AAQ4745

TESIS
DP2004
M6

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL

NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROHIBICIÓN DE ZARPE EN EL DERECHO MARÍTIMO VENEZOLANO

Trabajo Especial de Grado presentado como requisito para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal.

Asesor: Paolo Longo Falseta

Autor: Maria del Carmen Mosquera

Caracas, noviembre de 2004

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL

APROBACION DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada MARIA DEL CARMEN MOSQUERA, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROHIBICION DE ZARPE EN EL DERECHO MARITIMO VENEZOLANO; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y meritos suficientes para ser sometido a evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los doce (12) días del mes de noviembre de 2004

Paolo Longo Falseta
C.I. V- 7.666.665

INDICE GENERAL

	Pág.
APROBACIÓN DEL ASESOR	ii
RESUMEN	v
INTRODUCCION	1
CAPITULO I. EL ZARPE	
Definición, Antecedentes y Finalidad del Zarpe	6
Bien Objeto del Zarpe	12
Concepto de Buque	12
Naturaleza Jurídica del Buque	19
Importancia del Zarpe	26
CAPITULO II. PROHIBICIÓN DE ZARPE	
Definición de la Prohibición de Zarpe	28
Reseña Histórica de la Prohibición de Zarpe	29
Contenido de la Prohibición de Zarpe	33
Alcance de la Prohibición de Zarpe	33
Finalidad de la Prohibición de Zarpe	39

CAPITULO III. PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE PROHIBICIÓN DE ZARPE

En virtud de un Crédito Marítimo o Privilegiado 52

En virtud de un Crédito Quirografario 59

CAPITULO IV. NATURALEZA CAUTELAR DE LA PROHIBICIÓN DE ZARPE

Definición del Poder Cautelar 67

Definición del Poder Cautelar Específico o Concreto 73

Definición del Poder Cautelar General 74

Atipicidad Cautelar de la Prohibición de Zarpe 76

Tipicidad Cautelar de la Prohibición de Zarpe 87

CAPITULO V. LA PROHIBICIÓN DE ZARPE COMO MEDIDA COMPLEMENTARIA

Naturaleza Complementaria y Supuestos de Procedencia 92

Naturaleza Complementaria de la Prohibición de Zarpe 94

CONCLUSIONES 99

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS 104

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL

NATURALEZA JURIDICA DE LA PROHIBICION DE ZARPE EN EL DERECHO MARITIMO VENEZOLANO

Autora: María del Carmen Mosquera
Asesor: Paolo Longo Falseta
Fecha: Noviembre 2004

RESUMEN

Debido a la importancia que como institución jurídica se le otorga a las medidas cautelares, en virtud que estas traen consigo el prevenir un daño que se podría causar por el retardo de la decisión final en un juicio, o por los actos fraudulentos que pueda realizar el deudor a los fines de que no se pueda ejecutar en su patrimonio la sentencia que le desfavorezca; y toda vez que la prohibición de zarpe ha sido incluida como una medida típica dentro de la novísima Ley de Comercio Marítimo, a pesar de haberse tratado a lo largo de los anos como una medida cautelar innominada o una medida complementaria; con el presente trabajo de investigación se intentará analizar la actual situación y los problemas que pueden presentarse con la mencionada medida cautelar de prohibición de zarpe de un buque, a raíz de la promulgación de la citada Ley que la tipifica; contrastando su tratamiento con las medidas cautelares innominadas y las medidas complementarias, tomando en cuenta lo que en relación a este tema ha señalado la doctrina y la jurisprudencia nacional. Se utilizo principalmente la técnica cualitativa, lo cual se hizo a través del análisis de contenido. El estudio fue de tipo documental en virtud que se baso en la revisión bibliográfica de los autores mas destacados y reconocidos en la materia. El instrumento que sirvió de apoyo a la presente investigación fue la matriz de análisis de contenido, conformada por las referencias bibliograficas. Los resultados obtenidos permiten concluir que la prohibición de zarpe tiene una naturaleza jurídica mixta de medidas cautelares típicas, en lo que respecta a la acción referida a la ejecución de créditos privilegiados y una naturaleza cautelar complementaria cuando se demanda créditos marítimos o privilegiados,

Descriptores: Zarpe, Prohibición de Zarpe, Crédito Marítimo, Crédito Privilegiado, Crédito Quirografario, Medidas Cautelares Típicas, Medidas Cautelares Innominadas, Medidas Complementarias.

INTRODUCCIÓN

El zarpe de un buque o como también se conoce despacho de buque, significa levar las anclas y emprender la navegación de dicha nave; pero a su vez, de esta institución jurídica se desprenden diversos efectos trascendentales, tanto de carácter administrativo como procesal, ya que la recepción como el despacho de un buque viene a constituir una expresión de un acto de control y de soberanía del Estado sobre sus aguas territoriales y puertos al permitir la entrada y/o salida de determinada nave.

Según el concepto anteriormente dado, la prohibición de zarpe no es más que la negativa de la autoridad marítima competente de dejar salir un buque de las aguas territoriales donde se encuentra, ya sea porque la nave no cumpla con las condiciones necesarias para navegar establecidas en la Ley; porque los representantes de la misma no han presentado la documentación necesaria para que la autoridad marítima otorgue tal permiso, o porque exista expresamente una orden de un Juez en la que indique expresamente la prohibición de zarpe de determinada embarcación.

A lo largo de los años en Venezuela, se ha venido solicitando al Juez competente, obviamente dentro de un proceso, la prohibición de zarpe de

determinada embarcación, tratándola como una medida cautelar innominada; así pues, tanto la doctrina como la jurisprudencia, desde la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil en 1986, que introdujo las medidas cautelares innominadas, ha encuadrado en el proceso la prohibición de zarpe como una de ellas.

En este sentido, otros autores han opinado que la prohibición de zarpe, constituye una medida cautelar complementaria a la medida cautelar de embargo de una nave, a los fines de que esta última sea efectiva y la embarcación no pueda salir de dónde se encuentra ni que la misma se exponga a los riesgos de la navegación,

En la Jurisdicción venezolana este criterio es insostenible, en el sentido que el decreto de embargo cautelar de un bien, en este caso el de una nave, ya trae como necesaria consecuencia la inmovilización o restricción de la misma, con la excepción respecto del embargo típico de que si ambas partes están de acuerdo el bien embargado se puede quedar bajo la posesión de su dueño; pero esto, repito no es la regla en la medida cautelar de embargo sino la excepción. En consecuencia seria ilógico e innecesario solicitar la medida de prohibición de zarpe como complemento de la medida cautelar de embargo decretada sobre un buque, ya que con el embargo se obtiene la

inmovilización del mismo, de acuerdo con el artículo 92 de la Ley de Comercio Marítimo (2001).

Sin embargo, se puede dar el caso de que la medida de prohibición de zarpe pueda ser solicitada como complementaria a otra medida cautelar como bien pudiera ser a la medida cautelar de prohibición de enajenar y gravar de la nave, ya que el bien afectado, por ser un bien mueble, puede ser trasladado de un lugar a otro.

La nueva Ley de Comercio Marítimo (2001), tipificó la medida bajo estudio en el artículo 103, pero aun así, desde el punto de vista procesal, es forzoso concluir que la prohibición de zarpe es una medida cautelar típica por el solo hecho de que dicha Ley la haya tipificado dentro de su cuerpo normativo. En este sentido, con la presente investigación se obtuvo una amplia visión de la verdadera naturaleza cautelar de la prohibición de zarpe en el Derecho Marítimo Venezolano, analizando fundamentalmente tres aspectos: (i) origen y antecedentes; (ii) finalidad; (iii) objeto y (iv) ejecución, todo ello a los fines de encuadrar dicha institución dentro de la clasificación de las medidas cautelares correctamente, porque como ya se ha hecho mención, las medidas cautelares típicas, innominadas y complementarias tienen requisitos de procedibilidad diferentes, así como distinta finalidad.

El presente trabajo constituye una investigación documental descriptiva-interpretativa con fundamento en una exhaustiva revisión bibliografica y jurisprudencial con el propósito de obtener una visión comprehensiva del tema bajo estudio, y la correcta interpretación de la naturaleza jurídica de la prohibición de zarpe, utilizando la técnica de análisis de contenido, construcción de sistemas de categorías, clasificación, inducción y síntesis para de esta manera plantear los aspectos principales del mismo, así como sus elementos.

Como limitante para la realización de la presente investigación, fue la muy poca bibliografía que existe en relación al *zarpe* y a la *prohibición de zarpe*.

Se estructuró el presente trabajo en cinco capítulos a los fines de verificar con claridad los objetivos planteados durante la investigación. El primer capítulo contentivo de la definición, antecedentes, finalidad, bien objeto e importancia de el zarpe. El segundo capítulo contiene lo relacionado con la prohibición de zarpe, es decir, definición, reseña histórica, contenido, alcance y finalidad. El tercer capítulo estudia los presupuestos de procedencia de la medida cautelar de prohibición de zarpe en virtud de un crédito marítimo o privilegiado y en virtud de un crédito quirografario. El cuarto capítulo trata la

naturaleza cautelar de la prohibición de zarpe, de acuerdo a una serie de características como lo son: el bien objeto de la medida; los requisitos de procedencia; la posibilidad de afianzamiento y el procedimiento de oposición. El quinto capítulo analiza la prohibición de zarpe como una medida cautelar complementaria.

De estas consideraciones, se llegó a una serie de conclusiones en las cuales se refleja la importancia de determinar la naturaleza cautelar de la prohibición de zarpe en el procedimiento marítimo venezolano, determinada con claridad la naturaleza de la medida y fijados sus extremos de procedencia, ello redundará en definitiva en una mayor celeridad procesal que facilite que el procedimiento marítimo se desarrolle en menor tiempo, dada la importancia de éste en el comercio marítimo, dado sobre todo su importancia en que el buque puede atracar y desatracar en cuestión de horas, y la medida debe decretarse y ejecutarse sin muchas formalidades inútiles.

CAPITULO I

EL ZARPE

Definición, Antecedentes y Finalidad del Zarpe

El Diccionario de la Lengua Española (1992), define el término zarpar como: *"desprender el ancla del fondeadero"*; desde un punto de vista técnico náutico zarpar equivale a soltar amarras, para los casos en que las embarcaciones no hubiesen estado ancladas; ahora bien, el zarpe es distinto a zarpar ya que este último es el verbo, y el zarpe el sustantivo, el especialista en derecho marítimo Garbati (1977), define al zarpe como *"el permiso que, salvo las excepciones legales, necesita todo buque para salir de puerto, y lo concede el Capitán de Puerto respectivo previa comprobación de que se han cumplido todas las disposiciones legales y reglamentarias"*.

En este mismo orden de ideas encontramos que Fernández-Concheso (1993), expresa que el zarpe es el permiso para salir de puerto que otorga la Capitanía competente de la jurisdicción donde se encuentre el buque.

De lo anteriormente expuesto, es evidente que cuando nos referimos al zarpe de un buque, estamos tratando un aspecto del régimen administrativo del derecho marítimo, ya que siguiendo las líneas de definición de zarpe

antes planteadas y tomando en cuenta que el mismo es una autorización que expide la Capitanía de Puerto competente, no podemos en consecuencia hablar de otra cosa sino de una *autorización administrativa,* que viene a ser como bien la define el jurista Lares (1996), el hacer posible el ejercicio de un derecho que le pertenece a un particular; pero para poder ejercer dicho derecho existe un obstáculo legal que desaparece una vez se haya otorgado dicha autorización.

En la Ley de Navegación (1998), derogada por la Ley General de Marinas y Actividades Conexas (2001)*, en el artículo 56 se establecía lo siguiente: *"Para salir de puerto todo buque con excepción de los comprendidos en el artículo 20 de esta Ley, debe obtener permiso, por escrito, del Capitán de Puerto, quien lo expedirá con fijación del término concedido para zarpar, previa presentación del Despacho Aduanero respectivo y previa comprobación de que se han cumplido todas las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes y siempre que no haya prohibición o impedimento de salida..."*; en este mismo orden de ideas el artículo 11 del Reglamento para la Recepción y Despacho de Buques por las Autoridades

---

* La Ley General de Marinas y Actividades Conexas, fue publicada el 9 de noviembre de 2001, en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 37.321, esta Ley derogó la Ley de Navegación de fecha 1° de septiembre de 1998, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria de Venezuela No. 5.263, la primera de estas leyes, es decir la Ley General de Marinas y Actividades Conexas fue luego reformada, dicha reforma fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 37.570 de fecha 14 de noviembre de 2002, ésta es la que actualmente está en vigencia.

Marítimas de Venezuela (1951), el cual está en vigencia actualmente dispone: *"En cumplimiento del artículo 59[*] de la Ley de Navegación todo buque, excepto los comprendidos en el artículo 20 de la misma Ley, para salir de puerto deberá obtener permiso para el zarpe, por escrito del respectivo Capitán de Puerto, quien lo expedirá previo el cumplimiento de los requisitos legales correspondientes y siempre que no haya prohibición o impedimento para la salida".*

Así tenemos que para que un buque pueda hacerse a la mar se debe solicitar la autorización de zarpe por escrito (artículo 12 eiusdem); por ante la Capitanía de Puerto respectiva, y a su vez dicha solicitud debe estar acompañada de los despachos aduaneros, que son los documentos expedidos por las autoridades aduanales que evidencian el cumplimiento de las prescripciones aduanales por parte de la embarcación y el rol de tripulantes y lista de pasajeros si los hubiere, (artículo 13 eiusdem). La Autoridad Marítima competente una vez haya revisará dichos documentos, verificará así mismo la estiba del buque, los límites de carga y las condiciones de navegabilidad (artículo 16 eiusdem), y verificados estos extremos la Autoridad podrá autorizar el zarpe o prohibirlo; en caso de

---

[*] El Reglamento hace referencia al artículo 59 de la Ley de Navegación que fue promulgada en 1944, en la Gaceta Oficial de fecha 9 de agosto de 1994, Número 21.479, que fue derogada por la Ley de Navegación publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.263 de fecha 17 de septiembre de 1998. El mencionado artículo 59 de la Ley de 1944, quedo intacto en la Ley de Navegación de 1944 pero bajo la nomenclatura: artículo 56, que fue transcrito en el párrafo anterior a la cita.

autorizarlo el buque deberá zarpar dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes (artículo 17 eiusdem).

La Ley General de Marinas y Actividades Conexas (2002), en el artículo 38 reguló el requisito de la autorización de zarpe para que un buque pudiese hacerse a la mar, en dicho artículo se estipuló lo mismo que contemplaba la Ley de Navegación (1998) derogada, y el mismo quedó redactado de la siguiente manera:

> "Articulo 38: Todo buque, para salir de puerto, debe obtener, previa presentación del despacho aduanero y los documentos exigidos por las autoridades aduaneras, sanitarias u otras autoridades, permiso por escrito del Capitán de Puerto, quien lo expedirá con fijación del término concedido para zarpar, una vez comprobado que el buque cumple con todos los requisitos establecidos en la ley, siempre que no exista una prohibición de zarpe impuesta por la autoridad judicial.
> Están exceptuados del cumplimiento de esta norma, los buques que naveguen en los lagos y ríos nacionales sin salir de ellos , los que hagan tráfico regular dentro de una circunscripción acuática, los que se dediquen exclusivamente al transporte de los productos agropecuarios de un fundo a puerto venezolano, los destinados al deporte o recreo, los pertenecientes a un buque provisto de Patente de Navegación."

Si bien es cierto, que la nueva norma antes transcrita contempla la necesidad de solicitar la autorización de zarpe, y exige los mismos requisitos que venían siendo solicitados en la Ley de Navegación (1998), en concordancia con los

solicitados en el Reglamento para la Recepción y Despacho de Buques por las Autoridades Marítimas de Venezuela (1951), la nueva estipulación legal exceptúa de solicitar dicha autorización de zarpe a ciertas embarcaciones, como lo son a saber: (1) los buques que naveguen en los lagos y ríos nacionales sin salir de ellos, así como los que hagan tráfico regular dentro de una misma circunscripción acuática; (2) los que se dediquen al transporte exclusivamente de productos agropecuarios de un fundo a un puerto venezolano; (3) los que se dediquen a deporte o recreo y (4) los pertenecientes a un buque provisto de Patente de Navegación.

