



**Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior**

**LAS MEDIDAS CAUTELARES PREVENTIVAS COMO UN SISTEMA QUE
GARANTICE EL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO
MARÍTIMO VENEZOLANO**

**PRECAUTIONARY MEASURES AS A PREVENTIVE SYSTEM TO
GUARANTEE THE RIGHT TO MARITIME DEFENCE RULING
VENEZOLANO**

**Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista
en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior**

**Autor (a): Abg. Mary Yriarte
Tutor (a): Dr. Freddy Belisario**

Caracas, Octubre del 2014



**Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior**

**LAS MEDIDAS CAUTELARES PREVENTIVAS COMO UN SISTEMA QUE
GARANTICE EL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO
MARÍTIMO VENEZOLANO**

**PRECAUTIONARY MEASURES AS A PREVENTIVE SYSTEM TO
GUARANTEE THE RIGHT TO MARITIME DEFENCE RULING
VENEZOLANO**

**Autor (a): Abg. Mary Yriarte
Tutor (a): Dr. Freddy Belisario**

Caracas, Octubre del 2014

**Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior**

**LAS MEDIDAS CAUTELARES PREVENTIVAS COMO UN SISTEMA QUE
GARANTICE EL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO
MARÍTIMO VENEZOLANO**

**Autor: Abg. Mary Yriarte
Tutor: Dr. Freddy Belisario
Fecha: Octubre, 2014**

RESUMEN

El objetivo principal de la presente investigación se basa en el análisis de las medidas cautelares preventivas como un sistema que garantice el Derecho a la Defensa en el Procedimiento Marítimo Venezolano. Para el estudio de la misma se establecieron los siguientes objetivos (a) Identificar las medidas cautelares en el derecho comparado y venezolano; (b) Definir las características de las medidas cautelares preventivas en el proceso marítimo Venezolano; (c) Señalar las competencias del juez en la aplicación de las medidas preventivas en el proceso marítimo venezolano; (d) Determinar el procedimiento para la aplicación de las medidas cautelares que garantice el derecho a la defensa en el ámbito marítimo venezolano. La metodología empleada es de carácter documental, sustentado en un diseño bibliográfico con un nivel descriptivo y apoyado en los autores reseñados en la bibliografía y las leyes relacionadas al tema. Se concluye: En cuanto a la materia de embargo preventivo de buques el derecho a la defensa constituye uno de los pilares fundamentales sobre el cual se sustenta la noción de estado de derecho, lo cual se logra realizando una correcta interpretación de las normas jurídicas por parte del juez marítimo que origina la preservación del conjunto de derechos legítimos que el ordenamiento jurídico establece y que conforman la esfera subjetiva de todo ciudadano dedicado al comercio marítimo. Se recomienda: El poder cautelar otorgado al juez marítimo debe determinarse en la potestad para decretar medidas cautelares, lo que exige un rol de director acorde para decidir en el marco de la justicia y que ejerzan funciones en forma profesional y donde la buena fe debe ser uno de los principios formativos del proceso.

Descriptores: Medidas- Cautelares- Sistema- Defensa-Procedimiento Marítimo.

**Central University of Venezuela
Faculty of Law and Political Science
Centre for Postgraduate Studies
Specialization in Shipping Law and Foreign Trade**

**PRECAUTIONARY MEASURES AS A PREVENTIVE SYSTEM TO
GUARANTEE THE RIGHT TO MARITIME DEFENCE RULING
VENEZOLANO**

**Author : Abg . Mary Yriarte
Tutor : Dr. Freddy Belisario
Date: October, 2014**

ABSTRACT

The main objective of this research is based on analysis of preventive precautionary measures as a system to ensure the right to defense in the Venezuelan Maritime Procedure. For the study of the same the following objectives (a) Identify the precautionary measures established in comparative law and Venezuela; (b) Define the characteristics of preventive precautionary measures in the Venezuelan maritime process; (c) Report the powers of the judge in the implementation of preventive measures in the Venezuelan maritime process; (d) The procedure for the implementation of precautionary measures to ensure the right to defense in Venezuela's maritime domain. The methodology used is documentary in nature, based on a literature design with a descriptive level and supported by the authors reported in the literature and laws related to topic. The conclusion: As to the matter of arrest of ships the right of defense is one of the pillars on which the concept of rule of law is based, which is achieved by performing a correct interpretation of legal rules by judge originating maritime preservation of all legitimate rights that the law states that make up the area and opinion of every citizen engaged in maritime trade. We recommend: Power precautionary given the maritime court must determine the power to grant an injunction, which requires a role of manager according to decide in the context of justice and exercising.

Descriptors: Defense - Measurements- Cautelares- System- Maritime Procedure.

INDICE GENERAL

p.p

INDICE GENERAL RESUMEN INTRODUCCIÓN

CAPITULO I. LAS MEDIDAS CAUTELARES PREVENTIVAS EN EL DERECHO COMPARADO Y VENEZOLANO.

- 1.1. Las Medidas Cautelares en el Derecho Comparado
- 1.2. Naturaleza de las Medidas Cautelares
- 1.3. Las Medidas Cautelares en el ámbito Jurídico Venezolano
- 1.4. Requisitos de Procedencia de las Medidas Cautelares

CAPITULO II. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO MARÍTIMO VENEZOLANO

- 2.1. El poder cautelar y la tutela judicial efectiva en la CRBV (1999)
- 2.2. Conceptualización de las Medidas Cautelares en el Procedimiento Marítimo
- 2.3. Otras Medidas preventivas que se pueden practicar sobre una nave o accesorio de navegación
- 2.4. Precisiones Procésales de las Medidas Cautelares Innominadas

CAPITULO III. LAS COMPETENCIAS DEL JUEZ EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO MARÍTIMO VENEZOLANO.

- 3.1. Consideraciones sobre la Jurisdicción y Competencia especial Acuática
- 3.2. Rol del juez en la aplicación de las Medidas Cautelares en el proceso Marítimo Venezolano
- 3.3. El Proceso Cautelar como Satisfacción Jurídica y el problema de la Verdad en la actividad marítima

CAPÍTULO IV. PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE GARANTICE EL DERECHO A LA DEFENSA EN EL ÁMBITO MARÍTIMO VENEZOLANO

- 4.1. Celeridad Procesal en el Proceso Marítimo Venezolano
- 4.2. Los Créditos Marítimos
- 4.3. La Acción in rem en la Legislación Marítima Venezolana
- 4.4. El Forum Arresti y la Acción Cautelar Independiente
- 4.5. Procedimiento Marítimo para decretar las Medidas Cautelares de embargo de buques
- 4.6. La Prohibición de Zarpe como medida de Embargo Preventivo de buques. Su procedimiento.
- 4.7. El Buque objeto del Embargo

Conclusiones y Recomendaciones

Conclusiones
Recomendaciones

Referencias Bibliográficas

INTRODUCCIÓN

La institución cautelar puede ser visualizada bajo la noción de un sistema, es decir, como un conjunto de elementos lógicamente estructurados, vinculados de manera interdependiente, con sus propias características, su propia esencia y consistencia todos enlazados entre sí, materializadas en un sistema de defensa el cual contiene el derecho a la cautela y a la justicia material preventiva, ambas coordenadas expresadas a través de la petición cautelar.

De esta forma, las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento jurídico procesal protege, de manera provisional un derecho, con el fin de asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte y que los fallos no sean ilusorios, para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.

En el derecho marítimo las medidas cautelares manifiestan el mismo fin de impedir que el derecho, cuya actuación se pretende, pierda virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre demanda y sentencia, donde el juez marítimo tiene la potestad cautelar de decretar la medida con base a un sistema de defensa que garantice el derecho de los ciudadanos a que se refieren las disposiciones establecidas en la normativa marítima vigente.

Ahora bien, a pesar de la preeminencia y condición protagónica de la medida de embargo y prohibición de zarpe como cautelares por excelencia en el derecho marítimo y particularmente en lo que se refiere a buques, origina la necesidad de analizar el alcance de las disposiciones en la legislación marítima, debido a que constituyen medidas que tienen un efecto en la inmovilización de la nave, lo que genera un significativo impacto en la actividad naviera, a la vez que puede ocasionar significativos costos para el armador que se ve sujeto al mismo y afectar de esta forma al negocio marítimo.

Además, en el derecho marítimo venezolano, una particularidad que no se da en otras áreas jurídicas, y, es de que las medidas preventivas pueden decretarse y ejecutarse anticipadamente, es decir, sin que esté propuesta la acción principal que motiva el juicio, lo cual tiene una condición especial propia y muy característica y es así, porque en materia de las acciones derivadas del comercio marítimo.

Es por ello, que dado este carácter especial de estas medidas que la investigación se propone estudiar las medidas cautelares preventivas como un sistema que garantice el derecho a la defensa en el procedimiento marítimo venezolano. Siendo el propósito de la investigación el de suministrar un conocimiento jurídico adecuado y oportuno sobre la aplicación de estas medidas al operador de justicia como parte del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos en el negocio marítimo.

Asimismo, la importancia de la investigación tiene como base que servirá como punto de referencia y apoyo para abordar de una manera más objetiva la problemática que se confronta. Además constituirá una herramienta que permita aportar ideas, recomendaciones y métodos que pueden ser considerados por otros estudiantes, profesionales y otras instituciones interesadas en la temática abordada en esta investigación

La investigación se ubica en un diseño bibliográfico porque los documentos provienen de textos libros relacionados con las medidas cautelares en el procedimiento marítimo y se señala lo que debe hacerse para alcanzar los objetivos planteados, es de carácter jurídico dogmática, porque se concatenaran el contenido del trabajo de grado, con las normas adjetivas, para interpretar el derecho objetivo, formal, determinando las medidas cautelares en el procedimiento marítimo venezolano.

Para lograr los objetivos planteados en el presente trabajo, las técnicas de recolección de datos, utilizadas serán las estiladas en los estudios documentales como es: el subrayado, el resumen, la elaboración de fichas y el esquema y la observación documental directa. La información proveniente

de la observación directa fue seleccionada y ordenada sobre la base del esquema preliminar de la investigación.

Para la interpretación del sustento teórico del tema en estudio, se realizará desde un enfoque hermenéutico-jurídico, aplicado a las normas legales, constitucionales y jurisprudenciales que fueron recopiladas por la relación que tienen al estudio a realizar, y haciendo énfasis en las leyes de orden marítimo.

El presente trabajo investigativo, se encuentra estructurado en cuatro capítulos que se presentan de la siguiente manera: El Capítulo I en el cual se analizan las medidas cautelares preventivas en el derecho comparado y venezolano; en el capítulo II, se encuentra referido a describir las características de las medidas cautelares en el proceso marítimo venezolano; en el capítulo III, se presenta el estudio de las competencias del juez en la aplicación de las medidas cautelares en el proceso marítimo venezolano; luego en el capítulo IV el análisis del procedimiento para la aplicación de las medidas cautelares que garantice el derecho a la defensa en el ámbito marítimo venezolano, luego las conclusiones y recomendaciones y por último se señalan las referencias bibliográficas, las cuales contienen el conjunto de textos utilizados en la investigación.

CAPÍTULO I

LAS MEDIDAS CAUTELARES PREVENTIVAS EN EL DERECHO COMPARADO Y VENEZOLANO

1.1. Las Medidas Cautelares en el Derecho Comparado

El derecho comparado latinoamericano comprende ciertas medidas cautelares no previstas en la legislación venezolana, al menos de un modo general. Estas medidas son las que señala Henríquez (2001), aplicadas en el derecho argentino y son la: “anotación de la litis, la inhibición general de bienes y la prohibición de innovar” (p.61). En cuanto a la anotación de litis en siguiendo a Henríquez, se origina cuando:

Tiene como consecuencia la modificación de una inscripción en el registro de la propiedad y el derecho y que fuere verosímil, así, cuando la demanda hubiere sido desestimada, esta medida se extinguirá con la terminación del juicio, si la demanda hubiese sido admitida, se mantendrá hasta que la sentencia haya sido cumplida (p.59).

Esta medida tiene por objeto hacer constar en el registro la existencia de una causa que ha dado origen al ejercicio de una acción de nulidad, resolución, rescisión, revocación o reducción de una titularidad o acto inscrito anteriormente; de ahí que se califique a ésta de anotación de publicidad, se prevé también la anotación de la litis en los casos que se ejerzan las acciones pauliana, de simulación, rescisión, revocación de donación y resolución de permuta, ordenando el registro de la demanda a los efectos establecidos por la ley. Pero ello, no obsta para que el interesado haga inscribir su demanda a los mismos efectos en el caso de otras acciones no previstas en la mencionada disposición legal.

En cuanto a la anotación registral del secuestro preventivo en Argentina, todos los casos en que habiendo lugar a embargo éste no pudiera

hacerse efectivo por no conocerse bienes del deudor, o por no cubrir éstos el importe del crédito reclamado, podrá solicitarse contra aquél la inhibición general de vender o gravar bienes, la que se deberá dejar sin efecto siempre que presentase a embargo bienes suficientes o se diere caución bastante (Henríquez, 2001). La inhibición sólo surtirá efecto desde la fecha de su anotación salvo para los casos en que el dominio se hubiera trasmisido con anterioridad, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación general.

De allí, que no se concederá preferencia sobre las anotadas con posterioridad, esta medida concierne únicamente a los bienes inmuebles de que no puede disponer el inhibido y no es posible extenderla a otros casos y no es necesario un previo intento por embargar para que proceda su decreto, bastando la simple manifestación de desconocerse bienes del deudor. Sin embargo, como no se concretiza en ningún bien en particular, sólo establece un derecho concurrente con los demás demandantes que en el futuro soliciten una inhibición general.

En relación, a la prohibición de innovar tiene por objeto, según expresa la jurisprudencia argentina destacada por Henríquez (2001), el de asegurar la igualdad de las partes ante la contienda judicial, pues es regla de derecho que, pendiente un pleito, no pueda cambiarse de estado la cosa objeto del litigio para que no sea trabada la acción de la justicia, y pueda ser entregada la cosa litigiosa al que deba recibirla, esto, impide que las partes innoven en la situación de hecho o de derecho existente al iniciarse la controversia, asegurando un efecto típico de la sentencia, cual es su retroactividad al tiempo de la demanda. Esta, podrá decretar la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que según García de Enterria (2007):

- (a) El derecho fuere verosímil; (b) existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible; (c) la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria (p.129).

La prohibición de enajenar y gravar que prevé la ley procesal para los juicios reivindicatorios presenta efectos similares a la prohibición de innovar, en cuanto asegura la perpetuatio legitimatis en el demandado al impedir que enajene la cosa litigiosa con fundamento en el título registrado que pueda tener. En la legislación patria ha sido la de restringir la prohibición de innovar en cada cuerpo legal, al punto de llegar a configurarla en los términos de la actual prohibición de enajenar y gravar.

Ahora bien, llevando el derecho comparado a las medidas cautelares en el derecho marítimo, se puede señalar lo reflejado en Villarroel (2006), que en los países anglosajones se cuenta con dos tipos de acciones, por una parte la acción contra el bien que originó el nacimiento de la acreencia, denominada action in rem, que puede ser intentada cuando existe un crédito marítimo. En segundo lugar, la action in personara, es decir, la acción contra los responsables de la cosa al momento del surgimiento de la acreencia.

La action in rem da lugar, una vez que se ha introducido el escrito de reclamación, lo que se dirige a detener judicialmente la embarcación, lo que se conoce como arrest. En los países de derecho continental europeo, donde no existe una acción sobre los bienes sino que las reclamaciones son ejercidas únicamente contra la personas por excelencia sobre las naves es el embargo preventivo.

En Norteamérica e Inglaterra, cuando la acción es in personara, se ubica dos que pueden afectar a la nave, en Estados Unidos existe el attachment y en el Reino Unido la Mareva Injunction, existiendo entre estas figuras jurídicas grandes diferencias (Villarroel, 2006).

En EEUU, en virtud de la quinta y décima cuarta enmienda de la constitución de Estados Unidos, una persona no puede ser privada de su propiedad, sin un debido proceso, y consecuencia, para la obtención del attachment se requiere de una substancialización del proceso. Como criterio para su proceso, en el caso Grand Bahama Petroleum y Canadian Transport (citado en Villarroel, 2006), se sugirió el siguiente procedimiento:

(a) Audiencia informal con el juez previa a la obtención de la medida, sin la presencia del demandado; (b) el demandante debe demostrar que hay evidencia razonable de que la causa de la reclamación existe; (c) el demandante al momento de introducir la reclamación debe evidenciar que una deuda marítima existe; (d) el demandante debe demostrar su esfuerzo razonable de que ido localizar al demandado en el distrito; e) luego de que el attachment es concedido la nave puede ser detenida. Adicionalmente el demandante, no tiene que probar una necesidad urgente para obtener la seguridad. A diferencia de la Mareva injunction, el attachment fuerza la jurisdicción del tribunal (p.325).

