

Derecho y Sociedad

10 *Trabajos Jurídicos Varios*

Tulio Alberto Álvarez

Gilberto Atencio Valladares

Román J. Duque Corredor

Rafael García Pérez

Carlos García Soto

Andrés F. Guevara B.

Luisa Andreína Henríquez Larrazábal

Eugenio Hernández-Bretón

Luis Enrique Mata Palacios

Ofelia Riquezes Curiel

Julio Rodríguez Berrizbeitia

Diana Trías Bertorelli

Juan Miguel Matheus

Fernando Vizcaya Carrillo

Octubre

2011



supra montem posita
2 octubre 1998

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad Monteávila

Derecho
y Sociedad
*10 Trabajos
jurídicos varios*

Octubre 2011

Derecho y Sociedad

**REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA**

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela
derechoysociedad@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 - Fax: (+58 212) 232.5623 Web: www.uma.edu.ve

CONSEJO EDITORIAL

Carlos García Soto
Director

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA

Eugenio Hernández-Bretón

Decano

Carlos García Soto

Director de la Escuela de Derecho

Geraldine Cardozo Ríos

Secretaria

CONSEJO ASESOR DE LA REVISTA DERECHO Y SOCIEDAD

María Bernardoni de Govea

Marcos Carrillo

Résmil Chacón

Rafael J. Chavero G.

Faustino Flamarique

José Antonio Gámez Escalona

Ricardo Henríquez La Roche

Paul Leizaola

Enrique Pérez Olivares +

Pedro A. Rengel N.

Arístides Rengel Romberg

Daniela Urosa Maggi

Vicente Villavicencio Mendoza

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY

ISSN: 1317-2778

Diagramación: Ediciones Paredes

Departamento de Promoción y Desarrollo Institucional,

Universidad Monteávila

Impresión:

ÍNDICE

Editorial.....	17
----------------	----

DERECHO

El Poder Popular: La transformación del Estado venezolano
en función de una comunidad superior de participación

Tulio Alberto Álvarez.....	21
----------------------------	----

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN.....	21
II. EL MARCO INSTITUCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999.....	22
III. REFORMA LEGISLATIVA DIRIGIDA A LA ESTRUCTURACIÓN DE UN PODER POPULAR.....	26
IV. ENTIDAD DEL PODER POPULAR DESDE LA PROPUESTA DE ESTADO COMUNAL – SOCIALISTA.....	28
V. CONCLUSIONES.....	31
VI. LISTA DE REFERENCIAS.....	31

Visión actual de los «aportes» consagrados en la Ley
Orgánica contra el tráfico ilícito y el consumo de sustancias
estupefacientes y psicotrópicas

Gilberto Atencio Valladares.....	35
----------------------------------	----

I. RESUMEN.....	35
II. INTRODUCCIÓN.....	35
2.1. «Aportes» de la LOCTICSEP.....	37
2.2. Entrada en vigencia.....	38
2.3. «Aportes» según el Reglamento y Providencias de la LOCTICSEP. Breves comentarios.....	40
III. CONCLUSIONES.....	43

El Estado de Derecho Democrático
y el Estado Comunal Socialista.....

Román J. Duque Corredor.....	45
------------------------------	----

Política y Religión: ejemplos de la revolución
independentista venezolana

Rafael García Pérez 53

El carácter servicial de la Administración Pública:
el artículo 141 de la Constitución

Carlos García Soto 69

I. INTRODUCCIÓN 71

II. LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 103.1 DE LA CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA ... 72

III. LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 141 DE LA CONSTITUCIÓN 75

3.1. *Notas para su interpretación.* 75

3.2. *Ámbito de aplicación del principio: el carácter servicial
de toda la actividad administrativa* 79

3.3. *La posición del Reglamento como manifestación
del carácter servicial de la Administración* 80

3.4. *El ejercicio de las potestades administrativas en interés ajeno:
el interés general.* 81

3.5. *El carácter servicial de la Administración Pública
como criterio para el control judicial de su actividad* 83

3.6. *Las consecuencias del principio* 84

IV. LA RECEPCIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO 85

La definición de divisa en la reforma de la Ley
contra los Ilícitos Cambiarios

Andrés F. Guevara B. 87

I. INTRODUCCIÓN 87

II. BASES CONSTITUCIONALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA LIC. 88

III. CONCEPTO DE DIVISA EN EL DERECHO VENEZOLANO 89

IV. CONCEPTO DE TÍTULO VALOR 92

V. LA NOCIÓN DE DOCUMENTO Y CRÉDITO COMO PARTE
DE LOS TÍTULOS VALORES 93

VI. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL 94

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN 96

Matrimonio y fidelidad conyugal en la Venezuela
del s. XIX y principios del XX

Luisa Andreína Henríquez Larrazábal 99

I. RAZONES QUE PROPICIARON LA INSTAURACIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO (1873)	99
1.1. Razones ideológicas	99
1.2. Razones personales de Guzmán Blanco	105
II. EL DIVORCIO VINCULAR EN VENEZUELA (1904)	108
III. EL CONCUBINATO EN LAS PRIMERAS DÉCADAS DEL SIGLO XX	113