En la legislación derogada, es decir en la Ley de Navegación (1998), las excepciones de solicitar la autorización de zarpe estaban referidas además de las embarcaciones mencionadas en el párrafo anterior contempladas en la nueva Ley a: (1) los buques destinados a la pesca, menores de diez (10) toneladas; y (2) los accesorios de navegación. Pareciera ser entonces que estos dos tipos de embarcaciones sí necesitan solicitar la autorización del zarpe para poder hacerse a la mar, en virtud de la nueva legislación.

En este mismo orden de ideas, la Ley General de Marinas y Actividades Conexas (2002), en el artículo 39 segundo párrafo exige que los buques exceptuados de solicitar permiso por escrito para zarpar, deberán comunicar a la Autoridad Acuática antes de salir a navegar lo siguiente: (1) los motivos

del zarpe; (2) la hora que estima zarpar; (3) la hora y lugar que estime atracar y (4) el número de personas que lleva a bordo. Tanto en la Ley derogada de Navegación (1998) como en el Reglamento para la Recepción y Despacho de Buques por las Autoridades Marítimas de Venezuela (1951), no existía tal requerimiento, por lo cual se entiende que si bien es cierto que no se necesita específicamente la autorización por escrito a la Capitanía de Puerto respectiva, así como tampoco acompañar los documentos que exige tanto el artículo 38 de la Ley General de Marinas y Actividades Conexas (2002), como el artículo 11 del Reglamento para la Recepción y Despacho de Buques por las Autoridades Marítimas de Venezuela (1951), no es menos cierto que igual se requiere notificar a la Autoridad Acuática competente que la embarcación va a hacerse a la mar. En la legislación derogada no se requería de tal notificación.

En razón de todo lo anteriormente expuesto, encontramos así que el zarpe del buque en virtud de ser una autorización expedida por la Autoridad Marítima competente para que la nave pueda salir del puerto y de las aguas territoriales, una vez que se haya cumplido con una serie de formalidades y requisitos establecidos en la Ley, el mismo viene a constituir y tener como finalidad, entre otras cosas, un acto de soberanía y de control del Estado, sobre sus aguas territoriales y puertos al exigir una autorización para permitir tanto la entrada como la salida de los buques, y así mismo poder garantizar

la integridad de las personas a bordo así como la seguridad de la carga; como también controlar la seguridad de la nave, y aún más chequear que el buque que va a zarpar tenga toda la documentación en regla, así como que haya cumplido con todas las cargas fiscales que le correspondan.

Bien Objeto del Zarpe

Concepto de Buque

Sobre el concepto de buque han existido diversidad de posiciones doctrinarias, en virtud de que las leyes y las Convenciones Internacionales que lo han definido, lo han hecho de manera distinta, no concurriendo muchas veces en estas definiciones características importantes del buque, trayendo como consecuencia, aparte de la referida pluralidad de posiciones doctrinarias, distintos efectos jurídicos que esto puede acarrear.

Entre los aspectos más importantes que no concurren en la mayoría de las definiciones ha dicho el tratadista Villarroel (1998), que son: en primer lugar el destino o finalidad del buque, que no es más que la navegación, en segundo lugar la capacidad o aptitud para enfrentar los peligros del mar y por último un aspecto estructural, que es que el buque disponga de medios fijos de propulsión.

En virtud de estos aspectos existen entre la diversidad de posiciones doctrinarias dos grupos: unos que propugnan un concepto de buque amplio y otros que lo restringe. Así encontramos en el primer grupo al argentino Ray (1992), que define al buque como *"toda construcción flotante destinada a la navegación por agua, y que navega, comprendiéndose así toda actividad que tiene por instrumento un vehículo acuático..."*, en este mismo sentido la legislación italiana igualmente ha definido al buque de una manera amplia.

Se puede dar uno cuenta que la característica más importante del grupo que sostiene el concepto amplio del buque, es que la finalidad del mismo no es más que la navegación: todos lo incluyen, entendiéndose así que toda construcción flotante destinada a navegar es un buque.

Entre los que propugnan una definición restringida del buque encontramos al Italiano Sciajola citado por Villarroel (1998) que lo definió de la siguiente manera: *"toda embarcación apta para trasladarse de un lugar a otro mediante cualquier medio de propulsión o tracción destinado normalmente al servicio de la navegación"*, vemos así como el mencionado autor va limitando el concepto de buque a toda embarcación, primero que sea apta para navegar y segundo que cuente con un medio de propulsión.

En este mismo orden de ideas, a lo largo de los años en la normativa venezolana han existido multiplicidad de definiciones, algunas veces tomando en cuenta el criterio amplio y otras veces el criterio restringido, esto a su vez lo que ha ocasionado es un conflicto o colisión de normas; bastaría con citar algunas de las definiciones:

El Código de Comercio (1955), Libro Segundo, denominado "Del Comercio Marítimo" en el artículo 612 definía al buque o nave de la siguiente manera: *"Se considera nave, para los efectos de este Libro, todo buque destinado a traficar por mar, de un puerto a otro del país o del extranjero. Bajo la palabra nave se comprende, además del casco y quilla del buque, los aparejos correspondientes a él...."*. Sin embargo este Capítulo del Código de Comercio fue derogado por la disposición segunda de las disposiciones derogatorias de la Ley de Comercio Marítimo (2001).

Igualmente fueron derogadas la Ley de Navegación (1944) por la entrada en vigencia de la Ley General de Marina Mercante y Actividades Conexas (2002) y la Ley de Privilegios e Hipotecas Navales (1983), derogada por la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares (2002). Que a su vez contemplaban una definición de buque, la primera de las leyes mencionadas en el artículo nueve y la segunda, es decir la Ley de Privilegios e Hipotecas Navales (1983), en el artículo tercero, cuya característica principal de dichas

definiciones era que el buque tuviera medio de propulsión y que su finalidad fuera la navegación.

En la Ley General de Marinas Mercantes y Actividades Conexas (2002), se definió al buque en el artículo 17 de la siguiente manera: *"Se entiende por buque toda construcción flotante apta para navegar por agua, cualquiera sea su clasificación y dimensión que cuente con seguridad, flotabilidad y estabilidad. Toda construcción flotante carente de medio de propulsión, se considera accesorio de navegación".*

En este mismo orden de ideas la doctrina ha definido al buque de la siguiente forma: Cervantes (1997), *"El buque es un bien mueble, compuesto por bienes diversos (casco, máquinas, anclas, velas en su casco, etc), que en su conjunto constituyen un aparato apto para navegar en el mar, y que está destinado a la navegación".* y Ripert (1954), lo definió como *"una máquina flotante destinada a la navegación".*

De los dos conceptos antes expuestos, podemos extraer que los mismos poseen una misma característica y es el destino del objeto del buque, que no viene a ser más que la navegación, es decir que el elemento fundamental que define un buque sería la afectación del mismo a la navegación, sin embargo en nuestra legislación vigente, el artículo 17 de la Ley General de

Marinas Mercantes y Actividades Conexas (2002), se incluyó otra característica fundamental que es el medio de propulsión que el buque tenga y que lo haga apto para navegar, bien sea motor, vela, etc.; dicho de otra manera una de las características definitorias de un buque a la luz de la legislación venezolana vigente y también de nuestra legislación derogada ya que también incluían el elemento "medio de propulsión", es la autonomía de movimiento que éste posee, ya que toda construcción flotante que no posea un medio de propulsión será considerado un accesorio de navegación y no un buque, y así lo expresa claramente el artículo antes citado; transcrito y actualmente vigente.

El autor Fernández-Concheso (1993), al realizar un análisis de la delimitación del concepto de buque con la autonomía de la navegación expone lo siguiente:

> "La razón de ser de la inclusión en la Ley del elemento de la autonomía como el añadido del elemento de la afectación, atiende a la intención de delimitar unas embarcaciones de otras para efecto del sistema administrativo documental determinado por la Ley de Navegación, y de incluir en las excluidas del concepto a los objetos flotantes carentes de los dos elementos, es decir, tanto carentes de autonomía, como del elemento de afectación a la navegación" (p. 142).

Si entendemos que en la norma vigente se incluyó el medio de propulsión con la finalidad que explica el abogado Fernández, es decir sólo para diferenciar a las naves en el ámbito administrativo, podríamos estar de acuerdo, pero la tendencia predominante en Latinoamérica es que sea excluido el elemento de propulsión de la definición de buque, toda vez que lo que debe predominar es la destinación de la construcción flotante al transporte marítimo en general. Tomar en cuenta el elemento de propulsión como una característica fundamental para la definición de buque acarrea consecuencias negativas para los operadores de accesorios de navegación, amen de crearse un vacío regulatorio toda vez que en términos generales la legislación marítima, se concentra en el buque como objeto de regulación dejando de un lado los accesorios de navegación, como lo son las gabarras, grúas, botes, diques etc.

En este sentido el jurista Alvarez (2004), expone lo siguiente en relación con la diferenciación de buque y accesorio de navegación:

> "La nueva legislación marítima, siguiendo la tendencia de las convenciones internacionales y las más modernas legislaciones nacionales, eliminó, en primer lugar la multiplicidad de acepciones manteniendo, exclusivamente, el término "buque", el cual define como "...toda construcción flotante apta para navegar por agua, cualquiera sea su clasificación y dimensión que cuenten con seguridad, flotabilidad y estabilidad. Toda construcción flotante carente de medio de propulsión, se considera, accesorio de navegación."

La redacción original de la definición resultaba más apropiada a los fines de evitar que se pudieren generar confusiones en la interpretación de las disposiciones legales contenidas en las distintas leyes sobre la materia; en efecto: todas las normas de la Ley de Comercio Marítimo, Ley General de Puertos y la misma Ley General de Marinas y Actividades Conexas, están referidas al término "buque"; en tal sentido resultaba más apropiado incluir en el artículo 18 (clasificación de buques) un literal que expresara: "...4....
d. Accesorios de Navegación: toda construcción flotante carente de medio de propulsión...'
Es necesario enfatizar que para la legislación venezolana, el término buque se define como "...toda construcción flotante apta para navegar por agua...", el señalamiento sobre 'accesorios de navegación' sólo establece una diferenciación entre 'buques' con o sin medio de propulsión; la propia redacción del artículo evidencia tal circunstancia: "... se considera accesorio de navegación...". A mayor abundamiento cabe señalar el contenido del artículo 4 *eiusdem:*
"Artículo 4. *Todo buque nacional* y los extranjeros, así como también los hidroaviones cuando se encuentren posados en el espacio acuático nacional, están sometidos a esta Ley, en cuanto sea aplicable.
Están sometidos, además, a esta Ley cualquier construcción flotante apta para navegar, carente de propulsión propia, que opere en el medio acuático o auxiliar de la navegación pero no destinada a ella, que se desplace por agua. En el evento que ésta se desplace para el cumplimiento de sus fines específicos con el apoyo de un buque, será considerada buque, y por lo tanto deberá cumplir con todas las regulaciones previstas en la ley."
La redacción del artículo transcrito supra, evidencia:
a) La Ley es aplicable a todo buque.
b) En el aparte único se extiende la aplicación a "...cualquier construcción flotante apta para navegar, carente de propulsión propia, que opere en el medio acuático o auxiliar de la navegación pero no destinada a ella, que se desplace por agua...". Es decir: aun el caso de las construcciones flotantes no destinadas a la navegación (plataformas de perforación, casas

> flotantes, diques flotantes, etc), serán consideradas buque, cuando se desplacen en el agua.
> c) Por vía de consecuencia, las gabarras, que son construcciones flotantes aptas para navegar y siempre están destinadas a la navegación son, en todo momento buques.
> Habida cuenta de lo expresado queda demostrado que, el término es aplicable, tanto a buques con medios fijos de propulsión como sin ellos; de navegación interior o marítima; afectados a servicios comerciales o no..."

Este criterio fue aceptado y acogido por el Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de fecha 15 de abril de 2004, en el caso Tecnoválvulas C.A., contra Petrolago, C.A, expediente número 2003-00097.

En este sentido podemos hablar entonces que tal diferenciación entre buque y accesorios de navegación no puede ser entendida sino en criterio técnico mas no jurídico, ya que como bien ha sido explicado las leyes marítimas en general hablan de buque, sin querer con esto dejar por fuera a aquellos bienes que no tengan propulsión propia con una regulación aparte, sobre todo en lo que se refiere a procedimiento y materia cautelar.

Naturaleza Jurídica del Buque

Los cosas a lo largo de los años se han conceptuado y dividido jurídicamente en bienes muebles y bienes inmuebles, así se establece en El Libro Segundo, Titulo I, del Código Civil (1982), denominado "Los Bienes"; en este

sentido el artículo 527 define los bienes inmuebles según su naturaleza, por su destinación o por el objeto que se refiere, mientras que en el artículo 531 se definen los bienes muebles según su naturaleza, por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la Ley.

El buque es un bien mueble por su naturaleza y así se desprende del artículo 532 del Código Civil (1982), que establece: *"Son muebles por su naturaleza los bienes que pueden cambiar de lugar, bien por sí mismo o movidos por una fuerza mayor".*

En las estipulaciones referentes a la actividad marítima que se encontraban en el Código de Comercio (1955) (que como ya se ha dicho fueron derogadas por la nueva legislación marítima promulgada), en el artículo 613 se establecía expresamente que el buque o la nave *"...serán consideradas como bienes muebles, sin embargo, ellas responden de las deudas del propietario privilegiado sobre la misma nave, y pueden ser perseguidas en poder de tercero por los respectivos acreedores".*

En la Ley General de Marinas y Actividades Conexas (2002), que define al buque y que trata lo relacionado con este bien, no se hizo ninguna mención acerca de la naturaleza del mismo. Sin embargo, cabe destacar que tanto en la legislación y doctrina nacional como en la extranjera, siempre se ha

establecido que el buque es un bien mueble por su naturaleza, pero que el mismo posee ciertas características de los bienes inmuebles, por lo cual se puede decir que es un bien mueble *sui generis*, dado el considerable valor que el buque tiene y los intereses que puede comprometer. En consecuencia no es posible aplicarle a los buques, las normas relativas a las cosas o bienes muebles, y por ende, se ve afectado e influido por el de los bienes inmuebles, especialmente en materia de registro, publicidad y transmisión.

Así vemos que la Ley General de Marinas y Actividades Conexas (2002), en el Titulo III denominado "Del Registro Naval Venezolano" Capitulo I, Generalidades, creó la Oficina de Registro Naval a los fines de que la misma lleve el control de registro de propiedad, gravámenes y el registro administrativo de los buques, que antiguamente se llevaba en las Capitanías de Puerto, en lo que concernía al registro administrativo, así como en las Oficinas Subalternas de Registro en lo que se refería a la propiedad y los gravámenes de las naves.

Una de las características que diferencia al buque de un bien mueble ordinario o común es el régimen registral al cual está sometido, tanto en la transmisión de la propiedad como en todo lo relativo a los contratos que sobre éste recaiga, así como las medidas judiciales decretadas. En este

sentido establece el artículo 99 de la Ley General de Marinas y Actividades Conexas (2002):

> "Le corresponde al Registrador Naval: (1) Llevar el registro en el cual se inscriban los buques de propiedad estatal de uso comercial y de los privados independientemente de su uso; (2) Llevar el registro definitivo y provisional de buques construidos y en construcción que pertenezcan al registro nacional; (3) Asentar todo documento por el que se constituya, trasmita, ceda, declare, renuncie, resuelva, revoque, prorrogue, modifique o extinga derechos reales, contratos o actos sobre buques construidos y en construcción que pertenezcan al registro nacional; (4) Asentar todo documento mediante el cual se decrete, suspenda, modifique o levante medidas preventivas o ejecutivas que recaigan sobre buques de matrícula nacional o extranjera; (5) Asentar todo documento por el que se prohíba a una persona enajenar y gravar el buque registrado, sea que resulte de un convenio voluntario entre partes o por orden judicial; (6) Asentar los contratos de arrendamiento a casco desnudo de buques de matrícula nacional, así como los extranjeros arrendados por armadores o empresas nacionales o extranjeras constituidas y domiciliadas en el país; (7) Asentar los contratos de arrendamiento financiero de buques, así como los extranjeros arrendados por armadores o empresas nacionales o extranjeras constituidas y domiciliadas en el país; (8) Asentar los contratos de seguros o coberturas de protección e indemnización sobre los buques; (9) Registrar las certificaciones sobre construcción, reparación, ampliación o verificación de clase, de los buques inscritos en el registro Naval Venezolano; (10) Expedir las certificaciones que corresponden de los asientos contenidos en sus registros; (11) Asentar otros títulos, documentos, actas o escrituras que conforme a la ley deban ser inscritos en el registro y (12) Las demás que establezca la Ley.

