

## LA FENOMENOLOGIA PROCESAL DEL EMBARGO DE BUQUE EN EL ACUERDO DE CARTAGENA (DECISIÓN 487) DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

Edwing MARVAL<sup>1</sup>

RESUMEN: El embargo de buque en la Decisión N° 847 sobre Garantías Marítimas (Hipoteca Naval y Privilegios Marítimos) y Embargo Preventivo de Buques, se erige como una figura procesal destinada a garantizar el comercio marítimo y explotación de buque conforme a los distintos contratos de utilización y transporte acuático dentro del marco normativo comunitario. La precitada Convención reproduce *in stricto sensus* las disposiciones contenidas en los Convenios Internacionales de 1952 y 1999 como Reglas Unificadas sobre el Embargo Preventivo de Buque, de las cuales dimana el elenco de supuestos con relación al crédito marítimo derivado de la navegación y explotación comercial directa e indirecta del buque, siendo esta la normativa internacional atributiva de competencia acogida a nivel internacional para los países signatarios e incorporada a la legislación acuática interna de los países que conforman la Comunidad Andina signatarias de la Decisión N° 487. Los créditos y privilegios marítimos comportan unos de los elementos neurálgicos causales del embargo de buque, de los cuales dimana el elenco de supuestos inherentes relacionados a la garantía crediticia o privilegiada caracterizada por su género y especie, aunque su exégesis tiene sus antecedentes en el Derecho común, su concepción ideológica lo diferencian del modelo tradicional civilista y mercantilista del crédito como figura.

PALABRAS CLAVES: Embargo de buque, Denomenología procesal, Acuerdo de Cartagena, Decisión 487, Comunidad Andina de Naciones.

ABSTRACT: Ship Arrest on Decision N° 487 on securities regarding Maritime Liens and Privileges) and seizure of a ship, may be defined as a procedural institution intended to secure maritime trading and ship operations in accordance with all sundry of ship charters and cargo carrier by sea pursuant to Andean Community governing law. Said Convention provides for a *stricto sensus* legal dispositions as prescribed by International Convention on Ship Arrest 1952 and 1999 as Unified Rules on Ship Arrest, which falls under legal grounds with respect to Maritime Claims stemming from seagoing and maritime trade operations related and unrelated to shipping, as it is considered jurisdictional International Regulations being applied internationally by signatory countries and bounded as part of the Domestic Navigation Act of Andean Community Countries signatory of Decision N°487. Maritime Liens and Privileges are comprised of core elements for Ship Arrest, to which binding grounds in connection with security liens or privileges qualified by a category or modality, notwithstanding, its own exegesis holds background in Common Law, as a ideological conception making a difference from Continental and Business Law Securities as a modality.

---

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

### *Introducción.*

Como parte del dinamismo, evolución y adaptaciones que se han suscitado en el Derecho Marítimo Internacional en la explotación y relaciones contractuales derivadas de la navegación y comercio por agua con ocasión a utilización de buques mercantes en sus diversas categorías y características resulta necesario estructurar un orden normativo tanto sustantivo como adjetivo de carácter multilateral entre países que conforma la Comunidad Andina de Naciones, que a su vez armonicen con el ordenamiento jurídico interno y los Convenios Internacionales suscritos cada uno de ellos en el marco de coparticipación suscribiente como miembros tanto de la Organización Marítima Internacional (OMI) como la Decisión 487 del Acuerdo de Cartagena como parte de la normativa interna de cada Estado.

La Decisión N° 487 y 532 del Acuerdo de la Comunidad Andina de Naciones compendia lo atinente al embargo de buque lo previsto en el Convenio Internacional sobre Embargo Preventivo de Buques de 1952, 1999, cuyo contenido prevé todas aquellas disposiciones y prerrogativas tanto legales como procesales para su procedencia, sustanciación y trámite. He aquí de donde el legislador Andino Comunitario ha adoptado de manera taxativa el procedimiento de embargo de buque de los referidos Convenios entre otras instituciones, de igual manera ha incorporado lo previsto en el Convenio sobre Privilegios Marítimos e Hipoteca Naval de 1993.

En este particular, surge la necesidad normativa de este tipo de embargo, el cual exige una regulación específica por la naturaleza del buque, como la *res marítima* sujeta por excelencia a los distintos riesgos de la navegación y destinada a trasladarse a distintas jurisdicciones acuáticas entre los países que conforman la Comunidad Andina. De este modo todas las acreencias con ocasión a la explotación, comercio, servicios, derechos, pertrechos, entre otras actividades directas e indirectamente relacionada con sus operaciones de transporte marítimo debían contar un instrumento jurisdiccional multilateral comunitario capaz de satisfacer tales acreencias en caso que los acreedores de cualquiera que fuese el servicio prestado pudiese satisfacer judicialmente el pago de contraprestaciones calificadas como un crédito marítimo o privilegiado conforme a lo tipificado en la Decisión 487 del Acuerdo de Cartagena.

Aunado a los grandes costos que implican el manejo y administración de un buque en el negocio marítimo, era necesario contar con mecanismos procesales mediatos para lograr la aprehensión o asís de buques que causaren grandes daños económicos a tripulantes, capitanes, porteadores, cargadores, consignatarios, agentes navieros con ocasión a las acreencias generadas por su explotación. La rentabilidad y solvencia económica de armadores y agentes navieros de buques mercantes, generalmente están en la capacidad de responder a los distintos reclamos extrajudiciales y judiciales presentados en el negocio naviero; empero en muchas circunstancias una gran cantidad de armadores habían declarado en quiebra, sencillamente por el hecho de que la medida de embargo contra alguno de los buques, se había prolongado injustificadamente, mientras era tramitada la fianza para el levantamiento de la medida de embargo.

Resulta evidente entonces que, con ocasión a la efímera estadía de los buques en puertos, las expectativas sobre la satisfacción del crédito marítimo y/o privilegiado, pudiera ser nugatoria y sin contar con un mecanismo expedito, ágil y

práctico e internacionalmente unificado, que le facilite al acreedor el ejercicio de medidas eficaces capaces de apresar al buque donde este se hallase. En la práctica los buques zarpan mucho antes de que pueda presentarse una fianza bien sea bancaria, empresa de seguros o un fiador requerido por el órgano jurisdiccional del país competente para decretar la medida.

Conforme a lo anteriormente esgrimido, la teleología del presente ensayo bibliográfico es analizar y desarrollar el embargo marítimo previsto en la Decisión 487 del Acuerdo de Cartagena como institución procesal aplicable como instrumentos idóneos para la satisfacción de garantías materiales en el procedimiento marítimo comunitario en cuanto a su naturaleza de medida de aseguramiento material y no como “embargo preventivo”, calificativo que dista del contenido propio de tu arquitectura y fenomenología tanto en el Convenio como la normativa adjetiva interna de cada uno de los países suscribientes del mismo.

## 1. *El embargo en la teoría jurídica.*

### a. *Definición.*

La génesis del embargo dentro de su haz lingüístico etimológicamente deviene del verbo “embargar” que a su vez deriva del latín *imbarricare*, como nombre significa retención, traba o secuestro de bienes por mandamiento de un juez o autoridad competente, así pues ideológicamente contiene distintas acepciones del vocablo significativo como es *sai si e* en francés, *pignoramento* en italiano y la *beschlagnahme* en alemán, mientras que para los Anglosajones es denominado *Arrest*, también es adoptado terminológicamente para definir el embargo preventivo en el sistema procesal Alemán, del mismo modo, en la contextualización Alemana *Mit Arrest belengen* equivale a embargo preventivo<sup>2</sup>.

