TESIS
DP 2002
057

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL
CARACAS – VENEZUELA

MEDIDAS PREVENTIVAS Y DERECHO DE DEFENSA EN EL ARTÍCULO 1.099 DEL CÓDIGO DE COMERCIO VENEZOLANO

ASESOR: DR. LUIS FERNANDO RAMIREZ

AUTOR: ABG. HUGO ENRIQUE ORTEGA ATENCIO

CARACAS, MARZO DE 2002

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

MEDIDAS PREVENTIVAS Y DERECHO DE DEFENSA EN EL ARTÍCULO 1.099 DEL CÓDIGO DE COMERCIO VENEZOLANO

Autor: HUGO ENRIQUE ORTEGA ATENCIO

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal, aprobado (a) en nombre de la Universidad Católica "Andrés Bello", por el jurado abajo firmante, en la ciudad de Caracas a los _____ días del mes de Marzo del 2.002.

Nombres y Apellidos
C.I.

Nombres y Apellidos
C.I.

Nombres y Apellidos
C.I.

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÓS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

MEDIDAS PREVENTIVAS Y DERECHO DE DEFENSA EN EL ARTÍCULO 1.099 DEL CÓDIGO DE COMERCIO VENEZOLANO

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado **HUGO ENRIQUE ORTEGA ATENCIO**, titular de la Cédula de Identidad No. V-9.473.098, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es **MEDIDAS PREVENTIVAS Y DERECHO DE DEFENSA EN EL ARTÍCULO 1.099 DEL CÓDIGO DE COMERCIO VENEZOLANO**, considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometidos a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas a los 29 días del mes de mayo del año 2.001

Dr. LUIS FERNANDO RAMIREZ
C.I. 5.310.440

INDICE

RESUMEN.....**VI**

INTRODUCCIÓN.....**VII**

CAPITULO I

Procedimiento Cautelar previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio venezolano

-Articulo 1099 del Código de Comercio. Origen y Antecedentes.....10

-Medidas preventivas. Concepto y características.....16

-Inicio del procedimiento previsto en el artículo 1099 del Código de Comercio.....19

-Requisitos para su procedencia.....22

-Bienes sobre los que recaen las medidas. Clasificación.....23

-Defensas previstas en la ley. Conceptos de Oposición y Apelación....26

CAPITULO II

Derecho de Defensa

-Derecho de Defensa. Concepto.....32

-Posibilidad de actuación con las defensas previstas en la ley. La figura de la oposición y la apelación. Remisión legal.....35

CAPITULO III

Análisis Jurisprudencial

-Criterios jurisprudenciales sobre el procedimiento cautelar previsto en el artículo 1099 del Código de Comercio. Análisis de sentencias de los Tribunales superiores, de la Corte Suprema de Justicia y Tribunal Supremo de Justicia.....38

CAPITULO IV

Soluciones Legales

-Otros mecanismos legales previstos en la ley para obrar frente al derecho infringido.....52

CONCLUSIONES.....56

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....63

ANEXOS.....66

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

MEDIDAS PREVENTIVAS Y DERECHO DE DEFENSA EN EL ARTÍCULO 1099 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Autor: Hugo Ortega Atencio
Tutor: Luis Fernando Ramírez
Fecha: Mayo 2001

RESUMEN

Este obra constituye una herramienta importante, que permitirá analizar el procedimiento cautelar y el derecho de defensa en el ordenamiento jurídico, específicamente en el supuesto contemplado en el artículo 1.099 del Código de Comercio venezolano, visto éste desde la óptica de la doctrina y jurisprudencia nacional.
Es una investigación monográfica documental, basada en la doctrina y las sentencias dictadas por la antigua Corte Suprema de Justicia, hoy denominada Tribunal Supremo de Justicia. Se abordará el estudio del problema acerca de las violaciones existentes en el procedimiento de medidas preventivas previsto en el mencionado artículo y que va en contra del derecho de defensa de todo ciudadano, apoyado en fuentes bibliográficas documentales; y utilizando el método documental como básico en el estudio de la jurisprudencia, la doctrina, leyes y códigos venezolanos, a fin de proponer mecanismos con los que el sujeto de derecho que se vea involucrado en esta situación, pueda defenderse. A dicha información se le aplicará el método de interpretación lógica con el fin de obtener un nivel descriptivo, buscando las principales características denotadas en los casos concretos objeto de la investigación.
Para finalizar se obtendrán las conclusiones en forma resumida de los elementos analizados en la presente obra.

Descriptores: Medidas Preventivas. Jurisprudencia. Derecho de Defensa. Debido Proceso.

INTRODUCCIÓN

Tratar de entender la normativa jurídica nacional es sumamente difícil. Tratar de entender lo que quiso exponer cada legislador al crear las normas es un asunto con mayor dificultad.

El derecho venezolano esta contenido por un compendio de leyes que fueron creadas por diversos legisladores que, indudablemente buscaban reglamentar situaciones jurídicas de la época en que vivían, pero que en muchas ocasiones, por falta de técnica legislativa, por no tomar las previsiones pertinentes, o simplemente, para solo adaptar las normas a situaciones muy especificas; no previeron la permanencia de esas normas en el tiempo, para que las mismas, a pesar del paso de los años, se adaptasen a las diversas realidades existentes en cada época.

Como ejemplo de ello, tenemos que los Códigos Civil y de Comercio han sufrido un numero importante de reformas en el transcurso del siglo 20, (mas de tres cada uno) e incluso, la misma Carta Magna ha sido objeto de diversas reformas o transformaciones durante el mismo lapso de tiempo. Esto, ha originado que los criterios académicos y jurisprudenciales sobre el conjunto de normas han sido muy cambiantes, y a traído como consecuencia

que los doctrinarios, jueces y abogados en general, tengan que escudriñar entre las múltiples opiniones para poder acceder a un punto en especifico, que de luces a la solución de un conflicto en particular.

Una de esas normas que actualmente presenta múltiples opiniones, es la contemplada en el artículo 1.099 del Código de Comercio, que establece un procedimiento muy especial en materia mercantil, para la citación de las partes y la ejecución de medidas cautelares. Tal norma, desde hace ya algunos años ha sido objeto de estudio por parte de los doctrinarios y los jueces del los tribunales ordinarios y del más Alto Tribunal del país; y aún actualmente, presenta lagunas en su contenido y forma de aplicación. Así, es evidenciado por el gran número de sentencias de instancia, que han sido reformadas por los órganos superiores o el Tribunal Supremo, en vista de que los abogados y jueces aplican erróneamente la norma en cuestión, muy a pesar que se ha tratado por todos los medios, de uniformar criterios al respecto.

El objeto de analizar este artículo 1.099, sus antecedentes y sus consecuencias, es aportar a los lectores, estudiantes, jueces o abogados, nuevas ideas y soluciones sobre el punto del derecho de defensa y debido proceso imperante en la norma adjetiva comercial, e ir buscando nuevas vías

que solucionen conflictos. Asimismo, se trata de escudriñar algunos puntos de la mencionada norma que aun no han sido tocados, pero que más temprano que tarde, saldrán a la palestra jurídico-académica, con sus evidentes consecuencias para las partes y para el derecho en general.

CAPÍTULO I

PROCEDIMIENTO CAUTELAR PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1.099 DEL CÓDIGO DE COMERCIO VENEZOLANO

Origen y Antecedentes

Nuestro primer Código Mercantil data del año 1.862, y fue promulgado bajo el entonces gobierno del Presidente José Antonio Páez. Luego, en el año 1873, se produjo la primera reforma mercantil del derecho venezolano. En dicha fecha, se instauraron una serie de normas y procedimientos que comenzaron a regir la materia comercial en Venezuela, tales como los Registros de Comercio, la bolsa, etcétera.

Así, lo expone el autor patrio Alfredo Morles Hernández, cuando dice:

> *"Este código de 1.873, constituyó un progreso para la legislación mercantil, tanto desde el punto de vista formal como desde el punto de vista del contenido, habiéndose introducido instituciones como el Registro de Comercio; La Bolsa; y las obligaciones y contratos mercantiles (todavía en vigencia). El Código de Comercio de 1873, fue el resultado del trabajo de revisión efectuado por dos personas: Manuel Cadenas Delgado e Isaac J.*

> *Pardo, designados con tal fin por el Ejecutivo Nacional."* (1998, p.65).

Luego, el 29 de enero de 1904, se introdujo una nueva reforma al Código de Comercio venezolano, la cual abarcó nuevas materias tales como la firma personal, las Cámaras de Comercio, el cheque, etc; y, se reformó algunos otros aspectos como las bolsas, los transportes, las sociedades y los seguros terrestres. Igualmente se innovó en materia de atraso y quiebra. Dicha reforma fue realizada por los juristas Ramón Feo, Nicomedes Zuloaga y Carlos Grisanti.

Posteriormente, el 23 de junio de 1.919, se sancionó una nueva reforma en materia de normativa mercantil, fecha en que fue promulgado el vigente Código de Comercio Venezolano. El legislador de la época, dentro de dicha reforma adoptó la materia sobre letra de cambio, cuenta corriente bancaria, y otras materias como el perfeccionamiento del sistema societario. Este Código de 1.919, que como se ha dicho, es el que esta vigente, sufrió una serie de reformas parciales en los años 1938, 1942, 1945 y 1955, siendo esta última las más extensa; la cual fue encomendada y realizada por profesor Roberto Goldsmith.

Todas estos cambios, se han venido realizando a través del tiempo, con el objeto de adecuar la materia comercial a la realidad de los tiempos, e imprimirle a la misma, la celeridad y economía que necesita el comercio en su desarrollo; y que de esta forma se adapte a los tiempos modernos dentro del período al cual le corresponde cada reforma en particular.

Así, desde la reforma que sufriera la materia comercial en el año 1.919, dentro de dicho Código de Comercio se consagró un procedimiento mercantil muy especial, que dado a la necesidad específica y real de la época, fue regulado en una norma cuya nomenclatura actual es el artículo 1099. Dicho procedimiento, tiene como objetivo principal el acelerar y facultar a la jurisdicción mercantil mediante un procedimiento expedito, que evitase que los comerciantes marítimos o los barcos atracados en puertos se fuesen del país, sin cumplir con las obligaciones para con los comerciantes de tierra firme, burlando la justicia.

El artículo, menciona en su enunciado lo siguiente:

> *"Artículo 1.099.- En los casos que requieran celeridad, el Juez podrá acordar la citación del demandado de un día para otro y aun de una hora para otra; pero si estuviese fuera del lugar del juicio, no podrá suprimir el término de distancia.*

Puede también acordar embargos provisionales de bienes muebles por valor determinado y prohibición de enajenar y gravar inmuebles especiales; y según el caso, exigir que el demandante afiance o compruebe solvencia suficiente para responder de las resultas del embargo.
Estas providencias se ejecutaran no obstante apelación."

Esta norma, nació con el mencionado Código de Comercio del año 1.919, y el mismo ha permanecido en nuestra legislación vigente sin sufrir modificaciones, aún cuando el Código posteriormente ha sufrido algunas reformas, y como ya se mencionó, una reforma parcial muy importante aprobada en el año 1955.

En el artículo antes citado, se establecen facultades para el Juez Mercantil que le dan posibilidad para que éste funcionario judicial ordene citar rápidamente a una persona de ser así requerido; teniendo a su vez el poder para dictar medidas preventivas con fianza o solvencia del demandante, quedando a la parte afectada solamente la vía de la apelación para objetar dichas actuaciones; lo que de acuerdo al análisis y opinión de diversos autores y jurisprudencia patria, iría en contra del derecho de defensa de las partes, ya que una vez ejecutada la medida, la parte afectada no puede promover pruebas o alegatos en dicha instancia, y debe esperar hasta apelar de la decisión para poder ejercer su derecho a defenderse.

Los argumentos para sustentar tal posición de que el artículo 1.099 del Código de Comercio, va en contra del derecho de defensa y debido proceso, nacen a raíz de la promulgación de la derogada constitución del año 1.961, la cual en su articulo 68, dice:

> *"Todos pueden utilizar los órganos de la administración de Justicia para la defensa de derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidas en la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes.*
> *La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado de la causa."*

Asimismo, el artículo objeto de análisis, iría en contra de lo contenido en el ordinal primero del artículo 49 de la recién promulgada Constitución Bolivariana de la Republica de Venezuela (1.999), la cual establece:

> *" El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:*
> *La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa (...)"*

La mención de las normas antes transcritas que garantizan ese derecho fundamental como es el debido proceso y la defensa de todo ciudadano; y su contraposición con el artículo 1.099, traen como consecuencia la existencia de una grave violación al derecho de defensa, pues con la aplicación en la forma y manera de las medidas preventivas expuestas en el mencionado artículo 1.099 del Código de Comercio Venezolano se le está restando oportunidad de defenderse a la persona sobre la cual recae la medida, por la supresión de una instancia a la cual exponer alegatos, quedándole solo la apelación al tribunal de grado superior para dirimir el conflicto.

De manera que el origen del articulo 1.099 y su procedimiento datan desde el año 1.919, y el mismo ha perdido actualmente los motivos originales para los cuales originalmente fue creado. Sin embargo, y debido a su existencia en nuestra ley vigente, los jueces mercantiles continúan aplicándolo a otras realidades cotidianas dentro del derecho mercantil; por supuesto a solicitud de parte interesada que opta por esta vía procedimental; y el mismo, a través de estos últimos años, ha sido objeto de un exhaustivo análisis de parte de los doctrinarios y diversos magistrados de máximo tribunal del país, lo que conllevó a su declaración de inconstitucionalidad por parte de la extinta Corte Suprema de Justicia venezolano en el año 1997.

Luego de haber recabado estos datos históricos sobre el origen de la norma, se debe analizar y entender una serie de elementos que contiene o forman parte de la misma.

Los más importantes, son los referidos a las medidas preventivas en el establecidas, y sus consecuencias sobre el debido proceso y derecho de defensa. Por ello, en primer lugar, esta el concepto de lo que se conoce por medidas preventivas.

Medidas Preventivas.

También llamadas providencias cautelares, medidas cautelares, o medidas conservativas; de acuerdo al autor Guillermo Cabanelas de las Cuevas, este dice lo siguiente: "*Conjunto de disposiciones tendientes a mantener una situación jurídica o a asegurar una expectativa o derecho futuro.*" (1998, p.253).

Por otra parte, el autor patrio Gonzalo Quintero Muro, habla de ellas en la forma siguiente: "*...esas medidas están encaminadas a evitar que el derecho*

del litigante triunfador quede burlado por la mala fe y la viveza del contrario." (1979, p.11).