> Al margen de la inscripción deberá tomarse nota de los documentos porque se constituya, transmita, ceda, declare, renuncie, resuelva, revoque, rescinda, prorrogue, modifique o extinga derechos reales o establezca cualquier otra limitación sobre el dominio de buques construidos o en construcción..."

Vemos así como la inscripción relativa a la transferencia de la propiedad de un buque, crea una excepción al principio relativo a que la propiedad de los bienes muebles se materializa mediante la entrega del mismo, así como que la posesión vale título.

Otra de las características diferenciadoras es que la nave o el buque puede ser susceptible de hipoteca, siendo éste un derecho real que grava en un principio a los bienes inmuebles con sus excepciones establecidas en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión (1973), pero que el buque no fue mencionado en dicha ley. Sin embargo el derecho a la hipoteca naval fue regulada en un principio en la Ley Sobre Privilegios e Hipotecas Navales (1983), que fue derogada por la Ley de Comercio Marítimo (2001), que estableció en el artículo 130: *"Los buques pueden ser objeto de hipoteca naval siempre que se encuentren inscritos en el Registro Naval Venezolano. La Hipoteca Naval se constituye mediante su inscripción en el Registro Naval Venezolano. Estas no serán válidas ni oponibles a terceros hasta que no se haya practicado dicha inscripción. Así mismo, será*

necesaria la inscripción de los actos y contratos en cuya virtud se modifiquen o extingan".

Para dar continuación a otra característica diferenciadora tenemos que el buque a pesar de ser un bien mueble el mismo puede ser perseguido por el acreedor en virtud de una acreencia privilegiada, tal como lo establece la Ley de Comercio Marítimo (2001), en el artículo 114: *"Los privilegios marítimos gravan especial y realmente al buque sin necesidad de publicidad registral, y lo siguen aunque éste cambie de propietario, registro o pabellón excepto en el caso de ejecución forzosa del buque".* En el derecho común existen los privilegios sobre los bienes muebles, en el sentido de que se le pague al acreedor con preferencia a otros acreedores en consideración de la causa del crédito; pero salvo contadas excepciones como es el caso de la prenda, el privilegio sólo subsiste en la medida que la propiedad del bien la tenga el deudor. En el caso del buque, como bien lo estipula la citada norma, el mismo puede ser perseguido en manos de un tercero, siendo esta característica una excepción clarísima al régimen aplicable a los bienes muebles.

De lo anteriormente expuesto, se ha concluido que el buque es un bien mueble por su naturaleza pero con ciertas características especiales que hace que no se le puedan aplicar ciertas disposiciones para ese tipo de

bienes, y que se le apliquen en consecuencia disposiciones relativas a los bienes inmuebles. En este sentido sostiene el jurista Ray (1992), que se debe suprimir la ubicación legal del buque, dentro del régimen de los bienes muebles, por ser inadecuada; la ubicación del buque dentro de los bienes muebles responde a una clasificación ya superada en materia civil, y en este sentido el citado autor expresa: *"Para el buque se debe establecer un régimen similar al de los inmuebles, en todo lo referente a la trasmisión, adquisición, prescripción, privilegios, interdictos, etcétera, suprimiendo -como hemos señalado- un factor de perturbación, la calificación de buque como cosa mueble. Además en caso de duda sobre la solución a aplicar, debe tenerse en cuenta preferentemente el régimen que la ley de navegación consagra y las posibilidad de recurrir a la interpretación analógica...".*

Podríamos decir que si bien es cierto que el buque es un bien mueble por su naturaleza, no es menos cierto que al mismo se le aplica la mayoría de la normativa de los bienes inmuebles, y que como bien opina el autor argentino antes citado debería sacarse el buque de esta clasificación y ser tratado el mismo de una manera particular con sus regulaciones especiales, como bien se hace en la mayoría de las legislaciones marítimas modernas; pero hasta los momentos, según nuestra legislación, el buque sigue siendo un bien mueble por su naturaleza con ciertas particularidades que nos pueden llevar

a pensar que el mismo es un bien inmueble, si no fuese por la sencilla razón de que el mismo se puede trasladar de un lugar otro.

Importancia del Zarpe

La importancia de esta autorización administrativa que otorga la Capitanía de Puerto de la Jurisdicción competente de donde va a zarpar el buque, reside en verificar que el buque en cuestión ha cumplido con todas las normativas exigidas por la legislación nacional y que el mismo se encuentra en buenas condiciones para hacerse a la mar, y esta verificación se da a los fines de dar mayor seguridad, tanto a las personas que se encontrarán navegando en el buque, así como la seguridad de la carga que se transporta. Dentro de estas buenas condiciones también tenemos que tomar en cuenta que se supone que cuando se otorga el zarpe, la Administración Pública también ha verificado, que se ha cumplido con todas las cargas fiscales que le corresponde a los armadores de la nave.

El zarpe es pues, el acto administrativo por medio del cual el Estado, controla la seguridad de los buques que salen de sus aguas territoriales y se hacen a la mar, y que es de gran importancia en virtud de que sin dicha autorización no se puede zarpar, y que si la misma es negada, es porque en realidad la salida de ese buque es peligrosa y que se puede causar un perjuicio:

tenemos entonces que la importancia de éste es que el mismo representa una mecanismo de control por parte del Estado, a través de la Autoridad Administrativa.

CAPITULO II

PROHIBICIÓN DE ZARPE

Definición de Prohibición de Zarpe

El concepto de prohibición de zarpe lo podemos deducir del concepto de zarpe, si este último viene a ser la autorización administrativa que otorga la Capitanía de Puerto competente, al capitán de un buque o su naviero por haber llenado los requisitos que exige la ley, con el fin de que la nave pueda hacerse a la mar, la prohibición de zarpe es entonces la negativa por parte de la administración de otorgar al capitán o naviero la debida autorización para que el buque o nave pueda hacerse a la mar, o como bien lo define el jurista Cova (2002), "la imposibilidad física de movilizar un buque".

La prohibición de zarpe es conocida en Argentina como la interdicción de navegar, esta interdicción de navegar la define el autor Ray (1992), de la siguiente manera:

> "Para que la garantía que implica el embargo sea efectiva y la embarcación no se sustraiga a la jurisdicción del tribunal que decreta el embargo, ni se exponga a los riesgos de la navegación, se complementa con la *interdicción de navegar*, o sea, con la prohibición de que el buque deje el lugar en que se encuentre" (p. 494).

En este sentido, se puede afirmar que la prohibición de zarpe está estrechamente relacionada con las medidas cautelares, dentro de los procedimientos jurisdiccionales marítimos, ya que si bien el zarpe es un trámite administrativo, la negativa del mismo puede ser, tanto por motivos administrativos (no cumple el capitán y/o naviero con los requisitos establecidos en la normativa legal para zarpar o el buque no cumple con las exigencias para navegar), como porque exista una prohibición impuesta por una autoridad judicial competente, en virtud de una medida cautelar.

Reseña Histórica de la Prohibición de Zarpe

El Código de Comercio de Venezuela (1955) era la ley macro que regulaba el comercio marítimo, pero dichas normas se fueron quedando con el tiempo desactualizadas, ya que dicha regulación era de cuando se practicaba la navegación en la época de que la misma era a vela.

Visto que la Comunidad Internacional, a lo largo de los años ha introducido una cantidad de cambios con relación a la materia marítima incluyendo una cantidad de nuevas instituciones jurídicas, el legislador venezolano se vio en la necesidad de legislar sobre la materia en cuestión, a los fines de actualizarla, y no es sino hasta noviembre de 2001, que se publicó un conjunto de leyes referentes a la navegación, creando en una de ellas la mal

llamada y novísima Jurisdicción Especial Acuática y las Actividades Conexas; motivada esta creación en la necesidad de que por tratarse de un tema tan especializado como es el derecho marítimo, el mismo debía ser tratado por Jueces con amplios conocimientos sobre la materia.

Antes de la entrada en vigencia de esta nueva regulación marítima, por llamarla de alguna manera, no estaba establecida en ninguna Ley ni la definición de prohibición de zarpe ni su alcance. El Código de Comercio (1955), solamente establecía la competencia del Juez para conocer una solicitud de detención de una nave y tanto la Ley de Navegación (1944), como el Reglamento de Recepción y Despacho de Buques por las Autoridades Marítimas de la República (1951), hoy en día las dos derogadas, hacían solo mención de los requisitos que eran necesarios para hacerse a la mar un buque, es decir para obtener la autorización de zarpe.

En este sentido, la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos Insulares (2002), en el título XVI, Capítulo Segundo, referido "De la Competencia" específicamente en el artículo 112, numeral 2, estableció que los Tribunales Marítimos eran los competentes para conocer las acciones marítimas dirigidas contra el buque, su capitán, su armador, o su representante, cuando aquél haya sido objeto de medida cautelar o embargo preventivo.

Ahora bien, es en la Ley de Comercio Marítimo (2001), que se estableció e incluyó la regulación de la medida cautelar de *prohibición de zarpe*. Dicha medida cautelar sorprendentemente fue regulada en el Titulo Tercero denominado "El Embargo Preventivo de Buques"; digo sorpresivamente ya que luego de establecer de una manera detallada todo lo relativo a dicha medida, (el embargo), repentinamente en el artículo 103 introducen la medida cautelar de prohibición de zarpe, siguiendo después en los demás artículos regulando lo relativo al embargo, con excepción del artículo 104 que estableció como se ejecuta la medida de prohibición de zarpe.

En tal sentido, quedó regulada la medida objeto de este trabajo de la siguiente manera:

> Artículo 103: "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. La prohibición de zarpe solicitada por créditos distintos a los señalados en este artículo, sólo podrá ser decretada mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil"

> Artículo 104: "El embargo preventivo o la prohibición de zarpe se cumplirá mediante notificación que hará el tribunal al Capitán del Puerto de la Circunscripción Acuática en que se encuentre el buque, quien ejecutara la medida. En casos urgentes podrá el tribunal comunicar la prohibición de zarpe por medios electrónicos.
> Cuando se trate de una medida cautelar, el solicitante deberá expresar la acción que propone, con una síntesis de sus fundamentos. Si la acción no se refiere a la tenencia o posesión del buque sino al cobro de cantidades de dinero, el solicitante deberá señalar el monto y la forma de garantía que se debe establecer para garantizar el resultado de su pretensión. Este requisito será igualmente exigible cuando la solicitud se formule simultáneamente con la demanda o en el curso del proceso".

Tenemos entonces que, durante años, la prohibición de zarpe no se encontraba regulada específicamente en ninguna Ley relativa al comercio marítimo, y en consecuencia dicha prohibición siempre fue tratada y solicitada en un juicio como una medida cautelar innominada, sin tomar en cuenta las características propias de la prohibición de zarpe, ni los requisitos intrínsicos que se debían cumplir para solicitar este tipo de medidas. Sin embargo, a partir de 2001, con la entrada en vigencia de las leyes ya mencionadas, pareciese que el tratamiento que se le da a dicha medida cautelar es diferente al que se le había venido dando, en virtud de que la misma ha quedado tipificada y regulada específicamente.

Contenido de la Prohibición de Zarpe

El contenido de la medida de prohibición de zarpe viene a ser la orden que dicta el tribunal competente al Capitán de Puerto de la jurisdicción donde se encuentra la nave, de no emitir el zarpe del buque objeto de la medida. Si ya hemos hablado que el zarpe es la autorización administrativa para que el buque pueda hacerse a la mar, el contenido entonces de una medida de prohibición de zarpe no puede ser otro que la negativa de otorgar la autorización de zarpe y lograr así que un buque determinado, pueda levar anclas y hacerse a la mar.

Vemos así que, obviamente, el contenido de la medida cautelar de la prohibición de zarpe es la prohibición de salir del buque; en ese sentido su contenido viene a materializarse sobre un buque específico, sobre el cual recaiga un crédito marítimo, un crédito privilegiado, o cualquier otro tipo de crédito, tal y como lo establece el artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo (2001).

Alcance de la Prohibición de Zarpe

El alcance de la medida de prohibición de zarpe es que el buque no salga de la Capitanía de Puerto de donde se encuentra, es decir que no eleve anclas

y se haga a la mar. En este orden de ideas, esta medida cautelar de prohibición de zarpe, es una medida que se podría asimilar a la prohibición de enajenar y gravar, en el sentido que la misma no comprende desposesión jurídica del bien afectado ya que ésta solo consiste en ordenar al Capitán de Puerto no otorgar el zarpe a determinada embarcación, y en la prohibición de enajenar y gravar se le ordena al Registrador que no registre ningún tipo de documento traslativo de propiedad del bien indicado o algún tipo de gravamen. Pero existe un elemento importantísimo que distingue a la prohibición de zarpe de la de enajenar y gravar y es que en esta ultima el demandado conserva la posesión legítima de la cosa, es decir conserva el derecho a usarla y percibir los frutos que esta devengue pero se limita el derecho de propiedad; mientras que en la prohibición de zarpe no se limita el derecho a la propiedad solo se ordena al Capitán no otorgar el zarpe a una embarcación para que no se haga a la mar.

Podemos afirmar entonces, que en la prohibición de zarpe no existe desposesión jurídica del bien, como tampoco existe alguna limitación de traspasar la propiedad del buque a un tercero.

En base a lo anteriormente dicho es necesario realizar la siguiente consideración: como se explicó en el párrafo anterior, si el alcance de la medida bajo estudio es que determinado buque no se haga a la mar,

entonces una vez decretada la prohibición de zarpe y la misma es notificada al Capitán de Puerto de la Circunscripción Acuática en que se encuentre el buque, tal y como lo ordena el artículo 104 de la Ley de Comercio Marítimo (2001), el buque afectado por la medida permanecerá amarrado al muelle, ya que para esa embarcación le está terminantemente prohibido al Capitán de Puerto otorgar zarpe.

Precisado lo anterior es necesario considerar y analizar el artículo 38 de la Ley General de Marinas y Actividades Conexas (2002), en cual se estableció que estaban exceptuados de solicitar zarpe, los siguientes buques: (1) los que naveguen en los lagos y ríos nacionales sin salir de ellos; (2) los que hagan tráfico regular dentro de una circunscripción acuática; (3) los que se dediquen exclusivamente al transporte de los productos agropecuarios de un fundo a puerto venezolano; (4) los destinados al deporte o recreo y (5) los pertenecientes a un buque provisto de patente de navegación.

Ahora bien, en criterio lógico y en la aplicación de los conceptos de los vocablos castellanos, que igualmente son criterios aplicados en el ámbito jurídico, es necesario analizar el significado de las siguientes palabras, a los fines de poder determinar si la prohibición de zarpe dictada por un tribunal alcanza a la clase de buques que fueron exceptuados de pedir zarpe en el artículo antes citado de la mencionada Ley.

En este sentido tenemos que el Diccionario de la Lengua Española (1992), define la palabra prohibición: como la *"acción y efecto de prohibir"*; prohibir: *"vedar o impedir el uso o ejecución de una cosa"*; zarpar: *"desprender el ancla del fondeadero"* ó *"salir un barco o un conjunto de ellos del lugar en que estaban fondeados o atracados"*; ancla: *"instrumento fuerte de hierro forjado, en forma de arpón o anzuelo doble, compuesto de una barra, llamada caña, que lleva unos brazos terminados en uña, dispuestos para aferrarse al fondo del mar y sujetar la nave"*; amarras: *"cuerda o cable, y especialmente cabo con que se asegura una embarcación en el puerto o lugar donde da fondo, ya sea con el ancla, o ya amarrada a tierra; o cable que sirve para amarrar"* y amarrar: *"atar y asegurar por medio de cuerdas maromas, etc."*

De acuerdo con las definiciones anteriormente dadas, si las entrelazamos entre sí tenemos que la prohibición de zarpar es el vedar o impedir se leve anclas y que el buque se haga a la mar; en otras palabras el buque se debe quedar asegurado de forma tal que no tenga movimiento. En este sentido sería impreciso e inadecuado pensar que sólo requieren zarpe los buques que pretenden salir de la Capitanía de Puerto, ya que a los efectos de que una nave realice cualquier tipo de movimiento o navegación dentro o fuera de la jurisdicción de la Capitanía de Puerto, se requiere lógicamente levar anclas, o su equivalente soltar amarras, con lo que se estaría en

consecuencia violando el dispositivo judicial de prohibición de zarpe y posterior orden administrativa impartida por el Capitán de Puerto, en virtud de la ejecución del fallo.

