

PROLEGÓMENOS PROCESALES SOBRE EL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUE Y LA PROHIBICIÓN DE ZARPE EN TIEMPOS DE COVID-19

Por: Edwing Marval ¹

Mayo 2020

Siendo una apócope al introito sobre las circunstancias de pandemia que el amable lector debe conocer como hecho público y notorio mundial, el presente ensayo pretende ilustrar reflexiones en vez de respuestas concretas a las distintas interrogantes que se presentan en las situaciones jurídicas sobrevenidas en las distintas relaciones contractuales de los diversos sectores en la prestación de bienes y servicios en relación a las circunstancias actuales, entre ellas el transporte marítimo cuyo tema nos ocupa como eje neurálgico de análisis delimitado al ordenamiento jurídico-procesal venezolano.

Derivado de la pandemia de orden global, el Ejecutivo Nacional Venezolano declaró en todo el Territorio Nacional el Estado de Alarma a través del Decreto N° 4.160, de fecha 13 de marzo de 2020, publicado en G.O Ext. N° 6.519 como medidas preventivas de salud pública, en donde se prevén los protocolos de seguridad a ser adoptados por cada uno de los sectores del Poder Público en sus distintas competencias, así como los bienes y servicios de carácter público y privado cuya prestación es impostergable, entre ellas «*las actividades vinculadas al Sistema Portuario Nacional*» (Art. 9.8.

D.E.A). Es por ello que el Instituto Nacional de Espacios Acuáticos (INEA) como órgano regulador ha adoptado diligentemente todas las medidas pertinentes al tráfico marítimo, carga y descarga de mercancías, así como el embarque y desembarque de la Gente de Mar en los distintos Puertos venezolanos, y a razón de ello se ha mantenido el despliegue de actividades de comercio marítimo.

Dentro de este contexto, el primigenio precitado Decreto, del mismo modo en relación al Poder Judicial ha proscrito en su Disposición Transitoria Quinta lo siguiente [Sic]:

Se exhorta al Tribunal Supremo de Justicia a tomar las previsiones normativas pertinentes que permitan regular las distintas situaciones resultantes de la aplicación de las medidas de restricción de tránsito o suspensión de actividades y sus efectos sobre los procesos llevados a cabo por el Poder Judicial o sobre el funcionamiento de los órganos que lo integran.

Con base en ello, el Tribunal Supremo de Justicia a través de la Sala Plena profirió la Resolución N° 001-2020,

¹ Abogado - Intérprete Público idioma inglés - Derecho procesal - Derecho del trabajo - Derecho marítimo - Estudios Avanzados en Medidas Cautelares (Civil, Mercantil, Marítimo, Laboral, Agrario, Contencioso-Administrativo y Penal) - Piloto R.O.V

de fecha 20 de marzo de 2020, en donde decretó la suspensión temporal de la actividad jurisdiccional desde el 16 de marzo hasta el lunes 13 de abril de 2020, ambas fechas inclusive, de cuyo contenido se desprende el suspenso de los lapsos procesales de todos los asuntos sometidos a la administración de justicia de los distintos Tribunales en sus diversos grados, estados y competencias, tramitándose excepcionalmente lo recurrente a amparos, materia penal y asuntos urgentes en todo el Territorio Nacional. Posteriormente, conforme al Decreto de Estado de Excepción del 04 de mayo de 2020, el Tribunal Supremo de Justicia a través de la Resolución N° 003-2020 del 13 de mayo de 2020, prorroga por 30 días más la suspensión de la actividad judicial asentando que [Sic] *«ningún Tribunal despachará desde el 13 de mayo hasta el 12 de junio ambas fechas inclusive»*, *manteniéndose en suspensión las causas, y en consecuencia no discurrirán los lapsos procesales, tramitándose excepcionalmente los recursos de amparo, asuntos penales y urgentes»*, reeditando lo establecido en la antecesora resolución.

Es menester haber esbozado lo anterior, para poder surcar en los aspectos de interés procesal marítimo a tratar en el presente ensayo. Al respecto, la navegación y el comercio por medio del transporte marítimo son fundamentalmente actividades de un sector mixto, público y privado de necesidades primarias que aún bajo circunstancias excepcionales o extremas no pueden suspenderse ni prorrogarse, y por lo tanto el buque como núcleo y razón

de ser del negocio marítimo, y siendo este la garantía material *in rem*, en relación con las obligaciones derivadas de las situaciones contractuales del transporte marítimo entre otras categorías derivadas de su explotación directa e indirecta aparejadas a créditos marítimos o privilegiados imbricados a un título guarentigio. Y es que comúnmente las controversias marítimas tienen un carácter impredecible, y más aún en estos tiempos de pandemia cuyas circunstancias ha conllevado al sector marítimo a un alto grado de incertidumbre y desasosiego en cuanto a las consecuencias sobrevenidas dentro de las relaciones contractuales con ocasión al transporte de mercancías por vía marítima, y resulta prudente advertir que la efectiva tutela judicial debe ser la piedra angular sobre la cual se dirimen ecuanímente las controversias procesales surgidas, bajo el adagio en que la justicia no puede ser un convidado de piedra en el letargo de la inacción, ni mucho menos como un fantasma de una ópera Bufo.