De otra parte, al referirse al concepto de medidas preventivas el autor Rafael Ortiz Ortiz, citando al autor Hernán López, expresa:

> *"..Las medidas cautelares persiguen "el equilibrio procesal, consagrado entre otras disposiciones, en la codificación colombiana en el articulo 37 numeral 2·, el cual es del tenor siguiente: ´las medidas cautelares aseguran, dentro de lo posible, que quien recurra a la justicia, podrá mantener durante el transcurso del proceso, un estado de cosas similar al que existía cuando formulo su demanda, y obtener un adecuado y pronto restablecimiento de los derechos que le han sido reconocidos".*
> (1997, p. 77)

Otro autor que toca el tema de la medidas preventivas, es el ex-magistrado de la Corte Suprema de Justicia Dr. Pedro Alid Zoppi, el cual para explicar lo que son las mismas y su fin, expone lo siguiente:

> *"Si bien –articulo 585- el propósito y finalidad de las tres medidas tradicionales es el de que no quede ilusoria la ejecución del fallo; precisamente por ser distintas, cada una de ellas tiene una finalidad especifica y propia, y atiende a la naturaleza o índole de la demandada, esto es, la medida correspondiente será en función del objeto de la demanda y de lo que se persigue....."*
> (1998, p.14)

Analizados ya algunos de los diversos conceptos expresados por diversos autores sobre los que son las medidas preventivas, se debe expresar en resumen, que se entiende por tal, *al conjunto de previsiones de carácter legal que pueden solicitar las partes al órgano jurisdiccional, para asegurar una vez acordadas por el Juez, el efectivo cumplimiento de los fines a que se contrae la acción solicitada, y que una vez concluido el juicio, no se vea así nugada su correspondiente pretensión.*

De éste concepto anterior, se extraen algunos elementos:

1) Las medidas cautelares o preventivas son medios de protección previstos en la ley, en forma nominada si están previstas o escritas o en forma innominada si no esta determinada por la ley o es traída por analogía al juicio principal ej: prohibición de salida del país.
2) Son previsiones que solo pueden solicitar las partes ante el Juez, con el objeto de que su acción no quede ilusoria al final del Juicio.
3) En principio deben ser solicitadas por las partes, pero el Juez, igualmente puede decretarlas de oficio, y no se materializan hasta tanto no estén acordadas.

4) Solo el Juez puede acordar medidas cautelares, y debe hacerlo como lo prevé la norma correspondiente.

Estudiados estos elementos, referidos al origen del artículo 1.099 del Código de Comercio, y la consecuencia más directa de éste, como lo son las medidas preventivas que puede acordar el Juez en éste procedimiento mercantil; tiene que hilvanarse tales apreciaciones con el objeto de estudio de esta obra, el cual se refiere al procedimiento previsto en tal artículo sobre las medidas cautelares, y sus consecuencias jurídicas para las partes y terceros respecto al derecho defensa y debido proceso.

Inicio del Procedimiento del artículo 1.099 del Código de Comercio.

Para dar inicio a esta parte, se cita de nuevo éste artículo, que en su enunciado establece lo siguiente:

> *"Articulo 1.099.- En los casos que requieran celeridad, el Juez podrá acordar la citación del demandado de un día para otro y aún de una hora para otra; pero si estuviese fuera del lugar del juicio, no podrá suprimir el término de distancia. Puede también acordar embargos provisionales de bienes muebles por valor determinado y prohibición de enajenar y gravar inmuebles especiales; y según el caso, exigir que el*

demandante afiance o compruebe solvencia suficiente para responder de las resultas del embargo.
Estas providencias se ejecutaran no obstante apelación."

Como se observa, el Código de Comercio (1.919) establece en dicha norma que el Juez, una vez revisados los recaudos de ley, puede, en primer término, citar a la parte demandada de un día para otro, e incluso en el mismo día de una hora para otra, para que el demandado acuda a exponer sus alegatos de defensa. También, lo faculta para que acuerde previa solicitud de parte interesada las medidas preventivas o cautelares sobre bienes muebles o inmuebles especiales; quedando a su criterio, exigir fianza al demandante para acordar tales medidas. Sin embargo, el último aparte del artículo, es lo que ha causado más problemática: *Estas providencias se ejecutarán no obstante apelación.* (subrayado y cursiva nuestro).

Así, se tiene que éste artículo permite al Juez una gran discrecionalidad al momento de dictaminar tanto la citación como las providencias cautelares, que puede acordar en contra del demandado. En efecto la citación del demandado aún de un día para otro o de una hora para otra, ha originado graves consecuencias a éste, por el hecho de que debe explanar su defensa solo con los elementos de juicio, sin mayor preparación o asistencia legal

que la que logre ubicar en tales términos. Por otra parte, por disposición expresa de la ley, también el Juez puede, (porque así se lo permite la norma) dictar medidas que aseguren el juicio para el demandante, sobre bienes muebles del demandado o sobre bienes inmuebles especiales.

Estos últimos bienes mencionados, son necesariamente las naves o aeronaves sujetos a publicidad registral especial, tales como barcos o aviones, los cuales tienen un registro especial de naves y aeronaves, y una ley especial que regula la materia.

Recordando un poco los antecedentes históricos, uno de los fundamentos originales del artículo 1.099, era prohibir a los barcos (que eran los vigentes para la época) que zarpasen del puerto dejando deudas en tierra firme, y burlando así la justicia. He allí el porqué el artículo citado se refiere a bienes inmuebles especiales. Sin embargo, a pesar de la descripción que hace la norma sobre los bienes en los cuales puede recaer la medida cautelar, los jueces en materia mercantil hoy día interpretan y extienden estas medidas a otros bienes tanto muebles como inmuebles del demandado.

Requisitos para su procedencia.

Teniendo ya algunas acotaciones sobre el artículo 1.099 del Código de Comercio, se enuncian entonces cuales son los requisitos de procedencia de tal procedimiento:

a) Necesariamente debe ser una demanda de carácter mercantil, para que pueda optarse por esta vía procedimental, ya que por tratarse de materia especial este procedimiento es exclusivo o atinente solo a esta materia.
b) La demanda debe proponerse ante el Juez con competencia en la materia, cuantía y territorio.
c) Debe expresarse en la demanda la necesidad de una acción expedita y rápida por parte del órgano jurisdiccional, exponiendo y justificando los motivos de tal urgencia para optar por tal procedimiento.
d) En caso de solicitud de la medida preventiva y de ser acordada, se debe afianzar o comprobar solvencia para garantizar resultas del juicio por parte del demandante, pero esto último es un requisito que queda a criterio del Juez.

Una vez cumplidos estos requisitos, se procede a iniciar el procedimiento previsto en la norma, y el Juez deberá cumplir con los trámites de citar al demandado según lo haya ordenado en su ato de admisión (de un día para otro o de una hora para la otra), y previo traslado en caso de embargo, o previa oficio en caso de prohibición de enajenar y gravar según sea la medida solicitada y acordada, continuar con el procedimiento con el objeto de que se trabe la litis y comience el proceso entre las partes.

Bienes sobre los que recaen las medidas.

Tal como ya se ha establecido anteriormente, los bienes sobre los que recae la medida son de las siguientes características:

a) Bienes muebles del demandado; y

b) Bienes inmuebles especiales.

Los bienes muebles son definidos por Cabanelas así:

> " ***Mueble***. *Toda bien o cosa que puede trasladarse por si misma de un lugar a otro (como los semovientes) o que puede moverse por una fuerza extraña (del hombre por lo general, y con*

> *referencia a los objetos inanimados), con excepción de lo accesorio de los inmuebles."*(1998, p. 259).

Otra definición más amplia sobre los mismos, esta plasmada en el Código Civil Venezolano vigente (1982), la cual además de definirlos los clasifica, y esta contenida en los artículos 531, 532 y 533 así:

> *"Artículo 531.-Los bienes son muebles por su naturaleza, por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la ley.*
> *Articulo 532.-Son muebles por su naturaleza los bienes que pueden cambiar de lugar, bien por si mismos o movidos por una fuerza exterior.*
> *Articulo 533.-Son muebles por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la ley, los derechos, las obligaciones y las acciones que tienen por objeto cosas muebles; y las acciones o cuotas de participación en las sociedades civiles y de comercio, aunque estas sociedades sean propietarias de bienes inmuebles..."*

Vistos ya la primera categoría de bienes, se pasa a ver la segunda que esta referida a los Bienes inmuebles especiales del demandado. Sobre estos debemos primero entender lo que son inmuebles: "**Inmuebles**. *Los que no se pueden trasportar de una parte a otra sin su destrucción o* deterioro*".* (ob. cit.,1998, p. 206).

Cuando el Código de Comercio venezolano se refiere a bienes inmuebles especiales, esta señalando aquellos bienes inmuebles que por sus características especiales son considerados muebles, y estos son las naves o aeronaves, que tienen una clasificación especial dentro de la categoría de los bienes, y que necesitan ser registrados ante oficinas especiales como capitanías de puertos, que los clasifican según su descripción. Los barcos o naves, forman parte de estos bienes inmuebles especiales a los cuales se refiere el legislador, que aún cuando nacen y tienen todas las características de los bienes muebles comunes, se clasifican como bienes inmuebles o inmuebles especiales, y los mismos pueden ser objeto de hipoteca o prenda, y a ellos, el legislador de la época, se refirió con especial atención por el hecho de que eran los objetos necesarios para asegurar las resultas de los juicios mercantiles. Por ello, cuando el Código habla de esta categoría de bienes inmuebles especiales, se está refiriendo a los bienes antes mencionados.

Una vez que se han visto los requisitos que establece el mencionado artículo para su procedencia y los bienes sobre los cuales puede ser decretada la medida cautelar, se debe pasar a ver cuales han sido las formas o maneras que el legislador patrio previo para que una vez iniciado el procedimiento por

esta vía mercantil, y una vez que hayan sido decretadas las medidas, la parte afectada pueda actuar en contra de estas.

Defensas previstas en la ley.

Cuando se analiza el artículo 1.099 del Código de Comercio, encontramos un aparte final que establece lo siguiente: " *Estas providencias se ejecutaran no obstante apelación.*"

Este aparte, se refiere específicamente, a que las actuaciones realizadas en base del artículo 1.099 del Código de Comercio, están sujetas al recurso de apelación, en caso de que la parte que se viese perjudicada quiera contradecirlas.

El derecho venezolano en forma general, esta basado lo que se denomina el principio de la doble instancia. Tal principio, esta referido, a que todo proceso judicial debe tener una fase primaria o primera instancia, en la cual las partes van a exponer en sus escritos los elementos de hecho y de derecho, y van a presentar ante el Juez los medios probatorios necesarios para sustentar sus dichos, teniendo así la oportunidad de defenderse ante los alegatos de la

parte contraria y el tiempo prudente para ello de acuerdo a la ley. La segunda fase o segunda instancia, va precedida del hecho de que alguna de las partes no este de acuerdo o no este conforme con la decisión adoptada por el Tribunal de la primera instancia o con algunos aspectos del proceso inicial; por lo que tiene el derecho de acudir ante un órgano superior el cual va a revisar el procedimiento apelado. En esta fase, de acuerdo a nuestro derecho, no es que se van exponer nuevos alegatos distintos a los expuestos en la primera fase, sino que va existir la posibilidad de revisar las actuaciones en la primera fase por parte del órgano o tribunal superior. Cabe acotar, que en esta segunda fase tampoco se van a permitir nuevos alegatos o medios probatorios de las partes, salvo algunos muy contados y previstos en la ley; por lo que el superior debe decidir con lo expuesto en la primera fase.

Sobre este punto del doble grado de instancia, el autor Hugo Alsina ha expresado lo siguiente: *"La doble instancia supone un recurso de apelación que permite llevar la sentencia al examen de un tribunal superior".* (1956, p.131).

Asimismo, en la obra "Revista de Derecho Mercantil", se recoge una sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, la cual en uno de sus extractos dice:

Como primera conclusión, de lo hasta aquí expuesto, tenemos que:

1) desde la perspectiva del Derecho Constitucional Procesal - integrado por las que el célebre procesalista uruguayo Eduardo Couture denominó <garantías constitucionales del proceso>-, se impone una neta diferenciación entre los dos enunciados modos, grados o escalas de acceso al proceso que es instrumento esencial para el cumplimiento de la función jurisdiccional que dispensan los tribunales;

2) la diferenciación in comento –distinto relieve constitucional entre el procedimiento al segundo grado de jurisdicción o procedimiento de alzada, de la otra-, deriva de la diversa configuración legal que en cada uno de estos procedimientos asumen los principios constitucionales de contradicción o defensa y de igualdad procesales". (1997, p.296)

Del análisis tal sentencia, y de acuerdo a lo anteriormente expuesto, el derecho de defensa consagrado en nuestra normativa vigente, prevé ciertamente un doble grado de instancia; una primera ante el tribunal de la causa también conocido como tribunal *a quo*, y una segunda instancia ante un tribunal de grado superior también conocido como tribunal *a quen*. Por ello, y ante una situación en particular de medidas preventivas donde exista la necesidad de exponer medios de defensa, hay un doble grado como es:

a) En el momento de ser practicada la medida cautelar o después de su práctica, puede surgir la oposición de parte o de terceros según se

presente el caso en general, y vista esta la ley prevé la apertura de un lapso probatorio donde la parte o el tercero pueden exponer medios de defensa para que el Juez decida sobre si suspende o no la medida preventiva, y;

b) En caso de que la parte o el tercero consideren que la decisión no le es favorable y tienen aun argumentos en contra de la sentencia o del procedimiento, surge entonces la apelación a la decisión la cual se formula por ante el mismo tribunal que conoció del caso en primera instancia, pero que será escuchada y atendida por ante una instancia o tribunal superior, para que sea este quien revise la sentencia, y con su decisión confirme, revoque o modifique la sentencia del inferior.

Estudiando estos dos grados y su forma de proceder en juicio, se debe entender en primer termino, cual es el objeto de cado uno de ellos.

En cuanto al primer grado, la oposición, es definida así: "*Oposición: ....En lo procesal, acto cuyo objeto consiste en que no se lleve a efecto lo que otro se propone, vaya esto en perjuicio de uno mismo o de otro*". (ob. cit., 1998, p. 282).

Así se tiene, que oponerse a una medida preventiva es la primera facultad o derecho que tiene todo ciudadano que sea parte o tercero en juicio, y que se vea afectado de alguna manera con el acto en cuestión. Esta figura es la primera fase que tendrían las partes en una caso como el que se plantea de las medidas preventivas en el citado articulo 1.099, pero que como ya se ha expuesto, el mismo adolece de tal fase; y la otra como ya se mencionó, es la apelación para que conozca un superior.