En cuanto a la mareva injunction no es una orden de detención de la nave o de colocación bajo la orden de la corte, en realidad da lugar a una protección que impide que la nave salga de la jurisdicción del distrito del tribunal. Para obtener esta medida, el reclamante debe demostrar que existe un riesgo de que los bienes del demandado salgan del distrito y que no puede hacer efectiva su reclamación sobre los mismos fuera de esa jurisdicción, se logra por medio de un procedimiento independiente, de manera que el tribunal puede declinar la jurisdicción, manteniendo la medida como seguridad sobre los bienes. La ventaja de la Mareva injunction sobre el attachment norteamericano es la rapidez con la que puede ser obtenida.

1.2. Naturaleza de las Medidas Cautelares

Históricamente, las medidas cautelares, en tanto son institutos procesales, son aquellas que el legislador ha previsto con el objeto de que la parte vencedora en el juicio, no quede burlada en su derecho a obtener la satisfacción de su pretensión y constituyen un conjunto de precauciones y medidas que se pueden tomar, para evitar el riesgo de que el transcurso del tiempo o acciones dañosas del vencido, hagan ilusoria la ejecución de la sentencia. Comúnmente existe la creencia de que las acciones cautelares

son apéndices de las acciones de mérito, sin embargo, al profundizar en el sentido teleológico de los procedimientos judiciales, señala Tesso (2007):

Se hace necesaria la comprensión de que la sede del mérito que acompaña la acción principal deducida por el actor con la idea de hacer efectiva una pretensión determinada y, la sede cautelar, que en la doctrina es mencionada como cognición reducida, en realidad son dos juicios diferentes, por esa razón, acertadamente el legislador ha ordenado un cuaderno separado para la sustanciación de las medidas cautelares (p.59).

Puede afirmarse, que el proceso cautelar, se reduce a una declaración de certeza o a una ejecución, pues es el resultado de hacer valer una pretensión basado en el derecho a una tutela judicial efectiva. Su finalidad es evitar que se burlen las decisiones judiciales, la insolvencia del obligado y garantizar el crédito insoluto, las providencias cautelares se diferencian de la acción preventiva definitiva, en la permanencia de sus efectos, pues éstos son provisionales y depende la medida en su existencia de un acto judicial posterior, al servicio del cual se dicta.

Al respecto, parafraseando a Calamandrei (1997), quien analiza los distintos criterios en base a los cuales pudiera lograrse un aislamiento y una definición de las providencias cautelares de las otras decisiones que dicta el juez en el proceso, señala, que en el aspecto subjetivo, no existe una función cautelar confiada a órganos especiales que permita derivar su naturaleza jurídica del sujeto, ni tampoco en el criterio formal porque no hay una forma peculiar en ellas, por la cual se les pueda distinguir exteriormente de las otras providencias del juez, la forma de la sentencia que decreta un secuestro es igual a cualquier otra sentencia.

Podría decirse, expresa Calamandrei, que el único criterio del que se puede esperar una verdadera diferenciación sea el sustancial, que hace relación al contenido de la providencia, o sea, a sus efectos jurídicos, pero la insuficiencia de éste se observa a primera vista precisamente en que sus efectos no son cualitativamente diversos de los que son propios a las otras

providencias de cognición o de ejecución, efectos meramente declarativos o constitutivos, o bien ejecutivos, pero no diversos a los de aquéllas.

Por otra parte, el criterio diferenciador de las medidas cautelares no es homogéneo con el criterio que diferencia las de cognición con las de ejecución, que están situados en distintas dimensiones, que pueden combinarse entre sí, pero no fundirse en una clasificación única, el criterio diferenciador de las medidas cautelares, es contrario, pero no contradictorio, al criterio que separa las ejecutivas de las declarativas; está en orden lógico ajeno y extraño al de éstas. Es por eso, que pueden adjetivarse como de cognición o de ejecución, o, preponderando estos efectos, declarativas cautelares o ejecutivas cautelares.

En este sentido, se puede hablar de autonomía de las medidas cautelares porque no son dependientes en su esencia del proceso de cognición ni del de ejecución. De acuerdo a lo anterior en su diferenciación Henríquez, (2001), señala que “las medidas cautelares no se les puede negar una peculiar fisonomía procesal, que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categorías por sí mismas, determinables a base de criterios que no las transforman de procesales en materiales” (p.62).

Por lo que, su definición ha de buscarse más que sobre la base de un criterio ontológico, en un criterio teleológico: no en la cualidad declarativa o ejecutiva de sus efectos, sino en el fin o la anticipación de los efectos de una providencia principal al que sus efectos están preordenados. Y concluye su razonamiento diciendo que la característica procesal de las providencias cautelares es su instrumentalidad, en el sentido que ellas no son nunca fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas y también en el sentido de ayuda y auxilio a la providencia principal.

En relación, a ello los elementos que conforman la definición de la providencia cautelar en primer lugar se anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior; segundo se satisface la necesidad urgente de hacer cesar un

peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia, y tercero, sus efectos están preordenados y atenidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente.

1.3. Las Medidas Cautelares en el ámbito Jurídico Venezolano

Las medidas cautelares son aquellos actos que tienden al aseguramiento de lo que pretenden las partes dentro del proceso, y es por ello que puede afirmarse que su objeto es garantizar la ejecución del fallo definitivo. Aguado (2001), reseña que “Las medidas cautelares son el mecanismo mediante el cual pueden anticiparse de manera provisional a los efectos de la sentencia definitiva para prevenir los daños que pueden generarse por su retraso” (p.98).

La posibilidad de obtener una sentencia justa y efectiva presupone el poder cautelar del juez, desde que las medidas preventivas se dirigen, precisamente, a evitar que la sentencia definitiva quede ilusoria (*periculum in mora*). El derecho a obtener una protección cautelar es, por tanto, instrumento para el ejercicio de la tutela judicial. Badell (2007), sostiene que:

Las medidas cautelares son una manifestación de la actividad jurisdiccional y un instrumento necesario para la eficiencia de la justicia, que constituye una garantía de los presuntos derechos en discusión mientras se dicta el fallo definitivo, evitando así que el mismo pueda resultar ineficaz (p.79).

De lo anterior, se infiere que , las medidas cautelares se adoptan con la finalidad de asegurar provisionalmente la situación jurídica, el derecho o interés de que se trate, para que la sentencia que en su día declare ese derecho o interés, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, lográndose de esa manera la plenitud del derecho a la tutela judicial efectiva. Las medidas

cautelares presentan las siguientes características, señaladas por Badell (2007):

1. Instrumentales: Son el instrumento para asegurar la eficacia de la sentencia en un juicio principal. Ellas no son en sí mismas un fin sino que están dirigidas a garantizar el resultado de la sentencia de fondo, por ello nunca podrán convertirse en definitivas por cuanto, están supeditadas a la declaración judicial final del proceso del cual forman parte. Ortiz (2005) expresó lo siguiente:

Es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares; las cuales no constituyen un fin por sí mismas, sino que están indudablemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, la tutela cautelar es, en relación con el derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia son, un medio predisposto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez, es un medio para la actuación del derecho; esto es, con relación a la finalidad última de la función jurisdiccional (p.187).

2. Provisionales: Tienen una vigencia temporal, lo cual significa que, extinguido el proceso, se extinguén las providencias cautelares decretadas. En principio las medidas cautelares fenenecen cuando se produce la sentencia que pone fin al proceso principal, es decir, tienen vidas mientras dura el proceso. No obstante, existe la posibilidad de que si cambian las circunstancias que condujeron a la adopción de las medidas cautelares, estas pueden ser modificadas o revocadas por razones sobrevenidas, aun cuando no haya finalizado el proceso principal.

3. Revocables: Pueden ser revocables en cualquier estado de la causa. Dado el carácter temporal que éstas mantienen, se justifica su revocatoria ante una modificación de las circunstancias que fundamentaron su emisión.

4. Accesorias: De acuerdo a la opinión emitida por Henríquez (2001), sostiene que las medidas cautelares son siempre accesorias al proceso principal.

5. Idoneidad: Deben ser las más idóneas para salvaguardar la efectividad de la tutela judicial, pues si se conceden providencias que no garanticen los resultados del proceso, la tutela cautelar se verá frustrada en la medida en que no sea idónea para posibilitar la realización de la tutela judicial.

6. Homogeneidad: Estas medidas alcanzan una mayor eficacia en cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la ejecución del fallo definitivo. Las medidas cautelares deben adecuarse a las pretensiones de la acción principal; por lo que de modo alguno el juez cautelar puede excederse del objeto del recurso de nulidad. De allí que se hable también de funcionalidad de la medida en el sentido de que ésta debe adaptarse perfectamente a la naturaleza del derecho que se ejercita y se pretende (Teso, 2007, p.128).

Puede decirse, que una medida cautelar es más eficaz cuanto más se parece a la correspondiente medida que integrará la futura ejecución. La homogeneidad constituye un límite al alcance del poder cautelar del juez, ya que la medida no podrá excederse de modo que su ejecución agote el contenido de la sentencia definitiva.

7. Necesidad y Urgencia: Las medidas cautelares se conceden con la finalidad de evitar la producción de perjuicios graves e irreparables, o de tal naturaleza que no pueden repararse por la sentencia que pongan fin al proceso principal, de allí que se consideren necesarias. Esta característica se encuentra vinculada con la urgencia que debe contener toda medida cautelar.

8. Cosa Juzgada: Algunos doctrinarios como Ortiz (2005), le dan el carácter de cosa juzgada, cuando la decisión cautelar se toma

definitivamente firme por no ser posible deducir contra ella recurso alguno, queda revestida de cosa juzgada formal.

En relación a lo anterior, puede concluirse que el proceso cautelar sirve de forma inmediata a la composición procesal de la litis pues su finalidad es la garantía del desarrollo o resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva, es una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, vista su instrumentalidad.

1.4. Requisitos de Procedencia de las Medidas Cautelares

Apartándose del tradicional señalamiento que limita la interpretación a los requisitos de procedencia, se señalaran en esta sección de la investigación, los elementos subjetivos y objetivos que inciden en la solicitud, decreto y ejecución de las medidas cautelares toda vez que no obstante su naturaleza de garantía procesal, busca evitar que queden insolventes las decisiones judiciales.

La potestad de administrar justicia esta asignada por la CBRV (1999), al poder judicial, el cual, a través de los diferentes tribunales de la república y del tribunal supremo de justicia (TSJ), atienden a la tutela jurisdiccional de los intereses y derechos de los particulares y más allá, al control directo del cumplimiento de la constitución y las leyes, y, en especial, del principio de la legalidad. Siendo, las medidas cautelares un elemento importante de la tutela jurisdiccional, son de la absoluta reserva legal del poder judicial, es decir, ninguna otra autoridad podrá decretarlas (Campo, 2003, p.82).

En cuanto a la legitimación para solicitar la cautela procesal, corresponde a las partes, entendiendo procesalmente en opinión de Aguado (2001), por tales todas “aquellas personas que intervienen en un proceso en defensa de un interés o de un derecho que le es propio, como demandante o demandado, requiriendo una sentencia favorable a su pretensión” (p.59). De esta forma, el Artículo 380 del Código de Procedimiento Civil (CPC; 1990),

les consagra a los terceros intervenientes por adhesión, llamados también parte accesoria el derecho a utilizar cualesquiera y todos los medios de defensa o ataque admisibles en el estado en que se encuentre la causa al momento de producirse la intervención.

Si bien, no hay una norma explícita que se refiera a la tutela cautelar en el proceso de que se trate la intervención, resulta lógico que el tercero tenga ese derecho, al igual que demandante y demandado en el juicio principal, toda vez que su llamamiento o intervención voluntaria constituye una verdadera demanda, que se tramitará, incluso en cuaderno separado conjuntamente con la demanda principal. De igual forma están obligados a soportar aquellas medidas que se soliciten en contra suya, todo de acuerdo a la legitimación individual.

En cuanto a la legalidad, debe ser entendido este vocablo según Calvo (2002), como sinónimo de “juridicidad” (p.318), en sintonía con lo dispuesto en el Artículo 341 del CPC (1990), que se contrae a los requisitos de admisibilidad de la demanda, por lo tanto, en ningún caso podrá decretarse una medida cautelar que sea contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley.

También está referida la legalidad a la necesidad de ajustarse a las normas que regulan la procedencia y oportunidad de las medidas cautelares en el CPC (1990), y finalmente a la adecuación de la medida a los posibles efectos de la sentencia que habrá de dictarse en el proceso, por lo que no podrá decretarse ninguna medida preventiva que pretenda practicarse sobre bienes que excedan el objeto que se busca garantizar. De ello, se colige que las medidas cautelares deben acordarse sólo para garantizar a las partes las resultas de un proceso, es decir, que la ejecución del fallo definitivo que en tal se dicte no resulte ilusoria.

En cuanto a los requisitos de procedencia señala Hernández (2005), que:

La verosimilitud del derecho reclamado, a pesar de que el legislador lo coloca en segundo lugar, toda vez que así debe hacerlo el juez antes de examinar la posibilidad de que quede ilusoria la ejecución del fallo y es lo que se conoce como el fumus boni iuris cuya traducción literal del latín es: humo del buen derecho, se entiende como colorato, imprescindible de juridicidad y de razón, suficientes para llevar a la convicción del juez, sin necesidad de penetrar los intríngulis del mérito de la causa y mediante un proceso de cognición reducida o sumaria cognitio, que el solicitante está urgido de la verosimilitud en su reclamo y que el retardo en el juicio habrá de causar daños a esos derechos, por hacer ilusoria la ejecución del fallo (p.161).

En otras palabras, se requiere que la apariencia de certeza del derecho reclamado, sea suficiente para que el juez mediante ese conocimiento superficial anticipa la probabilidad de que en el proceso principal se decrete su certeza definitiva, sin que influya en la validez del decreto de la medida, la posibilidad de que la sentencia definitiva niegue ese derecho.

Esta fórmula es principista, pues siendo la naturaleza jurídica de la sede cautelar proteger un derecho verosímil hasta tanto se dicte la sentencia definitiva, postergar o supeditar la decisión cautelar, para una mayor certeza, significaría la negación de la institución cautelar. El juicio de valor propio en opinión de Calcaño (2002), en sede cautelar estará dirigido a:

Determinar (a) que el derecho invocado como pretensión tiene o no, verosimilitud; (b) que la pretensión no sea contraria a la ley, al orden público, a las buenas costumbres y que no sea temeraria y, (c) que el derecho de la parte contraria tenga o no también apariencia de verosimilitud (p.39).

Serán los elementos de prueba que exige el texto articular, acompañados al libelo o a la solicitud los que constituyan la base de tal juicio de valor, al punto de constituir presunción grave del derecho reclamado. En este sentido, el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que la parte solicitante aguarda de la sentencia definitiva, a dictarse en el proceso

principal, no pueda hacerse efectiva en razón de que el transcurso del tiempo hace faltar las circunstancias favorables a la tutela en si misma, y por lo tanto haga temer fundamentalmente daño jurídico derivado del retardo, es el conocido *periculum in mora*.

Al respecto, se puede decir que más que un requisito de procedencia para la tutela cautelar, es el fundamento del instituto, puesto que el peligro que las partes pretenden conjurar con las medidas es la desmedida duración de los procesos, no el genérico peligro del daño jurídico que pudiera producir la actividad de la parte contraria, el cual se puede obviar con la cautela de diseño y así lo expresa la propia Ley.

De esta forma, son dos los elementos integrantes de este presupuesto, señalados en García de Enterría (2007): “el retraso y el daño marginal de la demora” (p.187), por lo tanto, lo urgente es el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia judicial y que cuando llegue, sea justa y eficaz. Es indispensable acompañar los medios de prueba eficaces para demostrar los extremos a que se contrae el Artículo 585 del CPC (1990), como requisitos de procedencia de las medidas cautelares, bien desde la propia incoación, junto con el libelo o después, en el momento en que se solicite la medida.