Si bien es cierto, que hemos dicho que la prohibición de zarpe es la orden de no otorgar el zarpe a determinada embarcación, que un Tribunal notifica al Capitán de Puerto de la Circunscripción Acuática en donde se encuentra el buque (siendo que el zarpe es un documento administrativo que otorga la Capitanía luego de que ha verificado que se cumple con todos los requisitos establecidos la Ley y que ya fueron analizados en el Capitulo II del presente trabajo), no es menos cierto que el Capitán de la Capitanía de Puerto tiene otra forma de ejecutar dicha prohibición de zarpe, ya que dicha ejecución no se limita solamente a no otorgar el zarpe de determinada embarcación, porque si el buque afecto de la medida esta dentro de las embarcaciones que exceptúa el artículo 38 de la Ley General de Marinas y Actividades Conexas (2002), que como ya se dijo son embarcaciones que están exceptuadas de solicitar ese documento administrativo, de igual forma el Capitán de Puerto le puede impedir zarpar, notificándoles que existe dicha prohibición dictada por un Tribunal.

En este mismo orden de ideas y a manera de ratificar el criterio anterior, tenemos que el Reglamento para la Recepción y Despacho de Buques por

las Autoridades Marítimas de Venezuela (1951), en el artículo 18, establece lo siguiente:

> "Cuando hubiere prohibición, dictada por autoridad competente, para la salida de una nave cualquiera, su Capitán a solicitud de la Autoridad Marítima, entregará a ésta la Patente, Licencia o Permiso de Navegación, y el Rol de Tripulantes, hasta que la nave pueda hacerse a la mar"

En este sentido, vemos que sería jurídicamente imposible para las embarcaciones afectadas por una prohibición de zarpe, realizar cualquier tipo de navegación, así se trate de las motonaves que estén exceptuadas en el artículo que comentamos. En efecto, para que una nave pueda realizar cualquier tipo de navegación, bien sea dentro o fuera de la jurisdicción de la Capitanía de Puerto, los capitanes de estas embarcaciones deben consignar ante la Capitanía de Puerto, la patente de navegación y el rol de tripulantes, a solicitud del Capitán de Puerto.

Vemos así, que ésta sería otra forma de ejecutar la prohibición de zarpe, si se trata de embarcaciones que no están obligadas a solicitar dicha autorización por estar incluidas dichas naves en la numeración del artículo 38 de la Ley General de Marinas y Actividades Conexas (2002).

En este orden de ideas, se podría afirmar que el alcance de la prohibición de zarpe es general para todo tipo de embarcación y que sería ilógico e irracional pensar que porque existe una excepción de solicitar el zarpe a determinadas embarcaciones, las mismas nunca pudieran ser afectadas de una medida de prohibición de zarpe, ya que es muy posible encontrarse, por ejemplo, con motonaves que por razones de su servicio comercial (como lo es el servicio de remolcadores) o de otra índole, que están limitadas a realizar tráfico regular dentro de la jurisdicción de una Capitanía de Puerto específica, y no por ello, como ya se explicó, las mismas estarían exentas de verse afectadas por el tipo de medida cautelar bajo análisis.

Finalidad de la Prohibición de Zarpe

La finalidad que cumple la medida de Prohibición de Zarpe como medida cautelar no es más que *asegurar que el barco no se haga a la mar, a los fines de que el mismo no se exponga a los riesgos que implica la navegación, así como tampoco se sustraiga de la jurisdicción del país donde se decretó la medida.*

Es importante destacar, el hecho de que el bien sobre el cual se está solicitando que recaiga la medida es un bien mueble, es decir una nave, que puede ser trasladado de un lugar a otro; en este sentido en el caso de no

existir la prohibición de zarpe, la nave podría ser movilizada dentro y/o fuera de las aguas jurisdiccionales venezolanas por tiempo indeterminado, encontrándonos así frente a un inminente riesgo, que vendría a ser la eventual pérdida del buque, en virtud de la naturaleza misma del servicio que prestan las embarcaciones y por los riesgos conocidos e implícitos de la actividad de la navegación.

Al respecto el autor Montiel (1988) ha señalado al referirse a las típicas medidas aplicadas en el ámbito marítimo, como lo son la medida de embargo, prohibición de enajenar y gravar y prohibición de zarpe, lo siguiente: *"... Como natural consecuencia de lo expuesto, el embargo de un buque se complementa con su interdicción de navegar o de salir (Prohibición de Zarpe), o sea, con una medida que obstará a la disponibilidad física de aquél, sustrayéndolo así a los riesgos inherentes a la navegación..."*.

Sobre la base de lo considerado anteriormente, lo que se busca con una prohibición de zarpe es que la nave no salga de las aguas territoriales así como que tampoco se exponga por ejemplo a un naufragio, o a el desmejoramiento en su condición como consecuencia de un abordaje, varadura, o cualquier otro accidente de navegación, ya que evidentemente

sufriría el bien una desvalorización producto de los daños generados en tales supuestos.

Por su parte, el artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo (2001), establece que la finalidad de la prohibición de zarpe, no es más que garantizar el ejercicio del crédito marítimo o privilegiado; en este sentido establece dicho artículo: *"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..."*

Entonces tenemos que la Ley le confiere otro fin a la prohibición de zarpe distinto al ya desarrollado, como lo es el garantizar un crédito marítimo o un crédito privilegiado, pero a su vez la ley en las últimas líneas de dicho artículo contempla lo siguiente*: "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 Código de Procedimiento Civil"*; entendemos entonces que la prohibición de zarpe también puede ser decretada con el objeto de garantizar otro tipo de créditos distintos a los marítimos y privilegiados.

Hecho el análisis de la finalidad de la prohibición de zarpe según el artículo antes mencionado, procederé a revisar brevemente cada uno de estos créditos a los fines de determinar si efectivamente una medida cautelar de prohibición de zarpe puede garantizar con éxito el ejercicio de estos tres tipos de créditos.

Comenzaré por los créditos privilegiados que son taxativamente los contemplados en el artículo 117 de la Ley de Comercio Marítimo (2001), a saber:

> "Son créditos privilegiados sobre el buque, los siguientes:
> 1. 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.
> 2. 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.
> 3. Los créditos por la recompensa pagadera por el salvamento del buque.
> 4. Los créditos por derechos de puerto, uso de vías navegables, pilotaje, remolcadores, lanchaje y demás servicios previstos en la ley.
> 5. Los créditos nacidos del 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".

Sobre la finalidad de los créditos privilegiados marítimos, la autora española Alonso (1995), ha expuesto muy sencillamente lo siguiente:

> "Junto al derecho de preferencia en el cobro que constituye el elemento constante y característico de todos los privilegios, sean éstos generales o especiales, mobiliarios o inmobiliarios, en los marítimos existen, además otros elementos, que siendo ajenos al concepto de privilegio en sentido estricto, son, sin embargo, propios y característicos de los derechos reales de garantía.
> Esos elementos se concretan en el poder que asiste al titular del crédito garantizado para poder conseguir la satisfacción del mismo mediante la realización del bien que se encuentra especialmente vinculado al cumplimiento de la obligación. Poder o derecho de realización del valor que puede ejercitarse aun cuando dicho bien no forme parte o hubiera dejado de formar parte del patrimonio del deudor. En otras palabras, mientras los privilegios generales o incluso, los especiales que recaen sobre bienes muebles determinados, normalmente, confieren al acreedor un mero derecho de cobro preferente que despliega su natural eficacia frente al resto de los acreedores comunes o dotados de un grado inferior de preferencia cuando concurren al reparto del producto obtenido por la realización de los bienes sobre los que recae el privilegio (siempre que tales bienes se encuentren en el patrimonio del deudor en el momento de proceder a su ejecución), los llamados privilegios marítimos confieren un derecho inmediato sobre el buque y no mediato sobre su valor, que se traduce en el poder que la ley reconoce al acreedor privilegiado para poder dirigirse contra dicho buque aunque hubiere pasado a manos de un tercero de buena fe; derecho que, además, se presenta indivisible objetivamente (desde la perspectiva de la división del crédito y desde la perspectiva de la división e la cosa), lo mismo que en las garantías reales, es decir, vinculan al buque en su integridad a la satisfacción del crédito" (p. 269).

De la tranascripción se colige que los créditos privilegiados marítimos, además de ofrecerle al acreedor la preferencia sobre cualquier otra deuda o privilegio especial y general que recaiga sobre el buque, el privilegio sigue al bien afectado, es decir el buque, sin necesidad de registro ulterior y aunque este cambie de propietario. Así lo establece el artículo 114 de la Ley de Comercio Marítimo (2001) que reza: *"Los privilegios marítimos gravan especial y realmente al buque, sin necesidad registral, y lo siguen aunque éste cambie de propietario, registro o pabellón, excepto en el caso de ejecución forzosa"* y esto viene a ser la característica mas importante de los privilegios marítimos aparte de tener preferencia sobre cualquier otro tipo de créditos, como bien lo expresa Blas (1981), *"...persigue la cosa sobre la que recae o que constituye su asiento, contra cualquiera que la detente..."*, es decir: los privilegios marítimos constituyen un derecho real sobre el buque.

Entonces tenemos que si la prohibición de zarpe, como bien se ha dicho, tiene como finalidad que el buque no se sustraiga de la jurisdicción de donde se encuentra y que el mismo no se haga a la mar a los fines de que no se exponga a los riesgos inminentes de la navegación, y si un crédito marítimo privilegiado sigue al buque, sin importar que haya cambiado de dueño, se puede afirmar, como lo establece el artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo (2001), que la finalidad de la medida cautelar de prohibición de zarpe en este caso sí es garantizar el ejercicio de ejercicio de un crédito

privilegiado marítimo, en el sentido que el buque se quedaría inmovilizado en la jurisdicción donde está, sin exponerse a los riesgos de la navegación, estando en las mismas condiciones que se encontraba, es decir sin un desmejoramiento del mismo, y encontrándose dentro de la jurisdicción donde se sigue el juicio, a los fines de poder proceder con la respectiva ejecución si fuere el caso.

Estudiemos ahora el caso de los créditos marítimos que no son privilegiados y que se encuentran establecidos en el articulo 93 eiusdem, a saber:

> "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 la 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 s de asistencia o salvamento respecto de un buque que, por si mismo o por su carga, amenace cuasar 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 d 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 en mantenimiento de su tripulación.
6. Todo contrato relativo a la autorización 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 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. 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.

> 20. La propiedad impugnada de un 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".

Vemos que el artículo antes transcrito comienza estipulando que a los efectos del embargo se entenderá por crédito marítimo los antes mencionados; en este sentido hay que aclarar que en ninguna otra parte de la Ley in comento, se establecen cuáles son los créditos marítimos y que por estar la Medida Cautelar de Prohibición de Zarpe dentro del Titulo III de la Ley, que se refiere al "Embargo Preventivo de Buques", se debe suponer entonces que cuando el artículo 103 eiusdem, contempla *que "... 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..." s*e está refiriendo a los créditos marítimos contemplados en el artículo 93 de la Ley de Comercio Marítimo (2001).

Hecha la observación anterior, tenemos entonces que los créditos marítimos, son distintos a los créditos privilegiados; porque los primeros sólo conllevan un derecho de preferencia, mientras que los segundos como ya se ha dicho, además de gozar también del derecho de prelación, tienen el derecho de persecución del bien afecto.

Ahora bien, analizando lo anteriormente expuesto y llevando dichos conceptos a la norma procesal bajo análisis, el artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo (2001), que establece como finalidad de la prohibición de zarpe el garantizar el ejercicio de un crédito marítimo, y en virtud de como ya se ha dicho que la prohibición de zarpe implica solamente la inmovilización del buque, creo que con esta medida no se podría afirmar que la misma garantiza el ejercicio de dicho crédito, a diferencia de lo que ocurre con los créditos privilegiados.

Lo anteriormente se afirma en virtud de lo que constituye el crédito marítimo específicamente, si dicho crédito sólo conlleva que el mismo posee una preferencia frente a otros créditos a la hora de su ejecución, cabe preguntarse ¿Cómo se podría obtener entonces con una medida de prohibición de zarpe, una garantía del ejercicio del mismo? En efecto, con la simple ejecución de dicha medida sólo se logra precaver al buque de los riesgos de la navegación, así como que el mismo no se sustraiga a la jurisdicción donde fue decretada la medida, pero la ejecución de la medida que nos ocupa no trae como consecuencia la indisponibilidad jurídica del bien.

Por consiguiente, si yo soy acreedor de un crédito marítimo y solicito una medida de prohibición de zarpe de conformidad con el artículo 103 de la Ley

de Comercio Marítimo (2001), y la ejecuto como está establecido en la Ley, bien podría el armador del buque vender el mismo, ya que no existe con la prohibición de zarpe ninguna imposibilidad de traspasar la nave; en este sentido a la hora de ejecutar mi sentencia, ejerciendo mi preferencia que poseo en virtud de ser un acreedor de un crédito marítimo, si el buque ya no se encuentra a nombre de mi deudor mal podría yo ejecutar ese barco, en virtud de mi crédito.

Es inevitable concluir que la medida cautelar de prohibición de zarpe no puede garantizar el ejercicio del crédito marítimo. No obstante lo anterior, si la medida de prohibición de zarpe se solicita como una medida complementaria a una medida de prohibición de enajenar y gravar, o como una medida complementaria al embargo, (como efectivamente se ha solicitado a lo largo de los años en nuestro país), sí creemos que la misma podría garantizar el ejercicio de la acción, pero solicitándola autónomamente sin ser complementaria a otra estimo que la misma no puede llegar a cumplir la finalidad de las medidas cautelares típicas, que no viene ser más que garantizar la ejecución del fallo obtenido en un proceso.

Cabe agregar que, tal como lo establece la Ley de Comercio Marítimo (2001), creemos que la medida cautelar pertinente a solicitar a la hora de

ejercer una acción en virtud de un crédito privilegiado es el embargo del buque y no la medida de prohibición de zarpe.

Aunque el artículo bajo análisis no hace referencia a que por los créditos distintos a los privilegiados y marítimos la prohibición de zarpe garantiza el ejercicio de los mismos (como sí lo dice expresamente para los créditos marítimos y privilegiados), quiero acotar que esta finalidad tampoco podría ser atribuida a la medida de prohibición de zarpe para dichos créditos quirografarios, y ello por lo explicado en este Capítulo en relación con los créditos marítimos. Si estamos en presencia de dichos créditos, entonces se debería solicitar una medida de prohibición de enajenar y gravar, con la complementaria de prohibición de zarpe, a los fines de poder garantizar el ejercicio de dicha acción, ya que el embargo preventivo de un buque sólo se puede solicitar si se es acreedor de un crédito marítimo, tal y como lo establece el articulo 94 de la Ley de Comercio Marítimo (2001), que dice:

> "Un buque sólo podrá ser objeto de embargo preventivo en los siguientes casos:
> 1. En virtud de un crédito marítimo, pero no en virtud de otro crédito de naturaleza distinta de un buque.
> 2. A los fines de obtener una garantía para ejecutar el eventual laudo arbitral o sentencia judicial que se dicte, aun cuando en virtud de una cláusula de jurisdicción o una cláusula de arbitraje, 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".

Así vemos, que para cada uno de los créditos analizados la medida de prohibición de zarpe no es necesariamente la medida cautelar más eficaz para lograr la finalidad de la acción judicial que se haya iniciado o intentado.

CAPITULO III

PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE PROHIBICIÓN DE ZARPE

En virtud de un Crédito Marítimo o Privilegiado

Sobre los requisitos de procedencia de la medida de prohibición de zarpe en virtud de un crédito marítimo o privilegiado tenemos que el artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo (2001) establece:

> "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..."

Si el acreedor es titular de un crédito marítimo o privilegiado, que como ya se ha dicho son los que están tipificados taxativamente en los artículos 93 y 115, de la Ley de Comercio Marítimo (2001), respectivamente, pareciere que la norma anteriormente transcrita requiriera un solo requisito al actor para que pueda ser decretada la medida cautelar bajo análisis, esto es *que se*

acompañen antecedentes que constituyan presunción del derecho que se reclama. Ahora bien, este requisito es el que se conoce en la doctrina como *"la apariencia de buen derecho"* o como el *"fumus boni iuris"*, que en el Código de Procedimiento Civil (1986), está establecido en el articulo 585 y que se encuentra redactado así: *"Las medidas preventivas establecidas en este Titulo las decretara el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya la presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama"*.