El embargo como una institución de garantía dentro de las medidas procesales, tiene su naturaleza cautelar en el plexo del Derecho común, sin embargo no es exclusiva del fenómeno cautelar,<sup>3</sup> pues este trasciende por múltiples rasgos procesales adoptando una fisonomía *endo* sustantiva dentro de las distintas categorías de medidas con pertenencia dentro de la ideología del aseguramiento en sus diversas manifestaciones. Distintas legislaciones han asemejado al embargo con el secuestro como ocurre en la normativa marítima panameña la cual hace referencia al “secuestro de buque”. Al respecto el ordenamiento jurídico marítimo Uruguayo hace una distinción entre en embargo, el secuestro y el arresto de buques, siendo el embargo en *strictus sensus* una medida cautelar destinada a asegurar las resultas del juicio, teniendo aparejada la consecuencia de indisponibilidad del bien afecto a la medida, mientras que el secuestro implica la prohibición de salida del buque de las aguas de la República y sus puertos, pues consiste en la detención del buque más no conlleva a su desapoderamiento, siendo esta una medida territorial de urgencia que tiene como único efecto localizar e inmovilizar al buque en determinada jurisdicción, a fin de

---

<sup>2</sup> “*Arrest* —literalmente arresto, pero no empleado en alemán para el penal personal (salvo en lo disciplinario militar), sino para designar los embargos civiles o mercantiles (los preventivos especialmente)... Se trata del *arrest* en el título V del Libro VIII de la ZPO, distinguiéndose entre el *arrestvollzug*, de carácter preventivo y asegurativo, y la *arrestvollstreckung* que es ejecutivo definitivamente sancionador como consecuencia de un acuerdo judicial firme. La acción para el embargo se denomina *arrestanspruch (klage)*...” (QUINTANO RIPOLLÉS, A.: ob. cit.p 33).

<sup>3</sup> Ortiz-Ortiz, R. (2017e): El poder cautelar en procedimientos especiales (Mercantil, Marítimo, Arbitraje, Laboral y Agrario), p. 125.

hacer posible la adopción de otra medida cautelar que garantice el resultado del juicio de fondo<sup>4</sup>.

A los efectos de brindar otras perspectivas conceptuales sobre el embargo, no permitiremos citar distintos doctrinarios de la ciencia procesal quienes han conceptualizado al embargo desde distintas cualidades y características, según el insigne jurista Colombiano Devis Echandía el embargo es un acto judicial mediante el cual se pone fuera del comercio una cosa, a las órdenes de la autoridad que lo ha decretado; de igual manera en líneas de otro autor colombiano Morales Molina, señala que es una medida establecida para asegurar la eficacia de la demanda del acreedor, contra actos del deudor que al enajenar sus bienes merme y dilapide el respaldo de sus obligaciones. Mientas que Cabanellas lo define como una medida procesal precautoria de carácter patrimonial, que, a instancia de acreedor o actor, puede decretar el juez o tribunal sobre los bienes del deudor o demandado para asegurar el cumplimiento de la obligación exigida y las resultas.

## 2. Modalidades.

### a. El embargo cautelar.

El embargo cautelar como una medida objetiva y determinada contenida en la normativa Civil sustantiva Iberoamericana, está dirigida a asegurar materialmente las resultas de la ejecutoriedad de la sentencia final, es decir esta versa sobre bienes determinados, es así como el profesor Ortíz-Ortíz lo ha definido como una medida preventiva que dicta el órgano jurisdiccional, a solicitud de parte y previo cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia, para sustraer determinados bienes muebles de la esfera patrimonial y de disponibilidad del sujeto pasivo, con la finalidad de garantizar un patrimonio suficiente para ejecutar la sentencia condenatoria de carácter patrimonial que se dicte en un juicio principal<sup>5</sup>.

En el contenido de la modalidad Civilista el embargo es una cautelar objetiva contenida y concebida por la norma cualificante, que verisímilmente instrumenta el aseguramiento material connotado en un fundado o existente temor, peligro o riesgo latente con miras a la efectividad y eficacia sentencial, cuyo decreto es potestad exclusiva y excluyente del órgano jurisdiccional bien sea bajo un conocimiento temporal o definitivo del asunto, por lo que deberá decretarse endo procesalmente, es decir dentro de un proceso instaurado.

### b. El embargo preventivo.

Dentro de las modalidades en que se manifiesta la función jurisdiccional, la prevención se instituye como un estado legítimo de necesidad procesal que tiende asegurar circunstancialmente el *status quo* de la pretensión de manera inmediata tendientes a los fines del proceso. Comoquiera que el embargo preventivo incide sobre los derechos del afectado por la medida en contraste con la pretensión del solicitante, la normativa continente debe fijar las “causas” de procedencia, modalidades y causales pues esta es de interpretación restrictiva. La ontología del embargo preventivo es garantizar o asegurar determinados bienes jurídicos que pudiesen estar susceptible a riesgos, peligro o amenaza en cuanto a su disponibilidad estando en posesión de la contraparte o terceros, estos bajo este alcance no están afectos a la futura ejecución del fallo<sup>6</sup> (lo cual es la espina medular

---

<sup>4</sup> Fresnedo, Cecilia (1997): Embargo de buques como medida cautelar en el Derecho internacional Privado uruguayo, en *Revista de Transporte y Seguros* N° 10, p. 145.

<sup>5</sup> Ortiz-Ortiz, R. (2017d): Teoría general de la potestad cautelar civil. Ed. Frónesis. Caracas, p. 903

<sup>6</sup> Ortiz-Ortiz, R. (2017d): Teoría general de la potestad cautelar civil. pp. 489ss.

de las medidas cautelares); el embargo califica su carácter “preventivo” en un riesgo de peligro o amenaza súbita en donde no necesariamente debe pre-existir un procedimiento o pretensión previa para prever los temidos daños y perjuicios por la premeditada actuación de la contraparte o un tercero, no obstante este poder preventivo público ha sido delegado en potestad de la función jurisdiccional siendo el embargo una atribución conferida por una norma atributiva de competencia.

El ordenamiento jurídico procesal venezolano define al embargo de bienes muebles, secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar como modalidades de medidas preventivas al señalar el artículo 588 CPC en su primer párrafo:

*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.*

De modo que el legislador patrio hace una calificación ambigua sobre lo que realmente es “preventivo” y lo que tiene naturaleza “cautelar” pues resulta incorrecto y erróneo dar por lo mismo y denominar una cosa por la otra y viceversa, ello ciertamente comportaría una entropía procesal desnaturalizando la eidética y apirética de la teoría general de la actividad preventiva y el poder cautelar.

Pues bien, en el tema de marras, el embargo de buque ha sido calificado por Decisión 487 del Acuerdo de Cartagena como “embargo”, enunciándolo como:

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

Tal definición es acogida del embargo “preventivo” de buque en la última Convención de Bruselas de 1999, al ser incorporada al Acuerdo de Cartagena conocida como la Decisión 487 de la Comunidad Andina de Naciones, modificada por la Decisión 532, normativa que curiosamente en su título se denomina “embargo preventivo” en la precitada normatividad internacional, y sorpresivamente lo único que tiene de “preventivo” en su contenido es el calificativo, pues ello palmariamente deviene de una acepción de traducción lingüística del término *Arrest* en el vocablo Alemán tal como ha sido expresado en líneas precedentes.

Por consiguiente, en distintos apartados se reparará en un análisis científico sobre las imprecisiones y falencias intelectuales del orden normativo procesal marítimo contenido en la Decisión 487 del Acuerdo de Cartagena, que ha desarrollado resabios en la fuerza de la costumbre de otras legislaciones y normativas foráneas sin ningún tipo de rigor científico y apodíctico.

