el procedimiento marítimo venezolano

Aurelio Fernández-Concheso<sup>1</sup>

## 1. La Accesoriedad del Procedimiento Cautelar

La acción cautelar en la ley adjetiva venezolana y en la práctica forense, han sido tradicionalmente consideradas incidencias dentro del proceso de mérito como un todo. En efecto, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones, en las que el procedimiento cautelar independiente, es decir, aquel que tiene por objeto exclusivo la obtención de una medida preventiva existe en forma autónoma, en el venezolano no se desdobla del proceso principal sino que por el contrario es parte de él.

La determinación de la existencia o creación por el legislador de un procedimiento cautelar independiente, gravita sin duda sobre la filosofía del derecho y la visión teleológica del mismo en determinada sociedad, como una expresión concreta de las características del ordenamiento jurídico de determinado país.

Pero más en lo específico, en el caso de la ley adjetiva venezolana existen disposiciones cuya interpretación textual y análisis exegético, hacen evidente la necesaria adhesión del procedimiento cautelar al proceso general o de mérito como un todo.

El procedimiento cautelar en el derecho procesal común venezolano está regulado en el Libro Tercero del Código del Procedimiento Civil titulado “Del Procedimiento Cautelar y otras Incidencias”, cuyo Título I prescribe las medidas preventivas y el Capítulo I contiene las disposiciones generales. Es allí mismo donde encontramos esa condición de accesoriedad necesaria al proceso de las medidas preventivas, cuando el artículo 586 establece lo siguiente:

*“Artículo 586: El juez limitará las medidas de que trata este título a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar la resulta del juicio [...] omissis.”*

Se prescribe una relación directa entre la cautelar que el juez está facultado para decretar y su condición de medida garante de la conclusión del proceso, entendido por supuesto como el proceso mismo en el cual la medida se decreta.

Es evidente que esa era la intención del legislador del Código de Procedimiento Civil en 1987, pues si el legislador hubiese querido que las medidas preventivas pudiesen garantizar una sentencia en un proceso distinto, no hubiese utilizado el texto en cuestión sino uno como por ejemplo el siguiente: *“el juez limitará las medidas de que trata este título a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar la decisión de aquel proceso cuya resulta se busca garantizar con la medida”*.

Por otra parte, refuerza la tesis de la accesoriedad, el texto del artículo 588, el cual determina:

---

<sup>1</sup> Abogado UCAB, Master en Derecho Marítimo Universidad Tulane. Ex Pdte. Asociación Venezolana de Derecho Marítimo. Ex Sec. del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Miembro del Comité Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional. Prof. Universidad Marítima del Caribe. Socio Clyde & Co Venezuela.

*“Artículo 588: En conformidad con el artículo 585, el tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa las siguientes medidas...” omissis*

La norma citada alude a que la medida cautelar debe ser decretada dentro de los límites de la causa (*intra processu*), pues aun cuando autoriza el juez para hacerlo en cualquier momento o en cualquier punto del proceso, no le da libertad para decretar la medida fuera de él.

Esta dependencia y falta de autonomía del procedimiento cautelar en el derecho adjetivo venezolano es tan ostensible, que su existencia como principio inveterado ha requerido de poca actividad en la doctrina judicial a través del tiempo.

## **2. La Acción Cautelar del Derecho Internacional Privado**

Once años después de sancionarse el Código de Procedimiento Civil Venezolano, aparece en la legislación venezolana una disposición que abre una pequeña brecha en la rigidez del principio de accesoreidad de la acción cautelar, a saber, el artículo 43 de la Ley de Derecho Internacional Privado<sup>2</sup>, cuyo texto es del tenor siguiente:

*“Artículo 43. Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para dictar medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la República, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del litigio.”*

Por supuesto que, de la simple lectura de la norma, no puede deducirse la creación por en este instrumento normativo de una acción cautelar completamente autosuficiente, aislada o autónoma del proceso de fondo. La norma no lo menciona, pero además su redacción se presta a interpretaciones divergentes. En este sentido, es argumentable que si la intención del legislador de la Ley de Derecho Internacional Privado hubiese sido crear una *iurisdictio ad cautelam* para los tribunales venezolanos, lo hubiese prescrito de forma más clara.