En este sentido, se puede concluir la sección señalando que las medidas cautelares son mecanismos de protección del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que permite afirmar que el decreto de dichas medidas, no es de carácter potestativo por parte del juez; antes por el contrario se trata de un deber constitucional en aquellos casos en los que se encuentran dados los supuestos exigidos para su procedencia.

CAPÍTULO II

CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO MARÍTIMO VENEZOLANO

2.1. El poder cautelar y la tutela judicial efectiva en la CRBV (1999)

Las medidas cautelares son un instrumento cuyo principal objetivo es asegurar la eficacia del proceso principal y, consecuentemente, de la sentencia definitiva. De allí deriva su denominado carácter de instrumentalidad, que para Badell (2007), “es su esencia, ya que las demás caracteres, tales como la provisionalidad, la flexibilidad y la urgencia, entre otros, no son más que consecuencias de esa instrumentalidad”(p.92).

Siguiendo ese orden de ideas, habrá de afirmarse entonces siguiendo a Calamandrei (1997) que es el elemento teleológico el que determina la efectividad de las medidas cautelares, ello, sólo en la medida en que la protección cautelar responda al cumplimiento de su finalidad, será entonces efectiva y realmente instrumental.

Por argumento en contrario, cuando las cautelares no responden a ese fin, esto es, no aseguran la eficacia de la sentencia, sencillamente se desnaturalizan, dejan de ser instrumentales y, en consecuencia, pierden su razón de ser y de existir. Para que esto no ocurra, dos (2) factores claves deben coexistir, estos dos (2) factores son esenciales para determinar la efectividad de la protección cautelar, debido a que inciden de manera directa e inmediata en el cumplimiento de su finalidad y conllevan la verificación del elemento teleológico al que se hace referencia.

El primero de ellos se refiere a su contenido de flexibilidad y, el segundo, a su celeridad, urgencia. Si las cautelares no son expeditas e integrales, su protección no puede ser nunca efectiva y, por ende, no les es posible cumplir su objetivo en el proceso principal, el cual es finito y tiene una duración en el tiempo, por ello, su carácter accesorio, puesto que al finalizar

lo principal, lo accesorio fenece. Así, la provisionalidad deriva, de manera inmediata, de la naturaleza instrumental de la protección cautelar; y, según Henríquez (2003), la flexibilidad implica:

Por una parte, que el órgano judicial está en todo caso autorizado para establecer la clase de medida adecuada a las circunstancias del caso, y por la otra, que el sujeto activo y el sujeto pasivo de la pretensión tienen la posibilidad de peticionar, en cualquier momento, la modificación de la medida decretada (p. 82).

La flexibilidad abarca, la mutabilidad propiamente dicha, en todo caso, no sucede lo mismo con la urgencia y la flexibilidad, la protección cautelar no es urgente ni flexible porque sea instrumental. La instrumentalidad no es su causa. Dicho de otra manera, la naturaleza instrumental de la protección cautelar no determina el que ésta sea urgente y flexible. Estos dos (2) elementos son consustanciales a la naturaleza instrumental, ya que sin su existencia, ésta nunca podría verse realizada. La propia noción de instrumentalidad lleva implícita las notas de urgencia y flexibilidad, se trata aquí de una noción finalística, debido a que la protección cautelar es instrumental si y sólo es urgente y flexible.

Afirma, Badell (2007), que las medidas cautelares encuentran su razón de ser en la salvaguarda de la efectividad del proceso principal, consecuentemente, de la sentencia definitiva y que su principal amenaza está constituida por la multiplicidad de acciones o hechos que, durante el transcurso del tiempo indispensable para la tramitación de ese proceso, y que pueden menoscabar e incluso destruir la relación o situación jurídica que se pretende tutelar, de donde deberá arribarse a la conclusión de que tal tutela no será posible si las medidas no son urgentes e íntegras.

La urgencia, porque el tiempo transcurre inexorablemente y con cada minuto que pasa hay una nueva oportunidad de que el objeto de la tutela sea menoscabado o perdido. Integridad o flexibilidad, puesto que dentro de cada

tiempo que discurre puede acaecer una infinidad de actos o hechos que incidan perversamente sobre el objeto de la tutela cautelar.

Por esta razón, afirma Jove (2005), que estos “dos (2) caracteres, más que ser consecuencias derivadas de la instrumentalidad, son elementos inherentes a la esencia de la tutela cautelar” (p.291). De lo que se infiere, que de nada sirve una tutela cautelar que proteja de manera integral la querella jurídica amenazada pero que sea dictada tardíamente, al igual que no mucho hace una protección incompleta, insuficiente, decretada con premura. En lo que respecta a la manifestación de este derecho en el tema de las medidas cautelares, al respecto, Podetti (1999), señala que:

La jurisprudencia sostenía que éstas son parte esencial del derecho a la defensa y a una tutela judicial efectiva y que encuentran cabida y razón de ser en la misma función de juzgar y ejecutar lo juzgado que se atribuye al juez, y pueden ser utilizadas de la forma más amplia para garantizar la total eficacia de la sentencia principal o que decida sobre el fondo de la querella (p.119).

De igual forma, se habla de la íntima conexión entre este derecho y los mecanismos cautelares idóneos y suficientes que permitan dar a la sentencia la eficacia que, en caso de transcurrir en su totalidad el proceso sin correctivos, se vería absolutamente cercenada, o, al menos, menoscabada.

Hoy, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una incidencia directa y precisa sobre el sistema de protección cautelar, así, en la actualidad la CBRV (1999), consagra expresamente este derecho en su artículo 26, donde se consagra la tutela judicial efectiva como un todo unitario, en la exposición de motivos del la CBRV (1999), dispone que :

La legislación deberá dotar al juez de todo el poder cautelar necesario para decretar de oficio o a instancia de parte, cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y el restablecimiento de sus situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso

de que se trate, bien sea a través de la suspensión de los efectos del acto administrativo correspondiente, o a través de órdenes de hacer o no hacer, incluyendo el pago de sumas de dinero, que se impongan a la administración dependiendo del caso concreto. (p.1)

Asimismo, en el artículo 2 de la CBRV (1999), establece que Venezuela se constituye en un estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación la justicia y la preeminencia de los derechos humanos, el artículo 7, por su parte, preceptúa que la constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. El artículo 19, dispone que el estado debe garantizar a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. En cuanto, al artículo 26 prevé que:

"...todos tienen derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantiza una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles..." (p.29).

El artículo 49 contempla la inviolabilidad del derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso, en el artículo 253, que reconoce expresamente que corresponde a los órganos del poder judicial les corresponde ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias y el artículo 257 que, a su vez, erige al proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

Todos estos artículos señalados de la CBRV (1999), alimentan la noción del derecho a la tutela judicial efectiva, el estado venezolano, es un

estado de derecho y de justicia, y la realización de la justicia, como valor superior, es función primordial de éste, para que esta justicia pueda materializarse, los postulados contenidos en estos artículos deben ser aplicados día a día, en sede judicial, por ende, debe ser expedita y sin dilaciones indebidas, debe existir la conexión plena entre el derecho a la tutela judicial efectiva y las medidas cautelares, sean éstas anticipativas o conservativas. Por lo que estas han quedado constitucionalizadas de forma tal que los jueces están en la obligación de adoptar tales providencias provisionales, cualquiera que fuera idónea, para atestiguar la efectividad plena de sus sentencias.

El legislador tiene también sus responsabilidades al respecto y no escapa al mandato de estas normas, sin embargo, es el juez quien tiende su mano directamente a los ciudadanos. En el ámbito de las medidas cautelares, la incidencia de la tutela judicial efectiva es palmario y tiene dos focos centrales: la amplitud de los poderes del juez y la celeridad con que deben ser dictadas.

2.2. Conceptualización de las Medidas Cautelares en el Procedimiento Marítimo

Las medidas preventivas o cautelares que se dictan incidentalmente en los juicios con el objeto de garantizar sus efectos reales a favor de quien resulte vencedor, están reguladas en los Artículos 585 al 606 del Código de Procedimiento Civil (CPC, 1990). Comprenden el embargo, la prohibición de enajenar y gravar y el secuestro, así como otras medidas innominadas consistentes en autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos. Para ser decretadas por el Tribunal, debe comprobarse, en opinión de Valery (2005):

-La presunción grave del derecho reclamado (*fumus boni iuris*);

-La prueba del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*fumus periculum in mora*). Y

-Que, de acuerdo al tipo de medida preventiva solicitada, se demuestre si está subsumido el caso en uno de los supuestos específicos que el CPC establece para decretar las medidas respectivas, como es el caso del secuestro (Art. 599, CPC, 1990).

Las medidas preventivas así decretadas pueden ser objeto de oposición por el ejecutado y de acciones de tercería cuando afecten intereses de terceros, lo cual se aplica en derecho marítimo. Igualmente, cuando no estén llenos los extremos de ley antes referidos, puede solicitarse medida preventiva constituyendo caución o garantía a juicio del tribunal; y ésta podrá suspenderse con caución y garantía presentada por el ejecutado, la cual es impugnable (Art. 589-590 CPC y 97-98 y 105, LCM, 2006).

No obstante lo anterior, en el derecho marítimo existe una particularidad no común que constituye la excepción a la regla, según la cual, las medidas preventivas pueden decretarse y ejecutarse anticipadamente, es decir, sin que esté propuesta la acción principal que motiva el juicio. Estas medidas cautelares anticipadas deberán suspenderse si dentro de los diez (10) días continuos contados desde el momento en que se hubiese practicado la medida, no se hubiere intentado la demanda respectiva (Art. 14, LCM, 2006).

En estos casos de medidas preventivas anticipadas, el solicitante deberá expresar la acción que se propone, con una síntesis de sus fundamentos, y la otra particularidad, expresamente establecida en derecho marítimo, es la prohibición de enajenar y gravar del buque, practicada mediante el asiento en el Registro Naval Venezolano (RENAVE), proveniente de un decreto dictado por un tribunal donde se sustancie un proceso no necesariamente marítimo; o que resulte de un convenio voluntario entre partes (Numeral 5 Art. 99 de la Ley General de Marina y Actividades Conexas, (LGMYAC, 2002). A excepción del embargo preventivo del buque, que está específicamente regulado por los Artículos 92 al 112 de la Ley

Comercio Marítimo (LCM, 2006), son aplicables al derecho marítimo las normas sobre medidas preventivas previstas en el CPC (1990), en los términos antes expuestos (Art. 111, LCM, 2006).

Al efecto, la medida de embargo preventivo de un buque consiste en su inmovilización o restricción de salida impuesta por un tribunal marítimo competente y ejecutada por el capitán de puerto de la circunscripción acuática donde se encuentre el buque, para garantizar un crédito marítimo (Art. 92 y 104 LCM, 2006).

El buque podrá ser objeto de embargo preventivo cuando concurren los dos requisitos siguientes señalados en Villarroel (2006):

-En virtud de un crédito marítimo, los cuales están taxativamente determinados en los 22 numerales del Artículo 93 de la LCM; y

-Debe ser dictada por un Tribunal Marítimo competente; y, entre éstos, a los efectos de obtener una garantía de un laudo arbitral o sentencia que eventualmente dicten tribunales de arbitraje o de un estado extranjero o deba regirse por la ley de otro estado. En este último caso, debe cumplirse con la legalización de documentos para que surtan efectos en la república. No obstante, la Ley de Arbitraje Comercial (LAC, 1998) no exige el requisito del exequátor para el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero (Art. 13 y 94 LCM y Art. 48 LAC, 2001).

El embargo preventivo sobre buques no procede mediante la sola constitución de caución o garantía. Sólo que el Tribunal podrá exigirla como complemento de los requisitos demostrados (Art. 585, CPC, 1990). Sin embargo, puede suspenderse mediante la constitución de una caución o garantía a juicio del Tribunal (Art. 97 y 98 LCM, 2006). Y, tampoco, procede el embargo preventivo cuando se refiera a créditos relativos a la propiedad o la posesión de un buque. En este caso, procede la medida de secuestro (Art. 599 CPC, 111 LCM y 99 Numeral 4 LGMYAC).

Caso especial es la medida preventiva de prohibición de zarpe que solicite el demandante y decrete el Tribunal contra el buque con el objeto de

garantizar la ejecución de un crédito marítimo o privilegiado. Esta medida preventiva la decreta el tribunal siempre que se demuestre el requisito consistente en la presunción grave del derecho reclamado (*fumus iuris*), es decir, el crédito marítimo. No obstante, si no están llenos los extremos legales en cuanto a que no son suficientes los antecedentes presentados que el actor manifestare no poseerlos aun, el tribunal podrá decretar la prohibición de zarpe mediante la constitución o garantía suficiente a juicio del Tribunal presentada por el demandante para garantizar los daños y perjuicios que dicha prohibición pudiere causar por infundada (Art. 103, LCM, 2006).

Lo prohibición de zarpe puede solicitarse como medida preventiva sobre los buques cuando la acción tenga, también, como fundamento, créditos no marítimos y no privilegiados, en cuyo caso deben cumplirse los dos requisitos exigidos por el Artículo 585 del CPC (1990). La prohibición de zarpe, que tiene un efecto práctico parecido al embargo preventivo en cuanto a la inmovilización del buque, se ejecuta mediante la notificación que hace el tribunal al capitán de puerto de la circunscripción acuática donde se encuentra el buque (Art. 104 LCM, 2006).

Toda medida preventiva contra buques debe ser notificada al armador-propietario o al arrendatario o al agente naviero, según el caso (Art. 95 LCM) mediante la entrega de la citación a cualquier tripulante que se encuentre a bordo del buque; y si no hubiere nadie a bordo, se procederá a fijar un cartel en el buque en presencia de dos testigos (Art. 110 LCM, 2006).

2.3. Otras Medidas preventivas que se pueden practicar sobre una nave o accesorio de navegación

A pesar de la preeminencia y condición protagónica de la medida de embargo y prohibición de zarpe como cautelares por excelencia en el Derecho Marítimo y particularmente en lo que se refiere a buques, no son

ellas las únicas medidas preventivas que se pueden practicar sobre una nave o accesorio de navegación.

Así, el artículo 111 de la LCM (2006), determina que las disposiciones de ese título no excluyen el ejercicio de otras medidas cautelares de derecho común, que puedan corresponder a un acreedor para asegurar los resultados a su pretensión, o para los casos en que no se trate de un crédito marítimo o que goce de privilegios sobre un buque. En opinión de Fernández (2006):

La norma pareciese limitar la posibilidad del ejercicio de medidas preventivas distintas al embargo preventivo o prohibición de zarpe, en los casos en que no se trate de un crédito marítimo o que goce de privilegios sobre el buque. Pudiese entonces surgir la duda de si el legislador de la Ley de Comercio Marítimo quiso significar en el artículo 111, que cuando no existe un crédito o privilegio marítimo, sólo proceden medidas preventivas distintas que la del embargo o prohibición de zarpe, el alcance exacto de la disposición es que lo que procede fuera de las disposiciones del Título III de la Ley de Comercio Marítimo son medidas distintas que el embargo preventivo o la prohibición de zarpe. Lo contrario implicaría hacer redundante o limitado en su efecto real el sentido del Título III y la importancia que con su ubicación en un título separado, es evidente que le quiso conferir el legislador a la figura del embargo preventivo de la nave y la prohibición de zarpe como medida relacionada (p.49).

Es así en ausencia de un crédito marítimo, el demandante sólo puede pretender las cautelares distintas al embargo del buque o la prohibición de zarpe. En el derecho procesal civil las medidas preventivas son las establecidas en el artículo 588 a saber: el embargo de bienes muebles, el secuestro de bienes determinados, la prohibición de enajenar y gravar y las denominadas medidas innominadas previstas en el parágrafo 1º del mismo artículo y con fundamento en el cual, antes de la entrada en vigencia de la LCM (2006), se decretaba la prohibición de zarpe.

Pero la referencia del artículo 111 a otras medidas excluye el embargo y la prohibición de zarpe, por supuesto que esta restricción en cuanto a que sólo se podrá decretar el secuestro, la prohibición de enajenar y gravar y

medidas innominadas distintas que la prohibición de zarpe cuando no exista un crédito marítimo, está limitada a medidas cautelares sobre el buque, pero no obstante para que el juez marítimo decrete el embargo preventivo de bienes distintos al buque, aún en ausencia de la existencia de un crédito marítimo siempre y cuando estén llenos los extremos a que se refiere el artículo 585 del CPC (1990) o el demandante de caución o garantía de aquella a la que se refiere el artículo 590 eiusdem, es decir, fianza de compañía de seguros o banco, hipotecas, prendas o la cantidad de dinero que señale el tribunal.