### *c. El embargo como medida de aseguramiento provisional.*

En el hilvanar de los preceptos conceptuales y modalidades de la institución del embargo en su haz categórico, la Teoría General del Aseguramiento se ha ramificado en una figura emergente de carácter “provisional” la cual encuentra su coadyuvante razón de ser en esta particular engranada en la trilogía institucional del “embargo” y el “aseguramiento”, y para ello el amable y ávido lector debió haber surcado en cada una de ellas individualmente, para después adentrar en una simbiosis sinérgica de convergencia comprendida por la provisionalidad en aras de poder comprender esta modalidad procesal.

Como bien se ha establecido anteriormente la “medida de aseguramiento provisional” está provista de un contenido de seguridad y certeza material imbricado con un objeto “coactivo” con un alcance “preventivo” supeditado a una garantía patrimonial virtualmente bajo un fundado temor de amenaza y peligro inmediato extraños a aspectos y elementos tanto volitivos como de ejecución ulterior del fallo sentencial, es decir una finalidad estrictamente “objetiva”, por lo tanto el embargo se transmuta en esta circunstancia particular como una forma de aseguramiento temporal y no eventual.

Esta modalidad de medida de aseguramiento provisional se configura dentro de la teoría del embargo marítimo como una previsión circunstancial derivada de una “causa” y “objeto” de garantía material calificado por un título guarantee que no está sujeto a un efecto procesal ulterior en relación a ejecución formal de la sentencia final, sino al resguardo patrimonial sobre derechos e intereses en relación a la explotación del buque y actividades comerciales conexas.

### 3. Efectos del Embargo.

#### a. Frente a las partes.

Los efectos jurídicos y procesales del embargo tienen sus esferas y connotaciones en distintas manifestaciones y modalidades tanto materiales como procesales a saber: a) comoquiera que sus elementos y factores cualificantes son la disposición, efectos y afectación; ciertamente el embargo tiene un efecto jurídico de desposesión de bienes del ámbito patrimonial del afectado por la medida por decreto judicial, por lo tanto la otra tiene la posibilidad procesal de contra restar, anulando el efecto a través de la oposición como medio de impugnación desvirtuando meritoriamente la causa y objeto que hubiese dado lugar a ello; b) La medida instrumentada y homogénea al proceso principal asegura el bien material y lo indisponde procesalmente de ambas partes, es decir queda el acervo patrimonial resguardados bajo la custodia de un tercero denominado depositario quien lo asegura materialmente y quien a su vez responderá por los daños, deterioro o pérdida del bien embargado; c) ninguna de las partes podrá disponer ni administrar el bien embargado; d) el patrimonio afecto a la medida de embargo no puede recaer sobre el bien propio del embargante toda vez que esta medida procesal está destinada en asegurar una masa patrimonial propiedad del embargado o un tercero en garantía sobre la cual se materializará la pretensión propuesta por mandato judicial de la sentencia.

#### b. Frente a terceros.

El medio procesal por excelencia para hacer valer la cualidad interviniente dentro de un proceso es la oposición al embargo a través de la tercería, para ello debe existir un interés jurídico actual, extra o endo procesal, es decir la parte interviniente debe gozar de cualidad *ad causam* o *ad procesum*, en cualquier estado y grado del proceso, es decir antes o después practicada la medida, devenida de su intervención de tercero agraviado por tener una titularidad de propiedad sobre los bienes afectos al embargo, afirma el doctrinario patrio Rengel-Romberg que la oposición al embargo es la intervención voluntaria del tercero, por la cual éste impugna por la vía incidental el embargo practicado sobre bienes de la propiedad, o alega que los posee a nombre el ejecutado, o que tiene un derecho exigible sobre la cosa embargada<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Rengel-Romberg A. (2016): Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Ediciones Paredes, 13° Edición reimpresión, p. 158.

El bien embargado es susceptible de persecución por terceros interesados bien sea porque tienen un interés directo o una titularidad sobre este, y como tercería tienen la cualidad tanto jurídica como procesal de perseguirlo y recuperarlo en manos de quien se encuentre indistintamente la condición posesoria ostentada por el tercero afectado o interesado.

Otra de las figuras del embargo en cuanto a tercero es la intervención adhesiva o adherente o *ad adiuvandum* pues esta tiene lugar cuando el tercero alega interés jurídico actual en sostener las razones de algunas de las partes y pretende ayudarla a vencer dentro del proceso.

En el embargo marítimo el buque es prenda común entre los acreedores a razón de un crédito marítimo y/o privilegiado, es decir que por cualquiera de los supuestos *numerus clausus* contenido en la normativa especial, el tribunal del país miembro podrá decretar el embargo del buque cuando la tercería derive de cualquiera de las 22 causales taxativas con ocasión a un crédito marítimo contenido en la Decisión 487 del Acuerdo de Cartagena.

Uno de los ejemplos que podemos traer a colación es lo proscrito sobre la intervención de terceros marítima el Código de Procesal Marítimo Panameño establece que todo aquel que tenga interés procesal o se pueda ver afectado por las resultas de este, está facultado para intervenir en calidad de tercero coadyuvante a cualquiera de los litigantes, no obstante es una tercería limitada, toda vez que debe existir un fundamento fáctico y probatorio, además de previa autorización de las partes contendientes y el Tribunal en cualquier grado y estado de la causa, pudiendo el interviniente subrogarse la cualidad procesal de cualquiera de las partes.

Curiosamente la Decisión 487 no contiene disposición alguna sobre la tercería y sus modalidades, simplemente por vía análoga se remite en caso de existir a las prerrogativas de la norma adjetiva ordinaria de cada país miembro.

#### 4. La regla general: la inembargabilidad del buque.

##### a. Razones de justificación.

El buque como instrumento de navegación y centro de explotación de la actividad marítima comercial está revestido de inmunidad internacional toda vez que su naturaleza lo hace inembargable como regla general, empero a ello, existen circunstancias muy especiales o particulares que lo hacen objeto susceptible de embargo en el marco de supuestos específicos establecidos en las Convenciones Internacionales y las Reglas unificadas que rigen el embargo de buques dentro de la comunidad marítima internacional o dentro de las legislaciones acuáticas que sin haber suscritos tales Convenios han adoptado tácitamente disposiciones que lo rigen como parte la normatividad interna.

La institución del embargo está prevista de ciertas reglas excepcionales las cuales limitan sus efectos, modalidades, ejecución sobre ciertos bienes que por su naturaleza quedan desafectado a este, configurando limitantes absolutas y relativas lo cual está concebido *ratio legis*, toda vez que es una norma atributiva y de aplicación restrictiva con relación a bienes afecto a circunstancias especiales, por lo tanto son excluidos de la institución de embargo por no ser apresables o puede ejercerse así por su destinación, utilidad y disponibilidad.

Por consiguiente hay bienes sobre los cuales existe prohibición absoluta de decretar y ejecutar embargo, para ello debe estar proscrito en una norma que

expresamente lo confiera, en el caso particular de los bienes afectos al erario público bajo la categoría de patrimonio cultural o de dominio público o social<sup>8</sup>.

Otras limitantes son de índole procesal y objetiva, las primeras están supeditadas a requisitos previos o antejuicios de orden procedimental para que estos puedan decretarse, pues tales afectaciones recaerían sobre el patrimonio de interés general o bienes de la administración pública nacional, estatal o municipal. Mientras que los otros por actividades objetivas en defensa, producción, explotación o interés que afecten el desarrollo nacional, regional o municipal de una actividad que incida directamente sobre la colectividad. Finalmente, por razones de *ius cogens* internacional, el patrimonio propiedad de los Estados no pueden ser embargados o apresados, salvo en circunstancias bélicas.