Precisado lo anterior, analicemos bajo este ensayo teórico-práctico los efectos bifrontes y posibles soluciones viables cuando se suscite de manera urgente la concurrencia por parte de los justiciables de surgir una pretensión derivada de un contrato de transporte marítimo y como mecanismo expedito se tenga que recurrir al órgano jurisdiccional con competencia marítima en el territorio venezolano o en su defecto a un Tribunal Arbitral de ser el caso.

La regla actual en Venezuela es que la administración de justicia se encuentra en estado de suspensión conforme a lo

establecido en las prenombradas Resoluciones proferidas por Tribunal Supremo de Justicia, no obstante a ello, se conflagan aristas de excepcionalidad a la regla predeterminada y normadas como «*asuntos carácter de urgencia*», y con motivo a ello surge la interrogante ¿podrá el justiciable solicitar y el Tribunal marítimo decretar el embargo de buque en esta época de pandemia COVID-19? Reparemos en el siguiente análisis para poder brindar posibles alternativas que convergerían en una verosímil respuesta conforme a las circunstancias de la *quaestio iuris* y *quaestio factio* sobre el *quid* del asunto.

De acuerdo a la precitada Resolución Judicial, no es óbice que «*se practiquen las actuaciones urgentes para el aseguramiento de los derechos de alguna de las partes, de conformidad con la Ley*», la naturaleza de las actividades de comercio marítimo a pesar de ser de carácter privado están calificadas bajo condiciones excepcionales afecto y destinado a un servicio público y razón de ello calificarse como un «*asunto de carácter urgente*», de acuerdo a su categoría de transporte de bienes y servicios de primera necesidad, y siendo el buque la espina medular de explotación comercial, se desprenden situaciones jurídicas que deben ser eficaz y oportunamente tuteladas por el organismo judicial competente, en consecuencia «*los órganos jurisdiccionales tomarán las debidas provisiones para que no sea suspendido el servicio público de administración de justicia. Al efecto se acordará su habilitación para que se proceda al despacho de los asuntos urgentes*». Siendo lo anterior cónsono con

el principio de tutela efectiva judicial, derivado del derecho de acceso a los órganos de administración de justicia en el ejercicio potestativo unilateral o colectivo de derechos consagrado en el artículo 26 de nuestra Carta Magna.

Así las cosas, la legislación comercial acuática venezolana prevé el embargo «*preventivo de buque*» y la *prohibición de zarpe* medidas típicas o especiales diseñadas para asegurar materialmente la pretensión derivada de un crédito marítimo o privilegiado, afirmando en primicia procesal a nuestro acérrimo criterio que el embargo de buque no tiene carácter “*preventivo*” ni mucho menos “*cautelar*”, al contrario su ontología es estrictamente de “*aseguramiento material in rem*”, quizás tales aseveraciones no calen o puedan crear un tsunami de opiniones, o ser lapidado en relación a lo asentado, no obstante a ello, el estudio sistemático y sistémico sobre la ontología del embargo de buque ha sido cuidadosamente analizado dentro del contexto de la Tutela Judicial Diferenciada, la Teoría del Poder Cautelar General y la Teoría del Aseguramiento Jurisdiccional siendo hilvanado en un trabajo bibliográfico que hemos desarrollado al respecto, y será tratado preliminarmente en otro ensayo.

Trámite Procedimental Del Embargo De Buque y La Prohibición De Zarpe.

La fenomenología del embargo de buque presenta rasgos característicos hartamente complejos, con una fisionomía *sui generis* cuyos visos de “*ejecución anticipada*”, además de tener la particularidad de metamorfosis procesal

entre el “aseguramiento material” cuando es un crédito marítimo lo que se tutela, y otra de “cautelaridad” cuando se ejecuta como una “garantía procesal” con motivo a una sentencia extranjera o un laudo arbitral ya sea nacional o extranjero conforme a sus limitantes normativas.