Las tres categorías de medidas adicionales que se pueden decretar en el procedimiento marítimo serían según Fernández (2006): el secuestro; la prohibición de enajenar y gravar del buque y las medidas innominadas distintas a la prohibición de zarpe con fundamento en el párrafo 1º.

Así, en el artículo 599 de CPC (1990), determina los una enumeración taxativa en los cuales se puede decretar el secuestro, estos supuestos se refieren principalmente a situaciones asociadas con la posesión, con lo cual, en el procedimiento marítimo serán fundamentalmente relativas a la posesión del buque. El primer supuesto, es el del secuestro de la cosa mueble sobre la cual verse la demanda, cuando no tenga responsabilidad el demandado o tema con fundamento que oculte, enajene o deteriore el bien.

El supuesto se explica por sí mismo y aplicaría a aquellas situaciones en las cuales sin tener un crédito marítimo, el demandante pueda demostrar al tribunal marítimo que se dan las circunstancias aludidas, es decir, la presunción grave del derecho que reclama, tal como le exige como fundamento general de las medidas preventivas el artículo 585 en el CPC (forum bonus iuris) y que exista riesgo manifiesto que quede ilusoria la ejecución del fallo (periculum in mora) por virtud de la irresponsabilidad del demandado o el temor fundado de que oculte, enajene o deteriore la nave (Fernández, 2001, p.61).

El segundo supuesto, en virtud del cual procede una medida de secuestro, es cuando sea dudosa la posesión del buque y sea la cosa

litigiosa. Se refiere este supuesto principalmente a los casos de disputas sobre la propiedad de la nave, así como la situación en la que, por ejemplo, el fletante a casco desnudo o a tiempo tienen acción para la resolución del contrato de fletamiento y en consecuencia es indebida la posesión del buque por parte del accionado es indebido (Fernández, 2001, p.61).

Los siguientes dos supuestos, se refieren a cuestiones propias del derecho de familia: en primer lugar, cuando el buque forma parte de la comunidad de gananciales y haya temor fundado que el cónyuge administrador, malgaste sus bienes y pueda poner en riesgo la propiedad del buque y por otra parte, la situación en la cual el buque forma parte de una herencia, en la el cual algún heredero ha privado a otro de su legítima en la sucesión.

De acuerdo con el numeral quinto del artículo 599 del CPC (1990), el secuestro del buque puede decretarse también cuando el demandado que lo haya comprado este utilizándolo sin haber pagado su precio. Esta cautelar puede ser necesaria en aquellos casos en los cuales el vendedor con el cual se ha incumplido en el pago del precio, no tiene hipoteca naval sobre la nave pues de tenerla sería más apropiado el procedimiento de ejecución de hipoteca, en el contexto del cual el buque puede ser embargado a solicitud del acreedor.

En todo caso, así como en el procedimiento de ejecución de hipoteca que determina la LCM (2006) en aquellos casos de secuestro por falta de pago de parte del comprador, el vendedor demandante puede pedir que el buque quede en depósito con él mismo para ser explotado, quedando el producto afecto a responder a su pretensión de mérito. Según el numeral sexto del artículo 599 del CPC (1990), procede también el secuestro cuando haya sido dictada sentencia definitiva contra el poseedor del buque y este apele del fallo sin dar fianza.

Finalmente, conforme al numeral séptimo del mismo artículo, cabe también el secuestro del buque, cuando el arrendatario a casco desnudo, a

tiempo o por viaje, sea accionado por el propietario en virtud de falta de pago de los arrendamientos, en cuyo caso, así como en el supuesto en el cual se solicita el secuestro por el vendedor que no ha recibido el precio del comprador, el actor puede pedirle al Tribunal Marítimo que deje el buque en su posesión como depositario durante el proceso.

En cuanto a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 588 del CPC (1990), la medida de prohibición de enajenar y gravar en el derecho procesal civil común recae sobre bienes inmuebles, sin embargo, nada obsta para que el tribunal marítimo lo decrete sobre un buque, habida cuenta de su condición de bien mueble de naturaleza especialísima y sometida a publicidad registral en los mismos términos que los bienes inmuebles (Fernández, 2006, p.79).

En efecto, la razón de ser de que la prohibición de enajenar y gravar a que se refiere el CPC (1990), esté limitada a los bienes inmuebles, atiende a la publicidad registral, pues dado que los bienes muebles no están sujetos a ella, excepción hecha sólo de algunas pocas categorías sujetas a un sistema bien administrativo, civil a través de un registro, como en el caso de los vehículos o de aeronaves, donde cualquier declaratoria judicial de prohibición de venta o enajenación sería ineficaz en la práctica.

Determina el ordinal 5º del artículo 99 de la LGMAC (2001), que le corresponde a la registradora naval asentar todo documento por el cual se prohíba una persona enajenar y gravar un buque registrado por orden judicial, con lo que el legislador venezolano expresamente acepta, no obstante la limitante del numeral 3º del artículo 588 del CPC (1990), la posibilidad de prohibir la enajenación o gravamen de un buque. El decreto, sin embargo, tiene que ser dictado por el tribunal con fundamento en el parágrafo 1º del mismo artículo 588 que alude a las medidas innominadas, en lugar de decretarse por virtud de lo ya citado en el ordinal 3º el cual y aplica para el caso particular de bienes inmuebles.

La medida de embargo preventivo de un buque conlleva su inmovilización, pero no necesariamente su venta, por lo que puede haber

situaciones en las que para el acreedor demandante sea preferible, o sólo posible, la prohibición de enajenar y gravar como, por ejemplo, cuando el buque no se encuentra en Venezuela y se hace imposible su embargo o prohibición de zarpe por los tribunales de jurisdicción acuática y el demandante busca protegerse ante una eventual venta del mismo con la citada medida. En cuanto a las medidas innominadas, el demandante también puede, en virtud del artículo 112 de la LCM (2006), pedirla cuando, por ejemplo, busca que se prohíba que el buque desarrolle determinada actividad o ingrese en determinada zona o navegue hacia alguna jurisdicción o inclusive, por ejemplo, que deje aguas venezolanas o que transporte determinadas cargas o sea utilizado en específicos tráficos que por razón de la controversia de mérito, el liberante pueda estar interesado en prevenir para evitar que se haga ilusoria la ejecución del fallo que persigue con su acción.

2.4. Precisiones Procésales de las Medidas Cautelares Innominadas

Como se ha señalado, la procedencia de las medidas cautelares innominadas, está determinada por los requisitos establecidos en los Artículos 585 y 588, Parágrafo Primero del CPC (1990), que son los siguientes: El riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, es decir, el periculum in mora que se manifiesta por la infructuosidad o la tardanza en la emisión de la providencia principal, según Calvo (2002), la existencia de un medio probatorio que constituya presunción grave del derecho que se reclama y del riesgo definido en el requisito anterior y la existencia de un temor fundado acerca de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En relación con este último requisito milita la exigencia de que el riesgo sea manifiesto, esto es, patente o inminente.

Respecto de los requisitos de las medidas cautelares caben las siguientes precisiones procesales, señaladas en Hernández (2005):

El periculum in mora tiene como causa constante y notoria, la tardanza del juicio de cognición, el arco de tiempo que necesariamente transcurre desde la deducción de la demanda hasta la sentencia ejecutoriada, el retardo procesal que aleja la culminación del juicio. El fumus boni iuris supone un juicio de valor que haga presumir que la medida cautelar va a asegurar el resultado práctico de la ejecución o la eficacia del fallo.

La medida cautelar innominada encuentra sustento en el temor manifiesto de que hechos del demandado causen al actor lesiones graves o de difícil reparación y en esto consiste el mayor riesgo que, respecto de las medidas cautelares nominadas, plantea la medida cautelar innominada. El solicitante de una medida cautelar innominada debe llevar al órgano judicial, elementos de juicio siquiera presuntivos, sobre los elementos que la hagan procedente en cada caso concreto.

Ahora bien, en el caso de las medidas innominadas, se evidencia que el legislador presenta un nuevo elemento constituido por la mención de partes en el juicio, lo cual está presente en el parágrafo primero, al señalar que cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra y, en el parágrafo Segundo del Artículo 588 eiusdem, cuando se prevé la oposición de la parte contra quien obre la providencia.

Por lo anterior, la medida cautelar innominada exige que haya habido la constitución de las partes en el proceso, es decir, que la litis se hubiere trabado. La diferencia con la cautelar nominada deriva del mayor riesgo para los intereses del eventual litigante que la medida cautelar innominada plantea. Por otra parte, un sector de la doctrina procesal civil venezolana representada por Henríquez (2003), señala que

Las medidas cautelares innominadas pueden decretarse aun sin haberse citado para la contestación de la demanda, puesto que la parte contraria queda postulada con la sola deducción de la demanda, por lo cual, el carácter o cualidad de parte se adquiere por el hecho de ser sujeto pasivo de la pretensión, con tal de que ésta haya sido admitida, aunque no hubiere mediado citación (p. 324).

La anterior consideración revela que en los recursos contra los actos de efectos generales, la medida cautelar opera en cualquier momento a partir de la fecha de la introducción, cuando está patente el fundado temor de que el autor del acto impugnado o cualquiera de sus eventuales ejecutantes pueda proceder a su aplicación, en perjuicio del recurrente.

Ello, constituye una aproximación al dessideratum legal, plasmado en el Artículo 588 del CPC (1990), referido a que toda medida cautelar puede ser decretada en cualquier estado y grado de la causa, es decir, desde que es admitida la demanda hasta el vencimiento del plazo concedido por el juez de la ejecución, para el cumplimiento voluntario de la sentencia.

CAPITULO III

LAS COMPETENCIAS DEL JUEZ EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO MARÍTIMO VENEZOLANO

3.1. Consideraciones sobre la Jurisdicción y Competencia especial Acuática

La jurisdicción se considera como el poder genérico de administrar justicia, dentro de los poderes y atribuciones de la soberanía del Estado; competencia es precisamente el modo o manera como se ejerce esa jurisdicción por circunstancia concretas de materia, cuantía, grado, turno, territorio imponiéndose por tanto una competencia, por necesidades de orden práctico (Ayala, 2004, p.39). Se considera, entonces, según que tanto como facultad del juez para conocer en un asunto dado, como también el conflicto que puede existir por razón de competencia, como es el caso de conflicto o cuestiones que pueden darse al respecto.

Por jurisdicción se entiende capacidad para juzgar. Etimológicamente, el término proviene del latín *juris dictio*, es decir, capacidad de dictar justicia. Jurisdicción es pues, la capacidad que tiene todo Juez de juzgar, de conocer y dictar sentencia sobre las materias que le están atribuidas a su competencia. La competencia es, por su parte, el límite de la jurisdicción. La jurisdicción viene en primer término atribuida como expresión de la soberanía del Estado en su territorio, pero puede surgir también de la voluntad de las partes. Un Juez tiene jurisdicción por así establecerlo una norma jurídica como manifestación de esa soberanía, pero también la puede tener por decidirlo así los particulares que por vía de sumisión, han convenido en someter una controversia a su conocimiento.

En la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos (LOEA, 2001), el referido instrumento legal, amén de establecer los principios rectores de la actividad marítimo-portuaria venezolana, estableció en su Título XVI la creación de la

jurisdicción especial acuática, esto mediante un esquema que comprende el establecimiento de tres (3) Tribunales Superiores Marítimos y cinco (5) Tribunales de Primera Instancia Marítimos. Así, los artículos 109 y 110 eiusdem señalan lo siguiente en la LOEA (2001):

1. Artículo 109. Se crean tres (3) Tribunales Superiores Marítimos con jurisdicción sobre todo el espacio acuático nacional y sobre los buques inscritos en el registro naval venezolano, independientemente de la jurisdicción de las aguas donde se encuentren.

El tribunal superior marítimo es un tribunal unipersonal, el juez deberá ser abogado, venezolano, mayor de treinta años, de reconocida honorabilidad y competencia. Será condición preferente para su escogencia poseer especialización en derecho marítimo, derecho de la navegación y comercio exterior o su equivalente, ser docente de nivel superior en esta rama o haber ejercido la abogacía por más de diez (10) años en el mismo campo.

2. Artículo 110. Se crean los tribunales de primera instancia marítimos. dichos tribunales serán unipersonales. Para ser designado juez de un tribunal marítimo se requerirá ser abogado, venezolano, mayor de treinta (30) años de edad, de reconocida honorabilidad y competencia. Será condición preferente para su escogencia poseer especialización en derecho marítimo, derecho de la navegación y comercio exterior o su equivalente, ser docente de nivel superior en esta rama o haber ejercido la abogacía por mas de cinco (5) años en el mismo campo.

Es importante señalar, que el contenido de los artículos 109, 110 y la disposición transitoria décima novena, en cuanto al esquema adoptado de 3 tribunales superiores y 5 de primera instancia, a ser repartidos a lo largo del territorio nacional, se consideró como el más idóneo para garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 26 de la CRBV (1999), conforme al cual “el Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea,

transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”(p.12).

En cuanto al artículo 13 la LCM (2006), se señala que 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 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 decretarán, a los solos efectos de obtener una garantía para ejecutar el eventual laudo arbitral o sentencia judicial que se dicte. Aun cuando los tribunales de la república no tengan jurisdicción para conocer del fondo de la controversia, el artículo 43 de la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIP, 1998) permiten que se dicten medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la republica.

Se puede señalar, en opinión de Fernández (2006) que: “La jurisdicción de los Tribunales Marítimos venezolanos gravita sobre dos componentes, a saber, uno de carácter territorial, que no debe confundirse con la competencia por el territorio y otro de carácter objetivo”(p.112), así, en el artículo 108 de la LOEA (2001), determina los dos elementos al establecer la jurisdicción de estos tribunales, disponiendo que la tienen sobre todo el espacio acuático nacional, el elemento territorial y sobre los buques inscritos en el registro naval venezolano el elemento objetivo.

Luego, esos límites genéricos de la jurisdicción de los tribunales marítimos venezolanos, se desarrollan más particularmente en el artículo 12 LCM (2006), que de hecho constituye una norma que atribuye por un lado jurisdicción y especifica sus límites, y por otro, y en consecuencia, también delimita la competencia.

En cuanto a la tesis de la competencia exclusiva de los tribunales de la jurisdicción acuática para decretar contra el buque las medidas preventivas

de derecho común distintas al embargo y a la prohibición de zarpe, se desprende del alcance de la competencia de los Tribunales Marítimos tal y como se determina en los artículos 11 y 112 de la LOEAI (2001) y 12 de la LCM (2006), pues se trata de un conjunto de supuestos que determinan la competencia, que agotan en su casi totalidad las acciones de mérito que pueden involucrar un buque y que en consecuencia, pueden dar lugar a cautelares en su contra, cuando se trate de relaciones de carácter comercial, o aún no siendo comerciales, relativas a la embarcación propiamente dicha.

Puede, sin embargo, pensarse en acciones de tipo meramente civil, es decir, por ejemplo, que involucren exclusivamente personas naturales y en las cuales se ve involucrado un buque, digamos deportivo o de recreo o a un mercante, pero al margen de los efectos de su explotación comercial como, por ejemplo, en relaciones entre cónyuges, relaciones con menores o en materia de sucesiones.

Aún, en la mayoría de estos casos, salvo excepciones contadas, se estará ante el supuesto del ordinal 2º del artículo 112 de la LOEAI,(2001)que le atribuye competencia al juez marítimo para proceder con las acciones contra el armador, cuando el buque ha sido objeto de una medida cautelar o embargo preventivo y en consecuencia, una medida cautelar dictada por un tribunal distinto que implicaría una violación de citado ordinal 2º de la (LOEAI,2001) y por tanto estaría viciado de nulidad. Sólo, si la acción no es por créditos o privilegios marítimos o hipotecas navales y no va dirigida contra el buque, su capitán, armador o representante, situación difícil de imaginar, puede decretarse una medida cautelar contra el mismo por tribunales no marítimos.