El "Diccionario Jurídico Elemental", define la apelación así:

> *"Apelación: recurso que la parte, cuando se considera agraviada por la resolución de un tribunal, eleva a una autoridad judicial superior; para que, con el consentimiento de la cuestión debatida, revoque, modifique, o anule la resolución apelada. Pueden por lo general, apelar ambas partes litigantes."*(1998, p.35).

Del concepto anterior, se deduce, que el artículo en análisis (1.099) prevé solo la última figura, es decir, la de la apelación; como único medio de defensa de la parte en caso de ejecutarse una medida preventiva ordenada en base del referido artículo; y ésta oración o ultimo aparte, ha sido objeto de un profundo análisis por parte de los Tribunales ordinarios y del Tribunal Supremo de Justicia (antes Corte Suprema de Justicia), además de los

doctrinarios, ya que su contenido va en contraposición del llamado derecho de defensa y debido proceso que tiene todo ciudadano.

El autor Rafael Ortiz Ortiz, cuando habla del punto expone:

> *Los regímenes cautelares especiales más importantes son, a nuestro modo de ver, los siguientes:*
> *1) Las medidas preventivas cautelares del Código de Comercio:*
> *Las mas importantes están previstas en el articulo 1.099 del Código de Comercio, (...)*
> *(...) Recordemos que en materia mercantil se aplica, como norma supletoria, las reglas del Código de Procedimiento Civil, (...) conforme a esta herramienta de interpretación puede concluirse lo siguiente:*
> *a- En cuanto al régimen de impugnación: las medidas decretadas de conformidad con la norma señalada no son susceptibles de oposición sino de apelación, en cambio, que las medidas civiles –cuando son decretadas- no son susceptibles de apelación sino de oposición.*(ob. cit., 1997, p.199)

De lo anterior, se tiene que en materia mercantil, de acuerdo a la norma en análisis, no existe la figura de la oposición, sino el recurso de apelación. Allí el verdadero objeto de esta obra: Estudiar si tal aseveración se corresponde con lo que conocemos como derecho de defensa, y si el articulo 1.099, contraviene el orden constitucional venezolano con este procedimiento.

CAPITULO II

DERECHO DE DEFENSA

Concepto y Características.

Como ya se ha citado en este trabajo, la Constitución Venezolana recientemente promulgada (1.999), establece en su articulo 49 lo siguiente:

> *"Articulo 49.-El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:*
> *1.La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso..."*
> *2.....*
> *3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente....."*

Esta, es la premisa base del derecho de defensa y debido proceso venezolano, y que ha sido plasmada en nuestra vigente constitución, basado

en lo ya mencionado en las antiguas cartas magnas, como la del año 1.961, que la contenía en su artículo 68 lo siguiente:

> *"Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes".*
> *"La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso".*

Por tanto, se sostiene que el derecho de defensa consagrado en la ley, puede ejercerse de acuerdo a la constitución vigente, en todos los grados e instancias y por todos los medios permitidos por la ley; y cuando esta norma constitucional se compara con la norma comercial objeto de estudio, ésta ultima permite defenderse a la parte solo en el grado de apelación, obviando la ley la forma de la oposición y promoción de medios probatorios para la parte que crea conculcado su derecho; no teniendo la posibilidad de la oposición ni medios de prueba.

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia, expresa en una sentencia recogida por el autor Oscar Pierre Tapia, la definición del derecho de

defensa en la forma siguiente:

> *'...es el derecho de defensa el que garantiza a las partes el ejercicio de sus legitimas facultades procesales para cumplir con las cargas, aprovechar las posibilidades y realizar las expectativas que el proceso comporta. En este orden de ideas, la Sala ha expresado que:*
>
> *...la defensa en su sentido procesal, no es un derecho que compete exclusivamente al procesado, sino que la Ley concede a ambas partes para formular pedimentos ante el órgano jurisdiccional, en resguardo de los bienes jurídicos en que estén interesados". (Sentencia de la Sala de Casación Civil, del 4 de agosto de 1999, con ponencia del magistrado José Luis Bonnemaison)* (1999, T.8, pp. 66 y 67).

Las principales características, de acuerdo a lo expuesto sobre el derecho de defensa en general, son las siguientes:

a) Es un derecho constitucional de todo ciudadano (establecido en el artículo 49 de la Constitución venezolana vigente).
b) Garantiza que toda persona tiene que ser oída por los órganos jurisdiccionales antes de emitirse opinión definitiva sobre el asunto que se le ocupa.
c) Garantiza que van a ser respetados todos los medios existentes en la ley, para que la parte pueda ejercer su defensa a través de los medios de prueba que establecen las normas vigentes.

d) Garantiza que solo los órganos jurisdiccionales naturales pueden ser quienes juzguen a las personas, y solo ellos son quienes pueden aplicar el derecho vigente.

Posibilidad de actuación con las defensas previstas en la norma

Conocido en forma general, cual es el derecho de defensa establecido en la ley, veamos con detalle como es la forma que prevé el artículo 1.099 del Código de Comercio venezolano, para que una parte pueda contradecir las medidas preventivas en él previstas.

Partiendo de un supuesto en que el Juez de la causa, se le proponga una demanda mercantil a través del procedimiento previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio y éste decida practicar la medida preventiva de embargo sobre bienes del demandado, y basándonos en lo que dice el citado artículo; éste demandado afectado, en primer término, debe dejar que la medida cautelar se practique, y si considera que él tiene en contra de ésta alguna causa de hecho o de derecho que sirva para contradecir la misma, deberá esperar al lapso de apelación, para poder acceder ante el órgano jurisdiccional, y que sea éste quien escuche sus alegatos de defensa. No

existe un lapso probatorio para que el afectado pueda exponer sus alegatos, y solo tiene como medida de defensa el recurso de apelación.

- La oposición, como tal (y como ya hemos mencionado), no es posible, porque la ley así no lo ha previsto, y el recurso de apelación solo puede ser ejercido una vez concluido el procedimiento, y solo se produce en un solo efecto; lo que conlleva a que el juicio principal no se paraliza ni la medida en cuestión deja de tener vigencia, y el asunto deberá decidirse por ante un tribunal de rango superior con las copias certificadas del asunto apelado.

Este criterio, fue sostenido por los tribunales ordinarios y por nuestro máximo Tribunal hasta el año de 1.997, y era el de aplicar taxativamente lo estipulado en la norma procedimental comercial. Posteriormente, luego de ciertas variaciones interpretativas jurisprudenciales y doctrinales, en una sentencia de ese mismo año, dictada por el máximo Tribunal en un caso donde las partes eran la empresa Electrospace vs. Banco del Orinoco, el criterio cambio radicalmente, e incluso, se llegó hasta la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 1.099 del Código de Comercio. Por ello, se verá mas adelante con detalle, que soluciones han visto los tratadistas del

derecho, sobre el punto y si tales soluciones son han abarcado todos los puntos expuestos en dicho articulado.

Seguidamente, se analizará, cual ha sido el objeto de estudio de nuestra jurisprudencia sobre el punto en cuestión.

CAPITULO III

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Una vez que hemos estudiado todos los aspectos sustantivos y adjetivos del problema que se suscitan con el procedimiento cautelar previsto en el articulo 1.099 del Código de Comercio venezolano, podemos observar que criterios han expuesto algunos jueces superiores sobre el punto, y que ha manifestado el máximo Tribunal de país, cuando el asunto le ha sido sometido a su estudio. Para ello, se van a citar extractos de sentencias o decisiones casi completas (por su importancia), que tocan la materia de las medidas preventivas en el articulo 1.099 del Código de Comercio, las cuales están recogidas por en los compendios de Jurisprudencia Venezolana de Ramírez y Garay, y por el autor Oscar Pierre Tapia, en sus obras Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.

Una de esas primeras decisiones recogida por Ramírez y Garay, data del año 1982. Allí, el Juzgado Sexto Superior con sede en la ciudad de Caracas, expresó lo siguiente:

> *"(...) Presunción grave del derecho reclamado.*
> *Las medidas cautelares mercantiles no se rigen por el articulo 368 del Código de procedimiento Civil; puede citarse entre varias jurisprudencias, la de la Corte Superior Segunda del Distrito Federal y Estado Miranda, en cuya sentencia de 4 de abril de 1961 estableció: "en materia mercantil, por aplicación del articulo 1.099 no ha lugar a demostrar presunción grave del derecho que se reclama".....*
> *La inaplicabilidad del articulo 368 del Código de Procedimiento Civil par las determinaciones cautelares mercantiles, excluye el vicio de ilegalidad de la impugnación que se quiere hacer valer.*
> *(...)*
> *(...) El articulo 1099 del Código de Comercio no exige para la prohibición de enajenar y gravar que se de caución o se compruebe la solvencia, tal requisito se refiere al embargo provisional; por tanto la falta de caución o de prueba de solvencia por parte del solicitante no constituye vicio legal.*(1982, pp. 76 y 77).

Esta primera decisión, se ha traído a colación, por el hecho de que nuestros jueces, sea cual fuere la época, interpretan y cambian el sentido de los artículos aún cuando el legislador no lo hace; y ésta costumbre, es la que muchas veces origina inconvenientes en la resolución de conflictos. El comentario viene, debido a que si el lector observa detenidamente el artículo 1099 del Código de Comercio en su segundo párrafo o aparte; éste artículo no distingue entre unos bienes u otros respecto de la caución, y deja a criterio del juez lo que debe darse para la implementación de la medida cautelar. El Juez de acuerdo al artículo si tiene una potestad, pero es la de

pedir o no la fianza para garantizar los daños que se puedan causar con la medida; pero esa es su facultad, su criterio; muy distinto a lo que dijo el Juez Superior citado en la anterior sentencia, de que la fianza se exige para unos bienes y para otros no, dándole un sentido distinto a lo expresado en la norma.

Otra decisión, dictada por el Juzgado Octavo Superior de Caracas, de fecha 16 de junio de 1983; manifiesta:

> *(...) Vale decir que el Juez Mercantil puede decretar medidas preventivas de embargo o de prohibición de enajenar y gravar, con o sin caución, exigiendo o no comprobación de solvencia en el demandante. En tales casos se observa que no se requiere la comprobación de los extremos que para la procedencia de esas medidas exige el Código de Procedimiento Civil, dada la amplitud de la facultad, pues así lo requiere la complejidad y celeridad del comercio.*
> *Según el ultimo aparte de ese articulo 1099, "Las providencias se ejecutarán no obstante apelación, con lo cual resulta expresa la voluntad del Legislador de que el recurso contra esas medidas es el de apelación y debe ser oído en un solo efecto.(...)* (ob. cit., 1983, p.146).

En esta decisión, se observa que el criterio de Juez es el de que las medidas se pueden otorgar con o sin fianza, dependiendo de cómo él lo juzgue, y respecto de la impugnación solo admite la apelación cuando surja esta situación.

Continuando con la jurisprudencia, pero ahora la del Máximo Tribunal de país, se analizará en primer termino una que toca el tema en especifico del articulo 1.099, y que data del 20 de marzo del año 1986. La misma fue promulgada por la Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia, y hace referencia al procedimiento mercantil viendo al mismo como un procedimiento especial, donde el Juez, debe respetar lo establecido en la norma y solo conceder el recurso de apelación en caso de que la parte afectada quiera objetar la decisión, criterio éste que mantiene lo que hasta esa fecha citada se ha venido aplicando para éste caso en particular.

Desde entonces, y hasta finales de la década de los años noventa, la jurisprudencia nacional mantiene el criterio de aplicar lo taxativo previsto en la norma, y concede como único medio de impugnación el recurso de apelación, ante una situación de medidas preventivas de materia mercantil.

Reiterando lo anterior, el autor Pierre Tapia recopilo en el año 1.995, la que la entonces Corte Suprema de Justicia dijo:

> *" Ahora bien, resalta sin lugar a dudas que el procedimiento por cuyo conducto tramitó y acordó el Tribunal de la causa la referida medida preventiva, fue el reglado en el Titulo III del Libro Cuarto*

del Código de Comercio, que en su articulo 1.099 dispone lo siguiente:

En los casos que requieran celeridad, el Juez podrá acordar la citación del demandado de un día para otro y aun de una hora para otra; pero si estuviese fuera del lugar del juicio, no podrá suprimir el término de distancia.
Puede también acordar embargos provisionales de bienes muebles por valor determinado y prohibición de enajenar y gravar inmuebles especiales; y según el caso, exigir que el demandante afiance o compruebe solvencia suficiente para responder de las resultas del embargo.
Estas providencias se ejecutaran no obstante apelación.(...)".

Sobre este particular, esta Sala en Sentencia de fecha 24 de marzo de 1993, con ponencia del Magistrado Dr. Aníbal Rueda, estableció la procedencia del recurso de apelación contra las medidas preventivas solicitadas en juicios mercantiles.

"Considera la Sala, que frente al texto claro y terminante de la ley no puede sostenerse que en los procesos mercantiles, la parte agraviada con la medida preventiva no puede ejercer el recurso ordinario de apelación contra el decreto que la acuerda. Pero distinta es la situación en los procesos civiles como el de autos, pues en estos la ley no concede el recurso de apelación contra la medida cautelar, sino el derecho o facultad de hacer oposición a la misma como lo dispone el parágrafo segundo dela articulo 588 del Código de Procedimiento Civil Vigente.."

(Sentencia de la Sala de Casación Civil, Tribunal Constitucional, del 8 de febrero de 1995, con ponencia del Magistrado Dr. Rafael J. Alfonzo Guzmán, en el juicio de Promotora Río Grande S.A. y otra, en el expediente No. 94-141, sentencia No. 10). "(1995, t.2, pp. 275 y 276*).*

Otra decisión de la Sala Civil, de fecha 27 de Septiembre de 1995, expresa:

(...) Si bien es cierto que el articulo 1.099 del Código de Comercio faculta a los jueces mercantiles para acordar medidas preventivas de embargo y prohibición de enajenar y gravar sobre bienes propiedad de la parte demandada y, según el caso, exigir que el demandante afiance o compruebe solvencia suficiente para responder de las resultas del embargo, no es menos cierto, que el Juez que conozca en alzada del decreto de la medida, también goza de la facultad discrecional de revisar, en todos sus aspectos, la determinación del Juez inferior.

De conformidad con la consolidada doctrina de la Sala sobre esta materia, imperante desde una sentencia del 21 de mayo de 1986, la alzada puede revisar, no solo el fundamento normativo o legalidad estructural de la medida, sino también el modo como la primera instancia ejercicio la facultad que le concede la le, a fin de censurarlo si se encuentra que la medida fue decretada sin ajustarse a principios de racionalidad y prudencia que, en tales casos, deben inspirar la conducta del juzgador, en obsequio de la justicia y la imparcialidad, tal como lo preceptuaba el articulo 13 del derogado Código de procedimiento Civil, ahora articulo 23 de la vigente Ley procesal Civil.