En su lugar, el texto de la norma determina a que los tribunales podrán tomar “las medidas provisionales de protección con relación a las personas que se encuentren en el territorio”.

En una interpretación *stricto sensu* del texto, podría pensarse que atribución de jurisdicción cautelar a los órganos jurisdiccionales venezolanos está limitada a situaciones en las cuales haga falta tomar una determinación judicial que otorgue protección a una persona natural que se encuentra en el territorio venezolano. Podríamos pensar, por ejemplo, en la protección a un menor de edad con relación al cual los tribunales competentes para el fondo del litigio han atribuido la patria potestad a la mujer y que está en peligro de ser sustraído del ejercicio de esa patria potestad que el tribunal de mérito, en otra jurisdicción, le ha conferido a la madre por un padre abusivo.

También podría entenderse que la norma atribuye jurisdicción cautelar cuando quien pide protección es una persona que considera estar en peligro inminente de ser agredida en su integridad, incluso en su integridad moral, a través de un acto de difamación o injuria, en cuyo caso, el tribunal podría, por ejemplo, prohibir a un órgano de divulgación que publique

---

<sup>2</sup> Gaceta Oficial N° 36.511 del 6 de agosto de 1998

determinada información sobre la persona aun cuando el juicio de mérito que haya decidido sobre el derecho del solicitante a ser protegido en su honor y reputación se ventile en un país distinto.

En sentido contrario, una interpretación *latu sensu* del término ‘persona’ contenido en el artículo 43 de la Ley de Derecho Internacional Privado obviamente debe incluir a la persona jurídica. En consecuencia, si se concluye que la facultad cautelar excepcional a que se contrae el artículo 43 de la Ley de Derecho Internacional Privado debe interpretarse en forma amplia, entonces cabrían, además de las medidas de protección de personas naturales, que normalmente atienden a lo físico o moral, las medidas de protección de personas jurídicas. En este caso, las medidas preventivas tradicionales del derecho procesal como lo son el embargo de bienes, la prohibición de enajenar y gravar, el secuestro y las innominadas podrían considerarse como incluidas dentro de la jurisdicción cautelar derivada de la norma.

El ejemplo típico es en el que una persona jurídica con presencia en el territorio nacional por tener, por ejemplo una sucursal, que sigue un procedimiento arbitral ante la Cámara de Comercio Internacional en París contra una empresa venezolana, solicite su prohibición de enajenar y gravar los bienes de la contraparte venezolana ante el temor que ella se insolvente.

Una interpretación en sentido amplio del contenido de la norma, hace perfectamente factible que el tribunal venezolano tome dicha determinación en protección de esa persona jurídica que se encuentra en el territorio nacional por vía de una sucursal, contra otra que se encuentra en el territorio nacional por ser de nacionalidad venezolana.

Para nosotros, el balance de los derechos que emanan de la garantía constitucional de acceso a la justicia y el debido proceso, incluyendo por supuesto el derecho a la defensa, se ve mejor servido si prevalece la tesis de la interpretación *latu sensu* del término ‘persona’ en el artículo 43 de la Ley de Derecho Internacional Privado. En ese caso, se le da por una parte seguridad jurídica al solicitante que ha iniciado un procedimiento de fondo en otra jurisdicción, sin que se afecte se lesione de la persona, natural o jurídica, afectada por la medida cautelar, de oponerse a ella y lograr su suspensión a través de los distintos métodos que la ley adjetiva establece para ello.

### **3. La acción cautelar *ante causam* en el procedimiento marítimo venezolano**

La realidad es que el estreno en el derecho venezolano de una verdadera acción cautelar, independiente, autónoma y pura, se da en la legislación marítima que surgió a principios de la década del 2000.