Además de ello, el embargo de buque en el ordenamiento jurídico acuático venezolano es la única medida que excepcionalmente puede decretarse como un embargo *extra litem*, erróneamente denomina “anticipado”, es decir extra procesalmente, y es así como lo señala la Ley de Comercio Marítimo:

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

Conforme a ello, el Tribunal marítimo podrá decretar la medida de embargo bien sea de manera asegurativa en relación a un crédito marítimo “garantía material” o medida cautelar “garantía procesal” a los efectos de ejecutar una sentencia judicial o laudo arbitral (art. 13 LCM).

De este modo quedando supeditada la pretensión principal a un lapso perentorio de 10 días, y habiendo «*vencido el plazo establecido para intentar la pretensión sobre el fondo, sin que la demanda respectiva fuere interpuesta se decretará, a instancia de parte, la liberación del buque embargado o la*

cancelación de la garantía prestada» (Art. 102 LCM).

Enmarcado en la derrota de lo expuesto, todo justiciable acreedor de una obligación con ocasión a la aventura marítima podrá recurrir de manera excepcional y con carácter urgente ante un Tribunal marítimo solicitar el embargo de un buque cuya pretensión se derive de un crédito marítimo, a los efectos de que el órgano jurisdiccional con competencia acuática decrete bien sea la inmovilización o la restricción de salida del buque (Art. 92 LCM). Aunque no es el tema que nos ocupa, es menester señalar que el decreto de medida de embargo sobre el buque está reservada de manera exclusiva y excluyente al Tribunal marítimo conferido por una norma atributiva de competencia, y ahora polémicamente a los Tribunales ordinarios conforme a la Resolución N° 2017-011, del 03 de mayo de 2017 de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, tema que será desarrollado en otro puerto de intercambio de saberes.

De modo que el “carácter de urgencia” sobre el decreto de medida de embargo prevista en la *ratio iuris* de la Ley de Procedimiento Marítimo al señalar que «*a los efectos de presentación de demandas, decretos, práctica, y levantamiento (rectius: revocatoria) de medidas preventivas, así como de otras diligencias urgentes, son hábiles todos los días y horas*», la precitada disposición adjetiva finca el fundamento jurídico-procesal sobre la cual el Tribunal marítimo podrá habilitarse para el decreto de medida preventiva de embargo *extra litem* con ocasión a una acreencia marítima

conforme al *numerus clausus* prescrito en el (Art. 93 LCM).

Dentro de este contexto, resulta oportuno precisar los requisitos procedimentales sobre la pretensión marítima y este se cimenta «*sobre un crédito marítimo o privilegiado*» ambos configuran supuestos calificados, aunado a que un buque no puede ser embargado por obligaciones distintas al crédito marítimo; estando a su vez calificado bajo un título garentigio a saber «*instrumento público, instrumento privado reconocido o tenido legalmente reconocido, facturas aceptadas, contratos de fletamento, conocimientos de embarque, o cualesquiera otros instrumentos que demuestren de un crédito marítimo o privilegiado*». La norma especial marítima solamente impone el “crédito” y el “privilegio” como supuestos fácticos, sin referirse a ninguna otra condición como riesgo, peligro o temor, en consecuencia no exige la presencia de un *Pericolo*, o requisito adicional, haciendo una semejanza el precitado Art 97 LCM, converge en los mismo instrumentos cualificados contenidos el procedimiento de intimación previsto en el artículo 646 de C.P.C.

Aunque no es el tema que nos ocupa como señalamos anteriormente, no obstante a ello en el hilo argumental sobre lo esgrimido, es propicio hacer un señalamiento revelador en que si el “objeto” de la medida de embargo no propende a la eventual futura ejecución de una sentencia, en consecuencia no tiene naturaleza “cautelar”, y si además de ello el embargo no tiene como “causa” evitar la ocurrencia de un temor, peligro, riesgo, de

infructuosidad, entonces mucho menos tiene carácter “preventivo”, sino de una “medida de aseguramiento”.

Una de las ventajas que revisten las medidas de aseguramiento en cuanto su trámite procedimental es que no resulta necesario la exigencia de un *Fumus boni iuris*, posición jurídica tutelable ni el *Periculum in mora* o riesgo de infructuosidad del fallo, derivado a que su naturaleza no es “cautelar”, no obstante a ello comparten con las “cautelas” elementos de admisibilidad y por lo tanto, los requisitos de procedencia están supeditados a las normas atributivas de competencia a los efectos de verificar los extremos de una determinada potestad judicial, verificando la *quaestio facti* que actúa como presupuesto de hecho, y *quaesti iuris* vinculado a la legitimidad.