Por su parte, en decisión de éste Alto Tribunal del 20 de Abril de 1989, dictada en el juicio: Leonardo Dota Palese y otros contra Ennio Montecalvo y otro, se dejo sentado el siguiente criterio:

"La doctrina nacional es unánime....justamente porque el poder discrecional no supone la reglamentación anticipada de las condiciones materiales del ejercicio de la competencia, es por lo que deben existir controles para determinar si la autoridad competente ha procedido conforme a lo que ordene el ordenamiento jurídico quiere; y esa es la razón por la cual la doctrina moderna expresa que es la "razonabilidad" el limite axiológico de la competencia discrecional, en el sentido de que toda decisión, basada en el criterio discrecional del Juez, debe ser razonable, y cuando efectivamente lo es, se considera que la autoridad competente ha hecho buen uso de su poder". (ob. cit, 1995, t.8, pp. 159 y 160).

Continuando con las Sentencias del máximo Tribunal, el mismo autor en su compendio recoge en el año 1996, lo que la Sala Civil expresó:

> *"(...) La actual doctrina de esta Sala sobre la recta interpretación del articulo 1.099 del Código de Comercio, pone de relieve la potestad del Juez de Alzada para revisar el pronunciamiento del Juez a quo, sobre el decreto de las medidas preventivas de embargo y prohibición de enajenar y gravar, doctrina la cual esta contenida en sentencia del 21 de marzo de 1986.....(...)"* (ob.cit.,1996, t.10, p. 129).

Hasta la referida decisión, la Corte Suprema de Justicia mantuvo el criterio de conocer solo en grado de apelación lo referente a las medidas preventivas decretadas en base a lo dispuesto por el articulo 1.099 del Código de Comercio; y sus decisiones, no exponían mas allá de los que rezan las mismas sentencias, acerca de que la discrecionalidad del Juez abarca el conocimiento y revisión de las medidas por parte del superior jerárquico, y no se pronunciaban sobre la evidente violación existente en tal norma procedimental.

Es a partir de la sentencia de fecha 31 de julio de 1997 pronunciada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que cambia radicalmente el criterio. La misma expone como títulos o divisiones de la sentencia, en su parte motiva los siguientes:

1) *Ratifica lo expuesto por la mayoría sentenciadora en su fallo de fecha 31 de julio de 1997, en el capitulo II de tal decisión, en lo relativo a la declaratoria del "vicio de inconstitucionalidad que inconcusamente padece el régimen de contradicción del proceso cautelar previsto en el ultimo parte del articulo 1.099 del Código de Comercio, en cuanto que ese especial régimen, se reitera, se encuentra en flagrante violación al contenido esencial del derecho fundamental a la defensa a cuya consagración se contrae el único aparte del articulo 68 de la Constitución de la Republica de Venezuela actualmente vigente."*

2) *Abandona lo expuesto en el capítulo II de aquella decisión del 31 de Julio de 1997, en lo concerniente a la declaratoria de "derogatoria virtual por inconstitucionalidad sobrevenida, de la norma legal contemplada en el ultimo aparte del articulo 1.099 del Código de Comercio Venezolano."*

3) *Acoge expresamente lo expuesto en el voto salvado del magistrado Aníbal Rueda contenido en la referida decisión del 31 de julio de 1997...".* (ob.cit., 1998, pp.196 y 197).

Como se observa, la Sala Civil de nuestro máximo Tribunal presenta desde hace algunos años diversidad de criterios sobre el punto de las medidas preventivas y su forma de aplicación, ya que en un principio hasta el año 1997 no expresan nada sobre el punto y mantienen la tesis de que hay que respetar lo establecido en la ley; luego a partir de esta fecha *acogen la vía de declarar la inconstitucionalidad sobrevenida* de la norma del articulo 1.099 *in comento,* por violar el articulo 68 de la entonces constitución vigente; y luego, analizan la declaratoria de inconstitucionalidad formulada en el año 1997 en la referida sentencia, y la comparan con lo establecido en el articulo

van cambiar muchos de los criterios allí esbozados. Por ello, y dado que la decisión en cuestión es sumamente extensa y muy didáctica, la misma no es citada en la presente obra como punto de la misma, sino que es traída en forma completa como punto anexo, para que los lectores, puedan entender en toda su magnitud el porqué de las argumentaciones expuestas.

A continuación, se verá que la Corte Suprema de Justicia, luego de la decisión antes mencionada, ha venido sosteniendo este nuevo criterio de que el artículo 1.099 es violatorio de la ley constitucional y adjetiva; pero estas siguientes decisiones han cambiado los criterios en el tiempo, sobre todo basado en lo que en su oportunidad dijeron los votos salvados. Así en el año 1998, en una de sus decisiones la Sala de Casación Civil expresó:

> *(...) Considera esta Sala de Casación Civil, que conforme a lo sostenido en el voto salvado del magistrado Aníbal José Rueda, contenido en la mencionada sentencia del 31 de julio de 1997, lo jurídicamente procedente es que esta Sala, con fundamento en lo dispuesto en el articulo 20 del Código de Procedimiento Civil ("control difuso de la constitucionalidad de las leyes"), inaplique para el caso concreto la norma del ultimo aparte del articulo 1.099 del Código de Comercio, en lugar de pronunciar la derogativa virtual por inconstitucionalidad sobrevenida, de la norma legal contemplada en dicho ultimo aparte del articulo 1.099 ejusdem.*
>
> *En síntesis, la Sala, en la presente decisión:*

1) *Ratifica lo expuesto por la mayoría sentenciadora en su fallo de fecha 31 de julio de 1997, en el capitulo II de tal decisión, en lo relativo a la declaratoria del "vicio de inconstitucionalidad que inconcusamente padece el régimen de contradicción del proceso cautelar previsto en el ultimo parte del articulo 1.099 del Código de Comercio, en cuanto que ese especial régimen, se reitera, se encuentra en flagrante violación al contenido esencial del derecho fundamental a la defensa a cuya consagración se contrae el único aparte del articulo 68 de la Constitución de la Republica de Venezuela actualmente vigente."*

2) *Abandona lo expuesto en el capítulo II de aquella decisión del 31 de Julio de 1997, en lo concerniente a la declaratoria de "derogatoria virtual por inconstitucionalidad sobrevenida, de la norma legal contemplada en el ultimo aparte del articulo 1.099 del Código de Comercio Venezolano."*

3) *Acoge expresamente lo expuesto en el voto salvado del magistrado Aníbal Rueda contenido en la referida decisión del 31 de julio de 1997...".* (ob.cit., 1998, pp.196 y 197).

Como se observa, la Sala Civil de nuestro máximo Tribunal presenta desde hace algunos años diversidad de criterios sobre el punto de las medidas preventivas y su forma de aplicación, ya que en un principio hasta el año 1997 no expresan nada sobre el punto y mantienen la tesis de que hay que respetar lo establecido en la ley; luego a partir de esta fecha *acogen la vía de declarar la inconstitucionalidad sobrevenida* de la norma del articulo 1.099 *in comento,* por violar el articulo 68 de la entonces constitución vigente; y luego, analizan la declaratoria de inconstitucionalidad formulada en el año 1997 en la referida sentencia, y la comparan con lo establecido en el articulo

20 del Código de Procedimiento Civil (1987), obteniendo como resultado el hecho de declinar de este primer criterio establecido en el año 1997, ya que de acuerdo al nuevo análisis, las declaratorias de inconstitucionalidad sólo las puede declarar la Corte en Pleno.

El mencionado artículo 20 dice: *'Articulo 20.- Cuando la Ley Vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán, ésta con preferencia.'* (p.14).

Este artículo, como ya se ha dicho, faculta a los jueces en general, para que desapliquen una norma de carácter legal, cuando ésta, contradiga a una norma de carácter constitucional. Pero si se observa con detenimiento, el articulo 20 *in comento* ordena es la no aplicación; y en la sentencia del año 1997 antes citada, se utiliza el articulo para declarar la *"inconstitucionalidad sobrevenida"* del articulo 1.099 del Código de Comercio; y si se analiza más aún el origen de la sentencia (quien la produjo), la misma viene de la Sala Civil; y como ya se dijo, las declaratorias de inconstitucionalidad de las normas esta dada al máximo Tribunal del país, para que este en *Corte Plena*, pueda hacerlo; y no en Sala Civil como se hizo. Allí, alguno de los argumentos válidos de los votos disidentes.

De igual forma, en estas nuevas sentencias posteriores al año 1997, deciden acoger la vía procedimental civil del articulo 601 al 606, para cubrir el vacío legal dejado por la norma del 1.099. Así, un nuevo extracto de una sentencia del Corte Suprema de Justicia de Venezuela, de 1988, dice:

> *(...) Dispone el articulo 1.097 del Código de Comercio, que el procedimiento ordinario se aplicará en lo mercantil, siempre que no haya disposición especial en ese Código. Conforme a ello, en materia de medidas preventivas dictadas en juicios mercantiles pero decretadas conforme a las previsiones el articulo 1.099 ejusdem, son aplicables las disposiciones respectivas del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo a las cuales, concretamente con lo dispuesto en el parágrafo segundo del articulo 588, el recurso a ejercer contra la medida es el de oposición, quedando reservada la apelación como recurso contra la decisión de la incidencia de oposición. Destaca en este punto la Sala, además, que en reciente sentencia dictada en fecha 31 de julio de 1997, en el juicio (...) se estableció nueva doctrina conforme en la cual también en los casos en que la medida sea decretada con base en el articulo 1.099 del Código de Comercio, lo procedente será interponer oposición a la medida según las regulaciones del Código de Procedimiento Civil.* (Ob. cit., t.7, 1998, p. 237).

Una decisión del año 1999, recogida por el autor antes citado, dice:

> *"Ahora bien, en el régimen jurídico previsto para el proceso cautelar de las medidas ex artículo 1.099 del Código de Comercio, el juzgador debe tramitarlo de conformidad con los artículos 601 al 606 del Código de Procedimiento Civil, ambos inclusive; en el caso subjudice, este Alto tribunal observa que el Juzgador de alzada, en el proceso cautelar ex artículo 1.199 del Código de Comercio, no ordeno la reposición de la causa al estado de que se*

tramitara el proceso cautelar de conformidad con la incidencia prevista en los artículos 602 al 606 del Código Procesal, por cuyo motivo resultaron éstos infringidos, porque contra las medidas se permitió únicamente el recurso de apelación, sin que previamente se hubiese agotado la vía de la oposición, con lo cual resultaron también violados el articulo 68 de la Constitución y los artículos 11, 15, 206, 208, 211 y 212 todos del Código Procesal, como quedo demostrado de la trascripción de la recurrida que hiciera la Sala, quebrantando y lesionando el orden publico, pues menoscabo el derecho de defensa de la parte agraviada.(1998,t.8, pp.320 y 321).

En otra sentencia, la entonces Corte Suprema dice:

(...) esta Sala encuentra que en el caso su subjudice la recurrida, al establecer como único recurso subjetivo el de la apelación contemplado dentro del proceso cautelar ex articulo 1.099 del Código de Comercio, quebranto las formas sustanciales que menoscaban el derecho a la defensa, lesionando el orden publico (...) (1999, t.4, pp. 308 al 310)

Una de las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de Justicia es de este año 2001, y establece en su contexto:

(...) Considera esta Sala de casación Civil que, conforme a lo sostenido en el voto salvado del Magistrado Aníbal José Rueda, contenido en la mencionada sentencia del 31 de julio de 1997, lo jurídicamente procedente es que esta Sala, con fundamento en lo dispuesto en el articulo 20 del Código de procedimiento Civil ("Control difuso de la constitucionalidad de las leyes"), inaplique para el caso concreto la norma del ultimo aparte del articulo 1.099 del Código de Comercio, en lugar de pronunciar la derogatoria

virtual por inconstitucionalidad sobrevenida, de la norma legal contemplada en dicho ultimo aparte del articulo 1.099 ejusdem.

En síntesis, la Sala, en la presente decisión:

1) *Ratifica lo expuesto por la mayoría sentenciadora en su fallo de fecha 31 de julio de 1997, en el capitulo II de tal decisión, en lo relativo a la declaratoria del 'vicio de inconstitucionalidad que inconcusamente padece el régimen de contradicción del proceso cautelar previsto en el ultimo aparte articulo 1.099 de Código de Comercio, en cuanto que ese especial régimen, se reitera, se encuentra en flagrante violación al contenido esencial del derecho fundamental a la defensa a cuya consagración se contrae el único aparte del articulo 68 de la Constitución de la Republica de Venezuela actualmente vigente'.*
2) *Abandona lo expuesto en el capítulo II de aquella decisión del 31 de julio de 1997, en lo concerniente a la declaratoria de 'derogatoria virtual por inconstitucionalidad sobrevenida, de la norma legal contemplada en el ultimo aparte del articulo 1.099 del Código de Comercio venezolano'.*
3) *Acoge expresamente lo expuesto en el voto salvado del magistrado Aníbal Rueda contenido en la referida decisión del 31 de julio de 1997 (...).*
4) *Acoge expresamente lo expuesto en el capitulo III de la referida decisión del 31 de julio de 1997, en lo atinente a la consideración según la cual la integración del vacío legal configurado por la inconstitucionalidad de la disposición inserta en el ultimo aparte del articulo 1.099 del Código de Comercio venezolano, hace procedente, atendiendo a la expresa remisión normativa efectuada por el articulo 1.119 del señalado Código de Comercio, utilizar el régimen de contradicción cautelar, constitucionalmente válido, previsto en el titulo II del libro III del vigente Código de Procedimiento Civil (...).* (2001, t.2, pp. 426 y 427).

Así, han quedado plasmados los diversos criterios de los magitrados del máximo Tribunal del país, y se han visto la posibles soluciones jurisprudenciales sobre el punto.

CAPITULO IV

SOLUCIONES LEGALES

Otros mecanismos legales previstos en la ley para obrar frente al derecho infringido.

Tal y como se ha expresado en la narración de lo que implica el artículo 1.099 del Código de Comercio, hasta fecha reciente existía solo la posibilidad de actuar con lo expresado en citada norma, y que se contrae al hecho de que la parte afectada tiene un único recurso en contra de la medida cautelar, y es el recurso de apelar a la decisión que la contempla.