El arbitraje internacional y la jurisdicción
de tribunales venezolanos en la Ley de Comercio Marítimo

Eugenio Hernández-Bretón 117

El Profesor Alfredo Morles Hernández

Eugenio Hernández-Bretón 131

Comentarios al Artículo 5 de la Ley de Instituciones
del Sector Bancario: La Intermediación Financiera

Luis Enrique Mata Palacios 135

I. INTRODUCCIÓN	135
II. LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	136
III. Intermediación Financiera bajo el Artículo 5 de la LISB	140
3.1 De los fondos del público	140
3.2 De la habitualidad	144
3.3 De los propios fondos	147
IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL	150

La Delegación Legislativa en el Marco
Constitucional Venezolano

Ofelia Riquezes Curiel 151

I. INTRODUCCIÓN	151
II. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES	152

ÍNDICE

III. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA	154
IV. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL VENEZOLANO	157

El Positivismo Jurídico en la Obra de Luigi Ferrajoli

Julio Rodríguez Berrizbeitia	163
--	-----

I. INTRODUCCIÓN	163
II. PRINCIPIA IURIS. TEORÍA DEL DERECHO Y DE LA DEMOCRACIA	165
III. REFLEXIONES SOBRE LA DEÓNTICA	170
IV. EL DERECHO POSITIVO	173
V. EL ESTADO DE DERECHO	176
VI. LAS DIMENSIONES DE LA DEMOCRACIA	179
VII. LAS FORMAS Y EL CONTENIDO DE LA DEMOCRACIA	184
VIII. CONSIDERACIONES FINALES	184

La participación ciudadana en la elaboración de los Decretos Leyes delegados

Diana Trías Bertorelli	187
----------------------------------	-----

I. Breve introducción del tema	187
II. La participación ciudadana. Fundamento constitucional	187
III. Medios de participación ciudadana en el ámbito político	190
IV. La participación ciudadana en materia normativa	190
V. La consulta popular pública y su manifestación particular en el proceso legislativo	191
VI. Producción normativa de la Administración. Potestad normativa del Presidente de la República	192
VII. La participación ciudadana dentro del ejercicio de la potestad del Presidente de la República para dictar Decretos Leyes	194
7.1. <i>Regulación en la Ley Orgánica de la Administración Pública</i>	194
VIII. CONCLUSIONES	201

SOCIEDAD

La primacía de la piedad patriótica	
Juan Miguel Matheus	205
Ética, Valores y Crisis sociales	
Fernando Vizcaya Carrillo	209
I. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCE	211
II. LA PERSONA HUMANA	212
III. LA ÉTICA	213
IV. LOS VALORES	215
V. LA CRISIS	216
VI. EL BIEN COMÚN Y LAS DEFINICIONES DE JUSTICIA	217
VII. LOS PRINCIPIOS.	218
VIII. CÓMO SE CONSIGUE LA ÉTICA.	219
IX. UNA PROPUESTA DE MOTIVACIÓN PARA CONDUCTAS CON VALORES . .	221
X. A MANERA DE CONCLUSIÓN	221
Referencias Bibliográficas.	222

EDITORIAL

En este número 10 de *Derecho y Sociedad* hemos querido hacer un esfuerzo especial en invitar a los propios profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. El resultado está la vista. Varios profesores de la Universidad han entregado interesantes trabajos en el área jurídica, e incluso algunos sobre temas no estrictamente jurídicos, pero relacionados con el arte del Derecho. Profesores de otras Universidades también han publicado trabajos en este número.

Una de las consecuencias naturales de la labor del profesor es precisamente esa: dar a conocer desinteresadamente a los demás los propios hallazgos, producto de la labor de preparar las clases y de la investigación que se realice sobre puntos de interés. Es sabido cómo la labor del profesor que prepara sus clases continuamente da ocasión para la profundización de aspectos que se consideran particularmente interesantes.

Por supuesto, entre los beneficiarios de esas investigaciones se encuentran los alumnos, que pueden también estudiar a partir de esos descubrimientos realizados por sus profesores.

En Venezuela hay importantes temas jurídicos que pueden recibir mayor atención científica, con el objetivo de dar soluciones cónsonas con nuestras tradiciones jurídicas.

Mucho se avanza con cada libro o artículo que se publica, porque así quienes vienen detrás pueden comenzar sobre las conclusiones a las cuales han llegado otros. En *Derecho y Sociedad* hay un espacio que ponemos a la orden para ese esfuerzo común.