Ese requisito denominado apariencia de buen derecho, según el jurista Calamandrei (1996), se concreta en un cálculo de probabilidades de quién será victorioso en el juicio. El citado autor nos explica así textualmente su concepto:

> "Declarar la certeza de la existencia del derecho en función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que según un calculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar" (p.77).

En este sentido el artículo 585 eiusdem exige acompañar antecedentes que constituyan una presunción del derecho que se reclama, es decir el Juez a la hora de decidir la medida cautelar debe tener una verosimilitud de los hechos

basadas en las presunciones que aporta el solicitante como lo exige el artículo; estas presunciones de verdades que constan en autos y los cuales son valorados a los fines de que se decrete la medida solicitada, pudieran cambiar en el transcurso del proceso porque, como bien lo dice el jurista anteriormente citado, sólo basta que esto aparezca como verosímil.

Con respecto a este asunto de la verosimilitud del derecho el autor Ortíz-Ortíz (1997) comenta lo siguiente:

> "La inverosimilitud del derecho reclamado está imbuido de una alta carga apreciativa del juez quien debe obrar racional y equitativamente al analizar los medios de prueba que se le hubieren consignado en el expediente, e incluso utilizando las máximas de experiencia en aquellos casos en que haya lugar, para determinar que ese derecho aparente sea verdadero o aparezca como tal..." (p. 135).

Podemos afirmar entonces de acuerdo a lo anterior, que si bien es cierto que el Juez goza de una cierta discrecionalidad, en la materia que nos ocupa, si el actor lleva a juicio los elementos y documentos requeridos, el Juez haciendo uso de ese poder discrecional no le podría negar la medida solicitada a la parte, sino que deberá proceder con el decreto de la misma, repito, siempre que se cumpla con los requisitos de ley exigidos.

Ahora bien, la apariencia del buen derecho a la luz del artículo 103 de la ley in comento, es el único requisito exigido para decretar la prohibición de zarpe, si la parte que lo solicita es titular de un crédito marítimo o privilegiado. Pero la ley hace una excepción cuando esa apariencia del buen derecho no la pueda demostrar el interesado, bien sea porque no posee los documentos donde se verifique lo alegado o bien sea porque dichos *antecedentes*, (cita textual de la Ley) no sean suficientes y así lo determine el Juez; en este caso excepcional la medida se podrá obtener constituyendo el solicitante una garantía suficiente. Reza el artículo al respecto: *"... 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".*

El jurista español Ortells (2001), afirma que una de las razones de ser de la caución exigida para decretar medidas cautelares, es que dicha institución por esencia conlleva al Juez a decidir con inseguridad y que en este sentido a la hora de cometer un error es importante tener una caución que garantice los posibles daños y perjuicios que se pudiesen haber ocasionado con el decreto.

El Código de Procedimiento Civil (1986), establece en el artículo 590 las clases de cauciones que se pueden ofrecer: (i) fianza principal y solidaria de empresas de seguro, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia; (ii) hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en los autos; (iii) prenda sobre bienes o valores y (iv) la consignación de una suma de dinero hasta por la cantidad que señale el Juez; ahora bien dicho artículo, ni ningún otro dentro del Código de Procedimiento Civil, establece el *quantum* de la caución que se debe prestar para decretar la medida conforme a la excepción establecida en el artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo (2001).

Henriquez La Roche (2000), citando a Borjas advierte que el monto de la caución que se preste a los fines de decretar una medida cautelar a veces puede superar al monto demandado, en el sentido que si se embarga una nave, un carro de alquiler, o cualquiera otro clase de vehículo que se dedique al transporte, por muy poco tiempo que dure la medida, el monto de lucro cesante a resarcir en estos casos, si la medida fue solicitada y decretada sin fundamento, será muy superior al monto caucionado.

En España por ejemplo existen varios criterios para poder determinar el monto de la caución en cuestión y los mismos se encuentran establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000), española en el párrafo segundo del

artículo 728.3, dichos criterios son: (i) la naturaleza y contenido de la pretensión y (ii) la valoración que se realice sobre el fundamento de la medida (las pruebas aportadas), y en este mismo orden de ideas el jurista Ortells (2001) agrega un tercer criterio que es la previsión adecuada de los daños y perjuicios que pudiesen ocasionarse.

En Venezuela en virtud de no existir ninguna normativa que regule dicho monto, la fórmula que se ha venido utilizando en la práctica forense es establecer dicho monto por el doble del valor de lo demandado más las costas prudencialmente calculadas, que no excederán estas últimas del treinta por ciento (30%) del monto reclamado. El jurista Henríquez La Roche (1998) con respecto a esta práctica es de la opinión que la misma es inexacta e inapropiada y en tal sentido expresa:

> "...los daños que se producen en el patrimonio del demandado, no dependen del monto embargado, sino, como hemos dicho, de la naturaleza y uso a que estén destinados los bienes afectados y del tiempo que dure la vigencia del decreto preventivo" (p. 390).

Vemos así que los mencionados juristas, comparten el mismo criterio con respecto a cómo se debe fijar el monto de la caución para decretar las medidas que no llenen los extremos de ley, o para aquellos casos que el Juez considere que no se haya aportado prueba suficiente y niegue la

medida y la parte actora deba prestar caución si insiste en que se la decreten.

En este mismo orden de ideas creo que el criterio que sostienen tanto la doctrina española así como los abogados de nuestro foro anteriormente citados, tiene mucho sentido y que la práctica forense venezolana debe revisarse, no sólo porque el monto puede ser menor al daño y perjuicio que se vaya a causar al practicarse la medida, sino que dicho criterio puede perjudicar a un acreedor que no cuente con los medios suficientes para otorgar el tipo de cauciones exigidas en la Ley, y que el Juez no le otorgue la medida simplemente por el hecho de no valorar en su justa proporción los antecedentes aportados para su decreto.

En el caso de la medida de prohibición de zarpe, por tratarse de un buque, debería ser tomada en cuenta la actividad que presta dicha nave a la hora de solicitar una caución para decretar la medida en cuestión, esto en vista también a las diferentes actividades comerciales que se generan en el comercio marítimo.

En este sentido tenemos que el único requisito que se exige al titular de un crédito marítimo o privilegiado, para que le sea otorgada la medida cautelar de prohibición de zarpe es que se acompañen antecedentes que constituyan

presunción del derecho que se reclama, es decir el *fumus boni iuris,* y en el supuesto negado que no se tengan dichos antecedentes, o no fuesen suficientes, se podrá otorgar constituyendo una garantía bastante, para cubrir los posibles daños y perjuicios que se pudiesen ocasionar si resultare infundada dicha solicitud, o si la acción fuere declarada sin lugar.

En virtud de un Crédito Quirografario

Sobre los requisitos de procedencia de la medida de prohibición de zarpe en virtud de un crédito distinto al marítimo o privilegiado establece el artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo (2001):

> "...La prohibición de zarpe por créditos distintos a los señalados en este artículo, solo podrá ser decretada mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil"

Veamos que establece el Código de Procedimiento Civil (1986), relacionado con los requisitos para el decreto de las medidas cautelares, en el artículo 585: *"Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama".*

Tenemos entonces que para que se decrete la medida de prohibición de zarpe en virtud de un crédito quirografario, además de demostrar la apariencia del buen derecho *(fumus boni iuris)*, que a su vez es requerida cuando se solicita dicha medida en virtud de un crédito marítimo o privilegiado, es necesario probar además que puede quedar ilusoria la ejecución del fallo que se dicte, esto es lo que la doctrina conoce como *periculum in mora.*

Ahora bien, como la apariencia del buen derecho ya fue analizada en el aparte anterior, limitaremos nuestro análisis que sigue al otro requisito requerido para los créditos distintos a los ya mencionados, que es el *periculum in mora.*

Para el jurista Ortíz-Ortíz (1997), el periculum in mora es:

> "La probabilidad potencial de peligro de que el contenido del dispositivo setencial pueda quedar disminuida en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial, o de que de una de las partes pueda causar un daño en los derechos de la otra, debido al retardo de los procesos jurisdiccionales, aunado a otras circunstancias provenientes de las partes con la lamentable consecuencia de quedar ineficaz la majestad de la justicia en su aspecto práctico" (p.117).

El fin de este requisito no es más que evitar que el deudor se insolvente. El autor Calamandrei (1996), ha distinguido dos tipos de *periculum in mora*: peligro de infructuosidad y peligro en la tardanza de la providencia del fallo.

Estos dos tipos de periculum obviamente se refieren la a sentencia; tenemos así que el primero de ese tipo de *periculum in mora*, se refiere a un hecho derivado de una acción del deudor como lo es insolventarse, evitando así que la sentencia que le sea desfavorable pueda ser ejecutada; y el segundo de los tipos a un hecho del Tribunal como lo es la tardanza injustificada en dictar su sentencia, violándole a las partes su derecho a obtener una justicia rápida y eficaz.

En este sentido, el jurista anteriormente citado Ortíz-Ortíz (1997), ha sostenido lo siguiente en referencia a la prueba del *periculum in mora*:

> "Somos del criterio que, en nuestra legislación, no se presume la insolvencia del deudor ni la demora en los juicios es lo suficientemente capaz como para fundamentar, sin más, el dictado de una medida cautelar sino que, por el contrario, el elemento del *peligro en la demora* debe estar acreditado en los autos, a través de una comprobación sumaria de que el afectado por la medida tiende a insolventarse, o de causar alguna lesión que pueda hacer ilusoria la ejecución de la sentencia; la prueba de esta circunstancia ya lo hemos tratado precedentemente. Este requisito va restringido aún más en los casos de secuestro judicial preventivo pues en ese caso el

> periculum in mora debe estar vinculado con el objeto del litigio, dependiendo de la causal de la cual se trate" (p. 127).

La jurisprudencia de nuestro país ha sido clara y exacta al establecer que no basta con la afirmación del *periculum in mora* para darlo por probado, sino que el mismo debe ser acreditado tal y como lo exige el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil (1986); en este sentido tenemos que la Corte Suprema de Justicia (ahora Tribunal Supremo de Justicia), en sentencia del 3 de marzo de 1994, en sede de la Sala Política Administrativa, Pierre (1994), afirmó:

> "En efecto, el solicitante se limitó a señalar que existe fundado temor que se lesione aún más su derecho a la estabilidad del cargo, lo cual afirmó, sería irreparable por la sentencia definitiva. Al respecto, la Sala estima que la sola afirmación de que, exista fundado temor de quedar ilusoria la ejecución del fallo, no es suficiente para acordar la medida cautelar innominada solicitada, sino que por el contrario se requiere que se cumplan con las mencionadas condiciones de procedencia de las medidas cautelares" (p. 202).

Luego, en reiteradas sentencias, se ha ratificado dicho criterio, y en sentencia de fecha 14 de enero de 2003, la misma Sala Político Administrativa , Pierre (2003) dictaminó:

> "Por otra parte, encuentra la Sala, en lo que respecta al requisito periculum in mora, que no se acompañó al expediente, ni en su pieza principal ni en el cuaderno de medidas, medio de prueba alguno que haga presumir la

> ilusoriedad de la ejecución del fallo, sino que se limitaron a señalar que -su representado le ha solicitado en diversas oportunidades a la empresa Archimovil C.A., el pago de la cantidad adeudada, las cuales han resultado infructuosas...- lo cual, a juicio de esta Sala, impone el rechazo de la petición cautelar, por ausencia de uno de los requisitos de procedencia exigidos por la norma contenida en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, siendo estos de obligatoria concurrencia" (p. 581).

Según se ha visto, para ser decretada entonces la medida de prohibición de zarpe en virtud de un crédito distinto a los créditos marítimos o privilegiados, y a la luz de la norma que establece los requisitos y la jurisprudencia, debe ser probado tanto el *fumus boni iuris* así como el *periculum in mora* para poder ser decretada.

Ahora bien, a manera de reflexión y sobre las bases ya explanadas en el presente Capítulo, tenemos que el requisito del *periculum in mora* no es exigido cuando se trata de créditos marítimos o privilegiados, y creo que una de las razones por las cuales no se requiere probar aquel extremo es el carácter especialísimo, que goza la materia marítima, y la exclusión que en definitiva se le ha dado a los buques del patrimonio del deudor, es decir que no cualquier acreedor puede ejecutar su acreencia sobre el buque, ya que el mismo no es prenda común de los acreedores; tan es así que la propia Ley ha excluido el embargo preventivo de buques si no se trata específicamente

de créditos marítimos o privilegiados, o para garantizar un laudo arbitral; artículo 94 de la Ley de Comercio Marítimo (2001). Cuando la medida se solicita en virtud de este tipo de créditos, que indiscutiblemente tienen una relación directa con el buque, no se exige el *periculum in mora* por la tradición y definición del tráfico marítimo, aunada con la corta duración que estos bienes pueden tener en determinados puertos, y en este sentido expresa la autora española Mora (2000), lo siguiente:

> "En muchas ocasiones la "fortuna de mar", esto es, el buque y, en su caso, los fletes devengados en el último viaje, constituyen el único elemento patrimonial sobre el cual el acreedor va a poder hacer efectivo su derecho de crédito frente al naviero. Si a ello le añadimos la movilidad del buque y, en cualquier caso, la siempre dificultosa y costosa ejecución de una sentencia en el extranjero, resulta que ciertamente existe un grave riesgo de ineficacia de la sentencia. En consecuencia, como se ha dicho, el *periculum in mora* tiene en ambos casos idéntico fundamento, pero mientras que en la LEC se trata de un peligro explícito en el Convenio las situaciones de periculum no están tipificadas, el peligro se haya implícito en la norma" (p. 134).

Para dicha autora cuando estamos en presencia de un crédito marítimo o privilegiado, el peligro se haya implícito en la norma que establece que se puede solicitar este tipos de medidas; en cambio cuando el acreedor es titular de un crédito distinto la Ley es explícita y solicita que se compruebe el *periculum in mora.*

Vista la reflexión de la autora española, podemos decir que a la luz de la normativa venezolana, también existen casos en los que para dictar medidas cautelares no se exige el requisito en cuestión, como es el caso, por ejemplo, de los procedimientos intimatorios en donde se decreta dicha medida sin que se exija la comprobación del periculum in mora, artículo 646 del Código de Procedimiento Civil (1986).

Por ultimo cabe destacar, que si el artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo (2001) establece que se podrá decretar la medida de prohibición de zarpe, en virtud de créditos quirografarios, SÓLO cuando se dé cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil (1986), entonces tenemos que esta medida, cuando se trata de créditos quirografarios, no podría ser decretada cuando dichos requisitos no estén llenos ni aun ofreciendo y constituyendo caución o garantía suficiente para responder a la parte para que se dirija la medida, de los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar, ya que la norma especial es decir la Ley de Comercio Marítimo (2001), no hace ninguna referencia al decreto de la caución cuando se trata de este tipo de créditos no privilegiados.

Visto el análisis que se hizo en este Capítulo; sobre la finalidad de la caución o garantía exigida a los fines de otorgar medidas cautelares cuando no están llenos los extremos de Ley, y basándome en el artículo 590 del Código de

Procedimiento Civil (1986), soy del parecer que dicha caución sí debería ser aceptada cuando no estén llenos los requisitos exigidos en el Código de Procedimiento Civil (1986) para decretar la prohibición de zarpe en virtud de créditos quirografarios. Si bien es cierto que el mencionado artículo sólo establece que el Juez decretará la medida de prohibición de enajenar y gravar y el embargo preventivo, cuando no estén llenos los extremos de Ley, pero cuando se ofrezca caución y garantía y no menciona para nada ningún otro tipo de medida: no veo entonces mayor inconveniente de que el Juez acepte la referida caución, y decrete en consecuencia la medida de prohibición de zarpe en acciones que persigan el cobrote créditos quirografarios, pues en esos casos, y si la caución fuere suficiente, esta garantizará a la parte afectada de cualquier perjuicio que eventualmente sufriere.

CAPITULO IV

NATURALEZA CAUTELAR DE PROHIBICIÓN DE ZARPE

Definición del Poder Cautelar

El poder cautelar es una manifestación de la función preventiva por medio de la cual los órganos jurisdiccionales salvaguardan la eficacia y la efectividad de sus propias decisiones, es decir, del proceso. Las medidas preventivas vienen a ser un género de ese poder cautelar, y las medidas cautelares a su vez una de las manifestaciones del poder preventivo.

En este sentido el profesor Ortíz-Ortíz (1997), sostiene: *"Al lado de este poder genérico de prevención los órganos jurisdiccionales tienen facultades típicamente procesales esto es, facultades en orden a tutelar o garantizar el desenvolvimiento y la finalidad de un litigio que se pretende dirimir en el proceso, estas facultades son propiamente cautelares (en atención a la protección del interés de las partes litigantes), y es lo que hemos denominado poder cautelar*".