Se dice que tal posibilidad de actuar en contra de esta medida preventiva decretada en base del artículo 1.099 del Código de Comercio, es la apelación, porque, a pesar de que nuestro máximo Tribunal ya se ha pronunciado y emitido opinión sobre el punto, actualmente existen muchos Tribunales que conocen en primera instancia sobre estos asuntos, que siguen aplicando la norma en forma taxativa, sin tomar en cuenta lo expuesto anteriormente.

Sin embargo, a fin de orientar y dar a conocer los alcances de esta y otras soluciones legales, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han aportado, y que han llenado en parte el vacío jurídico dejado por el citado artículo, si establecerán cuales son estas soluciones, y en que forma se pueden desarrollar las mismas.

Lo primero que se debe acotar, es que el Código de Comercio Venezolano (1.919), en su artículo 1.119 establece lo siguiente: *"Articulo 1.119.- En todo lo demás en que no hubiere disposición especial en el presente Titulo, se observaran las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil."*

Partiendo de allí, está que existen lagunas que se puedan presentar en la aplicación de algunas normas contenidas en el Código de Comercio, las cuales pueden y deben ser suplidas por las normas contenidas en el Código Procedimental Adjetivo; y al realizar un análisis de este último, se encuentra que en los artículos 602 y siguientes hasta el 606 del mencionado Código de Procedimiento Civil (1.987), los mismos establecen un lapso para que el Juez en caso de controversia, pueda dirimir algún conflicto entre las partes.

Dicen dichos artículos:

"Articulo 602.- Dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar.

Haya habido o no oposición, se entenderá abierta una articulación probatoria de ocho días, para que los interesados promuevan y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos.

En los casos a que se refiere el articulo 590, no habrá oposición, ni la articulación de que trata este articulo, pero la parte podrá hacer suspender la medida, como se establece en el articulo 589.

Articulo 603.- Dentro de dos días, a más tardar, de haber expirado el termino probatorio, sentenciará el tribunal la articulación. De la sentencia se oirá apelación en un solo efecto.

Articulo 604.- Ni la articulación sobre estas medidas, ni la que origine la reclamación de terceros, suspenderán el curso de la demanda principal, a la cual se agregará el cuaderno separado de aquellas, cuando se hayan terminado.

Artículo 605.- .....

Articulo 606.- Si Sentenciada en definitiva la causa, no se hubiere decidido todavía la articulación pendiente sobre las medidas decretadas, el tribunal ante quien se haya promovido continuará conociendo de ella, aunque haya admitido antes apelación en ambos efectos o recurso de casación de la sentencia definitiva. (ob. cit., 1987, pp. 837 al 843).

Explicando estas normas, las mismas prevén, que si alguna parte se opusiere a alguna medida de carácter legal (como por ejemplo una medida preventiva), y nos encontremos dentro del supuesto del articulo 1.099; el Juez, por aplicación del articulo 1.119 del Código de Comercio que remite a las normas del Código de Procedimiento Civil; y por aplicación del principio del derecho de defensa y debido proceso que tienen las partes consagrado constitucionalmente en el artículo 49; debe remitir el procedimiento a las normas del Código Adjetivo, y debe ordenar abrir el procedimiento especial establecido en la norma del 602 y siguientes; para de esta manera, garantizarle al afectado o parte opositora, que su objeción se va a dirimir por lo establecido las mismas, y de esta forma, se le van a escuchar sobre sus argumentos en contrario; y que igualmente va a existir una articulación probatoria de ocho días para esclarecer las dudas al respecto, antes de decidir sobre el asunto.

CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto, se puede concluir que el articulo 1.099 del Código de Comercio venezolano, es una norma de carácter adjetivo, que en el momento de nacimiento tuvo una razón de ser, y es la tiene el derecho mercantil en general: La celeridad en las operaciones y juicios comerciales. Tal motivo ha cambiado con el transcurrir de los años, y actualmente, el contenido de la norma, contraviene otros conceptos que han sido desarrollados en el tiempo, y que buscan brindarle mayor seguridad a las partes en los procesos.

Las soluciones de carácter legal, aportadas por los doctrinarios y por la jurisprudencia, si bien aún no han terminado de afinar criterios, aportan una muy buena salida a la situación o laguna que presenta tal procedimiento especial cautelar; lo que sí se configura en el verdadero derecho de defensa a través de la oposición de parte a la medida preventiva antes explicada, y así se le garantiza al afectado, un término en que se va a poder defender, y va a poder exponer sus medios probatorios en contra de la situación que lo perjudique y que a su entender deba exponer en el procedimiento, con el tiempo necesario y prudente para el ejercicio del mismo.

Acerca de este último punto, *del tiempo necesario para poder exponer los argumentos necesarios en el proceso*; se debe mencionar, que la misma norma en su primer aparte establece lo siguiente:

> *"Articulo 1.099.- En los casos que requieran celeridad, el Juez podrá acordar la citación del demandado de un día para otro y aun de una hora para otra; pero si estuviese fuera del lugar del juicio, no podrá suprimir el término de distancia.(...)."*

Como se ve, este punto aún no ha sido tratado por la jurisprudencia antes citada. Por ello, es nuestro criterio, que este aparte del articulo, también debe ser objeto del análisis que atañe a la presente obra, por el hecho de que ese tiempo previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio iría en contra del ya explicado derecho constitucional a la defensa que tiene todo ciudadano.

El actual Tribunal Supremo de Justicia, en una de las últimas sentencias de éste año 2001, se refiere al hecho de que las partes deben tener el tiempo hábil necesario para poder expresar sus defensas en juicio; y la misma, extiende los lapsos procesales (como por ejemplo el de la aclaratoria de la sentencia de tres días a cinco días que es el lapso que corresponde a la

apelación) con el objeto de que la parte que así lo considere conveniente pueda y tenga suficiente tiempo para solicitar lo pertinente.

Tal sentencia establece en algunos de sus párrafos dice lo siguiente:

> *(...) Es necesario, por tanto, que la rigidez del formalismo procesal no arrolle la esencia del derecho, y ella se logra con la aplicación del principio de Supremacía Constitucional, es decir que la tutela del proceso se debe realizar bajo el imperio de los principios constitucionales, para garantizar que él a su vez pueda tutelar los intereses jurídicos de los particulares. (...) Así las cosas, si una ley procesal instituye una forma del proceso que prive al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho, tal instrumento normativo se encontraría viciado de inconstitucionalidad, ya que, con el mero otorgamiento de la oportunidad de la defensa no se cumple a cabalidad con el precepto constitucional analizado, puesto que amerita ser interpretada y aplicada en concatenación con el principio de preclusión procesal, que obliga que la oportunidad sea contemplada de forma racional, pues siendo el proceso una sucesión de actos procesales el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollen mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impide el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados.*
>
> *De allí que, cuando se le otorga una oportunidad a las partes de un proceso para realizar cualquier acto procesal, no basta –se insiste- con el otorgamiento de tal oportunidad, sino que debe haber un plazo racional para ejercer a cabalidad la defensa, por tal motivo, el cómputo debe ser preciso, efectivo y cónsone con el fin para el cual ha sido creado, esto es, garantizar el debido proceso.(...).*
>
> *(...) De manera que, concluye esta Sala, que el debido proceso exige, tal como quedara expuesto, un plazo razonable para todos los actos sin excepción, y por ello (...)* (ob. cit., 2001, tomo 2, pp.639, 640 y 646.)(cursivas nuestras)

También, el autor Emilio Calvo Baca, para referirse a los principios de derecho de defensa e igualdad procesal, dice:

> *Este principio de igualdad procesal es de rango constitucional, ya que todos los ciudadanos somos iguales ante la ley, por lo que el Juez debe considerar en un plano de igualdad tanto al demandante como al demandado, y dentro de las características propias que ambos ocupen en el proceso, puesto que cada una de las partes tiene y ejecuta actos que le son privativos."* (1987, t.I, pp. 38 y 39)

Analizando la sentencia del máximo Tribunal y lo que expresa el autor Calvo Baca, el artículo 1.099 se creó para proteger situaciones que implican celeridad en los procedimientos mercantiles, y establece que la citación *se hará de un día para otro y aun de una hora para otra,* si así es ordenado por el Tribunal; y tal citación, de acuerdo a lo establecido por las normas procedimentales, es para acudir al Tribunal a dar contestación a la demanda o acción intentada en su contra por parte del demandante. Visto así, implica que si una parte es citada para el día siguiente solo tiene éste breve lapso de tiempo para ubicar a su asesor legal, acudir al tribunal, conocer del expediente y exponer sus alegatos de defensa; y más aun, si la persona es citada de una hora para otra, el lapso es demasiado breve, y entonces se formula la siguiente interrogante: ¿Si la parte citada no consigue un abogado

en ese lapso de tiempo que ordena el tribunal, como va a acudir al mismo, estudiar el expediente, y a exponer que alegatos de derecho?.

Ante tal inquietud, se puede concluir, que si bien es cierto, el derecho mercantil esta concebido para lograr la celeridad en las transacciones comerciales y facilitar a los diversos accionantes un grado inmediato de seguridad; no es menos cierto, que la celeridad no debe implicar premura ni desigualdad procesal, y las normas procedimentales deben garantizar un mínimo de seguridad jurídica para las partes en los procesos.

Acá, de la misma forma en que el Máximo Tribunal ha recomendado u ordenado según el caso, la aplicación de normas supletorias del Código de Procedimiento Civil, se podría aplicar por ejemplo la normativa de los lapsos del juicio breve en cuanto a comparecencia del demandado, para de esta manera otorgarle a éste, un lapso más amplio; y así poder acudir ante un asesor o abogado y exponerle el caso, y luego sí, acudir al tribunal y enfrentar la situación jurídica. En lo atinente a la protección de los bienes y la finalidad inicial de la norma de evitar burlas por parte de los demandados marítimos, se recuerda que el demandante actuar rápido y el Juez tiene la

facultad de ordenar medidas inmediatas que aseguren las resultas del juicio y que garanticen el mismo.

Por ello, se debe finalizar diciendo que el objeto de esta obra es analizar el mencionado articulo 1.099 del Código de Comercio en todas sus perspectivas y situaciones en cuanto al debido proceso y derecho de defensa, ya que de nada vale que solo toquemos el punto de las medidas preventivas y la violación hasta ahora existente, cuando desde otro punto de vista, aun existen violaciones dentro del mismo articulo relacionados con el derecho de defensa y principio de la igualdad procesal.

Las posibles conclusiones o recomendaciones finales a esta problemática, serian:

1) Que el Tribunal Supremo (en Sala Constitucional actualmente, que es la competente para ello), mediante la facultad que le otorga le ley del Control difuso de la Constitución (articulo 42 de la vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), proceda a declarar la inconstitucionalidad del articulo 1.099 del Código de Comercio en todo su contenido, por ser éste violatorio de la normativa constitucional del

derecho de defensa y del debido proceso, ya que va en contra del articulo 49 de la vigente constitución, porque concede lapsos para acudir al Tribunal a exponer alegatos de defensa que van en contra del tiempo lógico y necesario para ejercer tal facultad, y porque no concede lapso ni medio alguno para defenderse en forma rápida de las medidas cautelares en el procedimiento previsto en tal norma.

2) Que el Tribunal Supremo ordene la remisión inmediata de los procedimientos cautelares mercantiles basados en esta norma al Código de Procedimiento Civil; pero tomando como ejemplo en el caso de la citación remitir al juicio breve establecido en el artículo 883 y que cita al demandado para el segundo día siguiente; y respecto al aplicado procedimiento cautelar continuar remitiendo al articulo 602 y siguientes para las medidas cautelares; puesto que estos si son procedimientos rápidos, seguros y si garantizan al justiciable su derecho de defensa y debido proceso, con oportunidades reales y con tiempo suficiente para realizar sus actuaciones.

Así, dejando esta inquietud y estas recomendaciones, damos por concluido el objeto de estudio de esta obra, esperando que los diversos puntos analizados sean de provecho al lector.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

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

Alfonso, I. M. (1995). **Técnicas de Investigación Bibliografica** (7ª Ed.) Caracas: Contexto Editores.

Alsina, H. (1961). **Defensas y Excepciones** Buenos Aires: EJEA.

Asencio, J (1997). **Introducción del Derecho Procesal** Valencia, España: Tirant lo blanch libros.

Calvo, E. (1999). **Código de Comercio de Venezuela Comentado y Concordado** Caracas: Ediciones Libra.

Cabanellas, G. (1998). Diccionario Jurídico Elemental. Argentina: Editorial Heliasta.

Código Civil de Venezuela. (1982). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela.** Caracas.

Código de Comercio Venezolano. (1916), con la Ley de Reforma Parcial del Código de Comercio. **Gaceta Oficial de la República de Venezuela** No. 475 (extraordinario), 1955.

Código de Procedimiento Civil. (1986). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela** No. 3.694 (extraordinario), Enero 22 de 1986.

Constitución de la República de Venezuela. (1961). **Gaceta oficial de La República de Venezuela** No. 662 (extraordinario), Enero 1961.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). **Gaceta Oficial de la República** No. 36.860 (extraordinario), Diciembre 30 de 1999.

Govea, L. (1996). **Revista de Derecho Mercantil**. Caracas: Editorial Livrosca.

Govea, L. (1997). **Revista de Derecho Mercantil**. Caracas: Editorial Livrosca.

Henríquez, R. (1988). **Medidas Cautelares, según el nuevo Código de Procedimiento Civil** Maracaibo: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.

Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.(1976). **Textos Legales.** Caracas: Eduven.

Morles, A. (1989). **Curso de Derecho Mercantil** (3 T) Caracas. UCAB.

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

Perdomo, R. (1988). **Metodología de la Investigación** Consejo de Publicaciones de la ULA Mérida.

Pierre, O. (1987). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia** (T.5), Caracas: Editorial Pierre Tapia.

_____. (1988). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia** (T.3), Caracas: Editorial Pierre Tapia.

_____. (1995). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia** (T.1), Caracas: Editorial Pierre Tapia.

_____. (1995). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia** (T.2), Caracas: Editorial Pierre Tapia.

_____. (1995). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia** (T.8), Caracas: Editorial Pierre Tapia.

_____. (1995). **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia** (T.9), Caracas: Editorial Pierre Tapia.

ANEXOS

PROCEDIMIENTO MERCANTIL.
Corte Suprema de Justicia. 31 de julio de 1997
Electrospace vs. Banco del Orinoco.

MEDIDAS PREVENTIVAS. Inconstitucionalidad virtual del artículo 1.099, último aparte del *Código de Comercio*. La "celeridad" mercantil. Procedencia de la oposición a la medida (apc. Artículo 602) y no apelación. La acreditación de solvencia. Votos salvados. (*Constitución Nacional*, artículo 68).

Inconstitucionalidad del régimen legal que consagre la apelación como única vía primaria de impugnación de una providencia cautelar.