Al respecto el tratadista marítimo Francés Georges Ripert<sup>9</sup>, señaló que la Ordenanza francesa de 1.681 contenía que el embargo del buque podía ser solicitado por acreedores en cualquier circunstancia de preparación inicial o complementaria para el zarpe del buque, excepcionalmente la posibilidad de otorgar contra-cautela por parte del acreedor. Posteriormente la inembargabilidad del buque para hacerse a la mar fue derogada por normativa francesa comercial de 1967.

#### *b. Las excepciones a la regla: La garantía de los créditos marítimos.*

La institución garantista del crédito marítimo es una de las especies medulares matizadas en la actividad comercial y explotación del buque, la cual deriva indefectiblemente en torno a su preparación, ejecución y aprovisionamiento en relación a la aventura marítima con una característica fundamentalmente privada.

Etimológicamente el vocablo crédito deviene del latín *creditum*<sup>10</sup> pues la figura consolida una confianza significativa entre los sujetos vinculados de manera directa e indirecta en una relación jurídica. Desde la perspectiva moral y subjetiva señala el tratadista Paolo Greco que el crédito es la buena reputación que goza un individuo; en *strictus sensus* es el derecho subjetivo que deriva de cualquier relación obligatoria y se contrapone al débito que incumbe al derecho pasivo de la relación jurídica. El doctrinario Mexicano Miguel Acosta Romero estipula los elementos de crédito a saber: a) la existencia del acervo patrimonial de bienes; b) el traspaso o cesión de los referidos bienes; c) la disposición jurídica y material; d) el lapso de tiempo en que se utilizan o dispone de ellos; e) la obligación de restitución de estos bienes cuando se haya pactado y cumplido el pago de usufructo<sup>11</sup>.

Hechas las previas disquisiciones, el crédito marítimo, así como el privilegiado están caracterizados por su género y especie, aunque su exégesis deviene de las corrientes del Derecho común, su concepción ideológica lo diferencian del modelo tradicional civilista y mercantilista del crédito como figura.

En un ensayo conceptual se denominan *créditos marítimos a los pasivos derivados de explotación comercial directa e indirecta del buque calificados en un numerus clausus bajo un orden de prelación conforme a la normativa acuática*

<sup>8</sup> Ortiz-Ortiz, R. (2017d): Teoría general de la potestad cautelar civil. pp. 511-512.

<sup>9</sup> Ripert, G. (1950): *Droit Maritime*. Volume I. 4<sup>th</sup>, Edition, Paris, p. 11. Ob. Cit. Villarroel F. (2003): Tratado General de Derecho Marítimo. Universidad Nacional Experimental Marítima del Caribe. Catia-La Mar. 1<sup>a</sup> edición junio 2003, p.334.

<sup>10</sup> Cfr. Con García Manuel, op, cit, p. 305 y ss. Con precisión define el romanista español, García Garrido al préstamo o crédito (*creditum*) como la obligación nacida de la entrega de una cantidad de dinero (*dare certum*, que obliga a restituir).

<sup>11</sup> Cit. Acosta, Miguel: Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit. pp.772ss.

*comercial y las normas internacionales especiales de atribución jurídica versando sobre una garantía in rem sobre la nave como patrimonio náutico calificado, siendo esta última prenda común entre sus acreedores.*

Ciertamente las Convenciones sobre embargo preventivo de buque de 1952 y 1999, definen y califican al crédito marítimo dentro de los supuestos contenidos en el primer artículo de la Convención, como un *numerus clausus* de estricta aplicación y cumplimiento, y a razón de ello el buque podrá ser embargado bajo cualquiera de las circunstancias contenidas en la norma. Tales disposiciones fueron reproducidas posteriormente en las Convención Andina de Naciones en sus decisiones N° 487 y 532.

En este mismo contexto, los créditos y privilegios marítimos deberán estar encausados o calificados por un título guarantee categorizado bien sean en instrumento público, instrumento privado reconocido o tenido legalmente reconocido, facturas aceptadas, contratos de fletamentos, conocimientos de embarque, o cualesquiera otros documentos capaces de probar o certificar la existencia del crédito marítimo o privilegiado.

De modo que el embargo de buque solo podrá ser procedente a razón de un crédito marítimo y privilegiado como espina medular de su embargabilidad, y que a su vez para su procedencia o decreto no requiere de circunstancias y supuesto distintos a los contenidos en la Decisión 487 del Acuerdo de Cartagena como norma atributiva de competencia comunitaria.

#### 1). El embargo del buque en el Derecho marítimo.

De acuerdo a los razonamientos esgrimidos, el embargo de buque comporta una categoría conteniendo características muy particulares y especiales conforme al objeto sobre el cual recae por poseer rasgos propios de autonomía como eje fundamental del comercio acuático; al ser el crédito marítimo un instrumento de gravamen cualitativo especial, caracterizados por la posibilidad de ser ejercitado directamente sobre el buque, indistintamente quien lo explote, tenga su posesión jurídica o material, aun prescindiendo de formalidad registral alguna o decisión judicial definitivamente firme.

De modo que, el crédito marítimo como instrumento indisoluble estrictamente vinculado al embargo de buque lo componen las siguientes características: 1) goza de un derecho de persecución sobre el buque en manos de quien este (persecutoriedad); b) puede ser ejercitado sobre cualquier otro buque mientras pertenezcan al mismo armador obligado (personificación); c) es de ejecución inmediata por lo tanto hace satisfactorio el crédito marítimo como un título ejecutivo (ejecutividad); d) tiene un origen legal y no convencional, es decir por disposición normativa otorgada a este tipo de créditos especiales (tipicidad). Sin embargo, consideramos que existen limitaciones impuestas por Ley de Comercio Marítimo en relación al decreto de medida de embargo marítimo, y eso deviene de la cualidad del ostensible Derecho real de propiedad que tenga el deudor del crédito marítimo, es decir su condición de propietario bien sea: a) *porque para el momento que nació el crédito marítimo estaba obligado en virtud de ese crédito;* b) *y además de ello era propietario del buque para el momento de practicarse el embargo.*

Reparemos sobre los factores neurálgicos del asunto y en razón a ello es menester precisar que el embargo de buque tiene una característica de “embargo ejecutivo”, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 106 LCM en que « *transcurridos treinta (30) días continuos desde la fecha que se practique el embargo preventivo sin que el armador propietario se haga presente en el juicio, el Tribunal*

*a solicitud del acreedor, siempre que la obligación demandada exceda del (20%) del valor del buque y que el mismo se encuentre expuesto a ruina, obsolescencia o deterioro procederá mediante auto a ordenar el remate anticipado, siempre y cuando el demandante hubiere caucionado en forma suficiente, a juicio del Tribunal».* La precitada norma, nos lleva a reflexionar sobre la siguiente interrogante ¿Es procedente el remate de un buque que no es propiedad del ejecutado? Claramente la respuesta es negativa, toda vez que el tratamiento procesal de la ejecución del remate la propia Ley de Comercio Marítimo lo remite al Código de Procedimiento Civil y en consecuencia la previsión de la norma adjetiva es que el bien rematado sea propiedad del ejecutado, en consecuencia, si el buque rematado no es propiedad del obligado resulta improcedente el remate. Tal criterio lo sostiene el profesor Ortiz-Ortiz<sup>12</sup> al señalar que solamente podrá ejecutarse el embargo de un buque cuando este sea propiedad del deudor-demandado a razón de un crédito marítimo, siendo excluida toda aquella circunstancia en que el obligado ostente solamente la condición de arrendatario a casco desnudo o fletador del buque, siempre y cuando estén obligados en relación estrictamente al crédito marítimo en donde el *thema decidendum* no sea ni la propiedad ni la posesión del buque.