Claro que la competencia exclusiva del juez marítimo para decretar embargos y otras medidas cautelares del buque, no excluye otras medidas que implican de hecho la detención de la nave y que se practican, sobre todo en el contexto de procedimientos de tipo sancionatorios o de naturaleza penal. Es el caso, en primer lugar, de las cautelares que de un buque se

pueden realizar en una averiguación criminal, bien por los órganos de instrucción e investigación, bien por el ministerio público, bien por un tribunal de la jurisdicción penal que determine la detención a la nave en su condición de objeto del hecho punible o de elemento integrante del cuerpo del delito, en particular relación con el derecho marítimo comercial y las acciones ante el juez marítimo, pueden guardar las detenciones que del buque ordene el ministerio público, en el marco de investigaciones por violación de la ley penal del ambiente en aquellos casos de derrames de hidrocarburos, bien en forma aislada, bien como efecto de un accidente de navegación como por ejemplo, un abordaje o colisión.

Corresponde, al ministerio público solicitar la cautelar de inmovilización del buque a objeto de concluir las investigaciones correspondientes y concluidas ellas, excepto cuando el bien se trate de uno cuyo exclusivo propósito sea la comisión del delito o en aquellos casos en que el propietario ha incurrido en una conducta delictual directa intencional, devolverlo al propietario o armador tomando en cuenta el grave perjuicio que la detención de la nave ocasiona al armador que es investigado por el hecho culposo.

También debe diferenciarse del poder cautelar del juez marítimo, la facultad de detención de un buque que se verifica en el contexto de procedimientos de tipo aduanal dirigido al comiso de la nave, o de violación de la normativa de pesca, que también pueden resultar en la misma sanción o en el caso de las denominadas causas de presa en las que la detención corresponde a las embarcaciones de guerra o tendientes a su confiscación. La violación de las leyes administrativas de marina no conlleva detención del buque.

El artículo 286 de la LGMAC (2006), instrumento rector de los aspectos administrativos de la navegación, establece que las acciones que constituyan delito o falta se sancionarán de acuerdo con la ley aplicable y que salvo en el supuesto de hechos intencionales, en caso de abordaje o accidente de navegación no podrá iniciarse ningún procedimiento ni judicial ni

administrativo sino ante las autoridades judiciales o administrativas de la bandera.

En estos casos, es decir, en los de detención con miras a la confiscación o comiso, el armador tendrá derecho a los remedios establecidos en la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional y el Código Orgánico Tributario. Por su parte, en el caso de la requisición, que constituye una afectación del bien a los intereses y seguridad de la República, el armador no tiene otro recurso, pero sin embargo tiene derecho a una indemnización.

3.2. Rol del juez en la aplicación de las Medidas Cautelares en el proceso Marítimo Venezolano

La Decisión 487 de fecha 7 de Diciembre de 2000, de la Comunidad Andina de Naciones, más conocida como el Acuerdo de Cartagena, en su artículo 1º define el embargo preventivo, así: Artículo 1 como

Toda inmovilización o restricción a la salida de un buque, impuesta como medida cautelar por resolución de un tribunal de un País Miembro, en garantía de un crédito marítimo, pero no comprende la retención de un buque para la ejecución de una sentencia, u otro instrumento ejecutorio (p.1).

De la conceptualización se extraen los siguientes elementos:

1. Se trata de una inmovilización o restricción a la salida de un buque fondeado en puerto; es decir, una prohibición de no permitir su zarpe. La posibilidad de ejecutar medidas preventivas, como el embargo preventivo, la prohibición de zarpe o las otras de derecho común, tal como lo permite el artículo 111 de la LCM (2006), permite transitar el juicio con el buque sometido a la medida detenido por virtud de la medida cautelar.

Sin embargo, esta situación debe ser excepcional y corresponde a los jueces marítimos, aun en aquellos casos en los que se pide una medida

cautelar distinta al embargo preventivo o la prohibición de zarpe, asegurarse que, en la medida posible, ella, no persiga el objetivo de la presión, sino asegurar que el fallo se podrá ejecutar, evitando situaciones en las que el buque quede detenido indefinidamente y buscando fórmulas para que, aun sometido a las medidas cautelares, se pueda continuar su explotación, inclusive en beneficio del actor, tal como se prevé para algunos supuestos de secuestro solicitado por el vendedor que no ha recibido el precio o el arrendador con relación al cual se ha incumplido con el pago de los arrendamientos(Fernández, 2006, p.61).

En este sentido, el ordinal 2º del artículo 94 de la LCM, (2006), pauta con claridad cuál es la filosofía subyacente al objetivo de la medida cautelar de embargo preventivo y por supuesto la de prohibición de zarpe como íntimamente relacionada, donde se señala que un buque sólo podrá ser objeto de embargo a fin de obtener una garantía para ejecutar un eventual laudo o sentencia judicial que se dicte, lo anterior, debe inspirar el rol del juez marítimo en su actuación judicial.

Es por ello, que el juez marítimo en su actuación ser flexible y darle preeminencia a la operación de la nave, a su navegación y los efectos de la detención y tener un prudente grado de flexibilidad en la consideración de situaciones que permitan la liberación del buque y particularmente en el proceso de constitución de garantías, para asegurar que la medida de embargo, lejos de convertirse en un método de presión, sea, el de obtener una garantía.

Por otra parte, en considerar y resolver sobre las solicitudes de medidas preventivas contra un buque, el juez marítimo debe, por supuesto, aplicar la regla del artículo 585 sobre la cual existe extensa doctrina judicial en el sentido de los extremos exactos que debe considerar y cómo debe apreciar la existencia de los requisitos. Pero, en el caso del embargo y prohibición de zarpe, existen dos condiciones especiales que el juez marítimo debe valorar en el contexto del examen de los extremos establecidos por el artículo 580

del CPC (1990), se trata de categorías especiales que se deben valorar como ejercicio de apreciación de los extremos constituidos por el fumus boni iuris y el periculum in mora.

En primer lugar, debe asegurar que el crédito en virtud del cual se solicita la medida es un crédito marítimo, con lo cual el juez marítimo al hacer el examen de la existencia del fumus boni iuris debe no sólo valorar si efectivamente existe presunción del derecho que se reclama, sino además, cerciorarse que la naturaleza del derecho en que se fundamenta la acción puede catalogarse como un crédito marítimo.

A la vez como quedó dicho, en determinar que existe periculum in mora y tal como lo determina el aparte 2º del artículo 94 de la LCM, (2006) debe asegurarse que el objeto de la medida lo constituya en concreto el obtener una garantía para hacer desaparecer el riesgo que quede ilusoria la ejecución del fallo, y que no se busca evitar el riesgo con la detención del buque sino con la garantía sustitutiva del embargo, pues así lo dispone el ordinal 2º del artículo 94. Además, aun con la presentación de una caución por parte del reclamante, el juez marítimo igual debe verificar que se den las dos condiciones que califican el periculum in mora y fumus boni iuris en caso de embargo de naves o su prohibición de zarpe.

En el otorgamiento de la protección cautelar deben cumplirse una serie de requisitos o condiciones fundamentales para que el juez acuerde dicha protección; en este sentido, deberá probarse el riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo (periculum in mora), esto es, la amenaza de que se produzca un daño irreversible para la parte por el retardo en obtener la sentencia definitiva; luego, la presunción de la existencia del derecho alegado y que de la apreciación realizada por el sentenciador al decidir sobre la protección cautelar se evidencia como verosímil su vulneración (fumus bonis iuris) y, por último, específicamente para el caso de las medidas cautelares innominadas, que existiere el temor fundado de que una de las

partes pudiera causarle lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (*periculum in damni*).

De lo dicho se sigue, la importancia de la labor de los jueces en el juicio, en el campo del derecho marítimo. Su función, es proveer, aunque en la mayor parte de los casos en controversia, el marco del derecho posible de aplicar. En este marco, el juez debe ser particularmente cuidadoso y aprovechar todas las instancias de conocimiento que proporciona el proceso.

La cuidadosa lectura y, en lo posible, la síntesis personal de las presentaciones de las partes, antes de recibir la causa a prueba, el diálogo con los abogados, que se producirá durante las audiencias que les conceda, incluso la recepción de la prueba testimonial bien conducida, en su caso, serán, para el juez responsable, riquísimas situaciones de aprendizaje, mediante las cuales mejorará su lenguaje, su comprensión de las instituciones jurídicas con las cuales deberá lidiar, su comprensión de los hechos y la construcción de su solución justa para el caso.

El desempeño de la práctica cautelar exige un rol de director acorde para decidir en el marco de la justicia y que ejerzan funciones en forma profesional y donde la buena fe debe ser uno de los principios formativos del proceso y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella, la actitud del árbitro es insustituible para crear la atmósfera que permita el desarrollo de esta actitud entre las partes. Un juez dotado de estas cualidades puede corregir abusos del derecho de defensa, la práctica de maniobras dilatorias y el perjuicio de las diligencias probatorias.

Es por ello, que según Hernández (2005), existen ciertas características del juez, para su aplicación en el Artículo 254 de la CBRV (1999), que establece que el poder judicial es independiente, es pues, la independencia, lo que le da al juez su legitimidad, el derecho de decir el derecho, de llevar definitivamente el juzgamiento sobre el comportamiento de otros ciudadanos

o de la administración, ese derecho es confiado para usarlo en la realización de los fines que la jurisdicción implica como es el caso de la acuática, la independencia será la competencia principal, para poder valorar la actuación de la administración y asegurar que la misma se ajuste al derecho marítimo.

Otra característica, que define el rol del juez marítimo, es la existencia de un procedimiento para asegurar la imparcialidad de su actuación a la hora de resolver las controversias que sean de su competencia, ya que es él quien, ante la presencia de lagunas, se encarga a través de la jurisprudencia de construir y desarrollar el derecho. Así, en el Artículo 12 del CPC (1990), según el cual:

Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que podrán escudriñar en los límites de su oficio, debiendo atenerse a lo alegado y probado en autos y sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados (p.2).

Por otra parte, el poder decisorio es otra competencia del rol del Juez, en opinión de Brewer, (2003) pueden resumirse de la siguiente forma:

- Declarar la nulidad de los actos por inconstitucionalidad o ilegalidad.
- Conocer y decidir, dentro de los límites de su competencia, de todas las demandas que se intenten contra los entes públicos estatales, nacionales y empresas nacionales del estado. A este respecto, en los casos de demandas contra los entes públicos, la decisión del juez puede ser cualquier decisión jurídicamente útil que se solicite, en la cual esté envuelta la nulidad de un acto.

La CBRV (1999) en este sentido señala algunos supuestos de esta competencia cuando insiste en el Artículo 259 sobre la condena a al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad civil y disponer lo necesario para el restablecimiento de situaciones subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, de acuerdo a esta norma es indudable que esta ante una competencia plena, lo

suficientemente amplia para admitir cualquier tipo de pedimento frente a la administración de parte de un particular lesionado.

- El conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la Ley.

El Juez tiene la dirección y mando del proceso desde que éste se inicia hasta la definitiva conclusión, pudiendo adoptar todas las medidas necesarias para evitar que el proceso se paralice y obtener la mayor celeridad y economía en desarrollo.

De lo anterior se infiere que, el rol del juez en el proceso marítimo, debe ser la de director o conductor del proceso, que le otorgan poderes frente al ciudadano común, los jueces, por consiguiente, deben realizar el uso adecuado de los deberes que la ley les confiere, a fin de descubrir la verdad material sobre lo formal, incluso en forma oficiosa, ante el error o negligencia de los justiciables.

Su principal competencia es el de dictar una sentencia justa y para ello, debe utilizar todos los medios que el proceso judicial le brinda a las partes y que tienen la carga de aportar las pruebas, pero si el juez no está convencido de cómo ocurrieron los hechos controvertidos, el ordenamiento procesal le otorga una serie de instrumentos para formarse una convicción de los hechos litigiosos independiente de la voluntad de las partes y pueda cumplir obviamente asegurando el pleno control bilateral, con ese deber fundamental, si no lo usa no podrá dictar una sentencia justa.

Es por ello, que la actuación del juez en el proceso marítimo debe ser de renovación y también de una nueva administración de justicia, que la iniciativa probatoria del juez, no afecten su imparcialidad, ni el debido proceso, ni a la igualdad de las partes, que serían las principales limitaciones. De tal forma, que a través de la ejecución de la sentencia se concretiza el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el Artículo 26 de la CRBV (1999).

Por lo que, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que suelen reconocer todas las constituciones comprende no sólo la facultad para exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada, sino, que lo en ella resuelto sea llevado a efecto, con, sin o contra la voluntad del obligado.

De allí, que pueda señalarse que la ejecución de la sentencia en los casos de embargo de buques se traduce en una de las competencias fundamentales de ese derecho lo cual debe ser el norte del juez marítimo, así, debe disponer de las potestades suficientes no sólo para suspender la ejecución del acto recurrido, sino incluso debe poder conceder las medidas cautelares que ordenen a fin de cumplir una actuación, ejecutar una conducta, permitir la realización de una actividad específica o que le impongan, mientras se produce la sentencia que conceda la tutela judicial definitiva.

El papel del juez, señala Parejo (2003), “no debe olvidar su verdadero fin, la garantía de la tutela judicial efectiva”(p.112), por ello tanto daño hace a la justicia administrativa la negación de la tutela cautelar adecuada, cuando sea procedente de acuerdo con la ley, como la concesión de una tutela cautelar inadecuada o improcedente, pues en tal caso, se afecta a la Administración, por vía de consecuencia al interés general que ésta tutela afecta a todos los terceros que en virtud de una situación jurídica específica.

Se puede señalar de acuerdo a todo lo anterior, que el poder cautelar del Juez marítimo en Venezuela viene determinado por las previsiones del CPC (1990), en sus artículos 585 y siguientes, así, el Juez Marítimo tiene la potestad cautelar a que se refieren las citadas disposiciones dando un rol protagónico al juez en la aplicación de las medidas cautelares, que amplían significativamente las de un tribunal de derecho. La suma de facultades que el nuevo procedimiento marítimo confiere a los jueces debe estar cimentado sobre la base de la aplicación del principio de la tutela judicial efectiva en la labor de administrar justicia como una actividad sustraída a los particulares,

lo que lo compromete con este principio que garantice la seguridad jurídica, base de la armonía indispensable en el grupo social.

3.3. El Proceso Cautelar como Satisfacción Jurídica y el problema de la Verdad en la actividad marítima

Se ha dicho que la cognición y, a la ejecución, son elementos con los que la jurisdicción cumple el ciclo entero de sus funciones principales, se agrega una tercera actividad, auxiliar y subsidiaria, que es la cautelar. Al respecto, señala Aguado (2001), que:

La actividad o poder cautelar del juez está dirigido a garantizar el eficaz desenvolvimiento y el profícuo resultado de la cognición y la ejecución, pues puede suceder que durante el tiempo que transcurre mientras se desarrolla el proceso con todas sus fases y etapas, el cual suele ser excesivamente largo, el derecho cuyo reconocimiento se pide, resulte amenazado por un perjuicio inminente o irreparable (p.78).

En estos casos se permite a la parte interesada que solicite a los órganos jurisdiccionales que impidan tal amenaza dictando las medidas conducentes conservativas, asegurativas, impeditivas, prohibitivas, entre otros, de tal manera que se garantice que el proceso conseguirá un resultado útil. La providencia cautelar, aunque complementaria respecto de una acción principal, es autónoma y puede ser aceptada o rechazada según que se presente por su contenido fundada o no.

Al igual que está ocurriendo en otros sistemas judiciales, para Ortiz (2005):

El proceso venezolano ha sido impregnado por el concepto de la tutela judicial efectiva, uno de cuyos efectos es el derecho a una tutela cautelar que garantice, no sólo el completo y eficiente

ejercicio del derecho a la defensa, sino la ejecución útil del fallo que, casi siempre después de largo tiempo, dicta el juez (p.17).

El poder cautelar, responde a una previsión señalada por el legislador en el cual se fijan, de manera expresa, el contenido de la medida que puede decretar el juez y, en segundo lugar, fija el procedimiento dentro del cual las medidas pueden operar. Se trata de una especialidad y una tipicidad que responde a la voluntad del legislador en el cual no opera la analogía y su interpretación es restringida.

La aplicación del poder cautelar en la actividad marítima, se hace por una integración supletoria del ordenamiento jurídico, es decir, en todos aquellos supuestos excluidos del ámbito de la cautelar típica resulta admisible la posibilidad de medidas cautelares. Esto explica que, en los procedimientos marítimos, sea perfectamente posible su aplicación.

De lo que se infiere que, las medidas asegurativas o cautelares, según Ayala. (2003), surgen “en el proceso como una necesidad que permite garantizar una tutela jurisdiccional efectiva” (p.49), y por ello se pueden conceptualizar como un conjunto de potestades procesales del juez, para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final.