Carlos García Soto
Director

Derecho

El arbitraje internacional y la jurisdicción de tribunales venezolanos en la Ley de Comercio Marítimo*

Judex extra territorium est privatus, Codex Justinianus, 10,32,53 (Honorius)

*Eugenio Hernández-Bretón*¹

SUMARIO: Introducción. I. Fuentes del Derecho Internacional Privado Marítimo. II. Jurisdicción de tribunales venezolanos en la Ley de Comercio Marítimo. III. Sistematización de los criterios generales y especiales atributivos de jurisdicción. IV. Derogabilidad y exclusividad. V. Admisibilidad del arbitraje. VI. Jurisdicción y embargo preventivo de buques. VII. Manifestación de voluntad respecto de la jurisdicción y las condiciones generales de contratación. VIII. Relación entre forum non conveniens y litispendencia internacional. Conclusión.

* Texto de la conferencia dictada el 14 de octubre de 2011 en el Foro “Análisis de 10 años de vigencia de las leyes marítimas venezolanas”, organizado por el Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila.

1. El tema de la jurisdicción de tribunales venezolanos y del arbitraje internacional en materia de “relaciones jurídicas que se originan en el comercio marítimo y en la navegación por agua”, que es la materia objeto de la Ley de Comercio Marítimo (artículo 1), corresponde, junto al tema del Derecho aplicable a dichas situaciones jurídicas, a dos de los más importantes sectores de la materia de estudio del Derecho Internacional Privado Marítimo. De tal forma, el artículo 3 de la Ley de Comercio Marítimo acepta la noción amplia del Derecho Internacional Privado Marítimo al fijar las fuentes de esa rama del Derecho.
2. Particularmente, la aplicación de eso que hemos llamado Derecho Internacional Privado Marítimo se efectuará respecto de las materias objeto de la Ley de Comercio Marítimo “que tengan relación con ordenamientos jurídicos extranjeros”. Para tales efectos, el artículo 3 de la Ley de Comercio Marítimo establece la jerarquía de las fuentes para regular esos casos. En tal sentido, se habrá de acudir, en riguroso orden, primero a las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados. El propio texto de tal lista hace evidente la influencia que ha tenido en la misma la disposición equivalente del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998 (“LDIP”).
3. Ahora bien, el propósito de esta comunicación es examinar el tema de la jurisdicción de tribunales venezolanos y del arbitraje internacional a la luz de la Ley de Comercio Marítimo, razón la cual vamos a prescindir del examen de las soluciones del Derecho Internacional Público sobre la materia, para así pasar de inmediato a las regulaciones contenidas en la propia Ley de la materia.
4. Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los temas del comercio marítimo y de la navegación por agua en la medida y en los casos en que estén dados los criterios atributivos de jurisdicción establecidos en la normativa venezolana aplicable. Tales regulaciones no se agotan en el mero texto de la Ley de Comercio Marítimo sino que, por su naturaleza, se ven complementadas por la LDIP. Hay que destacar que, en esta materia, la actuación del legislador y del juzgador se limita a afirmar o a negar la jurisdicción de los propios tribunales nacionales.

5. En todo caso, el tema de la jurisdicción de tribunales venezolanos y del arbitraje internacional no está regulado sistemáticamente en la Ley de Comercio Marítimo, sino que las normas relevantes se encuentran dispersas a lo largo del texto de esa Ley. La tarea que asumimos, entonces, es la de sistematizar los criterios atributivos de jurisdicción utilizados en dicha Ley y examinar el grado de admisibilidad del arbitraje en dichos asuntos propios del comercio marítimo y de la navegación por agua.
6. Entremos en el tema. Las normas centrales en la materia son las recogidas en los artículos 10, 11, 12, 13, 94, 100, 332 y 333 de la Ley de Comercio Marítimo, y en ellas concentraremos nuestra exposición. A la antes señalada ausencia de regulación sistemática se une la circunstancia de cierta imprecisión terminológica por parte del legislador, al usar impropia-mente -en algunos casos- los términos jurisdicción y competencia lejos del específico significado técnico que a dichas expresiones les reconoce la doctrina nacional. Valga recordar que mientras que el término jurisdicción se refiere a la potestad soberana que corresponde al conjunto de órganos del Poder Público de cada Estado soberano de conocer y decidir asuntos entre privados con fuerza de cosa juzgada, la noción de competencia, y en especial de competencia por razón del territorio, se refiere a la unidad de medida de la jurisdicción, y en el caso destacado de competencia territorial, a la unidad de medida por el territorio, la cual concreta el ejercicio de la jurisdicción en un individual y particular tribunal del Estado con jurisdicción, utilizando para ello el criterio del territorio o de ubicación de las personas, las cosas o de realización los actos y hechos jurídicos. Hecho este recordatorio, prosigamos.
7. La norma central a los fines de esta tarea de sistematización de las regulaciones de la Ley de Comercio Marítimo es la contenida en su artículo 12. En primer lugar, la Ley de Comercio Marítimo reconoce la jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos según lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de la LDIP.
8. El artículo 39 de la LDIP, se ha dicho, reconoce implícitamente el criterio general del domicilio del demandado en territorio venezolano en los casos en que tal criterio esté establecido “en la ley”. Como regla general, los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción si el demandado, cualquiera sea la naturaleza de la acción, está domiciliado en Venezuela para la fecha de la presentación de la demanda. La noción de domicilio a utilizar en estos casos ha de ser, para las personas físicas la establecida en los artículos 11 y ss. de la LDIP. De tal suerte, como regla general, el domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia

habitual, según dispone el artículo 11 de la LDIP. No discutimos más el asunto, sino que remitimos a la literatura especializada. Para el caso de las personas jurídicas han de aplicarse los criterios usuales del artículo 203 del Código de Comercio para las sociedades mercantiles y los artículos 27 y ss. del Código Civil para las demás personas jurídicas. Estos son criterios aceptados sin discusión entre nosotros.

9. Pero, el citado artículo 39 de la LDIP también atribuye jurisdicción a los tribunales nacionales aun en los casos en que el demandado no esté domiciliado en Venezuela, siempre que estén dados los criterios atributivos de jurisdicción de los artículos 40, 41 y 42 de esa misma Ley. Sin embargo, dado el texto del artículo 12 de la Ley de Comercio Marítimo y la naturaleza de las relaciones jurídicas que se originan en el comercio marítimo y en la navegación por agua, esa referencia del artículo 39 ha de limitarse tan solo al artículo 40 de la LDIP. Este artículo consagra los criterios especiales atributivos de jurisdicción en materia de acciones de contenido patrimonial, que son propias del comercio marítimo y de la navegación por agua.
10. El artículo 40 de la LDIP consagra cuatro criterios especiales de jurisdicción, a saber: (i) la ubicación de los bienes en territorio nacional, (ii) el hecho de que la obligación, contractual o no, se haya contraído en Venezuela o sea cumplidera en Venezuela, o derive de hechos verificados en nuestro país, (iii) la citación personal del demandado en el territorio nacional y (iv) la sumisión expresa o tácita de las partes a la jurisdicción venezolana. Igualmente, en este caso no entraremos en ulteriores análisis sino que referimos a los interesados a la bibliografía especializada.
11. Además de los casos anteriormente listados, el artículo 12 de la Ley de Comercio Marítimo más que establecer otros criterios especiales de jurisdicción enumera una serie de materias que caen bajo la jurisdicción venezolana. Así, también tendrán jurisdicción los tribunales venezolanos –referidos en el texto de ese artículo bajo la expresión de “Jurisdicción Especial Acuática”– para el conocimiento de las acciones que se intenten “con motivo de las disposiciones que regulan el comercio marítimo, la navegación por agua, la exploración y explotación de recursos ubicados en el espacio acuático nacional, así como las acciones sobre buques inscritos en el Registro Naval Venezolano, independientemente de la jurisdicción de las aguas donde se encuentran y sobre los buques extranjeros que se encuentren en aguas en las que la República ejerza derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción, las operaciones que tengan lugar en las zonas portuarias y cualquier otra actividad que se desarrolle en el espacio acuático

nacional” (artículo 12 de la Ley de Comercio Marítimo), y “que tengan relación con ordenamientos jurídicos extranjeros” (artículo 3 de la Ley de Comercio Marítimo).

12. Los tribunales venezolanos o “Tribunales de la Jurisdicción Especial Acuática”, según dice el artículo 13 de la Ley de Comercio Marítimo, también serán “competentes” –en el sentido de que tendrán jurisdicción– para conocer de todo juicio en que sea parte un propietario o armador de un buque de bandera extranjera, aun cuando el propietario no esté domiciliado en Venezuela y el buque no esté en aguas jurisdiccionales nacionales, siempre que los tribunales venezolanos tengan jurisdicción para decretar un embargo preventivo de buques. Se trata de un *forum arresti*. Tales casos son: que se trate de garantizar el pago de un crédito marítimo o que se trate de garantizar el eventual laudo arbitral o sentencia judicial que se dicte, y esto último aun cuando las partes se hubieren sometido a árbitros o a tribunales extranjeros, y sin que tengan jurisdicción sobre el fondo del litigio (artículos 13, 94.2 y 100 de la Ley de Comercio Marítimo). Sobre esto, volveremos más adelante.
13. Además de los criterios que determinan la jurisdicción de tribunales venezolanos, enunciados en los artículos 12 y 13 de la Ley de Comercio Marítimo y en los artículos 39 y 40 de la LDIP, se establecen ciertos criterios especiales de jurisdicción en los casos de abordaje ocurridos en aguas jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Ellos están listados en el artículo 332 de la Ley de Comercio Marítimo. Según su texto, los criterios especiales allí listados se establecen “además” de aquellos criterios ya fijados en otra parte en el ordenamiento jurídico nacional. Ahora bien, la jurisdicción venezolana en materia de abordaje se ejercerá especialmente (i) cuando uno de los buques sea de matrícula nacional, (ii) cuando uno de los buques sea embargado en puerto venezolano con motivo del abordaje o se otorgue en dicho lugar fianza sustitutiva y (iii) cuando después del abordaje uno de los buques haga su primera escala o arribe directamente a puerto venezolano.
14. Los criterios atributivos de jurisdicción establecidos en la Ley de Comercio Marítimo y en la LDIP son, en regla general, de carácter concurrente y no exclusivo, salvo disposición legal expresa en contrario, de acuerdo de voluntades entre las partes o de “una razón técnica concluyente”. El carácter concurrente de la jurisdicción venezolana abre la posibilidad de que se presenten casos de litispendencia internacional y de *forum non conveniens*, los cuales se mencionarán más adelante.