Para traer a colación ciertas reflexiones sobre el tema tratado, resulta oportuno precisar características y categorías de clasificación a saber: Por una parte el embargo de buque es un extracto calcado de los Convenios de Bruselas de 1952 y Ginebra de 1999; curiosamente ambas convenciones tiene como título implícito el calificativo de “preventivo”, sin embargo en el pasaje y apartado contenido en su articulado no señala taxativamente el carácter de “embargo preventivo” en ninguna sus disposiciones, definiendo simplemente al embargo *«como la inmovilización de un buque por orden de la autoridad judicial competente para garantía de un crédito marítimo, pero no comprende el embargo de un buque para la ejecución de un título»*. Se puede colegir de este concepto la orden judicial de inmovilización de aseguramiento material sobre el buque como una “garantía material *in rem*” aparejado al crédito marítimo como título cualificado, haciendo énfasis sobre la excepción de la ejecución de un título naval hipotecario o sobre un derecho real por vía ejecutiva ordinaria. Mientras que la Convención de Ginebra de 1999, define al “embargo” *«como toda inmovilización o restricción a la salida de un buque impuesta por resolución de un tribunal en garantía de un crédito marítimo, pero no comprende la retención de un buque para la ejecución de una sentencia u otro instrumento ejecutorio»*.

De esta última disposición normativa internacional la definición de embargo de buque contenida en la Convención de 1999 el embargo restrictivo califica al buque como una garantía de aseguramiento material aparejado a un crédito marítimo; del mismo modo, en ninguna de las Convenciones de 1952 y 1999 está establecido taxativamente, ni interpretativamente, ni siquiera en la original en el idioma inglés el carácter “preventivo”, ni mucho menos de “cautelar”; por lo tanto surge como interrogante ¿cuál fue el fundamento de razonabilidad científica en que se basó el legislador comunitario para calificar de “preventivo” y/o “cautelar” al embargo de buque en la Derecho marítimo comunitario? Al parecer se evidencia de un desliz lingüístico de una “errónea traducción literal de la palabra anglosajona originaria *«Arrest»*, pues la traducción no puede ser literal sino taxativa, a diferencia de la interpretación, pues, aunque son dos ciencias que parecen similares son

---

<sup>12</sup> Ortiz-Ortiz, R. (2017e): El poder cautelar en procedimientos especiales (Mercantil, Marítimo, Arbitraje, Laboral y Agrario). p. 88.

completamente opuestas, por lo tanto, hacer conjeturas de esta índole, conllevaría a la ciencia a nefastos errores ontológicos y contextuales.

Así las cosas, los resabios anfibológicos del legislador marítimo comunitario al establecer un calco conceptual en la Decisión N° 487 y 532 de la Convención de la Comunidad Andina de Naciones al adoptar taxativamente la definición de “embargo de buque” y en un entendido que ontológicamente laya de ser poca científica, en la aceptación de corrientes dogmáticas inseminadas en una ideología resignada, pues como lo afirma el maestro Ortiz-Ortiz “*debemos ser críticos auto interrogándonos con enfoque, serenidad, seriedad y sindéresis; en sintonía con la afirmación del profesor Ramos Méndez al asentar siempre hay alguien inquieto a realizar la prueba del nueve a operaciones evidentes y acuñadas. Hoy nadie puede estar seguro de que no le muevan la que creíamos bien asentada poltrona*”<sup>13</sup>.

En un ensayo conceptual se puede definir al *embargo de buque en el Derecho marítimo* como la medida de aseguramiento material por excelencia tendiente a inmovilizar o restringir el zarpe del buque impuesta como una medida de astringencia o conminación decretada por un Tribunal de un País Miembro – derivada de una pretensión *in rem*, que podrá recaer sobre el buque objeto de la pretensión (*offending ship*) o un buque hermano (*sister ship*) del propietario-armador-deudor de carácter *intra* o *endo* procesal en un litigio, con el objeto de brindar seguridad patrimonial estrictamente aparejada a un crédito marítimo o privilegiado.

En otro contexto, Uruguay delimita una distinción entre el embargo y el arresto, siendo este la prohibición de salida de las aguas de la República y de sus puertos, pues consiste en la detención del buque, más no conlleva a su desapoderamiento, es una medida territorial de urgencia que tiene como único efecto localizar e inmovilizar al buque de determinada jurisdicción a fin de hacer posible la adopción de otra medida cautelar que garantice el resultado del juicio sobre el fondo.<sup>14</sup>

## 5. Presupuestos o requisitos de procedencia

### a. La existencia de un crédito marítimo.

#### 1). Definición.

Como se ha afirmado en líneas precedentes el crédito marítimo comporta uno de los elementos neurálgicos causales del embargo de buque, y ello así aunado al contenido de la Decisión N° 487 y 532 de la Comunidad Andina de Naciones (Acuerdo de Cartagena) que ha reproducido el contenido de los Convenios de 1952 y 1999 como Reglas Unificadas sobre el Embargo Preventivo de Buque, de las cuales dimana el elenco de supuestos con relación al crédito marítimo derivado de la navegación y explotación comercial directa e indirecta del buque siendo esta la normativa internacional atributiva de competencia acogida a nivel internacional para los países signatarios.

Hechas las previas disquisiciones, el crédito marítimo, así como el privilegiado están caracterizados por su género y especie, aunque su exégesis deviene de las corrientes del Derecho común, su concepción ideológica lo diferencian del modelo tradicional civilista y mercantilista del crédito como figura.

En un ensayo conceptual se denominan *créditos marítimos a los pasivos o acreencias previstas bajo un numerus clausus derivadas de la explotación*

---

<sup>13</sup> Cit. Ramos Méndez Francisco. Prólogo al libro “embargo preventivo de buque” de Belén Mora Capitán. Ed Bosch, Barcelona, 2000 p.v. Ob. Cit. Introito. Ortiz-Ortiz, R. (2017e): El poder cautelar en procedimientos especiales (Mercantil, Marítimo, Arbitraje, Laboral y Agrario).

<sup>14</sup> Fresnedo, C (1997): Embargo de buques como medida cautelar en el Derecho Internacional Privado Uruguayo. *Revista de Transporte y Seguros* N° 10, p.145.

*comercial directa e indirecta del buque, calificados por las normas internacionales especiales de atribución jurídica versando en relación a una garantía in rem sobre la nave como patrimonio náutico calificado.*

Ciertamente las Convenciones sobre embargo preventivo de buque de 1952 y 1999, definen y califican al crédito marítimo dentro de los supuestos contenidos en el primer artículo de la Convención, como un *numerus clausus* de estricta aplicación y cumplimiento, y razón de ello el buque podrá ser embargado bajo cualquiera de las circunstancias contenidas en la norma. Tales disposiciones fueron reproducidas posteriormente en las Convención Andina de Naciones en sus decisiones N° 487 y 532. Ello autoriza a afirmar la supremacía del principio de inembargabilidad del buque por razones distinta a los créditos marítimos o privilegiados como excepciones a la regla marítima comercial.

En el marco de la legislación marítima comparada, es oportuno traer a colación algunas de las definiciones como por ejemplo la contenida en la Ley de Navegación Marítima Española 2014 denominada (Ley 14/2014), publicada en el (B.O.E N° 180, del 25 de julio de 2014), dispone sobre el embargo de crédito marítimo lo siguiente:

Artículo 471. *Embargo por créditos marítimos.*

1. *Para decretar el embargo preventivo de un buque por crédito marítimo que se define en el artículo 1 del Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, bastará que se alegue el derecho o créditos reclamados, la causa que los motive y la embargabilidad del buque.*

2. *El juez exigirá en todo caso garantía en cantidad suficiente para responder de los daños, perjuicios y costas que puedan ocasionarse. Esta fianza podrá ser de cualquiera de las clases que reconoce el Derecho, incluido el aval bancario. Una vez fijada esa garantía, que como mínimo será del 15 por ciento del importe del crédito marítimo alegado, el tribunal podrá revisar su cuantía, de oficio o a instancia de parte, en atención al porte y a las dimensiones del buque, al coste derivado de la estancia del buque en el puerto, a su precio de mercado por día, a si está o no sujeto a línea regular, a si está o no cargado, así como a sus compromisos contractuales.*

De modo que el embargo de buque solo podrá ser procedente a razón de un crédito marítimo y privilegiado como espina medular de su embargabilidad, y que a su vez para su procedencia o decreto no requiere de circunstancias y supuesto distintos a los contenidos en la Ley de Comercio Marítimo como norma atributiva de competencia.