En conclusión, el poder cautelar general en la actividad marítima constituye una poderosa herramienta de tutela judicial efectiva por el cual el juez dicta medidas cautelares ad hoc, y se caracterizan por: la generalidad del contenido por el cual pueden recaer sobre infinitas posibilidades dependiendo de la necesidad de prevención del solicitante; y por la generalidad de procedimiento por el cual resultan aplicables a cualquier procedimiento. Son medidas que están dirigidas a la efectividad del proceso y se manifiestan como un verdadero amparo en el proceso cuando una de las partes amenace seriamente con infringir daños en los derechos de la otra parte.

CAPÍTULO IV

PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE GARANTICE EL DERECHO A LA DEFENSA EN EL ÁMBITO MARÍTIMO VENEZOLANO

4.1. Celeridad Procesal en el Proceso Marítimo Venezolano

El principio de celeridad contenido en el artículo 10 del CPC (1990), ordena la aplicación de la justicia en forma breve, rápida y eficaz. Dicha norma se concatena sistemáticamente al dispositivo constitucional establecido en el artículo 257 de la CRBV (1999). Al respecto Henríquez (2003), señala “la lentitud de la justicia es en sí una injusticia” (p.81).

Ella constituye, entre otros, uno de los rasgos característicos más resaltantes y necesarios para la administración de justicia, la cual se administrará lo más brevemente posible y cuando la ley no fije término para alguna providencia, el juez lo hará dentro del tercer día, como en muchas cuestiones del derecho, la celeridad procesal, no es otra cosa que el proceso que conduzca a declarar el derecho, llegue lo más tempranamente posible. Como es de fácil entendimiento, el legislador estipula un prudente, pero rápido espacio de tiempo, para realizar las providencias necesarias, haciendo uso del principio procesal de celeridad para materializar la justicia.

Ahora bien, en relación al derecho marítimo, se puede decir que el principio de la celeridad procesal, deviene de la urgencia que acompaña la resolución de todo conflicto en aras de conservar esa armonía; surge así para el estado el deber de ejercer efectivamente la tutela jurídica de todos los derechos subjetivos y correlativamente el derecho de los particulares a solicitar el rápido restablecimiento de la situación jurídica lesionada, celeridad que sin duda redunda en la minimización del daño ocasionado. Sin embargo, en el derecho marítimo se requiere de normas procesales adecuadas que permitan, el funcionamiento satisfactorio de las relaciones que se suscitan

con motivo de las diferentes actividades comerciales generadas en el comercio marítimo, ello, por la materia especialísima del derecho marítimo en su parte sustantiva, necesita de unos procedimientos especiales y adecuados que permitan proteger eficazmente los derechos de los sujetos que intervienen en el.

Estos procedimientos especiales, contenidos en según la exposición de motivos de la LCM (2006), permiten tratar con bastante celeridad y hacer efectivos ciertos casos, ya que se encuentran vinculados en este derecho, un bien esencialmente móvil como lo es el buque, el cual durante la navegación de ultramar tiene la cualidad de cambiar constantemente de jurisdicción. Es por ello, la urgencia con que deben tratarse y tomarse ciertas medidas cautelares, ya que existe el riesgo de la inminente salida del buque hacia aguas extranjeras, con inmensas probabilidades de no retornar más a puertos nacionales.

Así mismo, los elevados montos de los daños que se ocasionan como consecuencia de un abordaje, la necesidad de verificar rápidamente los daños y deterioros que pudieran presentar las mercancías que llegaren a puertos, la condición particular del agente naviero, quien representa al capitán, al propietario o al armador, entre otras situaciones, hacen inoperante la aplicación del procedimiento ordinario, concebido para el amparo de derechos que están muy lejos del dinamismo que singulariza los derechos vinculados a las actividades marítimas.

4.2. Los Créditos Marítimos

Un crédito es el derecho que tiene una persona de exigirle a otra el cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o no hacer. En consecuencia, se puede definir como crédito marítimo según Valery (2005) como:

Aquél que hace surgir a la persona el derecho de exigirle a otra la obligación de dar, hacer o no hacer, cuando su origen esté asociado con la explotación del buque o con hechos relativos a la navegación, ya sea que ella se verifique con el objetivo del transporte o de otras actividades, incluyendo la pesca, actividades deportivas, de recreo, de exploración, investigación, explotación de recursos en áreas marinas, servicios entre otros (p.299).

En el artículo 2 de la Convención de 1952, mantiene iguales términos por la convención de 1999, establece que los buques solo pueden ser embargados en virtud de los créditos marítimos Adicionalmente, en el artículo 1 de la Convención de 1952 señala que son créditos marítimos aquellos que tiene como causa:

1. Daños causados por un buque, ya sea por abordaje o de otro modo.
2. Perdidas que de vidas humanas y daños corporales causados por el buque o provenientes de la explotación de un buque.
3. Asistencia y salvamento.
4. Relativos al transporte de mercancías por un buque en virtud de una póliza de un conocimiento de embarque o de otra forma.
5. Daños a mercancías y equipajes transportados por un buque.

La lista de créditos marítimos contemplada por este artículo 1 de la convención es taxativa, por lo que ninguna otra acreencia puede dar lugar al embargo de la nave. La relación a la lista de créditos marítimos previstos e el artículo 1 de la Convención según Villarroel (2006) excluye ciertos créditos, tales como los créditos derivados por honorarios por agencia, primas de seguro impagadas y los gastos de estiba.

Ahora bien, se ha puesto en duda si es satisfactorio el enfoque de establecer una larga, si bien no exhaustiva, lista de créditos marítimos o si bien se debería ampliarse para incluir otros créditos marítimos o tal vez otro modo más general con objeto de incluir el embargo preventivo por todo crédito relativo al buque, así, se puede observar que la lista de créditos marítimos aprobada en la Convención de 1999 fue ampliada, incluyendo

algunos créditos que no habían sido previstos en la Convención de 1952, tales como, las acreencias surgidas por medidas preventivas dirigidas a evitar un daño, los daños al medio ambiente, recuperación o destrucción de restos de buques o sus cargamentos, los gravámenes de puertos, canales, muelles, radas y otras vías navegables entre otros.

Por otra parte, el artículo 1 de la Decisión 487 sobre Garantías Marítimas y Embargo Preventivo de Buques define a los créditos marítimos.

Artículo I. Crédito Marítimo: Un crédito que tenga una o varias de las siguientes causas:

1. Pérdidas o daños causados por la explotación del buque;
2. Muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque;
3. Operaciones de asistencia o salvamento o todo contrato de salvamento, incluida, si corresponde, la compensación especial relativa a operaciones de asistencia o salvamento respecto de un buque que, por sí mismo o por su carga puede causar daño al medio ambiente;
4. Daño o amenaza de daño causados por el buque al medio ambiente, el litoral intereses conexos; medidas adoptadas para prevenir; minimizar o eliminar ese daño; indemnización por ese daño; los costos de las medidas razonables de restauración del medio ambiente efectivamente tomadas o que vayan a tomarse; pérdida en que hayan incurrido o puedan incurrir terceros en relación con ese daño; y el daño, costos o pérdidas de carácter similar a los indicados en este inciso.
5. Gastos y desembolsos relativos a la puesta a flote, la remoción, la recuperación, la destrucción o la eliminación de la peligrosidad que presente un buque hundido, naufragado, embarrancado o abandonado, incluido todo lo que esté o haya estado a bordo de un buque, y los costos y desembolsos relacionados con la conservación de un buque abandonado y el mantenimiento de su tripulación;

6. El contrato relativo a la utilización o al arrendamiento del buque formalizado en póliza de fletamento o de otro modo;

7. En lo relativo al contrato de transporte de mercancías o de pasajeros en el buque los daños causados a las mercancías (incluidos los equipajes).

8. Las primas de seguro (incluidas las cotizaciones de seguro mutuo), pagaderas por el propietario del buque o el arrendatario a casco desnudo, o por su cuenta.

9. Toda controversia resultante de un contrato de compraventa del buque.

De igual manera, de acuerdo al segundo párrafo del artículo 37 de la Decisión 487, señala que solamente se podrá embargar un buque en virtud de un crédito marítimo.

Por otra parte, en el artículo 93 de la LCM (2006) enumera a los créditos marítimos, incorporando al derecho patrio el artículo 1 de la decisión 487, que como observa se inspira en el artículo 1 de la convención de 1999. En el artículo 93, a los efectos del embargo preventivo previsto en este Título, se entiende por crédito marítimo, la alegación de un derecho o de un crédito que tenga una de las siguientes causas:

1. Pérdidas o daños causados por la explotación comercial del buque.

2. Muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque.

3. Operaciones de asistencia o salvamento o todo contrato de salvamento, incluida, si corresponde, la compensación especial relativa a operaciones de asistencia o salvamento respecto de un buque que, por sí mismo o por su carga, amenace causar daño al medio ambiente.

4. Daño o amenaza de daño, causados por el buque al medio ambiente, en el espacio acuático, las zonas costeras o intereses conexos; así como las medidas adoptadas para prevenir, minimizar ese daño; las indemnizaciones originadas por ese daño; los costos de las medidas razonables de restauración del medio ambiente efectivamente tomadas o que vayan a

tomarse; las pérdidas en que hayan incurrido o puedan incurrir terceros en virtud de ese daño.

5. Gastos y desembolsos relativos a la puesta a flote, la remoción, la recuperación, la destrucción o la eliminación de la peligrosidad que represente un buque hundido, naufragado, embarrancado o abandonado, incluido todo lo que esté o haya estado a bordo de un buque, y los costos y desembolsos relacionados con la conservación de un buque abandonado y el mantenimiento de su tripulación.

6. Todo contrato relativo a la utilización o al arrendamiento del buque formalizado en póliza de fletamento o de otro modo.

7. Todo contrato relativo al transporte de mercancías en el buque formalizado en póliza de fletamento o de otro modo.

8. Las pérdidas o los daños causados a las mercancías y equipajes, transportadas a bordo del buque.

9 .La avería gruesa o común.

10. El uso de remolcadores.

11. El Lanchaje.

12. El pilotaje.

13. Suministro de las mercancías, materiales, provisiones, combustibles, equipos contenedores o servicios prestados al buque para su explotación, gestión, conservación o mantenimiento.

14. La construcción, reparación, modificación, desguace o equipamiento del buque.

15. Los derechos y gravámenes de puertos, canales, muelles, radas y otros servicios.

16. Los sueldos y otras cantidades debidas al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación, en virtud de su enrolamiento a bordo del buque, incluidos los de repatriación y las cuotas de seguridad social pagaderas en su nombre.

17. Los desembolsos hechos por cuenta del buque o de sus propietarios.

18. Las primas de seguro, incluidas las cotizaciones de seguro mutuo, pagaderas por el propietario del buque o el arrendatario a casco desnudo, o por su cuenta, en relación con el buque.

19. La propiedad impugnada de un buque

20. Las comisiones, corretajes u honorarios de agencias, pagaderos por el propietario del buque o el arrendatario a casco desnudo, o por su cuenta, en relación con el buque

21. La copropiedad impugnada de un buque, acerca de su utilización o del producto de su explotación.

22. Toda hipoteca inscrita o gravamen de la misma naturaleza que pesen sobre el buque.

Se puede concluir que el presupuesto del crédito marítimo como fundamento para el embargo del buque o la prohibición de zarpe, constituye una innovación en la legislación venezolana, que sigue la tendencia internacional, recogida principalmente en la Convención de Bruselas de 1952 y la Convención de Ginebra de 1999 sobre embargo preventivo de buques, así como el derecho comunitario andino contenido en las Decisiones 487 y 532 del Acuerdo de Cartagena.

4.3. La Accion in Rem en la Legislación Marítima Venezolana

La acción in rem proviene del derecho romano y tenía por finalidad la obtención de una cosa a diferencia de la action in persona, dirigida contra una persona determinada para que realizara algo o respondiera de algo. Según Pizzolante (2008), en una acción in rem el buque es considerado como un verdadero demandado con derechos y obligaciones, continua expresando que esto era considerado como una mera ficción por los

tribunales ingleses, no así por los tribunales de EEUU, quienes lo consideraban como el fundamento de la acción in rem.

Resulta interesante acotar que en el caso Tucker vs Alexandorf reseñado por Pizzolante, (2008), por la Corte suprema de los EE UU, cuya decisión expresaba:

Una nave nace cuando es botada al agua y vive tanto como su identidad es preservada previo a eso, ella es un mero cumulo de madera y nombre y desde el momento en que su quilla toca agua es transformada y llega a ser un sujeto de jurisdicción marítima, ella adquiere personalidad propia, llegando a ser competente para contratar y es individualmente responsable por sus obligaciones (p.4).

En este sentido, el convenio internacional sobre embargo preventivo de buques, aunque en su versión de 1999, ha sido adoptado dentro de la comunidad andina mediante la Decisión 487 de Diciembre de 2000, normativa ésta que a su vez ha sido incorporada dentro de la legislación nacional con la reciente promulgación de la LCM del año 2001, con lo cual Venezuela contaba por vez primera con una legislación específica aplicable a la materia.

En cuanto al arresto de buques en Venezuela, se encuentra regulado por los artículos 92 al 112 de la LCM (2006), articulado éste que indudablemente viene a llenar un vacío legislativo por cuanto el Código de Comercio (CC, 1955), nada regulaba sobre el particular. De hecho, de poca utilidad resultó la Ley de Privilegios e Hipotecas Navales, al atribuir a determinados créditos la naturaleza de privilegiados, y no estar acompañada de una normativa que permitiera su exigibilidad mediante el derecho de arresto.

Además, señala Matheus (2008) que el CPC (1990), constitúa una barrera misma para la práctica del embargo al requerir que el mismo se practicará sobre bienes propiedad del demandado, lo que difícilmente puede

ocurrir en el caso de buques fletados en el que el obligado es el fletador, en consecuencia, no existía en la legislación marítima una verdadera acción in rem, es decir, contra el buque mismo.

De esta forma, en la actualidad en el artículo 15 de la LCM (2006), prevé una verdadera acción in rem, al señalar que: “Las acciones derivadas de este decreto ley podrán intentarse contra el buque y su capitán, sin que sea necesario mención alguna sobre el propietario o armador” (p.3). A tal fin, y en este supuesto, se clarifica el punto relativo a la citación, al establecerse en el artículo 110 eisudem que se procederá a realizarla “entregándose a cualquier tripulante que se encuentre a bordo del buque, y si no hubiere nadie a bordo, se procederá a fijar un (1) cartel en el buque, en presencia de dos (2) testigos” (p.3).

Así, de acuerdo al artículo 92 de la LCM (2006), se entiende por embargo preventivo, toda inmovilización o restricción a la salida de un buque, impuesta como medida cautelar por resolución de un tribunal de la jurisdicción especial acuática competente, para garantizar un crédito marítimo.

El listado de los créditos reputados como marítimos los cuales se señalaron en secciones anteriores dan el derecho a su titular para solicitar el embargo preventivo del buque en los términos allí previstos, se encuentra en el artículo 93 y en el artículo 103 se establece que el titular de un crédito marítimo o privilegiado sobre un buque, tal como se encuentran establecidos en la LCM (2006), podrá ocurrir ante un tribunal competente, para solicitar medida cautelar de prohibición de zarpe, con el objeto de garantizar el ejercicio del crédito marítimo o privilegiado.

El tribunal requerido deberá acceder a la solicitud sin más trámite, siempre que se acompañen antecedentes que constituyan presunción del derecho que se reclama. Si no fueren suficientes dichos antecedentes o el solicitante manifestare no poseerlos aún, el tribunal podrá exigir que se constituya garantía suficiente por los eventuales perjuicios que se causen, si

posteriormente resultare que la solicitud era infundada. La prohibición de zarpe por créditos distintos a los señalados en este artículo, sólo podrá ser decretada mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el CPC (1990).

4.4. El Forum Arresti y la Acción Cautelar Independiente

El llamado forum arresti es una institución clásica en el derecho marítimo, y consiste en adscribirse competencia mediante el arresto, secuestro o embargo de la nave o de otros bienes del propietario u operador del buque. Tiene su origen en la distinción entre acciones *im rem* y acciones *in personae*. La primera se dirige contra la nave, que es la que tiende a hacer efectivo un crédito marítimo privilegiado, mientras que la segunda va contra una persona natural o jurídica que puede ser el propietario del barco, el armador, o el fletador, pero se trata de una distinción que no es simplemente teórica, sino que alcanza suma importancia en cuanto a los efectos prácticos que se derivan de su aplicación (Fernández, 2006, p.83).