15. De manera similar, como regla general, los criterios atributivos establecidos en la Ley de Comercio Marítimo y en la LDIP asignan a los tribunales venezolanos una jurisdicción derogable mediante acuerdo entre las partes, salvo disposición legal expresa en contrario (artículos 10 y 11 de la Ley de Comercio Marítimo y 47 de la LDIP).
16. La distinción entre jurisdicción exclusiva y jurisdicción inderogable, o entre jurisdicción concurrente y jurisdicción derogable conduce a un muy espinoso problema dentro de la sistemática procesal internacional venezolana. La cuestión debatida –y aún no cerrada en doctrina y jurisprudencia– es si las manifestaciones de jurisdicción inderogable hechas por el legislador venezolano son, igualmente, casos de jurisdicción exclusiva, o si los casos de jurisdicción exclusiva lo son a la vez de jurisdicción inderogable.
17. Los argumentos expuestos han sido de diversa naturaleza. Sin embargo, la cuestión es que la inderogabilidad lo que estatuye es que el solo pacto entre las partes no es capaz de sustraer el conocimiento de una causa que corresponde a los tribunales domésticos, y sin que *per se* sean criterios que expresan exclusividad de la jurisdicción venezolana. La inderogabilidad viene a salvaguardar la posibilidad de que los tribunales venezolanos siempre puedan conocer del asunto, aun a pesar del pretendido acuerdo derogatorio de las partes. Se excluye, pues, el efecto negativo del pacto entre partes respecto de la jurisdicción venezolana. La exclusividad de la jurisdicción lo que expresa es la voluntad del legislador nacional de excluir la posibilidad de la litispendencia internacional (artículo 58 de la LDIP) y de excluir la eficacia de una eventual sentencia extranjera en materia respecto de la cual los tribunales domésticos reclaman jurisdicción exclusiva (artículo 53.3. de la LDIP). Hasta aquí este tema.
18. El artículo 10 de la Ley de Comercio Marítimo se une a los supuestos de inderogabilidad del artículo 47 de la LDIP y viene a establecer la inderogabilidad de la jurisdicción venezolana en materia de contratos de transporte de bienes o de personas que ingresan al territorio venezolano. En estos casos no hay posibilidad de que contractualmente las partes excluyan mediante acuerdo la jurisdicción que le corresponde a los tribunales venezolanos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley de Comercio Marítimo y 39 y 40 de la LDIP. Para otros contratos, sin embargo, no rige la prohibición y, de tal manera, podría derogarse en esos otros casos la jurisdicción venezolana.
19. A tenor de la segunda de las fuentes del Derecho Internacional Privado Marítimo establecidas en el artículo 3 de la Ley de Comercio Marítimo,

valga recordar “las normas de Derecho Internacional Privado venezolanas”, tampoco se admitirá la derogación convencional de la jurisdicción venezolana en los casos listados en el artículo 47 de la LDIP, a saber: controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en territorio nacional, materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano.

Para los demás casos en que si se admita la derogación convencional de la jurisdicción venezolana, la misma podrá “declinarse” –dice la Ley de Comercio Marítimo en su artículo 11, en el sentido de derogarse, creemos– “a favor de tribunales o al procedimiento de arbitraje”, pero ello solamente “una vez producido el hecho generador de la acción”. Se trata de una precaución adicional del legislador a fin de asegurar cierta igualdad de condición negociadora de las partes involucradas en el asunto y evitar la imposición de una cláusula derogatoria por la parte contractualmente fuerte. La idea subyacente parece ser que una vez producido “el hecho generador de la acción”, la condición negociadora de las partes es más paritaria. Lamentablemente, este artículo ha sido obviado por la jurisprudencia del TSJ en Sala Políticoadministrativa. En la decisión del caso *Astivenca v. Oceanlink Offshore III AS y otros*, de fecha 21 de mayo de 2009, si bien se citó el artículo y se pretendió aplicar el mismo, sin embargo, se perdió la oportunidad para aclarar razonadamente el ámbito de esa disposición. La sentencia en cuestión menciona que la derogatoria es permitida siempre que no se trate de jurisdicción exclusiva, “por ejemplo”. En el criterio de la Sala jurisdicción exclusiva y jurisdicción inderogable o indeclinable son sinónimas, pero hay otros casos de jurisdicción inderogable. Estos últimos no se identifican en la sentencia. Cabe preguntarse si el artículo 10 de la Ley en comento fija uno de esos supuestos de jurisdicción inderogable. En la sentencia en cuestión tampoco se discutieron los requisitos de procedencia de la derogatoria, en particular lo relativo a la oportunidad para la misma. Pero respecto de la cláusula arbitral “que su previsión anticipada en ninguna forma invalida la cláusula de arbitraje”. Y esto no parece haberse afirmado tomando en cuenta el texto del artículo 11 de la Ley de Comercio Marítimo. Según su texto, el artículo en cuestión parece eliminar la posibilidad de cláusulas de jurisdicción o de arbitraje *ex-ante*, es decir al momento de celebrar el contrato en cuestión pero antes de que surja “el hecho generador de la acción”. Este asunto, sin embargo, no fue objeto de mención alguna por el TSJ.