2). *Créditos marítimos privilegiados.*

De acuerdo con esta segunda categoría crediticia como presupuesto exclusivo y excluyente de la pretensión *in rem* (sobre el buque), surge la premisa de que *todos los créditos privilegiados son créditos marítimos, pero no todos los créditos marítimos son privilegiados.*

El privilegio marítimo se erige como el derecho real concursal de preferencia sobre el buque como una garantía material de satisfacción crediticia conforme al orden de prelación por disposición legal.

Los privilegios marítimos son los derechos de créditos por excelencia, toda vez que estos tienen características persecutorias sobre el buque indistintamente su propietario, anotación registral o espacio territorial donde se encuentre, es decir tiene la característica de una especie de "secuestro naval".

Precisado lo anterior es menester establecer algunas particularidades, causales y características entre el crédito y el privilegio marítimo a saber: i) el crédito marítimo es meramente una alegación sobre un derecho e interés sobre el buque, mientras el privilegio es un derecho de garantía real de exclusividad que califica y personifica al buque indistintamente su propiedad, jurisdicción acuática o Derecho registral teniendo prevalencia sobre cualquier otro derecho; ii) existen una doble caracterización de créditos, pero con un orden de prelación distinto como son los laborales, los extracontractuales, fiscales y el hecho ilícito, que pudiesen ser reclamados como privilegios (*marine liens*) en vez de créditos marítimo (*marine claims*); iii) los créditos marítimos y privilegiados son asegurables tanto por la medida de embargo como la prohibición de zarpe; iv) el aseguramiento de ambas acreencias pueden ser asegurables a través de fianza como garantía de sus titularidad crediticia.

b. *Cumplimiento de las condiciones de exigibilidad.*

Tanto el crédito como el privilegio marítimo son derechos crediticios especiales que deben estar instrumental y fehacientemente comprobados a través de títulos guarentigios tales como instrumentos públicos e instrumentos privados reconocidos o tenidos legalmente reconocidos, facturas aceptadas, contratos de fletamento, conocimientos de embarque, o cualquier otro documento que califique o demuestre la existencia de la acreencia marítima o privilegiada.

Al respecto traemos a colación un ejemplo previsto en la normativa adjetiva civil venezolana, la cual es menester precisar pormenorizadamente la inteligencia y análisis sobre las distintas aristas de complejidades que comporta la institución del caucionamiento en cuanto a su funcionalidad y disimilitud entre el proceso ordinario y procedimiento marítimo especial. Y dentro de este contexto el ávido amable lector se preguntará ¿podrá otorgarse una garantía de caucionamiento conforme a lo previsto en el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil? La respuesta a la interrogante es negativa. Ello claramente está ínsitamente vinculado al carácter medular de la presente investigación en cuanto a la naturaleza ni “cautelar” ni “preventiva” que califica el embargo de buque, la cual develaremos más adelante, y por lo tanto, no es subrogable el cumplimiento de los requisitos de decreto de una medida cautelar en el caucionamiento, como quiera que el precitado artículo de la normativa adjetiva civil venezolana, el cual es estrictamente aplicable a las medidas cautelares, y a los procedimientos especiales establecidos por la Ley, y diferencia en el caso que nos ocupa la etiología del embargo sobre el buque es la existencia de un crédito marítimo.

Ergo, a los efectos sinópticos de la precedentemente esbozado, el precitado artículo 97 de la Ley de Comercio Marítimo Venezolana conflagra la procedencia de un crédito marítimo o privilegiado «*siempre que este se fundamente en instrumento público, instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, facturas aceptadas, contratos de fletamento, conocimientos de embarque, o cualquiera otro documento que demuestren la existencia de un crédito marítimo o privilegiado*», todos estos supuestos denotan los instrumentos guarentigios calificados para que el Tribunal sin dilación alguna ni mucho menos sea necesario recurrir a cualquier otro requisito decrete la medida de embargo, no obstante a ello, el legislador acuático previo en circunstancias distintas a las taxativas, como una especie de *numerus apertus* al señalar “... o en cualquier otro documento que demuestre la existencia de un crédito marítimo o privilegiado” es decir en los casos que no sean presentados los documentos exigidos, y tales

circunstancias deba probarse la existencia y cualidad del crédito marítimo a través de otro medio instrumental, y es aquí en donde el pretensor crediticio deberá afianzar por la cuantía que el Tribunal determine, como mecanismo resarcitorio de ejecución inmediata si surgieren daños y perjuicios sobre quien padece la medida. Esta previsión legal acuática es palmariamente un calco al embargo intimatorio previsto en el artículo 646 del C.P.C, cuya procedencia se fundamenta en instrumento público, instrumento privado, facturas aceptadas o en letras de cambios, pagarés, cheques, y en cualquier otro instrumento negociable, en caso de que el crédito sea demostrado por otros medios de prueba, el Tribunal «*podrá exigir que el demandante afiance o compruebe solvencia suficiente para responder de las resultas de la medida. La ejecución de las medidas decretadas será urgente. Quedan a salvo los derechos de terceros sobre los bienes objeto de las medidas*».

El *quid* del asunto estriba en que no podrá subrogarse en la fianza la existencia del crédito marítimo o privilegiado, y en consecuencia sea al caucionamiento sustitutivo la fórmula y remedio a tal circunstancia. La teleología normativa consiste en que deberá existir el crédito marítimo o privilegiado, ergo, cuando su verosimilitud no este contenida en el elenco de supuestos facticos previstos, su demostración podrá materializarse a través de otro tipo de prueba instrumental, el solicitante tiene la carga procesal y material de constituir fianza conforme al artículo 97 LCM, he aquí donde se configura y distingue el caucionamiento *sustitutivo* del *complementario*, siendo este último el idóneo y procedente conforme a la naturaleza de la medida adoptada.

#### *La aplicación de los requisitos “cautelares” para el embargo de buque.*

##### 1) El *Fumus boni iuris*

Uno de los requisitos fundamentales de procedencia como una constante indefectible que configura el pilar bifronte en que se cimenta toda medida cautelar es la posición jurídica tutelable del justiciable o pretensor de la solicitud en sede bien sea preventiva y/o cautelar; es por ello que tal condición deviene de los derechos e intereses del peticionante quien bajo un “interés jurídico actual” exige *prima facie* bajo circunstancias fácticas y requisitos de procedencia normados de la tutela oportuna sobre una expectativa de certeza tanto procesal como material.

Al respecto el jurista patrio Márquez Añez, señala que el objetivo medular de este elemento fundamental es conservar el *status quo* existente al interponerse la pretensión en aras de preservar el acervo patrimonial en la ejecución ulterior cuando existan razones de procedencia de la medida. Asimismo, Martínez Botos sostiene que la teología del proceso cautelar estriba en “asegurar” la eficacia práctica de la sentencia o resolución judicial definitiva que homogéneamente deriva de un proceso principal conexo a un carácter instrumental<sup>15</sup>.