Por otra parte, con un *numerus apertus* procesal el titular de un crédito marítimo o privilegiado pudiese solicitar la medida de prohibición de zarpe ocurriendo ante un Tribunal competente para solicitarla como medida cautelar. Es menester señalar que la prohibición de zarpe es una medida típica o especial marítima cuya prosapia tiene su origen en el ordenamiento jurídico acuático venezolano, que a diferencia del embargo, tiene una modalidad bifronte, es decir tiende a efectos tanto de medida de “aseguramiento” como medida “cautelar,” no obstante en este último caso resulta indefectible analizar los requisitos, valoración y prueba del *Periculum in mora*, los cuales deben ser ponderados fácticamente por el Tribunal a los efectos de su decreto.

Otras de las particularidades de la prohibición de zarpe es que la norma comercial marítima no limita su decreto al Tribunal marítimo, por lo tanto cualquier otro Tribunal cuya competencia sobre *thema decidendum* le haya sido atribuida, y en consecuencia tenga potestad procesal para decretarla.

Hechas las precedentes disquisiciones sobre generalidades de análisis ontológico-procesal, descendemos en el carácter práctico como el la posibilidad de solicitar un embargo de buque como medida de aseguramiento cualificado en un crédito marítimo privilegiado decretado por un Tribunal marítimo con competencia especial acuática como ha sido señalado en líneas precedentes. Pero entonces de no prosperar la solicitud de medida asegurativa por el Tribunal marítimo surge la interrogante ¿Cuál sería el mecanismo procesal alternativo para hacer valer la pretensión asegurativa sobre el buque? Otras de las propuestas asequibles es que haya la existencia de una Cláusula Arbitral contractual prevista en un contrato de transporte marítimo en donde el acreedor del crédito o privilegio pudiese perfectamente ocurrir por ante el Tribunal Arbitral y solicitar la medida asegurativa sobre el buque no bajo la figura del embargo, toda vez que tal potestad está estrictamente reservada al Tribunal marítimo como norma atributiva de competencia, por lo tanto resulta improcedente el decreto por parte del Tribunal Arbitral. Sin embargo, la alternativa procesal más idónea a tales efectos sería la medida de prohibición de zarpe, que en tal circunstancia el solicitante *«podrá ocurrir ante un*

Tribunal competente para solicitar medida cautelar de prohibición de zarpe con el objeto de garantizar el crédito marítimo o privilegiado», hacemos la distinción en que no como una “medida cautelar”, sino una “medida de aseguramiento”, a pesar del carácter o modalidad bifronte que tiene, conforme a ello el Tribunal Arbitral la decretaría como una medida asegurativa fundamentado en cualesquiera de los título guarentigio señalados en el (Art. 97 LCM), que a su vez son *«acompañados como antecedentes que constituyen el derecho que se reclama»* (Art. 103 LCM).

A efectos prácticos conforme a la norma marítima comercial a pesar de que el embargo de buque y la prohibición de zarpe pueden ejecutarse a través de la notificación que hará el Tribunal al Capitán de Puerto de la Circunscripción Acuática quien será el comisionado para ejecutar la medida en donde se encuentre el buque, y en los “casos urgentes” *la prohibición de zarpe* podrá realizarse por medios electrónicos como un medio telemático oportuno durante la pandemia del COVID-19.

En las postrimerías del presente ensayo, consideramos que toda pretensión de embargo sobre el buque deberá ser estrictamente evaluada conforme a las estrategias procesales y mecanismo que permitan la efectiva tutela judicial, el debido proceso aun en sede preventiva, y el derecho a la defensa como trilogía de garantías procesales constitucionales, toda vez que tanta tutela es necesaria para quien invoca una medida procesal como quien la padece.

Como corolario a todo lo anteriormente analizado y expresado indefectiblemente se deben analizar detenidamente y a fondo las diversas aristas que engloban cada una de las instituciones tratadas en el presente ensayo desde perspectivas multidimensionales capaces de sumergir al amable ávido lector en la fosas de las Marianas de las distintas instituciones del Derecho marítimo tanto sustantivo como adjetivo, y es que cuando hacemos un estudio sobre determinadas instituciones procesales debemos hacerlo con arraigo y rigor científico lo cual nos

conlleva a formar criterios propios como efecto de la madurez intelectual que con el tiempo brindaran grandes aportes a la ciencia procesal marítima.

“No se trata de un mejor criterio o tener la razón, sino de argumentos científicamente razonables” R. Ortíz-Ortíz.

***LAS OPINIONES AQUÍ EXPUESTAS REFLEJAN LA POSICIÓN PERSONAL DEL AUTOR Y NO DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO MARÍTIMO (AVDM), NI DE SUS MIEMBROS.**