Esta innovación en nuestro derecho procesal, se dio como efecto de la promulgación a partir de 2001 de un conjunto de leyes especializadas del sector marítimo. Ello se produjo como resultado de una confluencia de propuestas e ideas de los distintos actores del sector, pero encuentran su origen como idea en las primeras propuestas de reforma de la legislación marítima venezolana que impulsó y concretó en el denominado proyecto de Ley Orgánica de la Navegación a quien honramos con esta obra hoy, mi distinguido amigo Luis Cova Arria.

El embargo de buques es sin duda una especie del género de la medida cautelar de embargo. Pero cuando se ausulta el embargo de bienes como categoría general del derecho

adjetivo y se compara con el embargo de buques, se identifican ciertas diferencias de indiscutible profundidad.

Ciertamente, el criterio de determinación de ambas medidas es el *periculum in mora*, es decir, el peligro de que resulte ilusoria la ejecución de un fallo de tipo judicial o bien arbitral. Pero el embargo de tipo general y más aún otras medidas cautelares como el secuestro, se agotan en sí mismas toda vez que buscan asegurar el bien en particular, sin un significativo énfasis en la medida sea sustituida por una garantía de tipo real o personal para asegurar la efectividad del fallo de mérito.

Esta característica del embargo en el derecho común, se hace evidente de lo riguroso y excesivamente formal del método de sustitución de la medida de embargo general por una garantía. En efecto, la forma en que está planteada en el derecho procesal venezolano ese derecho y la experiencia de la práctica forense, determinan la posibilidad de que se produzca una tediosa, dilatada y extensa en la sola determinación de la garantía sustitutiva, la cual puede durar años en ventilarse, manteniéndose mientras tanto la medida de embargo. En cambio, en el embargo de buques el levantamiento de la medida puede verificarse con una garantía simple, aún suscrita privadamente, cuando proviene de un seguro de protección e indemnización, esto es la denominada carta de garantía, que difícilmente el juez rechazará.

En el embargo del buque lo prioritario no es la medida en sí. La necesidad de embargar puede existir como emergencia sin cuya concreción podría ubicar o arraigar posteriormente al buque generándose una lesión irreparable a la posibilidad que el fallo preferido en el juicio de fondo sea efectivamente cumplido. Pero su objeto, en realidad, es su sustitución por una garantía y no el aseguramiento del bien en sí.

El embargo de buques constituye una de las figuras más decantadas en el derecho marítimo. Es así que en el proceso de unificación internacional del derecho marítimo que adelantó el Comité Marítimo Internacional, del cual fue consejero del Comité Ejecutivo Luis Cova Arria, se reguló el tema del embargo de naves como una figura jurídica de especial importancia, en el objetivo de darle uniformidad global y connotación especial, diferenciándola de otras medidas cautelares cuyo objeto es el aseguramiento del bien mismo (cuál es el caso del secuestro o la prohibición de enajenar y gravar) en contraste una cuyo objeto fundamental es la obtención de una garantía<sup>3</sup>.

En Venezuela, el embargo del buque a través de toda nuestra historia procesal hasta el año 2001 fue una medida de derecho común con las mismas características de las demás y por ende, de necesaria realización dentro de un proceso de fondo.

La acción cautelar independiente *ante causam* de embargo del buque surge en nuestro derecho por primera vez con la promulgación del Decreto con Fuerza de ley de Comercio Marítimo en el año 2001 y se consagra al lado de otra innovación significativa cuál es la de la posibilidad de pre-constitución *ante causam* de otras pruebas, procedimiento consagrado en el artículo 17 de la Ley de Comercio Marítimo así como en el artículo 16 de la Ley de Procedimiento Marítimo, una forma de retardo perjudicial especial a la materia.