20. Ahora bien, para el caso en que se permita la derogación y para el caso de la sumisión a tribunales venezolanos bien vale la pena hacer unas conside-

- raciones acerca de la forma que deben revestir dichos acuerdos a la luz de la jurisprudencia venezolana. En Venezuela, la cuestión de la forma de las cláusulas de jurisdicción en los contratos por adhesión o condiciones generales de contratación ha recibido un tratamiento particular por parte de la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia (“TSJ-SPA”).
21. Si bien en el caso conocido como “*El Gran Blanco, C.A.*”, decidido el 30.5.2000, el problema trataba de la derogación y no de la sumisión a tribunales venezolanos, el análisis es igualmente aplicable a esta última. En el caso en estudio se indicó que para el conocimiento de embarque, si bien se trata de un tipo de contratación, no menos cierto es que el mismo se define como un contrato de adhesión en donde queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes. En el contrato de adhesión, tal como lo ha marcado la doctrina y la jurisprudencia, las cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro contratante se limita a aceptar cuanto ha sido determinado por el primero.
 22. A ello añadió el TSJ-SPA que si bien es permisible que las partes regulen por contrato lo relativo a la jurisdicción, ello “*no puede aceptarse*” en “*los contratos de adhesión en donde no participan ambas partes en la redacción de las cláusulas...*”. Esto lo apoya en el artículo 26 de la Constitución de 1999, que consagra “*los ideales de acceso a la justicia*”. A tal efecto, indicó que para los conocimientos de embarque como contratos por adhesión el modelo a seguir para la admisión y forma de tales cláusulas era la contenida en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998. Allí, concretamente, se exige que para los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente. Se trata de un control meramente formal de la libertad de la voluntad del adherente.
 23. Lo anterior, para el Tribunal, brinda una suficiente seguridad de que la cláusula en examen sea “*el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan sólo de uno de ellos.*” La cuestión jurídica de la forma de la cláusula es vista como una garantía de la eficacia y validez de la misma. La Sala expresó “*...consentir que la cláusula de exclusión de la jurisdicción venezolana en los contratos de adhesión,..., impiden a sus nacionales,... satisfacer sus pretensiones y alcanzar la justicia por imposición contractual del emitente del contrato, desvirtúan tal postulado constitucional y desarticulan todo el sistema judicial que pende de sus principios.*”
 24. De tal manera, la derogación de la jurisdicción venezolana permitida por el artículo 47 de la Ley de DIP o por los artículos 10 y 11 de la Ley de

Comercio Marítimo sólo es procedente mediante contratos de adhesión cuando la cláusula de derogación conste por escrito y la voluntad de derogar se manifieste en forma expresa e independiente.