En las acciones *in rem*, por ejemplo, el solo hecho del secuestro o embargo preventivo de la nave implica la notificación de la demanda. si se practica el secuestro, se asume que queda notificada la demanda, a partir de una razón muy lógica: si el capitán de la nave recibe el documento del secuestro, es lógico asumir que, de inmediato, lo comunicará al armador y le dará a conocer el contenido de la demanda.

La práctica de la medida de embargo preventivo del buque o la prohibición de zarpe y aún un secuestro o prohibición de enajenar y gravar, medidas estas que conlleva para el tribunal marítimo una competencia derivada del embargo de la nave, que rige aun en el supuesto de que no la hubiese tenido cuando lo decretó (Fernández, 2001, p.61).

En efecto, dispone el ordinal segundo del artículo 112 de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares (LOEAI, 2001), que el

tribunal de primera instancia marítimo, es competente para conocer de las acciones dirigidas contra el buque, el capitán, el armador o su representante, cuando aquél, es decir el buque, haya sido objeto de una medida cautelar o embargo preventivo. Esto además se ratifica en la disposición del artículo 100 de la LCM (2006).

Por supuesto que esta competencia derivada del embargo (*forum arresti*) tendrá lugar cuando no exista una condición excluyente de la jurisdicción de los tribunales venezolanos, excepto en el caso de las acciones derivadas del transporte de mercancías o de pasajeros que ingresen al territorio nacional en cuyo caso la jurisdicción venezolana es inderogable por virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la LCM (2006), es decir, que el *forum arresti* surge siempre y cuando no exista una cláusula de jurisdicción o de arbitraje válidas.

El *forum arresti* aplica pues parafraseando a Fernández (2006) a situaciones en las cuales la jurisdicción de los tribunales venezolanos no está expresamente excluida, sino que simplemente no existe al margen de la circunstancia del embargo. Un ejemplo lo sería una demanda que se intente por un abordaje entre buques extranjeros sucedido en aguas de otro país. En este caso, los tribunales venezolanos no tendrían jurisdicción si no se produjese el embargo de uno de los buques.

Vinculado a esto y en lo que constituye una innovación en el derecho venezolano, la LCM (2006), admite la denominada acción cautelar independiente, es decir, permite que se solicite al tribunal de primera instancia marítimo el embargo preventivo o prohibición de zarpe de un buque como medida cautelar, sin que a la vez se intente un acción de mérito. Esta posibilidad surge del dispositivo del artículo 101 de la LCM (2006), según el cual, cuando el tribunal marítimo haya practicado el embargo sin tener competencia para conocer del fondo del litigio, se le dará un plazo para que sea entablada la demanda ante el tribunal competente o ante un tribunal arbitral.

Así, también se desprende de lo previsto en el artículo 104 de la LCM (2006), el cual determina que cuando el interesado pretenda exclusivamente la práctica de una medida cautelar, podrá solicitarla expresando una síntesis de los fundamentos de la acción que se propone, señalando inclusive el monto y la forma de la garantía a meros efectos referenciales; no con el fin de que se active el procedimiento a objeto de determinar si debe prosperar o no la pretensión, sino sólo como una medida de sana práctica forense para que el juez marítimo, tenga conocimiento de cuál es la pretensión de mérito.

La solicitud de medida cautelar como acción independiente, busca por supuesto, como es común en el derecho marítimo a nivel internacional y de otras jurisdicciones, que el solicitante obtenga, como efecto de la medida preventiva de embargo o prohibición de zarpe, una garantía del armador para responder de las resultas de la acción principal o de mérito que se intentará en aquella otra jurisdicción que sea la que corresponda, bien por competencia por el territorio, bien por haber sido escogida por las partes.

En este caso, como lo establece el artículo 101 de la LCM (2006), el tribunal marítimo puede decretar la medida, pero debe fijar un plazo para que sea entablada la demanda ante el tribunal competente extranjero o ante el tribunal arbitral, transcurrido el cual la medida de embargo debe ser suspendida. A la vez, el plazo que fije el tribunal marítimo debe ser un plazo prudencial tanto para beneficio del demandante como para el accionado, que dependiendo de las circunstancias el lugar donde entablarse la demanda de mérito y otras consideraciones, no debería ser menos de quince días ni mayor de treinta.

4.5. Procedimiento Marítimo para decretar las Medidas Cautelares de embargo de buques

El embargo de buques previsto en las convenciones internacionales, como la Decisión 487, el Embargo Preventivo de Buques, tiene por objeto

asegurar el resultado de un juicio, por lo que debe distinguirse entre esta medida y el embargo ejecutivo, regulados en Venezuela por los artículos 534 al 538 del CPC (1990). De acuerdo con el numeral 2 del artículo 1 de la Convención de 1952, el embargo significa "...la inmovilización de un buque con la autorización de la autoridad competente para garantizar un crédito marítimo, pero no comprende el embargo que para la ejecución de un título"(p.6).

En Venezuela, el artículo 588 del CPC (1990), establece medidas preventivas, a saber: el embargo de bienes muebles, el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles. Adicionalmente se da al juez la posibilidad de decretar otras medidas cautelares que considere adecuadas, que han sido denominadas por la jurisprudencia como innominadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pudiera causar graves daños o de difícil reparación al derecho de la otra.

En la práctica marítima venezolana, se había utilizado muy frecuentemente el solicitar estas medidas del parágrafo primero del artículo 588, denominadas innominadas, en la forma de prohibición de zarpe. En el artículo 92 de la LCM (2001), siguiendo la posición acogida textos internacionales, incluyendo la normativa comunitaria andina, define al embargo como "... toda inmovilización o restricción a la salida de un buque, impuesta como una medida tutelar por resolución de un tribunal de la Jurisdicción Especial Acuática para garantizar un crédito marítimo"(p.13).

La ley comercial marítima venezolana preserva igualmente la posibilidad de prohibición de zarpe, que implicaría indudablemente la restricción a la salida de del buque, sin embargo, observa más adelante que el artículo 103 de la LCM (2006) le da un tratamiento diferente.

En cuanto a su procedimiento una vez admitida la solicitud de embargo preventivo de buques, el embargo preventivo se cumplirá mediante notificación que hará el tribunal al capitán de puerto de la circunscripción

acuática en que se encuentre el buque, quien ejecutará la medida conforme al artículo 104 de la LCM (2006), una vez que el tribunal marítimo de primera Instancia venezolano admite la medida, envía notificación vía fax al tribunal ejecutor de la circunscripción judicial del lugar donde se encuentre el buque, quien deberá a su vez notificar al capitán de puerto de la circunscripción acuática del lugar donde se encuentre el buque para que proceda a practicar la medida de embargo.

El capitán de puerto, aunque no lo expresa el artículo 104 de la LCM (2006), practica la medida de embargo mediante la prohibición de zarpe, y de esa forma se acata a la decisión emitida por el tribunal marítimo, ya que una de sus funciones es dar o prohibir administrativamente el zarpe a las embarcaciones que se encuentran dentro de su circunscripción acuática.

El tribunal marítimo venezolano al enviar la medida de embargo preventivo al tribunal de ejecución y a la capitanía de puertos del lugar donde se encuentra el buque sobre el cual debe recaer la medida o a cualquier otro ente que corresponda, procederá también a citar, conforme se desprende del decreto con fuerza de ley de comercio marítimo venezolano vigente, entregándose la citación a cualquier tripulante que se encuentre a bordo del buque, y si no hubiere nadie a bordo, se procederá a fijar un (1) cartel en el buque, en presencia de dos (2) testigos, conforme al artículo 110 de la LCM (2006), el tribunal encargado de cumplir este mandato es uno de primera instancia de la circunscripción judicial del lugar donde se encuentra el buque.

En cuanto a la oportunidad para oponerse a la medida, en la LCM (2006), se evidencia que no establece la oportunidad para oponerse a la medida , pero recurriendo a las normas establecidas en el CPC (1990) vigente, cuyas normas se aplican supletoriamente el artículo 602, establece que “dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citado o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere lugar.

Ahora bien, en la LCM (2006), se evidencia que no establece la oportunidad para oponerse a la medida , pero recurriendo a las normas establecidas en el CPC (1990) vigente, cuyas normas se aplican supletoriamente el articulo 602, establece que “dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citado o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere lugar”(p.98).

En relación a la oposición a la medida de embargo preventivo de buques, en la LCM (2006), en su articulo 98 permite la oposición a la medida decretada, así como también al levantamiento de la medida practicada; pero para ello, primero la parte interesada deberá caucionar suficientemente y hace la excepción en cuanto a la oposición y levantamiento de la medida cuando se trata de los créditos marítimos sobre la propiedad y la posesión del buque (Art 93, numerales 20 y 21 de la LCM, 2006)

En el caso de los créditos marítimos contemplados en el ordinal 20 y 21 del artículo 93 de la LCM (2006), el tribunal podrá autorizar a la persona en posesión del buque a seguirlo explotando, previa caución o resolver sobre la operación del buque mientras dure el embargo (Art 98 LCM, 2006), se evidencia en este articulo que las partes podrán ponerse de acuerdo en cuanto al monto y forma de la garantía y a falta de ello, es que procederá el tribunal a determinar la forma y el monto el cual no podrá exceder del valor del buque embargado.

La aplicación del articulo 105 de la LCM (2006), en cuanto a la oposición de la medida de embargo decretada así como la objeción al monto de o forma de constitución de la garantía se tramitará conforme al procedimiento establecido en el CPC (1990), pero su interposición no suspende los efectos de la medida preventiva. Haya o no habido oposición se entenderá abierta una articulación de ocho días, para que los interesados

promuevan y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos (Art 602 del CPC, 1990)

En cuanto al remate del buque la LCM (2006), el artículo 116, permite el remate del buque ante estas tres situaciones, siempre que hayan transcurrido 30 días continuos sin que el propietario o armador de la nave se hagan presente en el juicio y la obligación demandada supere el 20% del valor del buque, el tribunal procedería a decretar el remate anticipado del buque, debiendo el solicitante caucionar suficientemente a juicio del tribunal y a designar a un solo experto para que este fije el justiprecio, de igual forma el juez ordenara al oficial al registro naval, a objeto que informe sobre las hipotecas y demás gravámenes inscritos, así como la publicación de un (1) cartel de remate el cual deberá ser publicado en un diario de circulación nacional.

En cuanto al procedimiento para el remate del buque embargado, se señala en la LCM (2006):

-Indicaciones del cartel Único: (a) Identificación tanto del actor como del demandado. (b) Descripción del buque y sus datos de registro. (c) Estimación de Justiprecio. (d) Indicación del día y la hora en que tendrá lugar el acto de remate. (e) Identificación del puerto en que se encuentre atracado o fondeado el buque. (Art 106 LCM, 2006).

-Procedimiento: Este se realiza conforme a las disposiciones del CPC (1990). Llegado el día y la hora indicados en el cartel de remate se procederá a efectuarlo (Art 563 del CPC, 1990), la adjudicación se hará al mejor postor y solo se aceptaran propuestas de contado y pago inmediato. El juez según continúa expresando el artículo 564 del CPC (1990), será responsable de los perjuicios que cause a las partes por efectuarse un remate conforme a lo previsto en este artículo si se prueba que no había necesidad de hacerlo. Una vez llegado el día y la hora del remate el juez se constituirá con el secretario y procederá a fijar la caución que deban prestar los postores para que les sean admitidas sus propuestas, una vez recibidas el juez las

examinará y si las encuentra convenientes y aceptables las declarara constituidas en el mismo acto.

Seguidamente el secretario dará lectura a las certificaciones relativas a la libertad o gravámenes que puedan afectar al bien, acto continuo fijara un lapso no menor de quince minutos ni mayor de una hora para oír las proposiciones de compra, de las cuales se dejara constancia si así lo exigiere el postor. Concluido el tiempo fijado para las propuestas el juez examinará las que se hayan hecho y adjudicara la buena pro, al mayor postor.

Los efectos de la adjudicación de conformidad con el artículo 572 del CPC (1990), transmite al adjudicatario una vez pagado el precio del remate los mismos e iguales derechos que sobre ella tenía la persona a quien se le remato y con la sola excepción establecida en el único aparte del artículo 1911 del Código Civil (CC, 1982), transmitiendo no solo la propiedad y posesión que tenía el ejecutado, sino también todos los derechos que tenía, fueron principales, accesorios y derivados sobre la cosa. Para hacer cumplir el artículo 572 del CPC (1990), el tribunal podrá hacer uso de la fuerza pública, para efectuar el acto.

Verificado el remate, el secretario del tribunal estará en el deber de dar, dentro del tercer día, al rematador que lo pidiere y hubiere cumplido con las obligaciones impuestas en el remate, copia certificada del acta de este para que le sirva de título de propiedad (Art 573 CPC, 1990). El precio obtenido, será depositado en una cuenta del Tribunal que genere intereses, hasta el momento en que se produzca sentencia definitivamente firme.

4.6. La Prohibición de Zarpe como medida de Embargo Preventivo de buques. Su procedimiento.

Al igual que ocurre con la medida de embargo preventivo de buques el objetivo de medida es la Inmovilización del buque; de esta forma el titular de

un crédito marítimo o privilegiado podrá solicitar una medida de prohibición de zarpe, de acuerdo a lo expresado en el artículo 103 de la LCM (2006), donde se destaca:

El titular de un crédito marítimo o privilegiado sobre un buque, tal como se encuentran establecidos en este Decreto Ley, podrá ocurrir ante un tribunal competente, para solicitar medida cautelar de prohibición de zarpe, con el objeto de garantizar el ejercicio del crédito marítimo o privilegiado. El tribunal requerido deberá acceder a la solicitud sin más trámite, siempre que se acompañen antecedentes que constituyan presunción del derecho que se reclama. Si no fueren suficientes dichos antecedentes o el solicitante manifestare no poseerlos aún, el tribunal podrá exigir que se constituya garantía suficiente por los eventuales perjuicios que se causen, si posteriormente resultare que la solicitud era infundada con el objeto de garantizar su ejercicio (p.18).

De lo anterior se deduce que este articulado busca garantizar con la medida de prohibición de zarpe, la satisfacción de los créditos marítimos, al respecto se puede observar que antes del nacimiento de las nuevas leyes marítimas, estos se encontraban regulados en el CC (1955) y antes de la aparición de la LCM (2006), para garantizar estos créditos solicitaban cualquiera de las medidas cautelares contenidas en el código procesal civil Venezolano dentro de ellas la provisión de zarpe, esta ultima como medida innominada conforme al artículo 588 del CPC (1990).

Con la promulgación de la LCM (2006), es decir en su primera versión del año 2001, se derogó el libro II del Código de Comercio y muchos de los créditos privilegiados establecidos en ese instrumento pasaron a ser considerados créditos marítimos, otros si quedaron con esa misma categoría de créditos privilegiados, la actual LCM (2006), vigente establece y regula los créditos privilegiados sobre los cuales se puede pedir una medida de prohibición de zarpe.

El artículo 113 de la LCM (2006), establece que los privilegios establecidos tienen preferencia sobre cualquier otro tipo de privilegio general

o especial y a diferencia de los créditos marítimos, como lo expresa el artículo 114 de la LCM (2006), gravan al buque donde quiera que ellos se encuentren sin necesidad de publicidad registral y lo siguen aunque este cambie de propietario, registro o pabellón, excepto en el caso de ejecución forzosa.

Ahora el artículo 115 de la LCM (2006), establece como créditos privilegiados, los siguientes:

- (a) Los créditos por los sueldos y otras cantidades adeudadas al Capitán, oficiales y demás miembros de la tripulación del buque en virtud de sus servicios a bordo, incluidos los gastos de repatriación y las cuotas de la seguridad social pagaderas en su nombre. (b) Los créditos por indemnizaciones por muerte o lesiones corporales ocurridas en tierra, a bordo o en el agua, en relación directa con la explotación del buque. (c) Los créditos por la recompensa pagadera por el salvamento del buque. (d) Los créditos por derechos de puerto, uso de vías navegables, pilotaje, remolcadores, lanchaje y demás servicios previstos en la ley. (e) Los créditos nacidos de hecho ilícito por razón de la pérdida o el daño material causado por la explotación del buque, distintos de la pérdida o el daño ocasionado a las mercancías y equipajes, transportadas a bordo del buque (p.13).