---

<sup>3</sup> Convención de Bruselas sobre Embargo de Naves, 1952

La acción deviene del texto de los artículos 13, 14 y 100 de la Ley de Comercio Marítimo, que establecen:

*Artículo 13: Los Tribunales de la Jurisdicción Especial Acuática son competentes para conocer en todo juicio en que sea parte un propietario o armador de un buque de bandera extranjera, en los casos en que según esta Ley el buque pueda ser embargado preventivamente, salvo que hubiere un acuerdo arbitral o de atribución de competencia a otra jurisdicción. En este caso, la medida preventiva o cautelar se decretará, a los solos efectos de obtener una garantía para ejecutar el eventual laudo arbitral o sentencia judicial que se dicte. (Subrayado nuestro)*

*Artículo 14: Se suspenderá toda medida cautelar anticipada que se hubiere dictado y hecho efectiva antes del proceso, de conformidad con esta Ley, si dentro de diez (10) días continuos contados desde el momento en que se hubiere practicado la medida, no se hubiere intentado la demanda respectiva. (Subrayado nuestro)*

*Artículo 100: El Tribunal que decrete el embargo o hubiere recibido caución o garantía a los efectos de ordenar la liberación del buque, será competente para resolver sobre el fondo del litigio, a menos que válidamente las partes acuerden o hayan acordado someter el litigio a arbitraje o a la jurisdicción de otro Estado. (Subrayado nuestro)*

*Si el Tribunal resultare competente para resolver el fondo del litigio, de acuerdo al párrafo anterior, tramitará la sustanciación del procedimiento relativo a la responsabilidad del demandante, en cuaderno separado y la decisión se hará conjuntamente con la que recaiga sobre el fondo del litigio.*

Con las normas precedentes de trasfondo, descifremos cual es la anatomía y las condiciones y requisitos de la acción cautelar independiente *ante causam* en el derecho venezolano:

- i. El crédito por el cual se iniciará la acción de fondo y que da lugar a la solicitud de cautelar debe tratarse de un crédito marítimo en los términos del artículo 93 de la Ley de Comercio Marítimo, es decir, un crédito directamente relacionado a la explotación del buque. La enumeración del artículo 93 es taxativa. No puede tratarse de un crédito de derecho ordinario sino uno de los especificados en el mismo.

El objeto de la medida solicitada debe ser la obtención de una garantía a efectos de asegurar las resultas de un proceso de mérito. A tal efecto, es requisito previsto por el artículo 104 la Ley de Comercio Marítimo que el solicitante indique que tipo de garantía y por qué cuantía estaría dispuesto a aceptar para que se verifique la suspensión de la medida.

- ii. La solicitud de cautelar anticipada como procedimiento independiente puede serlo tanto para el embargo de un buque como para su prohibición de zarpe, medida análoga.

La diferencia entre ambas, es que el embargo se debe practicar mediante la presencia física del tribunal a bordo del buque, mientras que, a tenor de lo previsto en el artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo, la prohibición de zarpe puede comunicarla el

tribunal a la autoridad marítima incluso por vía electrónica y con ello queda practicada.

Siendo que el efecto de ambas cautelares es exactamente el mismo, es decir, la de la inmovilización del buque, se viene optando con más frecuencia por la prohibición de zarpe, la cual elimina la necesidad de trasladarse al buque y es, por ende, mucho más dinámica y susceptible de inmediato efecto real.

De hecho lejos, de tratarse de una medida diferenciable, la prohibición de zarpe constituye en realidad un embargo del buque pero que materializa sin necesidad de la presencia de tribunal a bordo, sino que se puede ejecutar remotamente o a distancia, mecanismo más acorde con las realidades de hoy.

- iii. El proceso cautelar independiente *ante causam* en caso de buques que se encuentren fondeados sin contacto físico con el puerto correspondiente, es competencia del tribunal marítimo de la ciudad de Caracas. Ello, pues si el buque esta fondeado sin contacto físico con tierra o con un muelle o estructura, se encuentra en aguas territoriales de la República y es el tribunal marítimo de Caracas el que tiene competencia en aguas de la Republica de forma indistinta.