25. Así, la derogación convencional de la jurisdicción se permitirá *“mediante un acuerdo de voluntades que podrá expresarse en forma independiente al conjunto de las normas prerredactadas, pero que evidencia ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan solo de uno de ellos.”*
26. Como se indicó anteriormente, la situación normativa existente para esa fecha ha cambiado en el presente a raíz de la entrada en vigencia de la Ley de Comercio Marítimo. Es de mencionar que el tema de la cláusula arbitral en los contratos de adhesión no fue discutido en la citada sentencia del TSJ-SPA en el caso *Astivenca v. Oceanlink Offshore III AS y otros*, de fecha 21 de mayo de 2009.
27. En particular, se trata aquí de precisar hasta qué punto los usos, prácticas y costumbres mercantiles internacionales tienen relevancia para determinar si ha habido sumisión a tribunales nacionales o la derogación de su jurisdicción. El tema ha ocupado y continúa ocupando muchas páginas en Europa y en otras partes del mundo. Se trata de examinar la fuerza obligatoria que puede tener la denominada *“lex mercatoria”* en el perfeccionamiento y forma de las cláusulas de sumisión.
28. En este sentido, resulta muy ilustrativa la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa de 2 de diciembre de 1998, *Seguros Avila, C.A. v. Thos & Jas Harrison Ltd. y otras*. Sin embargo, en sentido contrario se expresó la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Políticoadministrativa, 30.5.2000, *Seguros Caracas v. Thos & Jas Harrison y otro*, la cual aunque dictada antes de la entrada en vigencia de la LDIP el 6 de febrero de 1999, se refiere al aspecto particular que hemos destacado anteriormente.
29. Se expresa en esa sentencia que *“es aceptado internacionalmente que los conocimientos de embarque establezcan las condiciones por las cuales se va a regir el traslado de la mercancía a su puerto de destino, siendo tales cláusulas “prima facie” válidas, de obligatorio cumplimiento por las partes integrantes (sic) del contrato. El conocimiento de embarque da fe de las obligaciones asumidas por cada parte y de las condiciones por las cuales se regirá. Los conocimientos de embarque, de acuerdo a la costumbre internacional (fuente principal del derecho (sic) Marítimo), son redactados por el transportador y firmados tan solo por su capitán o en su defecto por su agente marítimo, siendo en la práctica costumbre aceptada que no lo firme*

el cargador, ni mucho menos, el consignatario o titular de los derechos de la carga. De donde la aceptación por estos últimos de los términos y cláusulas del conocimiento de embarque se perfecciona, en principio, desde el mismo momento en que es aceptada la mercancía al costado del buque.”

30. De tal manera se dará cumplimiento al requisito de la escritura, pero se estará en contradicción con la sentencia *El Gran Blanco, C.A.*, antes citada. Verdaderamente, acoger el criterio de esta última en desmedro de la uniformidad universal esgrimida por la sentencia *Thos & Jas Harrison Ltd* de 1998 ha colocado en situación comprometida. Pasamos ahora a otros temas.
31. Para el caso de que las partes se hayan sometido a la jurisdicción de tribunales extranjeros o a un tribunal arbitral respecto de un crédito marítimo, aunque dicho crédito esté sometido a un Derecho extranjero, no se excluye la jurisdicción de tribunales venezolanos a fin de ordenar el embargo preventivo de un buque a fin de garantizar el eventual laudo arbitral o sentencia judicial que se dicte (artículos 13 *in fine* y 94.2 de la Ley de Comercio Marítimo). Sin embargo, los tribunales venezolanos que acuerden la medida no tendrá jurisdicción para resolver sobre el fondo del litigio cuando las partes se hayan sometido válidamente a árbitros o a tribunales extranjeros (artículos 13 *in fine* y 100 de la Ley de Comercio Marítimo).
32. Los artículos 13 y 94.2 de la Ley de Comercio Marítimo brindan la oportunidad de exponer algunas consideraciones en torno al tema de las relaciones entre el Poder Judicial –o los tribunales ordinarios– y el arbitraje comercial, en particular en cuanto a la posibilidad de que jueces venezolanos decreten medidas cautelares en auxilio de un compromiso arbitral en materia marítima comercial.
33. Los inmediatamente antes citados artículos dan jurisdicción a tribunales venezolanos para decretar el embargo preventivo de buques de cualquier bandera y que se encuentren en territorio venezolano con ocasión de la demanda de cumplimiento de un crédito marítimo sujeto o no dicho crédito al Derecho venezolano, todo con el fin de garantizar la ejecución del eventual laudo arbitral. Tal jurisdicción de tribunales venezolanos –como ya se ha dicho– está dada aun para el caso de que entre deudor y acreedor se haya pactado una cláusula de sumisión a tribunales extranjeros o una cláusula de arbitraje y sin que se extienda al conocimiento y decisión del tema de fondo. Lo anterior consagra un supuesto de auxilio, ayuda o cooperación al desarrollo del arbitraje por parte de tribunales ordinarios, sin

que se pretenda que los tribunales arbitrales formen parte del Poder Judicial venezolano. Ese auxilio, ayuda o cooperación es conforme al mandato constitucional de promover el arbitraje, como medio alternativo de solución de controversias, mandato dirigido a todas las autoridades públicas del país y establecido en el artículo 258 de la Constitución. En particular, este auxilio del Poder Judicial al arbitraje ha tenido reconocimiento expreso por parte de la Sala Constitucional del TSJ, en especial en sentencia de 3 de noviembre de 2010 en el caso *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. v. Oceanlink Offshore III AS y otros*.