Para el jurista Henríquez La Roche (2000), este poder cautelar se diferencia de la acción preventiva definitiva en la permanencia de los efectos, mientras

que en las medidas cautelares son provisionales y dependen de la existencia de un acto judicial, el poder preventivo y sus providencias no.

Cuando lo que se persigue con la medida es la eficacia y efectividad del fallo, estamos en presencia del poder cautelar, ya que éste como bien se ha dicho no es más que la manifestación preventiva de los órganos jurisdiccionales. Este poder cautelar esta dotado de ciertas características que son importantes conocer:

Jurisdiccionalidad: Dicha característica contempla el hecho de que las medidas cautelares sólo pueden ser acordadas, decretadas y ejecutadas por un juez.

En este sentido Ortíz-Ortíz (1997), plantea:

> "En este sentido la función jurisdiccional, es decir la potestad de declarar el derecho de cara a los conflictos intersubjetivos, esta reservada al estado, y dentro del estado a unos órganos especializados que conforman el Poder Judicial, y a este poder están sometido todos los actos de la Administración Pública e, incluso el mismo Poder Legislativo.
> En otras palabras, cuando el Estado se reserva el poder de resolver los conflictos entre los particulares, está ejecutando una función propiamente jurisdiccional. Lo que implica que toda actividad que está destinada a garantizar esa función, Vgr. Las medidas preventivas o cautelares, debe enmarcarse bajo esa misma potestad,

> es decir que las medidas cautelares con necesariamente jurisdiccionales" (p. 453).

Instrumentalidad: el significado de esta característica es que las medidas cautelares sirven de instrumento al servicio de un proceso principal, es decir que las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismas ni pueden existir y subsistir sin la existencia de un proceso.

Al respecto el autor Calamandrei (1996) afirma: *"Estas consideraciones permiten alcanzar la que, en mi concepto, es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cuales nunca constituyen un fin por sí mismas sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente"* (p. 44).

El autor, Ortíz-Ortíz (1997), divide la instrumentalidad en dos tipos:

> "Instrumentalidad Mediata: aquélla propiedad del sistema cautelar, mediante la cual las partes pueden solicitar una medida, en orden a preservar la ejecución o efectividad de la decisión de mérito y en un proceso aún no iniciado pero el cual debe instaurarse en un lapso o término fijado por la ley o el juez" (p. 478).

Con respecto a este tipo de cautelas extralitem, que en nuestro ordenamiento jurídico son la excepción podemos apreciar que en Venezuela

existen cuatro casos de instrumentalidad mediata, que están contemplados en el artículo 29 de la Ley de Emergencia Financiera (1995); artículo 112 y siguientes de la Ley sobre el Derecho de Autor (1993); artículo 211 y siguientes del Código Orgánico Tributario derogado (1992) y la Ley de Comercio Marítimo (2001) artículo 13 y 14.

> "Instrumentalidad Inmediata: aquélla situación mediante la cual las partes pueden solicitar una medida cautelar en orden a preservar la ejecución del fallo que habrá de dictarse en un proceso actual en el cual, al menos, se ha presentado el libelo de demanda y aún cuando la parte afectada no estuviere citada" (p. 484).

Denota entonces que debe existir un juicio pendiente, es decir ya instaurado o en curso, en Venezuela esta es la regla y la instrumentalidad mediata la excepción.

Provisionalidad: Se afirma que las medidas cautelares son provisionales en el sentido que las mismas duran hasta que cambien las circunstancias que le dieron origen.

El profesor Ortíz-Ortíz (1997) define dicha característica así:

> "Las providencias cautelares son provisorias por cuanto los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen efecto temporal (fenómeno que, bajo un cierto aspecto, se puede considerar común a todas las sentencias pronunciadas, como se dice con la cláusula rebus sic stantibus) sino que tiene una duración limitada que

> deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional, de allí la clasificación de cautelar a las providencias cautelares y las otras providencias serán definitivas" (p. 503).

Siguiendo este orden de ideas la provisionalidad de las medidas implica que las mismas son susceptibles de revocación y suspensión.

Urgencia: esta característica de las medidas cautelares viene a ser como nos lo indica el autor Henríquez La Roche (2000), *"una garantía de eficacia de las providencias cautelares"* , este carácter es sin duda alguna uno de los más importantes de las medidas cautelares desde el punto de vista procesal como tal, ya que las mismas son la respuesta al desarrollo de una administración de justicia lenta y pesada llevadas por los órganos de justicia.

Lo urgente está intrínseco en la institución cautelar, de allí que exista la necesidad de acordar la cautela porque de no hacerlo con toda probabilidad el daño denunciado se va a causar. Esta característica justifica que la cautela tenga que ser acordada el mismo día en que se haga la solicitud según lo establecido en el artículo 601 del Código de Procedimiento Civil (1986).

Se dictan en cualquier grado y estado de la causa: esta característica está consagrada en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1986), el

cual consagra que en cualquier grado y estado de la causa se podrán decretar las medidas cautelares. Existe una serie de criterios encontrados acerca de esta característica, en el sentido que algunos autores son de la opinión que las medidas cautelares se decretan inaudita altera pars, de sostener este criterio entonces las medidas cautelares no podrían ser dictadas una vez se encuentre la contraparte citada.

Por su parte el jurista Ortíz-Ortíz (1997), que no comparte el criterio anterior; es de la opinión que las medidas cautelares se pueden decretar en cualquier grado y estado de la causa hasta en el tribunal que conozca en segunda instancia, así como en casación.

Autonomía: esta característica es relativa solamente en lo relacionado con el proceso principal, en lo que respecta solamente a los tramites procedimentales, pero las medidas cautelares son dependientes o instrumentales al proceso principal en cuanto a su existencia, es decir las mismas solamente son autónomas en cuanto a su tramitación.

Homogeneidad: esta característica significa que entre la cautela y el juicio principal debe haber cercanía, pero no puede haber identidad ya que si entre la cautela y lo pedido en sede principal es igual, se estaría adelantando con la ejecución de la medida cautelar la ejecución del fallo, en caso de resultar

victorioso el que solicito la medida. Esto solo se ve en los procedimientos especialísimos como es el caso por ejemplo, entre otros, del procedimiento de intimación.

Ahora bien, dentro de este poder cautelar el profesor Ortíz-Ortíz (1997), distingue dos tipos a saber, el poder cautelar determinado, específico o concreto, y el poder cautelar indeterminado, inespecífico o general.

Definición del Poder Cautelar Específico o Concreto

Este poder cautelar específico o concreto se refiere a las medidas cautelares típicas o nominadas, que son a grueso modo aquellas que preferentemente son patrimoniales y se dictan para garantizar la ejecución de un fallo. Para Ortíz-Ortíz (1997), el poder cautelar es específico en el sentido que es la Ley la que determina su contenido, finalidad y alcance, y a su vez es la Ley la que establece los procedimientos en los cuales pueden dictarse dichas medidas.

Para el mismo autor anteriormente citado, este tipo de medidas se divide en dos: (i) medidas típicas de contenido concreto y (ii) medidas típicas de contenido indeterminado. Las primeras de ellas son las que le Ley señala su contenido concreto y reciben un nombre o denominación específica en el

mismo texto, ejemplo la prohibición de enajenar y gravar, suspensión de efectos del acto administrativo, y las segundas son aquellas en las que se le da al Juez la sensatez para determinar el contenido de la medida, sin embargo por esto la misma no deja de ser típica, ya que se establece para un procedimiento determinado, por ejemplo las medidas que están previstas en el Código Civil (1982) artículo 171 y artículo 174.

Cuándo lo que se quiere es garantizar la ejecución de la sentencia que se obtenga, se utilizarán las medidas cautelares típicas, nominadas o determinadas, las cuales para ser decretadas deberán de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil (1986), que no son más que el periculum in mora y el fumus boni iuris; en el caso del ordenamiento procesal civil, son tres las medidas típicas: el embargo, que procede sobre bienes muebles; el secuestro que procede sólo por las causales taxativas y sobre los bienes específicos que establece el artículo 599 del Código de Procedimiento Civil (1986) y la prohibición de enajenar y gravar que se ejecuta sobre bienes inmuebles.

Definición del Poder Cautelar General

Este es el poder cautelar que se manifiesta en las llamadas medidas cautelares innominadas y que para Ortíz-Ortíz (1997) es:

> "Es una función otorgada a los órganos jurisdiccionales en el proceso mediante la cual, las partes, con vista a la situación fáctica concreta, pueden pedir y el juez acordar, las medidas innominadas o inespecíficas para evitar una situación de daño o de peligro, o cuando una de las partes requiera la actuación judicial para evitar la continuidad del daño, pudiendo las partes suplir el silencio de la Ley en cuanto al contenido de la providencia y el juez evaluar la pertinencia o adecuación de las mismas" (p.280).

Estas medidas cautelares innominadas, que son las que no están determinadas expresamente en la Ley como las nominadas o típicas, como tampoco son predeterminadas para un procedimiento específico; las mismas deben ser solicitadas por alguna de las partes, a los fines de evitar cualquier daño o lesión que uno de los litigantes pueda causar al otro, así lo establece el primer parágrafo del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1986), que establece:

> "Parágrafo Primero: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión".

Este tipo de medidas por lo general consisten en garantizar o prohibir la ejecución de determinados actos, son providencias que tienen por objeto cesar la continuidad de la lesión

Atipicidad Cautelar de la Prohibición de Zarpe

Para poder determinar la atipicidad cautelar de la prohibición de Zarpe tenemos que el profesor Ortíz-Ortíz (1997) señala como características de este tipo de medidas, es decir de las medidas cautelares innominadas, las siguientes:

- Rige el principio dispositivo, es decir las mismas deben ser solicitadas por las partes, el Juez no las puede decretar de oficio.
- Presentan al igual que las medidas típicas la característica de jurisdiccionalidad, instrumentalidad, autonomía, heterogeneidad.
- Para ser acordadas debe cumplirse con un requisito más que las medidas cautelares nominadas, tal y como lo establece el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1986), en el parágrafo primero, que además del *periculum in mora*, y el *fumus boni iuris* se debe comprobar el que se ha denominado *periculum in danni* o el fundado temor de que una de las partes cause un perjuicio a los derechos de la otra, en el transcurso del proceso.

- Este tipo de medidas son preferentemente extrapatrimoniales, mientras que las medidas típicas son exclusivamente patrimoniales; no están destinadas a recaer sobre bienes, esto es sobre obligaciones de dar sino preferentemente sobre obligaciones de hacer, las cuales pueden o no tener efectos patrimoniales valorables en dinero.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando analicemos, si la prohibición de zarpe según las características señaladas en el párrafo anterior y tal como se encuentra tipificada en la Ley de Comercio Marítimo (2001), se puede encuadrar dentro de este tipo de medidas cautelares atípicas.

Principio Dispositivo: como primera característica de este tipo de medidas como ya se dijo, es que la misma debe ser solicitada por una de las partes, y en consecuencia el Juez no la puede decretar de oficio; en este sentido la Ley de Comercio Marítimo (2001), establece en el artículo 103, que cualquier titular de un crédito marítimo, privilegiado o un crédito distinto a éstos, podrá solicitar al tribunal competente la media de prohibición de zarpe, entonces tenemos que la solicitud de esta medida cautelar, le está dada a una de las partes que sea titular de un crédito tanto marítimo, privilegiado o uno distinto,

el Juez no la puede decretar de oficio, sin que una de las partes lo haya solicitado. Tenemos así que la prohibición de zarpe contiene esta primera característica de las medidas cautelares atípicas o innominadas, pues debe ser solicitada por la parte interesada.

Características comunes a las medidas típicas: *jurisdiccionalidad, instrumentalidad, autonomía, heterogeneidad*, tenemos lo siguiente: que la primera de ellas o sea la jurisdiccionalidad se refiere a que dicha medida sólo puede ser *acordada decretada y ejecutada por un juez*. La ley citada en el párrafo anterior, en el artículo 103 establece dicha jurisdiccionalidad en lo que respecta al decreto de la medida ya que estipula que el juez competente es a quién se le debe solicitar la medida, en consecuencia es el juez competente el único que la puede acordar y decretar, pero en cuanto a la ejecución tenemos que el artículo 104 eiusdem, establece que la ejecución de dicha medida la realizará la Capitanía de Puerto de la Circunscripción Acuática donde se encuentre el buque, una vez el tribunal, es decir el juez, se la notifique.

Vemos entonces que la ejecución de dicha medida la ejecuta un órgano Administrativo, porque así lo establece la ley, sin embargo quien escribe es del criterio que aunque dicha medida no la ejecute el juez directamente, la misma no deja de ser jurisdiccional, ya que lo mismo sucede, por poner el

ejemplo más clásico, con la medida cautelar típica de prohibición de enajenar y gravar de un bien inmueble: ésta es decretada por el juez competente pero es ejecutada por el Registrador Principal donde se encuentre ubicado el inmueble, una vez se haga mediante la nota marginal correspondiente de dicha prohibición de venta.

En lo que respecta a la *instrumentalidad*, la prohibición de zarpe presenta una instrumentalidad inmediata es decir debe estar instaurado un proceso para poder ser solicitada; en el derecho marítimo la única medida que se puede solicitar sin estar instaurado un procedimiento es el embargo preventivo de un buque según los artículos 13 y 14 de la Ley de Comercio Marítimo (2001).

Con respecto a la *autonomía* tenemos que la medida de prohibición de zarpe la tiene en lo referente a los trámites procedimentales, es decir, la misma tiene un procedimiento autónomo e independiente procedimentalmente al proceso principal, razón esta por la cual se lleva en un cuaderno separado, por ejemplo.

En cuanto a la característica de la *heterogeneidad*, la misma está dada en virtud que con el pedimento de prohibición de zarpe lo que se está buscando es poder garantizar un crédito marítimo, privilegiado o cualquier otro tipo de

crédito, no existiendo entonces, entre la cautela y el juicio principal, identidad el pedimento.

La tercera característica de las medidas cautelares atípicas o innominadas es que se exige un requisito más para poder ser acordadas, que es el *periculum in damni*. Se puede decir que ésta es una de las características más diferenciadoras que puede haber entre las medidas cautelares típicas de las atípicas. La medida cautelar de prohibición de zarpe, que se encuentra regulada en el artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo (2001), no establece aquel requisito para poder ser decretada, pues dicho artículo sólo establece como requisito presentar antecedentes que constituyan presunción del derecho que se reclama si la parte actora es titular de un crédito marítimo o privilegiado, si es titular de un crédito distinto a éste, la parte interesada deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil (1986), que no son más que demostrar el periculum in mora y el fumus boni iuris, analizados suficientemente en el Capítulo IV de este trabajo de investigación.

Ahora bien, el periculum in damni que viene a ser el peligro de daño inminente (requisito extra que es exigido para decretar las medidas cautelares imnominadas) ha sido definido por el jurista Zoppi (1988) como el temor de que una de las partes pueda causar a la otra una lesión irreparable

en el curso del juicio con una actitud destemplada, ilegal, ilegítima y hasta ilícita. Fíjese que dicha lesión no se refiere al riesgo de no poder ejecutar la posible sentencia favorable a obtenerse, sino que se refiere al daño que por la sola secuela del juicio se le pueda causar al derecho de la otra parte tal y como lo dice expresamente el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1986) es por esta misma razón que el referido artículo luego establece: *"... En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuación de la lesión."*

Hecha la observación anterior, tenemos que el periculum in damni, es un requisito que no es exigido para el decreto de la medida cautelar de prohibición de zarpe.

Carácter extrapatrimonial de las medidas cautelares innominadas: hemos dicho que las medidas cautelares innominadas son de carácter principalmente extrapatrimonial, esto es, que no están destinadas a recaer sobre bienes, sino preferentemente recaerán sobre obligaciones de hacer, las cuales pueden o no tener efectos patrimoniales que sean valorables en dinero. En este sentido tenemos que la prohibición de zarpe no encuadra tampoco en esta característica, ya que dicha medida cautelar primero que nada recae sobre un bien, como ya se ha analizado recae sobre la nave y

segundo la misma es solicitada con el fin específico de garantizar la ejecución de una sentencia, que tiene efectos patrimoniales, como lo es la ejecución de un crédito bien sea marítimo, privilegiado o de cualquier otro tipo (aunque luego veremos que, según el caso, este fin específico puede no ser alcanzado).