En ese caso los tribunales marítimos de los estados no tienen competencia pues las aguas (el mar territorial) en las que el buque estará fondeado no son de ese estado sino de la Republica.

Para que el tribunal competente en alguna de las jurisdicciones distintas a Caracas tenga competencia a los efectos del procedimiento cautelar, es necesario que exista un contacto físico entre el buque y el territorio del estado donde se encuentra el tribunal. Si se trata de una embarcación deportiva ello puede darse cuando esta puesta en seco en una marina. Si es un buque mercante, si está en un astillero del territorio de ese estado o en aquellos casos en los que tenga otro contacto, como por ejemplo la situación en la cual este atracado y los cabos del buque estén en contacto físico con dispositivos en el muelle, las denominadas bitars de amarre, o en la situación en la cual la escala real del buque o escalera que lo conecta con el muelle este en contacto físico con tierra firme.

- iv. El tribunal marítimo venezolano ante el cual se inicia el procedimiento cautelar ante *causam*, debe carecer de jurisdicción para conocer del fondo del litigio. Así se desprende con claridad del artículo 13 de la Ley de Comercio Marítimo.

Si el tribunal tiene competencia para conocer del fondo del litigio lo que corresponde, a efectos de la solicitud de embargo es el inicio de una acción de fondo, es decir, incoar una demanda de mérito y el contexto de ella hacer la solicitud correspondiente.

- v. Si se trata del crédito cuya existencia debe ventilarse mediante arbitraje por virtud de una clausula compromisoria, el sitio del arbitraje puede ser indistintamente tanto Venezuela como el exterior. Si por el contrario, no existe clausula compromisoria y la jurisdicción para la acción de mérito corresponde a un tribunal, debe tratarse de un tribunal extranjero, pues, como quedó dicho, para que proceda la medida mediante el procedimiento cautelar independiente *ante causam* es esencial que exista falta de jurisdicción del tribunal venezolano para conocer del fondo del litigio.

- vi. Debe existir tanto el *fumus bonus iuris* como el *periculum in mora*. Así como en el caso de las cautelares de derecho común, de no existir el *periculum in mora* o el *fumus bonus iuris* el tribunal podrá exigir la constitución de una contra garantía.
- vii. El solicitante de la medida cautelar anticipada debe indicar la acción de fondo pretende desplegar.
- viii. El solicitante de la medida *ante causam* queda obligado a iniciar la acción de mérito dentro de los diez (10) días continuos siguientes al decreto de la medida, tal como lo exige el artículo 14 de la Ley de Comercio Marítimo y ha sido reiterado por la jurisprudencia de los tribunales en forma inveterada.
- ix. El tribunal marítimo tendrá competencia para conocer de la incidencia que surja de la oposición del solicitante o a la garantía que la parte afectada por la medida produzca para su levantamiento, a los efectos de lo cual podrá seguir el procedimiento de las incidencias de las medidas preventivas previsto en los artículos 601 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Igual tendrá competencia para la acción de daños y perjuicios si la medida resultaba infundada.

#### **4. Conclusión**

El procedimiento autónomo cautelar *ante causam* para el embargo y prohibición de zarpe constituye una innovación traída al derecho procesal venezolano por la legislación marítima a partir del año 2001, que no encuentra comparación en el derecho, venezolano. La posibilidad de tomar medidas a las que se refiere el artículo 43 de la Ley de Derecho Internacional Privado se presta a interpretaciones divergentes en cuanto a su alcance, cuestión que no sucede en este especialísimo proceso que el derecho marítimo venezolano ha aportado a nuestra legislación adjetiva, en parte gracias a quien merecidamente homenajeamos con esta obra, el gran marítimista venezolano Luis Cova Arria.

Caracas, julio de 2020.