El vigente *Código de Procedimiento Civil* venezolano, por contraste al derogado por él, resera para las disposiciones que regulan el proceso cautelar una ubicación separada contenida en su Libro Tercero.

Este elemento de carácter extrínseco es sin duda revelador de la afiliación del Derecho Positivo Procesal venezolano a la moderna corriente doctrinal que le atribuye naturaleza jurídica autónoma y diferenciada al proceso cautelar respecto a los tradicionales procesos declarativos y ejecutivos.

En efecto, la dogmática procesal europea de reciente factura, con meridiana claridad, en lo relativo a la concepción del proceso cautelar como una categoría jurídica autónoma y diferenciada respecto a los procesos declarativos y ejecutivos, con acierto señala:

> [...] la actividad jurisdiccional cautelar puede considerarse como un proceso por sí mismo y diferente de los procesos de declaración y de ejecución, que se halla al servicio de una función de la jurisdicción diferente a la de declarar el Derecho en el caso concreto y a la de realizar forzosamente ese Derecho, igualmente en el caso singular, Esa diferencia es determinante de una serie de peculiaridades del proceso cautelar frente al de declaración y al de ejecución. Esta opción doctrinal comporta que, en el plano legislativo, se postule para las disposiciones relativas al proceso cautelar una colocación separada y al mismo nivel de las disposiciones referidas a las otras dos clases de procesos (...) la consideración de proceso cautelar como *tertium genus* refleja de manera adecuada la importancia de una necesidad social que surge de la propia configuración de la actuación jurisdiccional el Derecho y el correlativo interés del tratamiento normativo que esa necesidad requiere, que particularmente se acrecienta en épocas de crisis de la efectividad del proceso. Resulta formalista oponer a esto

> que, en el fondo, la actividad cautelar está compuesta de declaración y ejecución, de modo que su régimen podría repartirse sistemáticamente entre las dos clases tradicionales de procesos. Además debe tenerse en cuenta que incluso la actividad declarativa y de ejecución que se desarrollan en el proceso cautelar presentan (o deberían presentar en una regulación más perfecta del mismo) unas características especiales determinadas precisamente por la función que se cumple con este proceso" (Manuel ORTELLS Ramos. *Derecho Jurisdiccional*, tomo II, vol 2º, J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona-España, 1991,p.258.

Sobre este particular-la especial y diferenciada naturaleza jurídica del proceso cautelar respecto a los procesos declarativos y de ejecución-, el connotado procesalista italiano Enrico Tulio LIEBMAN se había anticipado a observar:

> En la tutela cautelar no se puede distinguir, por eso. Una fase de cognición de otra de ejecución, la misma se desarrolla en todo caso a través de un procedimiento unitario, en el cual se encuentran unidas y eventualmente entremezcladas las actividades de diversa índole que, según los casos, concurren a conseguir la plena actuación de la cautel. (Enrico Tulio LIEBMAN *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980,pp.162 y 163).

Ahora bien, el carácter o naturaleza jurídica diferenciada del proceso cautelar, si bien matiza, no excluye en lo absoluto la exigencia de que en su tramitación se respete el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa que los justiciables consagra, sin distinciones, el único aparte del artículo 68 de nuestra Constitución, al textualmente expresar que " La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso". (Las cursivas son de la Sala).

En efecto, la referida doctrina procesal, con pleno asidero, nos señala:

> [...] la medida cautelar afecta actualmente a derechos e intereses legítimos del sujeto pasivo de la misma, sin que esto carezca de entidad por el carácter no definitivo de la medida. El artículo 24.1 *CE* (equivalente en su contenido a lo dispuesto en el artículo 68 de la *Constitución* venezolana) *impone, entonces, que se respete el contenido esencial del derecho a la defensa* (Manuel ORTELLS Ramos, ob. cit., p. 277). (Paréntesis y cursivas de la Sala).

En consecuencia, de producirse en el ámbito de un proceso de naturaleza cautelar la vulneración al contenido esencial del derecho a la defensa que como garantía de los justiciables consagra el *supra* transcrito único aparte del artículo 68 de la Constitución, se configuraría un nítido supuesto de inconstitucionalidad con todas las consecuencias jurídicas que ello apareja.

En ese sentido, debe destacarse que en el específico supuesto de que en el ámbito de un proceso cautelar la vulneración al contenido esencial del derecho constitucional a la defensa del cual son titulares los justiciables sea el resultado de la determinada configuración normativa con que el legislador haya concebido el procedimiento legal respectivo, sin duda alguna haría procedente el empleo, según el caso, de los diversos mecanismos que el Derecho positivo contempla para la tutela jurisdiccional de la *Constitución* frente a las extralimitaciones del legislativo.

Ahora bien, como se evidenciará en los sucesivos párrafos del presente fallo, forma parte del contenido esencial del derecho a la defensa que para los justiciables contempla respecto a todo proceso – sin distinciones, esto es, incluido el cautelar-, el *supra* copiado único aparte del artículo 68 de la Constitución venezolana, la consagración de un proceso que, como mínimo, contenga un trámite legal del primer grado de jurisdicción- primera instancia- concebido de manera tal que asegure a las partes todos los medios legales adecuados para el efectivo ejercicio del señalado derecho fundamental – derecho constitucional a la defensa-.

En efecto, como es sobradamente conocido, en el ordenamiento jurídico venezolano, de manera muy semejante a como en general se consagran en el ámbito del Derecho Comparado, están contemplados los dos modos, grados o escalas básicas de acceso al proceso que es instrumento esencial para el cumplimiento de la jurisdiccional que dispensan los tribunales.

La primera escala referida en el párrafo *supra* inmediato, está constituida por el técnicamente denominado primer grado de jurisdicción – procedimiento de primera instancia-, que constituye el modo inicial de acceder a los Tribunales de Justicia; el segundo nivel, a su vez, está conformado por el procedimiento de alzada –segundo grado de jurisdicción-, al cual ordinariamente se accede por conducto de la interposición de los recursos legalmente previstos, especialmente la apelación.

Ahora bien, con específica relación al material instructorio (alegaciones de hecho y pruebas) válidamente articulable por las partes litigantes en el "segundo grado de jurisdicción", en el ámbito del Derecho Procesal Comparado se consagran los dos sistemas alternativos que la moderna doctrina extranjera – española- nos reseña en los siguientes términos:

> [...] cabe preguntarse cuál es el material instructorio (alegaciones de hechos y pruebas) que puede tenerse en cuenta por el tribunal superior para ese nuevo

> enjuiciamiento. Las soluciones son dos: los mismos materiales de la primera instancia, complementados con cualesquiera otros que las partes puedan aportar en la segunda (nos hallamos, entonces, ante una apelación o segunda instancia plena); los mismos de la primera instancia, más algunos nuevos, respecto a los que se estima conveniente excepcionar las preclusiones de la primera instancia que afectaban a alegaciones y pruebas (ésta sería una apelación o segunda instancia limitada). El modelo seguido en nuestro derecho es el segundo. (Manuel ORTELLS Ramos, *Derecho Jurisdiccional*, tomo II, tol. 1º, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, España, 1991, p.381).

De estos dos sistemas que ofrece el Derecho Procesal comparado con relación al material instructorio (alegaciones de hecho y pruebas) válidamente articulable por las partes litigantes en el "segundo grado de jurisdicción", en el ordenamiento jurídico positivo venezolano vigente se adoptó, al igual que en el ordenamiento español, un modelo limitado (vid. Por todos a Ricardo HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Código de Procedimiento Civil*, tomo II, Caracas, 1995, p. 432).

En efecto, de un examen concordado de las disposiciones legales insertas en los artículos 22,340,343,364 y 520, todos del vigente *Código de Procedimiento Civil* venezolano, queda plenamente evidenciado que el tribunal del "segundo grado de jurisdicción" -juez de alzada-, queda vinculado, en su decisión, por el problema judicial planteado por las partes litigantes ante el tribunal del procedimiento de la primera instancia por conducto de la pretensión deducida en el libelo de la demanda y de la correlativa contestación. Igualmente se constata que en el procedimiento del "segundo grado de jurisdicción" las partes litigantes sólo de manera excepcional pueden, con asidero jurídico, promover los tres medios de prueba que contempla el artículo 520 *ibidem.*

Al respecto, la doctrina procesal venezolana nos observa:

> El proceso denominado " Procedimiento en Segunda Instancia" [...] al igual que el de primera instancia, está compuesto de diversos actos procesales [...] Ese objeto (se refiere el autor al del "Procedimiento en Segunda Instancia"), por tanto, es similar al de la primera instancia, determinado por el demandante en su demanda y por el demandado en su contestación o reconvención. Por otro lado, el material probatorio al que ha de atender el tribunal superior es principalmente el que tuvo en cuenta el tribunal inferior, salvo las pruebas que por excepción pueden ser realizadas ante aquel tribunal. En pocas palabras, (en) el procedimiento de segunda instancia [...] no es posible ampliar la demanda, proponiendo nuevas pretensiones, o alegar otras defensas, oponiendo nuevas excepciones. Sólo que por respecto al principio del contradictorio, se permite oír de nuevo a las partes y en algunos casos, su actividad probatoria; pero

> restringidamente. (Román J. DUQUE CORREDOR, Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., Caracas, 1990, pp. 360 y 361). (Los dos paréntesis y las cursivas son de la Sala).

Lo que antecede significa que en Venezuela –al igual que en España-, desde los puntos de vista de la configuración legal del contradictorio y de los correlativos medios de defensa articulables por los litigantes, existe una marcada diferencia entre los dos modos, grados o escalas básicas de acceso al proceso que es instrumento esencial para el cumplimiento de la función jurisdiccional que dispensan los tribunales, es decir, en lo concerniente a la instrumentación legal de la dialéctica procesal –el contradictorio-, existe una ostensible diferencia entre el procedimiento de la primera instancia, de una parte, y, de la otra, el procedimiento del segundo grado de jurisdicción.

Dicha diferencia se traduce en que para las partes litigantes varios de los más importantes medios defensivos –v. gr. la alegación de hechos y demás excepciones propiamente dichas, pruebas testimoniales, instrumentos privados, inspecciones judiciales, etc.- precluyen indefectiblemente durante el trámite legal de la primera instancia.

En síntesis, el procedimiento de la primera instancia –por contraste con el trámite del segundo grado de jurisdicción-, es el concebido por el legislador venezolano para un ejercicio pleno del contradictorio y del correlativo derecho a la defensa que, como apunta la doctrina, constituye para el órgano jurisdiccional "regla fundamental organizadora de su actividad, dirigida a conformar el proceso de la manera más adecuada para obtener la mejor actuación de la norma" (Juan MONTERO AROCA; ob.cit., p. 117).

Como primera conclusión de lo aquí expuesto, tenemos que:

1) desde la perspectiva del Derecho Constitucional Procesal –integrado por las que el célebre procesalista uruguayo Eduardo COUTURE denominó 2garantías constitucionales del proceso"-, se impone una neta diferenciación entre los dos enunciados modos, grados o escalas de acceso al proceso que es instrumento esencial para el cumplimiento de la función jurisdiccional que dispensan los tribunales;
2) la diferenciación *in comento* –distinto relieve constitucional entre el procedimiento de alzada, de la otra-, deriva de la diversa configuración legal que en cada uno de estos procedimientos asumen los principios constitucionales de contradicción o defensa y de igualdad procesales.

La argumentación precedentemente desarrollada explica que respecto al proceso civil –y sus asimilados, esto es, exclusión hecha del proceso penal-, la jurisprudencia de este Alto Tribunal, apoyándose en la moderna doctrina procesal especializada en la materia, haya señalado, en anteriores fallos, que el "segundo grado de jurisdicción" no constituye "una garantía de orden constitucional" (cfr. Sentencia de la Sala de Casación Civil del 30 de junio de 1993, en el juicio de Miguel Bernardo Martínez contra Distribuidora Continental S.A., en el expediente número 91-39).

Y es también todo el razonamiento que antecede el que directamente conduce a este Alto Tribunal a hoy afirmar –por contraste a la reiteración jurisprudencial formulada en el párrafo inmediatamente anterior-, que lo que sí impone la garantía constitucional procesal del contradictorio contempla en el único aparte del artículo 68 de la Constitución, es al menos un primer grado de jurisdicción –primera instancia- configurado legalmente en forma tal que permita a los justiciables el efectivo ejercicio del derecho a la defensa, pues, como acertadamente destaca la doctrina procesal más actualizada, "la plenitud de las garantías del debido proceso se ponen de resalto, modernamente, no tanto en las posibilidades recursivas cuanto, más bien e inversamente –y como la más adecuada contrapartida- asegurando cabalmente en cada instancia el ejercicio real de la efectiva defensa" (Roberto G. LOUTAYF RANEA; El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil, tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1989,p. 34). (Cursivas de la Sala).

En esa misma línea de pensamiento, la reciente doctrina española, con relación a un sistema procesal que en el punto que nos ocupa es equivalente al nuestro, pone de manifiesto el diferente y más acentuado relieve constitucional del proceso de primera instancia respecto al "segundo grado de jurisdicción", al textualmente expresar:

> [...] el Tribunal Constitucional ha expresado el diferente relieve constitucional del proceso de (primera) instancia, decisivo para el acceso a la justicia, y los ulteriores grados de recurso, limitados a perfeccionar el resultado obtenido tras acceder a una sentencia de instancia. En esta sentencia de principio declaró el tribunal que el artículo 24.1 CE viene configurado "no sólo como un derecho al acceso al proceso de (primera) instancia, sino también a los recursos establecidos en la ley". Añadiendo, en este mismo f.j. 4: "Aunque sea conveniente precisar, que a su vez es distinto el enjuiciamiento que pueda recibir una norma según actúe como impeditiva u obstaculizadora del acceso a la jurisdicción o simplemente como limitadora de un recurso... contra un sentencia previamente dictada en un proceso contradictorio en el que las partes

> gozaron de todas las garntías y medio de defensa legales". (Ignacio BORRAJO INIESTA, Ignacio DIEZ PICAZO JIMÉNEZ Y Germán FERNÁNDEZ FARRERES, El Derecho a la Tutela Judicial y el Recurso de Amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional, Monografías, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995, p.26).(Los dos paréntesis insertos en la cita y las cursivas, son de la Sala).

El corolario indefectible de todo el razonamiento hasta aquí formulado es evidente: desde el punto de vista del Derecho Constitucional Procesal –integrado por las denominadas "garantías constitucionales del proceso" de las cuales el técnicamente denominado principio del contradictorio ex único aparte del artículo 68 de la Constitución venezolana es la principal-, todo proceso civil- y sus asimilados- (incluido naturalmente el proceso cautelar), si bien no exige para su validez constitucional un trámite legal de primer grado de jurisdicción concebido de manera tal que le asegure a los justiciables todos los medios legales adecuados para el efectivo ejercicio del derecho constitucional a la defensa.