La instrumentalidad es un factor característico de las medidas cautelares tal como lo afirma el insigne maestro Calamandrei quien asevera que “*las instrumentalidad de las providencias cautelares determina que su emanación presupongo un cálculo preventivo de probabilidades acerca de cuál podrá ser el contenido de la futura providencia principal*”. Por lo tanto, ella conjura con otros elementos como es la homogeneidad, provisionalidad, mutabilidad y autonomía del asunto virtualmente cautelado, que a su vez está contenido en el derecho e interés tangible a ser tutelado por la función jurisdiccional.

---

<sup>15</sup> Martínez Botos R. (1990), Cit. Ob. Ortíz-Ortíz, R. (2015): Las Medidas Cautelares en el Ordenamiento Jurídico Venezolano, p.322.

En este sentido la verosimilitud o presunción del buen derecho está contenida de elementos sustanciales y concurrentes para que se conflagre su existencia como lo es la configuración de una convicción apodíctica del jurisdicente, la existencia de un litigio donde haya un contradictorio, la hipótesis de un temor o frustración en cuanto a la infructuosidad y actitud procesal de alguna de las partes contendientes.

En líneas del maestro Ortiz-Ortiz el *fumus boni iuris* es aquella posición jurídica demostrada preliminarmente por el cual, quien afirma ser titular de un derecho sustantivo o procesal, interés material o formal, o relación jurídica concreta, presenta elementos de donde se deriva inmediatamente la apariencia de certeza o seriedad de la pretensión material elevada al conocimiento de los órganos jurisdiccionales<sup>16</sup>.

Del precitado concepto se pueden derivar diversos elementos característicos definitorios como la veracidad del interés sustancial del peticionante quien se acredita una *legitimatío ad processum* y/o una *legitimatío ad caussam* configurando el carácter activo en la pretensión material demostrándolo fehacientemente al jurisdicente a los efectos de este constate y decrete el medio de tutela idóneo para garantizar el efecto final ejecutorio.

Ciertos resabios sobre las distintas instituciones científicas del Derecho procesal han sido adoptados tanto en el foro como en los órganos jurisdiccionales, no escapando de ellos, a las medidas cautelares le han endilgado un tratamiento bastante deportivo, y a ligera algunos tribunales se han dado la tarea de decretar y declarar improcedente las medidas solicitadas por el simple hecho de considerar “*si están o no llenos los extremos*” por una parte, y por otra considerar que la acreditación del *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, es decidir sobre el fondo del asunto la primera, la segunda no necesita ser demostrada por estar vinculada a la demora del proceso.

Al respecto el óbito maestro Rafael Ortiz-Ortiz hace un análisis cuyo criterio es compartido en el presente trabajo, pues las instituciones jurídicas no pueden ser calificadas ni mucho menos tratadas de una manera tan baladí, sin rigor científico alguno, pues resulta una falacia pensar que el *Periculum in mora* versa sobre “una mora o retardo procesal”, mientras que el *Fumus boni iuris* el calificativo ha sido aún más nefasto para la inteligencia de ciencia.

Dentro de los diversos vocablos y calificativos erróneos dados al *Fumus boni iuris* como una alocución latina, distintas traducciones han sido acogidas tales como “humo de buen derecho”, “olor de buen derecho”, y como afirma el maestro Ortiz-Ortiz el Derecho o posición jurídica tutelable “ni huele ni echa humo”, pues tampoco así el derecho es bueno o un “*malis juris*”, toda vez que el Derecho se tiene o no<sup>17</sup>.

## 2) La configuración del *Periculum in mora*.

Además de la posición jurídica tutelable *Fumus boni iuris*, se apareja con esta el riesgo de peligro en que quede ilusoria la ejecución del fallo *Periculum in mora* siendo ambas atribuciones calificativas de las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico procesal ordinario, es decir ambas están estrictamente vinculadas a la efectividad y eficacia instrumental del fallo que inexorablemente deberán acreditarse sumariamente para el decreto de procedencia y ulteriormente se pueda garantizar la materialización del fallo. En este orden, cabe hacerse la siguiente interrogante ¿resulta necesario comprobar la existencia del *Periculum in*

<sup>16</sup> Ortiz-Ortiz R. (2015): Las Medidas Cautelares en el Ordenamiento Jurídico Venezolano. p,323.

<sup>17</sup>Vid. Ortiz-Ortiz R. (2015): Las Medidas Cautelares en el Ordenamiento Jurídico Venezolano. p, 323.

*mora*? en el sentido de que la medida derive de la adopción de una conducta pragmática por parte del demandado afectado pudiese configurar un fundado temor de que la ulterior ejecución o materialización del fallo pueda quedar ilusoria<sup>18</sup>.

La configuración o connotación de un *Pericolo* aduce a circunstancias derivadas de la conducta actuarial o actitud intrínseca de peligro, riesgo, temor adoptada por el demandado tendientes dilapidar o extraer maliciosamente el objeto del litigio una vez patentizada la acreencia en el decreto de sentencia y ejecución tanto material como formal. Todo lo anterior está estrictamente supeditado a una comprobación fáctica a través de medios probatorios de verosimilitud calificados capaces de crear una convicción al jurisdicente para su decreto.

Al respecto el insigne maestro Ortiz-Ortiz<sup>19</sup> ha asentado que la conducta desleal es lo que justifica – la injerencia del Tribunal – incluso a veces violenta – en la esfera jurídica y patrimonial de alguno de los sujetos procesales; por lo tanto este *Pericolo* no se presume, pues ello es de suponer que todos los ciudadanos actuarían de mala fe, y con base en nuestro ordenamiento jurídico la buena fe es la regla se presunción, habiendo de probar la mala siempre. Siendo así el *Periculum in mora* el supuesto factico de exigencia para decretar una medida, contrario a ello se desdibujaría el “fundamento cautelar”, dejando de ser una “medida de prevención” para configurarse algo distinto.

Para mayor abundamiento sobre el *quid* medular del asunto, es menester precisar las distintas posturas sobre la ontología del *Pericolo*, por lo que resulta propicio sumergirnos en el abismo challenger del tema, como quiera que algunos autores han sostenido criterios dispersos afirmando que “no es necesario” la configuración del mismo, mientras otros, aducen que a pesar de su existencia el solicitante está exento de demostrar el *Periculum in mora* como fundamenta cautelar. Así las cosas, hasta se han sostenido criterios sobre una “ficción categórica” de un “*Periculum in mora* objetivo”, siendo reconocido como “fundamento” para el decreto de una medida cautelar. En consonancia a ello, la autora Española Mora Capitán ha sostenido lo siguiente (sic):

El *periculum in mora* además de un presupuesto de adopción, constituye el fundamento de toda medida cautelar porque precisamente el riesgo de que el juicio sea ineficaz lo que justifica la adopción de medidas que aseguren dicha eficacia. (...) La medida cautelar prevista en el Convenio de Bruselas de 1952 se fundamenta en un *periculum in mora* de carácter objetivo. Esto significa que el juez puede y debe conceder la medida prescindiendo de cualquier valoración sobre la existencia de dicho presupuesto, porque es el legislador quien ha valorado con carácter general y abstracto la existencia del peligro, de modo que éste se halla implícito en la *ratio iuris* de la norma que establece la medida. No es que el *periculum* no exista, sino que se presume, por lo que el solicitante de la medida queda exonerado de la carga de alegar y/o probar nada al respecto<sup>20</sup>.

Ahora bien, reparemos sobre un análisis segmentado de las afirmaciones precedentemente expuestas, claramente el *Periculum in mora* tiene una

---

<sup>18</sup> Ídem, p. 110.

<sup>19</sup> Cfr. Ortiz-Ortiz, R. (2017e): El poder cautelar en procedimientos especiales (Mercantil, Marítimo, Arbitraje, Laboral y Agrario), p. 111.