Después de analizar las características de las medidas cautelares innominadas y tratar de enmarcar a la medida cautelar de prohibición de zarpe en los mismos, a los fines de poder determinar si dicha medida goza de una naturaleza cautelar de una medida innominada, no creo que la misma sea de este tipo, ya que las dos características diferenciadoras de este tipo de medidas con las medidas típicas o complementarias, que son el carácter extrapatrimonial y el requisito extra que se exige como lo es el periculum in damni, a los fines de ser decretada, no concurren con la medida cautelar de prohibición de zarpe.

Ahora bien, a lo largo de los años, cuando no estaban aún en vigencia el conjunto de leyes marítimas que fueron promulgadas y publicadas en noviembre y diciembre de 2001, la medida cautelar de prohibición de zarpe, era tratada como una medida cautelar innominada, ya que en el Código de Comercio no se tipificaba la misma, en consecuencia ésta era siempre

solicitada como una medida cautelar innominada por la parte interesada y así era decretada.

Esto se evidencia de la jurisprudencia revisada y estudiada y tengo el convencimiento de que dicha medida fue caracterizada como este tipo de medidas cautelares sólo por el hecho de no estar tipificada en ninguna Ley, sin estudiar las características de este tipo de medidas innominadas ni su tratamiento y efectos.

En este sentido, no hay numerosa jurisprudencia sobre la medida de prohibición de zarpe en Venezuela, sin embargo citaré aquí tres de los casos más importantes, copiando textualmente cómo se decretó la medida, y en cuyos dispositivos se puede evidenciar lo anteriormente expuesto

Con relación al decreto de la prohibición de zarpe en el caso del NISSOS AMORGOS NAFKITI, transcribe Ortíz-Ortíz (1999), el decreto cautelar dictado por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas:

> "Solicita la accionante en su libelo de demanda que conforme a lo previsto en el Parágrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil se decrete medida innominada de prohibición de zarpe al buque NISSOS AMORGOS NAFKITI. Dispone la norma a que se refiere el Parágrafo Primero del artículo 588

> del Código de Procedimiento Civil, que además de las medidas preventivas a que se refiere ese mismo Artículo, con estricta sujeción a lo previsto en el Artículo 585 ejusdem, el cual contiene los requisitos que deben llenarse para que pueda ser decretada cualquier medida preventiva, como lo son FUMUS BONIS IURIS y EL FUMUS PERICULUM IN MORA, esto es, la presunción grave de que la ejecución del fallo no quede ilusoria y la presunción grave del derecho reclamado, el Tribunal podrá acordar la providencias cautelares que considere adecuadas cuando exista fundado temor de que alguna de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.
> Ahora bien, en el caso que se nos presenta, siendo un hecho notorio el derrame de petróleo en las costas de Caimare Chico y San Carlos, en fecha 01 de marzo de 1999, por el buque NISSOS AMORGOS, estando a criterio de este Tribunal llenos los extremos a que se refiere los Artículo 585 y Páragrafo Primero del Artículo 588 de la Ley adjetiva Civil, se decreta medida innominada de prohibición de zarpe al buque NISSOS AMORGOS..." (pp. 890-891)

Con referencia a la anterior sentencia tenemos que el Juez que decreto la medida si bien es cierto que la decreta como una medida cautelar innominada, para ser acordada el Juez no verificó el otro requisto exigido en el primer parágrafo del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1986) que es el periculum in damni; que ya ha sido definido en el texto del presente trabajo.

Ahora bien cabe destacar que si las medidas cautelares innominadas no gozan en un principio de carácter patrimonial, mal podría entonces decretarse este tipo de medidas ofreciendo una fianza por no estar llenos los

extremos de ley, es decir por no cumplir con el periculum in mora, fumus boni iuris y periculum in damni, como sí ocurre con las medidas cautelares típicas o nominadas, por establecerlo así expresamente la ley, artículo 590 del Código de Procedimiento Civil (1986).

Muy sabiamente en una oportunidad el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, como lo recoge Ramirez & Garay (1994), dictaminó que para decretar medidas cautelares innominadas, en ningún momento el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil contempla que deberá o podrá exigirse caución o fianza para el decreto de la misma, pero en caso contrario sí podrá dar fianza para levantarla la parte en contra de la cual obre aquéllas.

Sobre este mismo asunto, en una sentencia que señala Ramirez & Garay (1996), del Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, se estableció que para otorgar medidas cautelares innominadas se deben llenar los requisitos mencionados en el párrafo anterior, pero en el supuesto de que los mismos no estén llenos ni probados, no puede la parte interesada prestar caución o fianza a fin de que se le otorgue la medida solicitada (como si ocurre en el caso de las medidas cautelares típicas) *ya que dichas medidas*

están destinadas a prohibir o autorizar unos actos que podrían ocasionar la lesión de algún derecho.

Además de lo establecido en el párrafo anterior, la misma sentencia hizo mención al tema del límite material de las medidas innominadas, pronunciándose en este sentido:

> "Es muy importante destacar que las medidas innominadas o atípicas establecidas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, deben limitarse a autorizar o prohibir la ejecución de determinado actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión, en ningún momento puede una medida de esta naturaleza afectar bienes y mucho menos bienes inmuebles como en el caso sub-examen. Con el decreto y práctica de la medida cuya oposición se resuelve, se desnaturalizó la esencia de dichas medidas, pues, las medidas atípicas son excepcionales por su propia naturaleza, y al acordarse una entrega de un inmueble, evidentemente que existe una extralimitación del Juez y una evidente incongruencia, pues no ha debido el *a quo*, decretar la entrega de un inmueble, como una medida atípica o innominada, pues ello no constituye ni puede constituir una medida de este tipo, pues se ha excedido en los presupuestos legales que sustentan este tipo de medidas" (pp. 34-35).

En este mismo orden de ideas, nos encontramos otras dos sentencias donde le dan tratamiento a la prohibición de zarpe como una medida cautelar innominada, pero sin estar llenos los extremos de ley para otorgarla y en consecuencia otorgan la misma con la presentación de una fianza, así

tenemos que Ortíz-Ortíz (1999), transcribe los decretos cautelares dictado el primero por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito, Trabajo y Menores del Municipio Puerto Cabello del Estado Carabobo:

> "Tal y como ha sido ordenado en el auto de admisión de la demanda, se abre el presente Cuaderno de Medidas. Este Tribunal a los fines de decretar la medida solicitada, exige fianza suficiente hasta por la cantidad de ... .Visto el pedimento formulado en el libelo de la demanda y vista la fianza constituida y consignada, este Tribunal de conformidad con el artículo 588, Parágrafo Primero del Código de Procedimiento Civil, decreta medida de prohibición de zarpe de la Motonave NOVOMINGOROD condicionada a que la parte demandante debe consignar ante este Juzgado el próximo día martes 21-05-96, en horas de despacho, la diferencia de la fianza solicitada, o sea la cantidad de ... .Oficiese lo conducente al Capitán de Puerto Cabello..." (pp. 1003-1004)

El segundo de los decretos fue dictado por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito, Trabajo y Menores del Municipio Puerto Cabello del Estado Carabobo en los siguientes términos:

> "Este Tribunal a los fines de proveer acerca de la medida solicitada, exige fianza suficiente hasta por la cantidad de ... .Vista la diligencia que precede y la fianza consignada mediante... ....este Tribunal decreta medida de Prohibición de Zarpe a la Motonave ISLA GRAN MALVINA, de conformidad con el artículo 588, parágrafo primero del Código de Procedimiento Civil. A tal efecto, oficíese lo conducente al Capitán de Puertos de Puerto Cabello..." (pp. 1006-1007).

Por las consideraciones dadas sobre el poder cautelar atípico, y vista la caracterización del mismo, creemos que anteriormente la medida cautelar bajo estudio era tratada erróneamente, tanto en su enmarcación legal, es decir como una medida cautelar innominada, y tanto en el tratamiento que se le daba a este tipo de medidas innominadas, como lo era otorgarlas con fianza si no estaban llenos los extremos de ley.

Tipicidad Cautelar de la Prohibición de Zarpe

A simple vista, se podría sacar como conclusión rápida que si la tipicidad de una medida cautelar viene dada por el simple hecho de que este tipo de medidas está especificado en la ley, en cuanto a su contenido, finalidad y alcance, y a su vez, es ésta misma la que determina su procedimiento es evidente que la prohibición de zarpe es una medida cautelar típica, ya que en la Ley de Comercio Marítimo (2001), en los artículos 103 y siguientes se determinan todas estas características.

Ahora bien, visto que no cabe duda ni en la doctrina como en el jurisprudencia, que las medidas cautelares típicas vienen a tener como finalidad primordial la de garantizar la ejecución de la sentencia que se obtenga; y visto que la finalidad de la prohibición de zarpe no es más que asegurar que el barco no se haga a la mar a los fines de que el mismo no se

exponga a los riesgos de la navegación, así como que tampoco se sustraiga de la jurisdicción del país de donde se decretó la medida, (mal podría) entonces afirmarse que con la medida cautelar de prohibición de zarpe se puede garantizar la ejecución de la sentencia.

Veamos el artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo (2001), establece lo siguiente en cuanto a la finalidad de esta medida cautelar, y es que la misma servirá para garantizar el ejercicio de un crédito privilegiado, marítimo u otro tipo de crédito. Pareciera ser que, efectivamente, dicha medida cautelar es una medida típica, ya que si en realidad ésta tiene como finalidad garantizar dichos créditos, evidentemente dicha medida garantizará la debida ejecución de una sentencia dictada a favor del acreedor.

Pero esto no es cierto, tal y como se explicó en el Capítulo III de este trabajo, en el ítem de la finalidad de la prohibición de zarpe; dicha medida cautelar sólo puede garantizar el ejercicio de la acción cuando ésta es intentada en virtud del cobro de un crédito privilegiado, ya que al acreedor de dicho crédito lo acompaña el derecho de seguir el bien objeto del crédito, en este caso el buque, en manos de cualquier persona que se encuentre, derecho este que no poseen ni el titular de un crédito marítimo ni el titular de un crédito quirografario.

Mal podría entonces afirmarse que solicitar una medida cautelar de prohibición de zarpe en el ejercicio de una acción de un crédito marítimo o quirografario puede garantizar la ejecución de la sentencia favorable que se obtenga en dicho proceso, porque como ya se ha dicho tantas veces en el contexto de este trabajo, la finalidad de dicha prohibición es tan solo que el buque no se exponga a los riesgos de la navegación así como que no se sustraiga de la jurisdicción que está llevando ese proceso, y el alcance de dicha medida no es entonces, más que el buque no se haga a la mar, es decir que no salga de la Capitanía de Puerto de donde se encuentra.

En este orden de ideas, la prohibición de zarpe acompañada del ejercicio de un crédito privilegiado si garantiza las resultas del juicio, porque aunque el buque tenga prohibido levar anclas y esté amarrado a la Capitanía de Puerto, y el mismo cambie de dueño en virtud de una venta, el acreedor privilegiado va a poder ejecutar su crédito sobre el buque y cumplirá su finalidad la medida cautelar típica de prohibición de zarpe ya que el buque no se sustrajo de la jurisdicción de donde se decretó la sentencia, así como tampoco se expuso a los riesgos de la navegación y se deterioró el mismo.

Sin embargo con la acción de créditos marítimos o quirografarios, nada se logra con tener una prohibición de zarpe, con miras a la ejecutabilidad de la sentencia, porque si bien es cierto el buque esta amarrado al muelle, el

mismo puede ser vendido, traspasado, hipotecado, pudiéndose burlar al acreedor, y a la hora de tener una sentencia favorable, no se podría ejecutar el buque si el mismo cambió de dueño por ejemplo.

Cabe agregar, que a pesar de la entrada en vigencia del conjunto de leyes marítimas, y con ellas la novedad de la regulación de la medida cautelar de prohibición de zarpe, a mi parecer muy acertada, por tratarse esta medida una de las más importantes en el ámbito del derecho marítimo, dicha tipificación no significa, como ya he aclarado, que la misma pase a considerarse una medida cautelar típica, simplemente por haberse tipificado en la ley, porque sólo se podrá afirmar que dicha medida cautelar es una medida típica en cuanto se ejerza en una acción de créditos privilegiados, ya que para con los créditos de otro tipo y los créditos marítimos o cualquier otra acción, la misma no llevaría consigo la finalidad última de las medidas cautelares típicas como lo es garantizar la ejecución del fallo.

CAPITULO V

LA PROHIBICIÓN DE ZARPE COMO MEDIDA COMPLEMENTARIA

Naturaleza Complementaria y Supuestos de Procedencia

Aparte de las medias cautelares típicas y atípicas o innominadas existen las medidas complementarias que según Ortíz -Ortíz (1997), son:

> "El conjunto de disposiciones que preventivamente puede tomar el juez, a solicitud de parte o de oficio, destinadas a complementar o asegurar la eficacia y el resultado de la medida típica o innominada previamente decretada" (p. 191)

Estas medidas están previstas en el ultimo aparte del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1986) en los términos siguientes: *"Podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiera decretado".*

Como su propio nombre lo dice, estas medidas son complementarias, esto quiere decir que las mismas no pueden ser decretadas autónomamente, porque las mismas no tendrían ninguna eficacia; las medidas complementarias vienen a ser una extensión, continuación, complemento de

una medida típica o innominada decretada pero que no tienen ninguna efectividad, razón por la cual se le complementa con otra.

En este sentido, y de la lectura del artículo en cuestión se desprende dos cosas, una que el Juez goza de una discrecionalidad a la hora de otorgar o no dicha medida, es decir que el juez debe analizar: si la medida cautelar decretada bien sea típica o innominada tiene la efectividad suficiente o si la misma debe ser complementada con otra medida a los fines de lograr el objetivo, y la segunda cosa es que este tipo de medidas pueden ser decretadas por el Juez de oficio a diferencia de las medidas típicas o innominadas, que siempre las tiene que solicitar una de las partes.

Continuando citando al profesor Ortíz-Ortíz (1997), en su misma obra expresa que la naturaleza cautelar de estas medidas complementarias es la subsidiaridad de la medida típica o innominada decretada, en consecuencia la misma es una extensión de la medida cautelar, más aun, debe ser una extensión de la misma, y en este sentido si la medida complementaria es una extensión de otra medida, al extinguirse la medida que se complementa obviamente el complemento también se extingue.

El único requisito que se requiere para que proceda una medida complementaria es que se haya dictado una medida cautelar típica o

una medida típica o innominada decretada pero que no tienen ninguna efectividad, razón por la cual se le complementa con otra.

En este sentido, y de la lectura del artículo en cuestión se desprende dos cosas, una que el Juez goza de una discrecionalidad a la hora de otorgar o no dicha medida, es decir que el juez debe analizar: si la medida cautelar decretada bien sea típica o innominada tiene la efectividad suficiente o si la misma debe ser complementada con otra medida a los fines de lograr el objetivo, y la segunda cosa es que este tipo de medidas pueden ser decretadas por el Juez de oficio a diferencia de las medidas típicas o innominadas, que siempre las tiene que solicitar una de las partes.

Continuando citando al profesor Ortíz-Ortíz (1997), en su misma obra expresa que la naturaleza cautelar de estas medidas complementarias es la subsidiaridad de la medida típica o innominada decretada, en consecuencia la misma es una extensión de la medida cautelar, más aun, debe ser una extensión de la misma, y en este sentido si la medida complementaria es una extensión de otra medida, al extinguirse la medida que se complementa obviamente el complemento también se extingue.

El único requisito que se requiere para que proceda una medida complementaria es que se haya dictado una medida cautelar típica o

innominada que el Juez considere o que la parte interesada crea que no es eficiente y por lo tanto es necesario complementarla con otra.

También es obvio y evidente que las medidas complementarias no se pueden decretar con caución, y éstas siguen la suerte de la medida principal, y en este sentido para decretar una medida complementaria tampoco es necesario que se cumpla con los requisitos establecidos para las medidas cautelares típicas o innominadas, ya que se supone que si estas van a complementar a aquellas, dichos requisitos ya se han verificado para poder haberlas acordado.

Naturaleza Complementaria de la Prohibición de Zarpe

A primera vista y luego de haber estudiado a lo largo de este trabajo las características de la prohibición de zarpe y de cómo esta regulada en la Ley de Comercio Marítimo (2001), y según lo analizado en el ítem anterior, seria muy descabellado pensar que la medida de prohibición de zarpe podría tener una naturaleza cautelar complementaria.