Expresado en otro giro, tal y como se anticipó *supra,* es claro que forma parte del contenido esencial del derecho a la defensa que para los justiciables contempla respecto a todo proceso –sin distinciones, esto es, incluido el cautelar- el único aparte del artículo 68 de la *Constitución* venezolana –"La defensa es derecho inviolable en todo estado y *grado* del proceso"-, la consagración de un tal proceso que, como mínimo, contenga un trámite legal de primer grado de jurisdicción concebido de manera que asegure a las partes todos los medios legales adecuados para el efectivo ejercicio del derecho constitucional a la defensa.

Admitir un resultado opuesto al afirmado en el último párrafo que precede –esto es, sostener la validez constitucional de un proceso legal que carezca de un trámite de contradicción en el primer grado de jurisdicción, como sería el caso, v.gr., de que se instituyera un régimen normativo de rango *legal* para un determinado proceso cautelar en el que al justiciable afectado por la providencia cautelar correlativa se le limite su posibilidad de contradicción, en sede de instancia, al solo ejercicio del recurso de apelación como consecuencialmente, las posibilidades procesales de formular alegatos y promover pruebas en el primer *grado* de jurisdicción –primera instancia- del dicho proceso cautelar, sin duda que, según todo lo antes evidenciado, implicaría, por parte del legislativo, una restricción del contenido esencial del derecho a la defensa de los justiciables, pues como bien señala la dogmática constitucional-procesal más avanzada.

> *Todo el ordenamiento jurídico procesal y todas las actuaciones* –y omisiones- de todos los órganos jurisdiccionales quedan, pues, *sometidos al requisito de respetar el derecho de todos a no padecer indefensión, derecho que puede ser sintetizado como el consistente en no sufrir en el seno de un proceso una privación o limitación de las posibilidades de defensa-alegación y/o prueba-* a lo largo de todo el mismo o *de cualquiera de sus fases* [...] (Ignacio BORRAJO INIESTA, IGNACIO DIEZ PICAZO JIMÉNEZ Y Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *ob. cit.,* p.100). (Las cursivas son de la Sala).

En esa misma línea de pensamiento, la actualizada doctrina procesal foránea, al contrastar la diversidad de métodos que ofrece el Derecho Procesal Comparado respecto a las formas o modos legales de articular el contradictorio en el ámbito del proceso cautelar, con pleno acierto, nos señala lo que a continuación se transcribe:

> La vigencia del principio de contradicción en el proceso cautelar suscrita dos clases de problemas: una sobre la forma o modo de respetar la contradicción, habida cuenta de la función de la tutela cautelar; [...] La función de la tutela cautelar puede aconsejar que no se dé al demandado la oportunidad de contradecir a la solicitud antes del pronunciamiento y ejecución de la medida cautelar solicitada. Dar esa oportunidad podría suponer un previo aviso al sujeto pasivo para que actualice el peligro que la medida se dirige a conjurar. Por otro lado, la medida cautelar afecta actualmente a derechos e intereses legítimos del sujeto pasivo de la misma, sin que esto carezca de entidad por el carácter no definitivo de la medida. El artículo 24.1 CE impone, entonces, que se respete el contenido esencial del derecho a la defensa. El intento de contemperar las dos anteriores consideraciones ha llevado a establecer diferentes formas o modos de contradicción en el proceso cautelar: 1º) Para algunas medidas cautelares se halla establecida la normal contradicción previa a la adopción de la resolución, de modo que al demandado se le admiten alegaciones y prueba o acreditamiento antes de que la resolución se dicte. 2º) En un caso [...] se sigue un sistema –frecuente en algún ordenamiento extranjero- de contradicciones diferida pero preceptiva: la medida cautelar se ha acordado y ejecutado sin previa audiencia del demandado, pero después se reconsidera –con contradicción y por el mismo órgano que acordó la medida- la concurrencia de sus presupuestos, y ello aunque el demandado no pida esa reconsideración. 3º) Método muy frecuente en Derecho español es el de la contradicción diferida y a instancia del sujeto pasivo de la medida. Esta fue acordada y ejecutada sin oírle previamente, pero después se le permite formular una oposición que posibilita que el órgano jurisdiccional que resolvió reconsidere, atendiendo también a las alegaciones y prueba o acreditamiento del demandado, si la medida es fundada. 4º) Un cuarto sistema, que es en realidad un defectuosos sucedáneo del método anterior cuando éste no puede entenderse establecido, es el de la contradicción diferida a iniciativa del demandado pero instrumentada a través de los recursos admisibles contra la resolución (generalmente reposición y apelación). El último sistema es criticable porque restringe sin razón las

> posibilidades de alegación y prueba. (Manuel ORTELLS RAMOS, ob. cit., pp. 276 y 277). (Las cursivas son de la Sala).

La *primera conclusión fundamental* que a este Supremo Tribunal le permite formular, para la decisión a dictar en el recurso casación *sub iudice*, la aplicación de todos los criterios doctrinales que preceden al específico ámbito de la tutela jurisdiccional cautelar, es la siguiente: *resulta manifiestamente viciado de inconstitucionalidad –por violación al contenido esencial del derecho fundamental a la defensa ex único aparte del artículo 68 de la Constitución de la República de Venezuela ("La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado de proceso")- el régimen normativo de rango legal de un determinado proceso cautelar en el que al justiciable afectado por la providencia cautelar correlativa se limite su posibilidad de contradicción, en sede de instancia, al solo ejercicio del recurso de apelación por vía primaria de impugnación de tal providencia, excluyéndosele, consecuencialmente, las posibilidades procesales de formular alegatos y promover pruebas en el primer grado de jurisdicción –primera instancia- de dicho proceso cautelar.*

II

DEROGATORIA VIRTUAL POR INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA, DE LA NORMA LEGAL CONTEMPLADA EN EL ÚLTIMO APARTE DEL ARTÍCULO 1.099 DEL *Código de Comercio* VENEZOLANO.

Es sobre la base de la presente formulada primera conclusión fundamental para la decisión a dictar en el recurso de casación *sub iudice* -el flagrante vicio de inconstitucionalidad de que nítidamente adolece el régimen normativo de rango *legal* de un determinado proceso cautelar en que al justiciable afectado por la providencia cautelar correlativa se le limitara, en sede de instancia, su posibilidad de contradicción al solo ejercicio del recurso de apelación como vía primaria de impugnación de tal providencia, excluyéndosele, consecuencialmente, las posibilidades procesales de formular alegatos y promover pruebas en el primer grado de jurisdicción del dicho proceso cautelar-, que a este Supremo Tribunal le concierne realizar un análisis de las previsiones normativas insertas en los dos únicos apartes del artículo 1.099 del Código de Comercio venezolano.

El artículo 1.099 del Código de Comercio, *ad pedem litterae*, reza:

> En los casos que requieran celeridad, el juez podrá acordar la citación del demandado de un día para otro y aún de una hora para otra; pero si estuviese fuera del lugar del juicio, no podrá suprimir el término de distancia".
>
> Puede también acordar embargos provisionales de bienes muebles por valor determinado y prohibición de enajenar y gravar inmuebles especiales; y según el caso, exigir que el demandante afiance o compruebe solvencia suficiente para responder de las resultas del embargo.
>
> "Estas providencias se ejecutarán no obstante apelación".

Ateniéndose a lo que exclusivamente expresa, en sus dos únicos apartes, el artículo de ley copiado en el último lugar, hasta la presente fecha, el criterio sostenido en Venezuela, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, en lo relativo al régimen de la contradicción del proceso cautelar allí contemplado es el que aparece condensado en la cita que a continuación se transcribe:

> Existe una diferencia radical entre el procedimiento que ha de seguirse cuando se trata de medidas preventivas acordadas en materia civil, y cuando ellas se decretan por la jurisdicción mercantil, y cuando ellas se decretan por la jurisdicción mercantil. En efecto, [...] el Código de Procedimiento Civil establece que decretará una medida preventiva, el juez procederá a su ejecución sin oír apelación, pero deja a la parte contra quien obre aquélla el derecho de hacer oposición [...] De aquí se concluye que en materia civil no se concede el recurso de apelación contra la providencia que acuerda una medida preventiva. Lo contrario ocurre en lo tocante a lo mercantil, donde según lo dispone el Código de Comercio en su artículo 1.099 (último aparte), las medidas preventivas que se acuerden se ejecutarán no obstante apelación, *siendo éste el único recurso que en tal materia se concede contra tales providencias, constituyendo así un rasgo característico del procedimiento mercantil en el particular [...] Formular oposición contra una medida preventiva decretada en un litigio mercantil equivale a crear un recurso no establecido por la ley*" (Oscar LAZO; Código de Comercio de Venezuela concordado y anotado, Ediciones Legis, S.A. Caracas, 1963, p. 840, número 15. citado por Leopoldo MÁRQUES AÑEZ en Estudios de Procedimiento Civil, " Las Medidas Preventivas en Materia Mercantil", Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, p. 236). (Las cursivas son de la Sala).

La última transcripción que precede muestra que en Venezuela, hasta la presente fecha, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, se ha sostenido, sobre la exclusiva base de lo expresamente preceptuado en el *supra* copiado último aparte del artículo 1.099 del *Código de Comercio* venezolano que al litigante afectado por las providencias cautelares que en su tenor se contemplan le corresponde la apelación como única vía jurídico-procesal de contradicción, en sede de instancia, de tales providencias.

Lo anterior significa que en Venezuela, hasta la presente fecha, al litigante afectado por alguna de las específicas providencias cautelares contempladas en el primer aparte del artículo 1.099 del *Código de Comercio,* li han quedado legalmente excluidas las facultades jurídico-procesales de formular alegatos y promover pruebas en el primer grado de jurisdicción –primera instancia- del correspondiente proceso cautelar.

Ahora bien, la sola concesión del recurso de apelación por el último aparte del artículo 1.099 del *Código de Comercio* venezolano al litigante afectado por las providencias cautelares que en su tenor se contemplan como única vía jurídico-procesal de contradicción en sede de instancia de tales providencias, de manera que, correlativamente a ello, a ese litigante le quedan legalmente excluidas las facultades procesales de formular alegatos y promover pruebas en el primer grado de jurisdicción –primera instancia- del correspondiente proceso cautelar, sin duda alguna que, según la *primera conclusión* fundamental formulada *supra* en el cuerpo de la presente decisión, entraña una flagrante violación al contenido esencial del derecho fundamental a la defensa *ex* único aparte del artículo 68 de la *Constitución de la República de Venezuela,* a cuyo tenor: "La defensa es derecho inviolable en todo estado y *grado* del proceso". (Las cursivas son de la Sala).

En consecuencia, según toda la argumentación desarrollada, es patente el cicio de inconstitucionalidad que inconcusamente padece el régimen de contradicción del proceso cautelar previsto en el último aparte del artículo 1.099 del *Código de Comercio,* en cuanto que ese especial régimen, se reitera, se encuentra en flagrante violación al contenido esencial del derecho fundamental a la defensa a cuya consagración se contrae el único aparte del artículo 68 de la *Constitución de la República de Venezuela* actualmente vigente.

Corresponde, por tanto, a este Alto Tribunal, en la Sala de Casación Civil, determinar la consecuencia jurídica que el apuntado vicio de inconstitucionalidad del señalado régimen legal de contradicción cautelar *ex* último aparte del artículo 1.099 del *Código de Comercio,* acarrea en el ámbito de un caso particular y concreto sometido a su potestad jurisdiccional.

A tales fines debe resaltarse, como bien observa la doctrina patria, que la inserción, en el ordenamiento jurídico positivo venezolano, de las previsiones normativas insertas en el artículo 1.099 del *Código de Comercio,* se produjo

"a partir de la reforma mercantil ocurrida en 1873" (vid. Por todos Leopoldo MÁRQUEZ AÑEZ; *ob. cit.,* p. 238).

Es decir, que la normativa de naturaleza jurídico-cautelar contemplada en el susomencionado artículo 1.099 del *Código de Comercio,* entró en vigencia, dentro del ordenamiento jurídico positivo venezolano, con precendencia a la entrada en vigor de la norma consagrada en el *supra* transcrito único aparte del artículo 68 de la *Constitución de la República de Venezuela* de 1961.

En consecuencia, el vicio de inconstitucionalidad discernido en el caso *sub índice* por este Alto Tribunal, deriva de la irreductible incompatibilidad inter-normativa configurada entre, de una parte, contradicción del proceso cautelar Mercantil ex artículo 1.099 del Código de Comercio cuya entrada en vigor en el ordenamiento positivo venezolano es anterior a la *Constitución de la República* vigente, y, de la otra, la norma de rango superior a que se contrae el único aparte del artículo 68 de la señalada *Constitución.*

Es decir, la irreductible incompatibilidad Inter.-normativa detectada por este Alto Tribunal entre el especial régimen de contradicción del proceso cautelar mercantil *ex* artículo 1.099 del Código de Comercio, de una parte, y el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa previsto en el único aparte del artículo 68 de la Constitución de la República vigente, de la otra, configura un supuesto de la técnicamente denominada "inconstitucionalidad sobrevenida", definida por la doctrina patria en los siguientes términos:

> [...] pueden encontrarse dos modos de colisión de una norma con la Constitución: *si la disposición es anterior a la ley fundamental podría hablarse de inconstitucionalidad sobrevenida o de derogación, lo que conduce al estudio de la cláusula derogatoria de la Constitución* . Por el contrario, si la norma es posterio a ésta, plantea los problemas del control de la constitucionalidad. Comencemos por el primer supuesto. De acuerdo con la Disposición Transitoria Vigésima Tercera (de ahora en adelante, DT 23º: "Mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público, o no quede derogado por los órganos competentes del Poder Público. O no quede derogado expresa o implícitamente por la Constitución, se mantiene en vigencia el ordenamiento jurídico existente"[...]la derogación expresa de normas preconstitucionales no presenta ninguna problemática[...] El efecto de una derogación expresa. Debe concluirse, entonces, que ambos supuestos de la DT 23º el efecto es el mismo: la pérdida completa de eficacia desde el momento mismo de entrada en vigencia de la Constitución, es decir, desde el 23 de enero de 1961[...] *que las disposiciones constitucionales no posean el mismo grado de especificidad que las leyes no altera en modo alguno su fuerza vinculante y su capacidad*

> *derogatoria, por l que cebe mantenerse el principio de que las leyes preconstitucionales incompatibles con la ley fundamental fueron derogadas por ésta desde el mismo momento de su entrad en vigor [...] todo el ordenamiento jurídico venezolano en vigor* para el 23 de enero de 1961 y que fuese contrario a la Constitución está sencillamente derogado desde ese momento [...], la DT 23º [...] dice muy claramente que la Constitución tiene poder derogatorio implícito y ese poder sólo puede entenderse como dirigido a un juicio de disconformidad entre un acto normativo preconstitucional y la *Constitución se resuelve en la derogatoria de aquél, derogatoria que puede ser declarada por cualquier juez y que produce efectos desde la entrada en vigor de la Constitución.* (Gustavo José LINARES BENZO; "Actos Normativos Inconstitucionales por contrarios a los Derechos Fundamentales", en Constitución & reforma, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado Copre, Caracas, 1991, pp. 201,201,203 y 205). (Las cursivas son de la Sala).