34. De tal suerte resulta que la existencia de una cláusula arbitral en asuntos marítimos si bien excluye la jurisdicción de tribunales venezolanos para conocer del fondo del asunto, no la excluye –entonces– para decretar medidas cautelares, en particular embargos preventivos de buques, a pesar de que entre las partes litigantes exista una cláusula arbitral vinculante y ello aun cuando el procedimiento arbitral no se haya iniciado para la fecha de la solicitud de la medida cautelar. Es de resaltar –una vez más– que todo lo anterior es con la finalidad de garantizar la ejecución del eventual laudo arbitral.
35. Ni la Ley de Comercio Marítimo ni la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 prevén norma que establezca un término o lapso para presentar la demanda arbitral, en caso de que no se la hubiere presentado antes de solicitar y decretar el embargo preventivo de buques, ni tampoco establecen las consecuencias de no hacerlo. Tal vacío podría llenarse aplicando los criterios fijados por el TSJ en Sala Constitucional en su decisión en el caso *Astivenca* antes citado.
36. De los criterios fijados en el caso *Astivenca* decidido por la Sala Constitucional solo quisiera referirme a dos en particular, relativos a los lapsos para activar el procedimiento arbitral en caso de no haberlo hecho previamente. Paso a continuación a hacer referencia a los mismos.
37. Una vez acordada la cautelar, dentro de los 30 días continuos siguientes el solicitante debe acreditar que llevó a cabo todas las actuaciones necesarias para poner en marcha el procedimiento arbitral. Vencido dicho lapso sin que el solicitante lo acredite, el tribunal que haya acordado la medida revocará de oficio la cautelar decretada y condenará en costas al solicitante. Además, en este caso el solicitante será responsable de los daños y perjuicios que haya causado a la persona perjudicada por la medida acordada.
38. En todo caso –señala la sentencia *Astivenca*–, la cautelar decretada “decaerá automáticamente” si el panel arbitral no se ha constituido luego de transcurridos 90 días contados desde la “efectiva ejecución” de la medida

cautelar en cuestión. Para este caso la sentencia no señala si hay responsabilidad civil del solicitante. Este tema debe ser abordado con cuidado, pues muchas y diferentes circunstancias pueden haber determinado que el tribunal arbitral no se haya constituido dentro del lapso señalado. Aplicando criterios elementales en materia de responsabilidad civil, solo adelantamos que la responsabilidad del solicitante dependerá de la medida en que su conducta haya contribuido a causar daños a la otra parte. Dejamos para otra oportunidad la profundización en este tema.

39. El artículo 333 de la Ley de Comercio Marítimo regula la variante venezolana de la doctrina del *forum non conveniens*. La posibilidad de que discrecionalmente declinen su jurisdicción los tribunales venezolanos se admite en materia de abordaje y sólo los siguientes casos (i) cuando uno de los buques sea embargado en puerto venezolano con motivo del abordaje o se otorgue en dicho lugar fianza sustitutiva; (ii) después del abordaje uno de los buques haga su primera escala o arribe eventualmente a puerto venezolano, y (iii) cuando la jurisdicción venezolana corresponda según el criterio de la citación personal del demandado en el territorio de la República.
40. En tales casos, los tribunales venezolanos podrán discrecionalmente declinar su jurisdicción, a solicitud del demandado, en favor de los tribunales de otro país en el cual se hubiere intentado una acción por los mismos hechos y causas, siempre que le otorgasen al demandante iguales garantías para responder de las resultas de dicha acción intentada por ante ese otro Estado.
41. Para tales efectos, los tribunales venezolanos tomarán en cuenta la vinculación que las partes, buques, aseguradores y tripulantes puedan tener con la jurisdicción extranjera con el fin de tomar su decisión. Procesalmente, la solicitud de *forum non conveniens* se propondrá y tramitará en la forma de una cuestión previa de declinatoria de jurisdicción.
42. Si bien el *forum non conveniens* presenta similitudes con la litispendencia internacional regulada en el artículo 58 de la LDIP, importantes diferencias surgen entre ellas dos. En primer lugar, la litispendencia es de obligatorio respeto en tanto se den sus presupuestos, mientras que el *forum non conveniens* es de aplicación discrecional por el juez según las circunstancias. En segundo lugar, la prevención o anterioridad en la citación no juega papel alguno en el *forum non conveniens*, mientras que tal requisito constituye el elemento principal para resolver los temas de litispendencia internacional. Rige la máxima: la citación determina la prevención. Por otra parte, la declinatoria de jurisdicción con ocasión de la litispendencia se declarará

siempre que la jurisdicción venezolana sea concurrente, mientras que el *forum non conveniens* solo se declarará en los tres casos listados en el artículo 333 de la Ley de Comercio Marítimo. Por último, es indispensable para que se declare con lugar el *forum non conveniens* que se le otorguen al demandante iguales garantías para responder de las resultas de dicha acción intentada por ante ese otro Estado extranjero. La declaratoria con lugar de la litispendencia internacional no se hace depender del otorgamiento de tales garantías.

43. Con en el examen anterior hemos tratado de presentar una panorámica de las principales disposiciones de la Ley de Comercio Marítimo en materia de jurisdicción de tribunales venezolanos y de arbitraje comercial internacional que sirva para orientar a tribunales y prácticos en la solución de los casos de Derecho Internacional Privado Marítimo.