<sup>20</sup> Cfr. Ortiz-Ortiz, R. (2017e): El poder cautelar en procedimientos especiales (Mercantil, Marítimo, Arbitraje, Laboral y Agrario), p. 110. Ob. Cit. Vid. MORA CAPITANT (2000), Belén: Opus cit., pp. 7-8. La autora cita en su apoyo a ORTELLS RAMOS, PROTO PISANI, y, REMOND y GOUILLOUD, entre otros.

connotación bifronte, pues el *fundamento* y *efecto* de toda medida cautelar, hasta ahí estamos de acuerdo. Lo que resulta una hipertrofia anfibológica es pretender endilgarle a la Convención de 1952 un alcance contextual no previsto en la norma, como quiera que esta no expresa taxativamente la existencia de algún peligro, temor o riesgo de ilusoriedad como presupuestos de visos de cautelaridad, y más inverosímil aún, un carácter “objetivo”, pues dentro de las distintas teorías científicas contemporáneas del sistema cautelar, tales presupuestos no pueden darse por sentado y mucho menos categorizados de manera asistemática. Por otra parte, afirmar que el Tribunal deberá decretar la medida sin necesidad de una operación de análisis y presupuestos inteligibles a su soberana percepción y apreciación de mejor saber y entender estaríamos ante la configuración de vicios procesales, e inclusive una extrapolación de carácter subjetivo que daría lugar a la responsabilidad disciplinaria, administrativa e inclusive penal y pecuniaria del juez. Por otra parte, asumir la interpretación que el legislador de manera implícita y dúctil ha inferido la existencia de un peligro, temor o riesgo por ser presuntamente intrínseco al contenido normativo, y que el solicitante no deba probar nada porque el *Periculum in mora* es un convidado de piedra cautelar es una aberración intelectual, y en consecuencia sería desdibujar el principio de la buena fe, afirmando que la mala fe es la regla y la buena fe deberá probarse dentro del sistema cautelar.

#### *Conclusiones.*

Con base en las diversas disquisiciones esgrimidas en el presente ensayo apunta a un estudio de rigor científico, ontológico y naturaleza del embargo de buque previsto en la Decisión 487 del Acuerdo de Cartagena el cual ha sido la espina medular adjetiva a los efectos de concebir la normativa marítima procesal tanto de los países miembros entre otros, quienes han lo han reproducido taxativamente sin reparar sobre la pertinencia y tipicidad en cuanto al diseño, implementación y tratamiento procesal en los diversos ordenamientos adjetivos internos.

Empero a ello, este tipo de medidas sin lugar a duda comporta una excepcional y extraordinaria adaptación coetánea a la normatividad marítima internacional en referencia a los Convenios sobre embargo de buque de 1952, 1999 y en las Decisiones N° 487 y 532 del Acuerdo de Cartagena, de estos dos últimos Venezuela formó parte, y por consiguiente fueron incorporados en el ordenamiento jurídico marítimo venezolano, Ley de Comercio Marítimo, 2001 y en la reforma parcial de 2006, bajo el título III “Embargo Preventivo de Buque”, artículo 92 *ejusdem* de la precitada Ley.

En el marco del contenido de las medidas especiales en el Derecho marítimo de la Comunidad Andina, el legislador comunitario, previó el embargo “preventivo” de buque, el cual tiene como objeto la “inmovilización” y “restricción de salida” del buque como garantía de un crédito marítimo y/o privilegiado. Conforme al decantado análisis científico y pormenorizado de cada una de las instituciones, modalidades, ideologías, tipicidad, fisonomía, arquitectonía y ontología, estas no tienen naturaleza ni “preventiva” ni “cautelar”. Del mismo modo, el legislador comunitario incorporó un orden normativo internacional especial.

La errónea calificación de “cautelar” y “preventiva” del legislador al embargo de buque ha conllevado a repetir y dar por hecho y cierto lo que se repite sin ningún tipo análisis de rigor científico, pues el muro de Berlín del embargo por créditos o privilegios distintos a los marítimos está limitado *add lettere* “*un buque solo podrá ser objeto de embargo en los siguientes casos: 1. En virtud de un crédito marítimo,*

*pero no en virtud de otro crédito de naturaleza distinta*” De aquí parte el principio de inembargabilidad del buque como fue esgrimido en el precedente apartado correspondiente.

La espina neurálgica analítica de la presente investigación después de haber realizado un pasaje por cada una de las categorías y modalidades del embargo y las instituciones que la rodean en el marco de la normativa marítima, la Teoría General del Aseguramiento ha sido la exegesis nuclear en que se ha fundamentado y decantado la presente investigación, pues sus características, modalidades y efectos han sido reveladoras en cuanto a la categoría de “medidas de aseguramiento marítimas”, toda vez que estas medidas especiales tiene como “objeto” exclusivo y excluyente al “buque” y como “causa” al crédito marítimo y privilegiado, ello autoriza a afirmar que sus efectos son estrictamente de “aseguramiento material *in rem*”.

Para que exista una indisoluble vinculación y procedencia de la medida de aseguramiento marítimo, esta se extrema en dos elementos conexos como son el buque y crédito, a pesar de que su objeto intimatorio son el cobro de acreencias, su rango de pretensión es *in rem* afecto a la satisfacción del crédito marítimo y privilegiado, así afirma el maestro Ortiz-Ortiz que mientras todas las cautelares patrimoniales solo pueden recaer sobre bienes que sean “propiedad” de la persona contra la cual se dictan, las medidas asegurativas marítimas pueden recaer sobre un buque aunque no sea “propiedad”<sup>21</sup> del deudor, *principio de personificación del buque*.

Con base en el estudio sistematizado del embargo de buque en el procedimiento marítimo venezolano, la tesis sustentada y consolidada en los criterios y fundamentos facticos y científicos, encamina a determinar en las postrimerías de esta investigación nos conlleva a afirmar que la preciada medida de embargo no tiene naturaleza “preventiva” ni mucho menos “cautelar” sino que se ciñe científicamente a una medida de “aseguramiento material *in rem*”, con efectos estrictamente asegurativas que no tienen como objeto ni prevenir daños, lesiones, perjuicios de bienes o carácter patrimonial, tampoco la previsión de las resultas futuras de una decisión o un fallo sentencial.

## Bibliografía

ACOSTA, Miguel: Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

FRESNEDO, Cecilia, Embargo de buques como medida cautelar en el Derecho internacional Privado uruguayo, en *Revista de Transporte y Seguros* N° 10, 1997. p. 145.

ORTIZ-ORTIZ, R., El poder cautelar en procedimientos especiales (Mercantil, Marítimo, Arbitraje, Laboral y Agrario), 2017.

ORTIZ-ORTIZ, R., Teoría general de la potestad cautelar civil. Ed. Frónesis. Caracas, 2017.

ORTIZ-ORTIZ, R., Las Medidas Cautelares en el Ordenamiento Jurídico Venezolano, 2015.

---

<sup>21</sup> Vid. Ortiz-Ortiz, R. (2017e): El poder cautelar en procedimientos especiales (Mercantil, Marítimo, Arbitraje, Laboral y Agrario). p.155

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, Prólogo al libro “embargo preventivo de buque” de Belén Mora Capitán. Ed Bosch, Barcelona, 2000.

RENGEL-ROMBERG, A., Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Ediciones Paredes, 13° Edición reimpresión, 2016.

RIPERT, G., *Droit Maritime*. Volume I. 4<sup>Th</sup>, Edition, Paris, 1950.

VILLARROEL, F., Tratado General de Derecho Marítimo. Universidad Nacional Experimental Marítima del Caribe. Catia-La Mar. 1ª edición junio 2003.

*Recibido el 12 de abril de 2020. Aceptado el 30 de abril de 2023*