Sin embargo el artículo 116 de la LCM (2006), establece que cuando se trate de los privilegios (b) y (e), no obligara al buque por estos créditos , si son producto de daños relacionados con el transporte por agua de hidrocarburos u otras sustancias nocivas o peligrosas, por los que sea pagadera una indemnización a los acreedores con arreglo a la ley, que establezcan un régimen de responsabilidad objetiva y un seguro obligatorio u otros medios de garantía de los créditos y por las características radioactivas o de su combinación con propiedades tóxicas, explosivas, peligrosas y otras particularidades del combustible nuclear, o de los productos o desechos radioactivos. Estos créditos inclusive tienen un orden de prelación, en el artículo 117 del decreto se encuentran en el orden que deben presentarse:

1. Los privilegios marítimos que garanticen créditos por la recompensa pagadera por el salvamento del buque, serán preferidos frente a todos los demás a que se halle afecto el buque antes de efectuarse las operaciones que dieron origen a aquellos privilegios.

2. Los privilegios marítimos de los numerales 1, 2, 4 y 5, concurrirán entre ellos a prorrata y

3. Los privilegios marítimos que garanticen los créditos por la recompensa pagadera por el salvamento del buque, tendrán prelación entre sí, en orden inverso al de la fecha de nacimiento de los créditos garantizados con estos privilegios. Estos créditos se tendrán por nacidos en la fecha en que concluyó cada operación de salvamento.

El artículo 118 de la LCM (2006) establece que: "Estos créditos privilegiados se extinguén transcurrido un año, a menos que antes del vencimiento de este plazo, el buque haya sido objeto de embargo preventivo o ejecución conducente a una venta forzosa...." (p.13), partiendo del hecho que la medida de embargo preventivo de un buque es exclusiva de los créditos marítimos la cual se solicita para garantizarlos no se debería hablar en este artículo de medida de embargo preventivo, sin embargo, al estudiar los créditos privilegiados se analiza que alguno de estos entran dentro de la categoría de créditos marítimos, por lo que sería aplicable solo en estos casos cuando el crédito sea un crédito marítimo y se encuentre dentro de los considerados privilegiados en el decreto.

Por lo que, cualquiera de las dos medidas que se intentase sería válida, ya que ambas persiguen el mismo fin la detención del buque, en caso contrario cuando se trate solo de un crédito privilegiado pues se tendrá la medida de prohibición de zarpe del artículo 103 del decreto para asegurar el crédito.

En cuanto a la admisión de la medida de prohibición de zarpe, el tribunal marítimo venezolano señala Cova (2009), los requisitos para admitirla: (a) al igual que para la medida de embargo preventivo, hay que

demonstrar la existencia del buen derecho que se alega; (b) al igual que ocurre con las medidas de embargo preventivo de buques, quien solicita la medida tendrá diez días continuos una vez practicada la medida de prohibición de zarpe, para incoar la acción principal de lo contrario quedará sin efecto la misma (Art 10, LCM, 2006). En cuanto a la oposición y levantamiento de la medida se seguirá el procedimiento establecido en el CPC (1990).

4.7. El Buque objeto del Embargo

El buque o nave por su naturaleza es considerado un bien mueble ya que puede ser trasladado de lugar sin que sufra o cambie su forma o estructura. La función principal de un buque, tal como lo establecen las definiciones anteriormente expresadas, es el tráfico por agua entre diferentes puntos geográficos, transportando bienes o personas. Durante el ejercicio de estas operaciones se crean una diversidad de obligaciones y compromisos que pueden ser incumplidas por parte de los operadores o propietarios del buque.

La LCM (2006), establece que sus disposiciones se aplican a los buques y a los hidroaviones nacionales o extranjeros que se encuentren en aguas jurisdiccionales de la república; a los buques nacionales que se encuentren en alta mar o aguas jurisdiccionales de otro país; a cualquier construcción flotante apta para navegar, carente de propulsión propia, que opere en el medio acuático o auxiliar de la navegación destinada o no a ella; a las islas artificiales, instalaciones y estructuras situadas en el espacio acuático nacional, salvo disposición expresa en contrario establecida en la ley (Art 2).

De lo antes expuesto, se desprende que la medida de embargo preventivo puede recaer sobre cualquier buque, sea de bandera nacional o extranjera, en virtud de un crédito marítimo , pero no en virtud de otro tipo de

crédito, como lo expresa el artículo 94 de la LCM (2006), como garantía para ejecutar un laudo arbitral o una sentencia judicial, aunque en virtud de una cláusula de jurisdicción o arbitral el crédito marítimo esté sometido a la jurisdicción de los tribunales de un estado extranjero o a un tribunal de arbitraje, o deba regirse por la ley de otro estado.

La medida de embargo preventivo conforme al artículo 95 de la LCM (2006), procederá siempre que para el momento en que nació el crédito marítimo:

1. La persona que origino el crédito era el propietario del buque para el momento en que nació y lo sigue siendo al momento de practicar el embargo.
2. En el caso de arrendamiento a casco desnudo, quien origino el crédito era el armador para el momento en que nació el crédito marítimo y lo sigue siendo al momento de practicar el embargo e inclusive cuando ha cambiado su situación y pasa a ser su propietario.

Aparte de los supuestos antes descritos, también procederá el embargo sobre un buque siempre que:

1. Se encuentre el crédito marítimo garantizado con hipoteca naval sobre el buque.
2. Si el crédito se refiere a la posesión o propiedad del buque.
3. Si el crédito es contra el propietario, el arrendatario a casco desnudo, el agente naviero del buque y está garantizado por un privilegio marítimo.

El artículo 96 de la LCM (2006), permite que la medida de embargo preventivo pueda recaer sobre otro buque de la persona que esté obligada en virtud del crédito marítimo, cuando al momento en que nació el crédito, era:

1. Propietario del buque con respecto al cual haya nacido el crédito marítimo.
2. Arrendatario a casco desnudo, fletador por tiempo o fletador por viaje de ese buque.

En casos como estos cuando el buque esta bajo el contrato de arrendamiento a casco desnudo o fletado a tiempo o por viaje, se permitirá que pueda ser embargado, siempre si conforme a la ley se pueda ejecutar contra ese buque una sentencia extranjera dictada en relación con ese crédito, mediante su venta judicial y forzosa. Asimismo, el artículo 96 de la LCM (2006), expresa que no se permitirá el embargo de buques hermanos cuando el crédito verse sobre la propiedad y la posesión del buque

En cuanto a las excepciones de embargo el Artículo 112, según LCM (2006), señala que no se aplicará a los buques de guerra, a las unidades navales auxiliares y a otros buques pertenecientes a un estado extranjero o explotados por él, destinados exclusivamente en ese momento a un uso público no comercial, buques embargados de institutos autónomos, empresas del estado o empresas en que este tenga participación; de otras entidades públicas o de particulares que estén afectados al uso público, a un servicio de interés público, a una actividad de utilidad pública nacional o a un servicio privado de interés público.

Cuando estos buques son sometidos a medidas preventivas se debe notificar a la Procuraduría General de La Republica, acompañando copia certificada de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto, a fin de que el organismo público que corresponda adopte las previsiones necesarias para que no se interrumpa la actividad o servicio a la que este afectado el bien.

En conclusión a la sección se puede decir que la materia de embargo preventivo de buques está regulada en la LCM (2006), se señala que la materia cautelar es netamente procesal y así se encuentra prevista en el derecho común, por lo que podría plantearse su regulación dentro de la Ley de Procedimiento Marítimo.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Las conclusiones del estudio se redactan a continuación, para dar respuesta a las interrogantes de la investigación:

1. En relación a las medidas cautelares en el derecho comparado y venezolano se puede concluir señalando que el derecho comparado latinoamericano comprende medidas cautelares no previstas en la legislación venezolana. En Norteamérica, una persona no puede ser privada de su propiedad, sin un debido proceso.

En Inglaterra da lugar a una protección que impide que la nave salga de la jurisdicción del distrito del tribunal, a través de un procedimiento independiente. En cuanto al derecho marítimo venezolano, una particularidad que no se da en otras áreas jurídicas, y, es de que las medidas preventivas pueden decretarse y ejecutarse anticipadamente, es decir, sin que esté propuesta la acción principal que motiva el juicio, lo cual tiene una condición especial propia y muy característica y es así, porque en materia de las acciones derivadas del comercio marítimo.

2. En cuanto a las características de las medidas cautelares preventivas en el proceso marítimo venezolano, se señala que el poder cautelar general en la actividad marítima y constituye una poderosa herramienta de tutela judicial efectiva por el cual el juez dicta medidas cautelares las cuales se caracterizan por la efectividad del proceso y se manifiestan como un verdadero amparo en el proceso cuando una de las partes amenace seriamente con infringir daños en los derechos de la otra parte.

3. En relación a las competencias del juez en la aplicación de las medidas preventivas en el proceso marítimo venezolano se concluye señalando que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, lo que implica que el juez marítimo muestra un

poder cautelar que fue otorgado por el legislador, para la preservación de la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia; en el entendido de que la jurisdicción acuática debe garantizar el cumplimiento de tales postulados desde la presentación de la demanda hasta la ejecución de la sentencia garantizando el derecho a la defensa y para ello, se dispone del poder cautelar, concebido como la potestad de decretar a solicitud de las partes, medidas de tipo asegurativas tendientes al logro de la efectividad de la sentencia definitivamente firme y evitando con ello que resulte ilusoria la misma.

4. En relación al procedimiento para la aplicación de las medidas cautelares que garantice el derecho a la defensa en el ámbito marítimo venezolano, se puede concluir señalando que en cuanto a la materia de embargo preventivo de buques, teniendo en cuenta que la materia cautelar es netamente procesal y así se encuentra prevista en el derecho común, podría plantearse su regulación dentro de la Ley de Procedimiento Marítimo.

Igualmente, en cuanto a la regulación del embargo preventivo de buques tiene su fuente en el Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques de Ginebra 12 de marzo de 1999, de la cual Venezuela no es parte y en la Decisión 487 de la Comunidad Andina, los cuales solamente permiten el embargo de buques para garantizar créditos marítimos.

Ahora bien, en Venezuela la normativa sobre la aplicación de las medidas cautelares permite el decreto de otras medidas de derecho común, previendo incluso el embargo aun por créditos no marítimos, por lo que la actuación del juez marítimo debe cimentarse sobre la base de la aplicación del principio de la tutela judicial efectiva en la labor de administrar justicia como una actividad sustraída a los particulares, lo que lo compromete con este principio que garantice la seguridad jurídica, base de la armonía indispensable en el grupo social.

Asimismo, debería hacerse claramente la distinción entre la medida de prohibición de zarpe y la de embargo, pues los requisitos para su decreto y ejecución son los mismos.

De lo antes expuesto, se puede decir que la tutela judicial efectiva implica uno de los pilares fundamentales sobre el cual se sustenta la noción de estado de derecho, ya que el mismo tiene por finalidad última hacer prevalecer el orden jurídico, en cuanto al derecho marítimo venezolano, dado la particularidad de que pueden decretarse y ejecutarse anticipadamente, lo cual tiene una condición especial propia y muy característica.

Por lo que se debe realizar una correcta interpretación de las normas jurídicas por parte del Juez para la preservación del conjunto de derechos legítimos que el ordenamiento jurídico establece y que conforman la esfera subjetiva de todo ciudadano dedicado al comercio marítimo. Otorgando, a los mismos la certeza de que los mismos serán debidamente asegurados y resguardados, a los efectos de lograr su efectiva vigencia en la aplicación de las medidas cautelares preventivas como un sistema que garantice el derecho a la defensa en el procedimiento marítimo venezolano.

Recomendaciones

Las recomendaciones del estudio se señalan a continuación:

1. Es importante el conocimiento adecuado y oportuno del embargo de buques en el derecho comparado por parte del operador de justicia de importancia en el negocio marítimo dada las circunstancias de la globalización económica.
2. El poder cautelar otorgado al juez marítimo debe determinarse en la potestad para decretar medidas cautelares, lo que exige un rol de director acorde para decidir en el marco de la justicia y que ejerzan funciones en forma profesional y donde la buena fe debe ser uno de los principios formativos del proceso.

3. La materia cautelar es netamente procesal, por lo que podría plantearse su regulación dentro de la Ley de Procedimiento Marítimo.
4. Es necesario aplicar el procedimiento de las medidas cautelares dentro de un marco que garantice el derecho a la defensa en beneficio del negocio marítimo en términos de justicia y equidad.

Referencias Bibliográficas

- Aguado., V. (2001). **La Tutela Judicial Cautelar en la Protección Jurídica del Ciudadano.** Madrid: Tomo II Civitas
- Ayala, C. (2004). **Bases para la elaboración de un anteproyecto de Ley Orgánica de la jurisdicción constitucional.** Revista de Derecho Público N° 39. Caracas: Editorial Jurídica venezolana.
- Badell, R (2003).**Medidas Cautelares.** Caracas: Editorial Paredes.
- Brewer, A (2003). **Derecho Civil.** Caracas: editorial Paredes
- Calamandrei, P (1997) **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.** Madrid: Editorial. El Foro.
- Calcaño., J. (2002). **Aspectos generales del régimen legal de la Corte Suprema de Justicia.** Caracas: Editorial jurídica venezolana (2da ed).
- Calvo, E. (2002). **Código de Procedimiento Civil.** Caracas: Ediciones Libra.
- Campo, J. (2003). **Medidas cautelares.** Bogotá: Editorial Temis.
- Código Civil. (1982). **Gaceta Oficial Extraordinario 2990** del 26 de julio de 1982.
- Código de Comercio. (1955). **Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475** de 1955.
- Código de Procedimiento Civil. (1990). **Gaceta Oficial N° 4.209** Extraordinaria de 18 de Septiembre de 1990
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 5.453** (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.
- Decision 487. **Garantías Marítimas Hipoteca Naval y Privilegios Marítimos y Embargo Preventivo de Buques.** Acuerdo de Cartagena.

Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo. **Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela, 5.554**, (Extraordinario) Noviembre 13, 2001.

Fernández, A (2006). **El Procedimiento Marítimo**. Caracas: Universidad Marítima del Caribe.

Fernández, J (2004). **El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del derecho comunitario. Evolución y alcance**. Madrid: Revista de Instituciones Europeas. N° 3 volumen 21.

García de Enterría, E. (2007). **La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: Ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas**. España: Revista Española del derecho Administrativo N° 60.

Hernández., V. (2005). **La suspensión de garantías y la acción de Amparo Constitucional**. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 95. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Henríquez, R (2001). **Medidas Cautelares**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Henríquez, R (2003). **Comentarios al Código de Procedimiento Civil**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Jove, M. (2005). **Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil**. Barcelona: España José María Bosch. Editor S.A

Ley de Arbitraje Comercial (1998). **Gaceta Oficial N° 36.430**. Extraordinario de fecha 7 de abril de 1998.

Ley de Comercio Marítimo. **Gaceta Oficial N° 38.351** del 5 de enero de 2006.

Ley de Derecho Internacional Privado Publicada en **Gaceta Oficial de la República de Venezuela 36.511** de fecha 6 de Agosto de 1998.

Ley General de Marina y Actividades Conexas. (2002). **Gaceta Oficial No.37.570** del 14 de noviembre del año 2002

Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos (LOEA), publicada en la **Gaceta Oficial No. 37.330** de fecha 22 de Noviembre de 2001.

Matheus, C. (2008). **Reflexiones Sobre La Reforma De La Ley De Procedimiento Marítimo.** Caracas: VI Congreso Internacional de Derecho Marítimo de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (AVDM).

Ortiz, R. (2005). **El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas** Caracas: Editorial Frónesis.

Pizzolante, S (2008). **Teoría De La Personificación Del Buque Y Su Embargo Preventivo.** Disponible en: www.abogadosmaritimoscomerciales.com. [Consultado en : 06-12-2012]

Podetti, R. (1999). **Medidas Cautelares.** Buenos Aires: Editorial De Palma.

Santofimio, G.J. (2002). **El Derecho a la Defensa en las Actuaciones Administrativas**.Caracas. Funeda.

Teso, P. (2007). **Medidas Cautelares.** Barcelona: Carte do Blanch

Valery, P. (2005). **Curso de Derecho Mercantil.** Caracas: Ediciones: Liber.

Villarroel, F. (2006). **Tratado General del Derecho Marítimo.** Catia la Mar: Universidad Nacional Marítima del Caribe.