Lo anterior se afirma en virtud de que el Juez, de oficio, puede dictar una medida complementaria, y hemos estudiado que por el contrario, la prohibición de zarpe debe ser solicitada por el titular de un crédito

privilegiado, marítimo o quirografario; así mismo si para decretar una medida complementaria no es necesario probar el periculum in mora, así como tampoco el fumus bonis iuris, el articulo 103 de la Ley de Comercio Marítimo (2001), así lo exige para cuando se trata de créditos distintos a los privilegiados y marítimos; finalmente en lo referente a la caución, el citado artículo permite decretar la medida cuando no están llenos los extremos de ley, ofreciendo caución.

Ahora bien, analizando la medida en su profundidad y su regulación como se ha venido haciendo, tenemos que no se ha afirmado que la medida de prohibición de zarpe sea actualmente según la regulación vigente ni debió ser tratada nunca como una medida innominada, por no poseer esta las características y la finalidad de este tipo de medidas aun cuando no estaba especificada ni regulada en la ley; tampoco se puede afirmar que dicha medida es una medida típica, por no poder ésta alcanzar la finalidad de las mismas, excepto cuando se trata de acciones consistentes en la ejecución de un cerdito privilegiado sobre el buque. Pero si se podría afirmar entonces que la medida de prohibición de zarpe tendría la apariencia de ser una medida complementaria a una medida típica como bien lo pudiera ser a la medida de prohibición de enajenar y gravar de un buque.

Esta afirmación se basa sobre todo en lo ineficaz que puede resultar ser una medida típica de prohibición de enajenar y gravar sobre un buque, sin que ésta esté acompañada de una medida complementaria de prohibición de zarpe; ya que si se tiene solamente la medida de prohibición de enajenar y gravar el bien objeto de esta medida, es decir el buque, bien podría seguir navegando en aguas jurisdiccionales exponiéndose a los riesgos de la navegación y pudiendo quedar ilusoria la ejecución del fallo si el buque se averiara, o se perdiera en una colisión etc, o bien que se sustrajera de las aguas jurisdiccionales teniendo luego que la parte actora de ser vencedora en el juicio, ir a ejecutar el fallo a la jurisdicción donde se encuentre el buque. En cambio de existir la prohibición de zarpe complementado la medida de prohibición de enajenar y gravar nada de esto pudiese ocurrir.

Pero cabría preguntarse por qué no puede ocurrir al revés, es decir por qué la medida de prohibición de enajenar y gravar no es la complementaria a la medida de prohibición de zarpe. A mi parecer esto no podría ser en el sentido que según lo que hemos estudiado la medida de prohibición de zarpe es la insuficiente ya que no cumple la finalidad de las medidas cautelares típicas, como lo es garantizar la ejecución del fallo si se solicita autónomamente (con la excepción que ya hemos tratado que es cuando se trata de un crédito privilegiado).

En cambio la medida de prohibición de enajenar y gravar es una medida típica por excelencia; que no se cumpla su finalidad en este caso, es una excepción por tratarse el buque de un bien mueble que por estar el mismo sometido a la publicidad registral se le puede afectar con ese tipo de medidas, pero por ser precisamente un bien mueble que se puede trasladar de un lado a otro, y ser esta una excepción, en el sentido que los bienes que se gravan con la medida de prohibición de enajenar y gravar son por excelencia los bienes inmuebles; no se puede cumplir a cabalidad su finalidad como medida cautelar y es por eso y para eso que existen las medidas cautelares complementarias como es el caso y se solicitaría la medida complementaria de prohibición de zarpe.

Ahora bien, por tratarse el derecho marítimo de una materia especialísima y ser la misma de una importancia vital para el comercio marítimo mundial, sí soy del criterio que para poder decretar la medida de prohibición de zarpe, así sea como una medida complementaria, debe cumplirse con lo regulado en el articulo 103 de la Ley de Comercio Marítimo (2001) en lo que se refiere a los requisitos de procedencia y el alcance de dicha medida, es decir cuando se trata de acciones de acreencias de créditos privilegiados o marítimos se deberán acompañar documentos que constituyan antecedentes del caso, y de tratarse de créditos privilegiados cumplir con los requisitos del articulo 588 del Código de Procedimiento Civil (1986); todo ello con los fines

de salvaguardar todo lo referente a la materia especialísima de que se trata y que es de suma importancia para el comercio exterior como el comercio marítimo.

CONCLUSIONES

- El zarpe es un permiso administrativo que otorga la Capitanía de Puerto competente, para que la nave pueda hacerse a la mar luego de verificar que se cumple con todos los requisitos establecidos en la Ley. El bien objeto del zarpe es el buque en virtud de que dicha autorización administrativa recae sobre él, y el mismo constituye un bien mueble por naturaleza, pero con características muy particulares que hacen que se le aplique disposiciones jurídicas relativas a los bienes inmuebles.

- La prohibición de zarpe es la negativa por parte de la administración de otorgar al capitán o naviero la debida autorización para que el buque pueda hacerse a la mar. El contenido entonces de dicha medida, viene a ser la orden que dicta el tribunal competente al Capitán de Puerto de la jurisdicción donde se encuentra la nave, de no emitir el zarpe del buque objeto de la medida y el alcance de esta medida, es que el buque no salga de la Capitanía de Puerto donde se encuentra, es decir que no leve anclas y se haga a la mar, en este sentido el bien afecto permanecerá amarrado al muelle. Con dicha prohibición no existe desposesión jurídica del bien, como tampoco

existe alguna limitación de traspasar la propiedad del buque a un tercero. La finalidad que cumple la medida de prohibición de zarpe como medida cautelar no es más que asegurar que el barco no se haga a la mar a los fines de que el mismo no se exponga a los riesgos que implica la navegación, así como tampoco se sustraiga de la jurisdicción del país donde se decretó la medida además de garantizar el ejercicio de una acción en virtud de un crédito privilegiado, mas no de un crédito marítimo o uno distinto a estos dos, tal y como lo establece erróneamente el artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo (2001), ya que como se ha afirmado en el presente trabajo la prohibición de zarpe sólo implica inmovilidad del buque.

- Como presupuesto para decretar la medida cautelar de prohibición de zarpe en virtud de un crédito privilegiado o marítimo sólo se exige probar el *fumus boni iuris*, y si no se puede demostrar éste podrá ser decretada otorgando caución suficiente; si la acción es intentada en virtud de un crédito quirografario deberá ser demostrado, además del *fumus boni iuris,* el *periculum in mora*, pudiendo ser también decretada sin estar llenos los extremos de ley, mediante caución.

- Cuando lo que se persigue con la medida es la eficacia y efectividad del fallo, estamos en presencia del poder cautelar, ya que éste no es más que la manifestación preventiva de los órganos jurisdiccionales. Este poder cautelar posee las siguientes características: jurisdiccionalidad; instrumentalidad; provisionalidad; urgencia; se dictan en cualquier grado y estado de la causa; autonomía; homogeneidad. Este poder cautelar se divide en el poder cautelar típico, específico o concreto que es aquel que preferentemente tiene carácter patrimonial y se dictan para garantizar la ejecución del fallo, y es la Ley la que determina su contenido, finalidad y alcance y a su vez establece los procedimientos en los cuales pueden dictarse dichas medidas y el poder cautelar general que se manifiesta a través de las medidas cautelares innominadas, es aquel que expresamente no está determinado en la Ley como las típicas, y las mismas se dictan a los fines de evitar cualquier daño o lesión que uno de los litigantes pueda causar al otro.

- Las medidas complementarias son aquellas destinadas a complementar a una medida cautelar típica o innominada, cuando el Juez lo estime conveniente o una de las partes interesadas lo solicite. Este tipo de medidas sigue la suerte de la medida típica o innominada,

> y la misma no debe ser decretada cumpliendo algunos requisitos específicos sino cuando se estime que la medida típica o complementaria no cumpla su fin por sí sola.

La prohibición de zarpe no se puede considerar una medida cautelar innominada, ya que primero la misma recae sobre un buque, o sea un bien, siendo que las medidas innominadas, por lo general, son medidas cautelares que recaen sobre conductas humanas; y en segundo lugar para poder ser decretada la prohibición de zarpe no se debe probar como requisito el periculum in damni, ya que no lo exige así el artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo (2001). Sólo se puede decir que la prohibición de zarpe tiene una naturaleza cautelar típica en lo que respecta al ejercicio de una acción intentada en virtud de un crédito privilegiado, porque de tratarse de un crédito marítimo o cualquier otro, dicha medida no tendría por sí sola ningún sentido, ya que con la ejecución de dicha medida cautelar no queda en forma alguna garantizada la ejecución del fallo que se vaya a obtener.

La naturaleza jurídica de la prohibición de zarpe en el derecho marítimo venezolano, se podría decir que es mixta en el sentido de que la misma si bien es cierto tiene una naturaleza cautelar de las medidas cautelares típicas para un caso determinado como es la acción referida a un crédito privilegiado, la misma posee la naturaleza cautelar de las medidas cautelares

complementarias ya que la misma no tiene la eficacia suficiente para garantizar la ejecución de un fallo cuando se trata de ejecuciones de créditos marítimos o quirografarios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alfonso, I. (1991). ***Técnicas de Investigación Bibliográfica.*** (5° ed.). Caracas: Contexto.

Alonso, Carmen. (1995). ***Los Privilegios Marítimos.*** Madrid: Editorial Civitas.

Alvarez, T. (2001). ***Derecho Marítimo***. (1° ed.) Caracas. Editora: Anexo 1, C.A.

Alvarez, T. (2004). ***Derecho Marítimo***. (2° ed.) Caracas. Editorial: Tecnojuris

Arroyo, I. (1985). ***Estudios de Derecho Marítimo.*** Barcelona: Librería Bosh.

Blas, O. (1981). ***Privilegios Marítimos.*** Buenos Aires: Ediciones Novum Forum.

Baumeister, A. "Breves Consideraciones sobre los Procedimientos en Derecho Marítimo Venezolano". (2002). En: ***Estudios de Derecho Procesal Civil. Libro Homenaje a Humberto Cuenca***. Caracas: Fernando Parra Aranguren, editor.

Berizonce, R. "La Tutela Cautelar y la Prestación Jurisdiccional Efectiva". (1996). En: ***XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal***. Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Calamandrei, P. (1996) ***"Introducción la Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares"***. Argentina:

Código Civil (1982). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 2990 (Extraordinario), Julio 26 de 1982.

Código de Comercio (1955). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 475 (Extraordinario), 21 de diciembre de 1955.

Código de Procedimiento Civil (1986). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 3.970 (Extraordinario), 13 de marzo de 1987.

Código Orgánico Tributario (1992). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 4.466 (Extraordinario), 11 de septiembre de 1992.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. N° 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.

Cova, L. (2002). ***El Nuevo Régimen de la Navegación en Venezuela y la Ley de Comercio Marítimo.*** Caracas: Anauco Ediciones, C.A.

Chamorro, F. (1994). ***La Tutela Judicial Efectiva.*** Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

Danjon, D. (1931). ***Tratado de Derecho Marítimo.*** Madrid: Editorial Reus.

Fernández-Concheso, A. (1993). ***Régimen Administrativo de la Navegación.*** Caracas: Ediciones Marítimas Venezolanas.

Garbati, P. (1974). ***Glosario de Derecho Marítimo***. (2ª ed.). Caracas: Editorial La Torre.

González, L. (1979). ***Manual de Derecho de la Navegación.*** Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Henríquez La Roche, R (2000). ***Medidas Cautelares.*** Caracas: Ediciones Liber.

Henríquez La Roche, R (1998). ***Código de Procedimiento Civil.*** (Tomo IV). Venezuela: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.

Hernández, R., Fernández, C. Y Baptista, P. (1991). **Metodología de la *Investigación.*** (2° ed.). México: McGraw-Hil.

Hernández, S. (1995). ***Derecho Marítimo.*** España: Bosch , Editor.

Lares, E. (1996). ***Manual de Derecho Administrativo.*** (10° ed.). Caracas: Intertextos Consultores, C.A..

Ley de Comercio Marítimo (2001). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. N° 5.551 (Extraordinario), 9 de noviembre de 2001.

Ley de Emergencia Financiera (1995). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 4.931 (Extraordinario), 6 de julio de 1995.

Ley de Enjuiciamiento Civil (2000). ***Ley de Enjuiciamiento Civil. Texto integro de la Ley 1/2000, de 7 de enero, con legislación complementaria.*** Madrid: Editorial Tecnos.

Ley General de Marinas y Actividades Conexas (2001). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*** N° 37.321. 9 de noviembre de 2001.

Ley General de Marinas y Actividades Conexas (2002). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. N° 37.570, 14 de noviembre de 2002.

Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión (1973). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 1.575 (Extraordinario), 4 de abril de 1973

Ley de Navegación (1998). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. No. 5.263, 17 de septiembre de 1998.

Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares (2002). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. N° 37.596, 20 de diciembre de 2002.

Ley sobre el Derecho de Autor (1993). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 4.638 ()extraordinario), 1 de octubre de 1993.

López, H. "Las Medidas Cautelares su Regulación en el Código de Comercio de Colombia". (1996). En: ***XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal***. Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Matilla, R. (1999). ***Internacionalidad del Derecho Marítimo y Jurisdicción Internacional.*** Bilbao: Universidad de Deusto.

Manrique, D. "Medidas Cautelares en Derecho Comercial". (1996). En: ***XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal***. Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Montero Aroca, J; Gómez Colomer, J; Montón Redondo, A y Barona Vilar, S. (2001). ***Derecho Jurisdiccional.*** (Tomo II) (10ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch

Mora Capitan, B. (2000). ***El Embargo Preventivo de Buques.*** Barcelona: Jose María Bosh Editor.

Franco, O. "El Embargo de Buques en el Derecho Venezolano". (1997). En: ***II Congreso Internacional de Derecho Marítimo***. Caracas: Autor

Ortells Ramos, M. (2000). ***Las Medidas Cautelares.*** Madrid: La Ley.

Ortells Ramos, M. (2001). ***Derecho Procesal Civil.*** (2ª ed.). España: Editorial Aranzadi.

Ortíz-Ortíz, R. (1997). ***El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas en el Ordenamiento Jurídico Venezolano.*** Caracas: Paredes Editores.

Ortíz-Ortíz, R. (1999). ***Las Medidas Cautelares Innominadas. Estudio Analítico y Temático de la Jurisprudencia Nacional.*** (Tomo I). Caracas: Paredes Editores.

Ortíz-Ortíz, R. (2001). ***Tutela Constitucional Preventiva y Anticipada.*** Caracas: Editorial Fronesis.

Peyrano, J. (1993). ***El Proceso Atípico.*** Buenos Aires: Editorial Universidad.

Pierre, O. (Comp.). (1994). ***Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*** (Tomo III). Caracas: Editorial Jurídica Pierre Tapia.

Ramírez & Garay. (Comp.). (1994). **Jurisprudencia Venezolana Ramírez y Garay** (Tomo CXXX). Caracas: Ramírez & Garay

Ramírez & Garay. (Comp.). (1996). **Jurisprudencia Venezolana Ramírez y Garay** (Tomo CXXXVII). Caracas: Ramírez & Garay

Ray, J. (1992). ***Derecho de la Navegación.*** Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Reglamento para la Recepción y Despacho de Buques por las Autoridades Marítimas de la República (1953). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 23.633, 17 de septiembre de 1953.

Rengel-Romberg, A. (1994). ***Medidas Cautelares Innominadas*** En: Revista de Derecho Mercantil No. 16 y 17. Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L.

Tribunal Supremo de Justicia (2004, Abril 15). Página web en línea disponible:http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Abril/AVOC-00311-150404-03907.htm (Consulta: 2004, Agosto 26.

Tomaselli, M. (2001). "La Retención Judicial del Buque" En: ***Doctum. Revista Marítima Venezolana de Investigación***. Volumen 3, N° 2. Caracas: Magraphi Impresores.

Universidad Pedagógica Experimental Libertador. (1998). ***Manual de Trabajos de Grado de Especialización y Maestria y Tesis Doctorales.*** Caracas: Fedupel.

Véscovi, E. (1999). ***Teoría General del Proceso.*** (2ª ed.). Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.

Villarroel, F. (1998). ***Derecho Marítimo.*** Caracas: Paredes Editores.

Villarroel, F. (2003). ***Tratado General de Derecho Marítimo.*** Catia La Mar: Universidad Experimental Marítima del Caribe.

Zoppi, P. (1988). ***Providencias Cautelares en el Nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano***. Valencia: Hermanos Vadell Editores.