En ese orden de ideas, esta Sala de Casación Civil juzga conveniente resaltar, según lo expresado en el encabezamiento de la cita doctrinal inmediatamente anterior, que la declaratoria de derogatoria virtual de una norma legal por efecto de su inconstitucionalidad sobrevenida, emitida con fundamento en lo dispuesto en la Disposición Transitoria Vigésima Tercera de la *Constitución de la República* "[...] Mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público, o no quede derogado expresa o implícitamente por la Constitución, se mantiene en vigencia el ordenamiento jurídico existente [...]" se diferencia nítidamente del mecanismo de tutela jurisdiccional del ordenamiento constitucional consagrado en el artículo 20 del *Código de Procedimiento Civil* [...]" control difuso de la constitucionalidad de las leyes [...]"

En efecto, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes *ex* artículo 20 del vigente *Código de Procedimiento Civil,* según la cita doctrinal copiada *supra* en último lugar, está ilegítimas desde la perspectiva del texto fundamental –esto es, violatorias del principio de la jerarquía normativa-, *pero que tengan vigencia post-constitucional.*

Lo expresado en último lugar queda relevado del solo examen de los términos literales en que figura consagrado el señalamiento mecanismo especial de tutela jurisdiccional de la *Constitución* en el mencionado artículo 20 *ejusdem,* el cual, copiado a la letra reza:

"Cuando la *ley vigente*, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia". (Cursivas de la Sala).

Expresado en otros términos, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes ex artículo 20 del vigente *Código de Procedimiento Civil,* no es aplicable con relación a ilegítimas normas legales preconstitucionales, pues respecto a éstas ya ha operado el efecto derogatorio expreso o virtual de la susomencionada Disposición Transitoria Vigésima Tercera de la *Constitución.* Vale decir, las normas legales preconstitucionales infractoras del principio de la jerarquía normativa, por efecto de la derogatoria contemplada en la indicad Disposición Transitoria de la *Constitución,* han perdido la condición de "ley vigente", que es uno de los presupuestos fundamentales textualmente previstos en el artículo 20 del *Código de Procedimiento Civil* para el ejercicio del "control difuso de la constitucionalidad de las leyes".

Ahora bien, con precedencia, ha quedado evidenciado que la norma de rango legal consagratoria del específico régimen de contradicción del proceso cautelar mercantil ex artículo 1.099 del *Código de Comercio,* entró en vigencia, dentro del ordenamiento positivo venezolano, <a partir de la reforma mercantil ocurrida en 1873>, es decir, con anterioridad a la vigente Constitución de la República del año de 1961.

De allí, se reitera, que la irreductible incompatibilidad internormativa configurada entre, de una parte, la norma legal mencionada en el párrafo anterior, y la norma de rango superior a que se contrae el único aparte del artículo 68 de la señalada *Constitución,* configure un claro supuesto de la técnicamente denominada "inconstitucionalidad sobrevenida", sólo resoluble, en sede jurisdiccional, por conducto del mecanismo derogatorio dispuesto específicamente, para tales hipótesis, en el tenor de la *supra* copiada Disposición Transitoria Vigésima Tercera de la Constitución.

La segunda conclusión fundamental que a este Supremo Tribunal le permite formular, para la decisión a dictar en el recurso de casación sub índice, el empleo de todos los criterios que preceden es la siguiente: en un proceso concreto en el cual se halle en juego la aplicación del especial régimen cautelar previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio, cualquier tribunal que conozca del mismo –a fortiori este Supremo Tribunal- está en el ineludible deber jurisdiccional que le impone la Disposición Transitoria Vigésima Tercera de la Constitución de la República- "Mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público, o no quede derogado expresa o implícitamente por la *Constitución,* se mantiene en vigencia el ordenamiento jurídico existente"-, de declarar virtualmente derogada, con dficacia jurídica limitada al caso particular *subíndice,* la muy

específica norma inserta de Comercio, consagratoria del recurso de apelación como única vía jurídico-procesal de contradicción, en sede de instancia, de las providencias cautelares correlativas.

III
INTEGRACIÓN DE LA LAGUNA LEGAL QUE DERIVA DE LA DEROGATORIA VIRTUAL DE LA NORMA DEL ÚLTIMO APARTE DEL ARTÍCULO 1.099 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Ahora bien, el deber jurisdiccional que, según lo expuesto en la *segunda conclusión fundamental* formulada en el párrafo *supra* inmediato, le compete a todo tribunal que conozca de un concreto proceso cautelar mercantil ex artículo 1.099 del *Código de Comercio* de declarar la derogatoria implícita de la referida norma contenida en su último aparte, a su vez le impone a ese mismo órgano judicial, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 del vigente *Código de Procedimiento Civil* <[...] El juez que se abstuviera de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos, y asimismo, el que retardare ilegalmente dictar alguna providencia, será penado como culpable de denegación de justicia>, el consecuencial deber jurídico, también de índole jurisdiccional, de integrar el correlativo vacío normativo que tal declaratoria de derogación virtual deja al descubierto.

Expresado en términos equivalentes, la declaratoria jurisdiccional que emita un tribunal respecto a un concreto proceso cautelar mercantil *ex* artículo 1.099 del *Código de Comercio* pronunciado la derogatoria virtual, por inconstitucionalidad sobrevenida, de la muy específica disposición legal inserta en su último aparte consagratoria del recurso de apelación como únic vía jurídico-procesal de contradicción en sede de instancia de las providencias cautelares correlativas, impone a ese mismo órgano judicial el deber de determinar, *limitadamente respecto a ese mismo concreto proceso cautelar mercantil,* la específica vía jurídico-procesal constitucionalmente válida para tramitar tal contradicción.

A tales fines se observa que en el mismo Título del *Código de Comercio* – título III <Del Procedimiento>- en que se encuentra localizado el susomencionado artículo 1.099 *ejusdem,* figura también una previsión normativa concebida específicamente para integrar los vacíos normativos de

que adolezca, en materia jurídico-procesal, el referido texto legal mercanti –*Código de Comercio-,*

En efecto, el artículo 1.119 del Código de Comercio, copiado a la letra, reza:

"En todo lo demás en que no hubiere disposición especial en *el presente Título*, se observarán las disposiciones establecidas en el *Código de Procedimiento Civil".* (Cursivas de la Sala).

En consecuencia, para integrar el vacío legal que se configura por la derogatoria virtual, por inconstitucionalidad sobrevenida, de la disposición inserta en el último aparte de artículo 1.099 del *Código de Comercio* venezolano –Derecho Procesal Especial- lo jurídicamente procedente es, atendiendo a la muy expresa remisión normativa efectuada por el artículo de ley transcrito en último lugar –artículo 1.009 *ejusdem-*, utilizar el régimen de contradicción cautelar, constitucionalmente válido, previsto en el Derecho Procesal Común o General –Código de Procedimiento Civil-.

Precisamente, el Título II del Libro III del vigente Código de Procedimiento Civil –"Del procedimiento de las medidas preventivas"-, consagra un *iter* procedimental general para la contradicción que le corresponde al afectado por una providencia cautelar, que cumple debidamente con la *supra* destacada exigencia virtualmente impuesta por la garantía constitucional procesal del contradictorio contemplada en el único aparte del artículo 68 de la Constitución –"La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso"-, de incluir un primer grado de jurisdicción –primera instancia- configurado legalmente en forma tal que permite a los justiciables el efectivo ejercicio del derecho fundamental a la defensa.

En efecto, amén de un segundo grado de jurisdicción al cual acceden las partes del proceso cautelar por efecto del recurso de apelación –parte en fine del artículo 603 del vigente *Código de Procedimiento Civil-, el iter* procedimental general contemplado en el Título II del Libro III del vigente *Código de Procedimiento Civil* para la contradicción que le corresponde al afectado por una providencia cautelar, le permite a ambos litigantes, en entera igualdad de condiciones, formular alegatos y promover pruebas con la plenitud defensiva que una providencia cautelar, le permite a ambos litigantes, en entera igualdad de condiciones, formular alegatos y promover pruebas con la plenitud defensiva que una providencia cautelar, le permite a

ambos litigantes, en entera igualdad de condiciones, formular alegatos y promover pruebas con la plenitud defensiva que sólo brinda el procedimiento de la primera instancia.

Lo expresado en el párrafo anterior queda plenamente corroborado al examinar el artículo 602 del *Código de Procedimiento Civil,* el cual textualmente reza:

> Dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte actora contra quien obre estuviere ya citada, o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte actora contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, *exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar. Haya habido o no oposición, se entenderá abierta una articulación de ocho días, para que los interesados promuevan y hagan evacuar las pruebas de convengan a sus derechos* (Cursivas de la Sala).

En síntesis, para integrar el vacío legal configurado por la derogatoria virtual, por inconstitucionalidad sobrevenida, de la disposición inserta en el último aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio venezolano, lo jurídicamente procedente, por mandato del artículo 1.119 *ejusdem,* es aplicar el *iter* procedimental previsto en el Título II del Libro III del vigente *Código de Procedimiento Civil,* consagratorio del trámite general legalmente previsto para que dentro de un proceso cautelar, ambas partes cuenten, amén de con un segundo grado de jurisdicción, con un procedimiento de primera instancia que le permita a ambos litigantes, en entera igualdad de condiciones, formular alegatos y promover pruebas con la plenitud del contradictorio que virtualmente garantiza y correlativamente exige el único aparte del artículo 68 de la vigente *Constitución de la República.*

En consecuencia, el concreto tribunal que conozca, en primera instancia, del proceso cautelar *ex* artículo 1.099 del *Código de Comercio,* una vez decretada y ejecutada la providencia cautelar correlativa *inaudita* altera para respecto al afectado por la misma, *deberá* –deber *in procedendo* y no *in iudicando*- tramitar la incidencia contemplada en los artículos 602 al 606 ambos del vigente *Código de Procedimiento Civil.*

Lo expuesto en último lugar correlativamente significa que la parte contra quien obre alguna de las providencias cautelares previstas en el artículo 1.099 del Código de Comercio, como vía procesal primaria de impugnación, podrá oponerse a ella, exponiendo la razones o fundamentos que tuviere que alegar, y que, haya habido o no esa oposición, se entenderá abierta por el

tribunal respectivo –deber *in procedendo* y no *in iudicando*- una articulación de ocho días de despacho consecutivos, para que los interesados promuevan y hagan evaluar las pruebas que convengan a sus derechos, todo ello, se reitera, de conformidad con lo expresamente previsto en el supra copiado artículo 603 del vigente Código de Procedimiento Civil.

A pesar del sólido respaldo que el Derecho Constitucional Procesal le brinda, según todo lo antes visto, a la tesis adoptada en el presente fallo en lo relativo a establecer la viabilidad jurídica de la oposición cautela ex artículo 602 del vigente *Código de Procedimiento Civil* como *iter* procedimental primario de impugnación de las providencias cautelares contempladas en el artículo 1.099 del *Código de Comercio,* dada la singular importancia que inconcusamente reviste la materia objeto del presente fallo, no quiere este Alto Tribunal soslayar la circunstancia de que esta novedosa tesis jurisprudencial se encuentra en abierta discrepancia con la posición que sume un muy respetable sector de la doctrina venezolana.

En efecto, en clara disonancia con la postura que sostiene esta Sala de Casación Civil en el presente fallo, la prestigiosa doctrina venezolana reseñada en el párrafo anterior, textualmente expresa:

> En la celeridad, pues, la que da [...] vida a este régimen excepcional del artículo 1.099; y la que permite la aplicación de esas especiales normas procedimentales que el mismo artículo consagra. Por ello se explica que no se admita oposición, sino sólo apelación [...] la exacta comprensión de este instituto (la oposición cautelar del *Código de Procedimiento Civil*), permite fundar su improcedencia en materia mercantil cuando la medida se ordena por el artículo 1.099. En este caso la alegación y prueba de la celeridad releva al actor de la carga procesal relativa al *fomus bonis iuris,* y a la demostración de los requisitos que para cada medida exige el CPC (el autor de la cita se refiere al Código de Procedimiento Civil), permite fundar su improcedencia en materia mercantil cuando la medida se ordena por el artículo 1.099. En este caso la alegación y prueba de la celeridad releva al actor de la carga procesal relativa al fomus bonis iuris, y a la demostración de los requisitos que para cada medida exige el CPC (el autor de la cita se refiere al Código de Procedimiento Civil derogado por el actualmente vigente). Es claro, en consecuencia, que no debe otorgarse el derecho de oposición, sin sentido en tal hipótesis, porque las circunstancias impugnables por esa vía, estando probada la celeridad, no pueden ya discutirse. Debe tenerse presente a este respecto, que la oposición sirve, principalmente para las razones o motivos de improcedencia de la medida "[...] en virtud de no haber llenado el postulante los extremos de ley necesarios". Surge de este modo una situación procesal semejante a la que se produce en materia civil cuando el embargo o la prohibición de enajenar y gravar se decretan mediante la caución o garantía suficiente, conforme a los artículos 373 y 378 CPC

> (equivalente en su contenido a lo consagrado en el artículo 590 del vigente Código de Procedimiento Civil). En tales casos ordena el último aparte 602 del vigente Código de Procedimiento Civil), que no habrá oposición ni articulación; pudiendo establecerse como principio general respecto de la oposición, una equivalencia de efectos entre la caución en lo civil, y la celeridad en lo mercantil, en cuanto ambas se consideran legalmente suficientes para sustituir la prueba de los requisitos genéricos y específicos exigidos. (Leopoldo MÁRQUEZ ÁÑEZ; ob. cit., pp. 250 y 251). (Paréntesis de la Sala).

En consecuencia, en aras de evitar cualquier duda sobre la plena juridicidad de la tesis adoptada en el presente fallo en lo relativo a establecer la viabilidad jurídica de la oposición cautelar ex artículo 602 del vigente Código de Procedimiento Civil como iter procedimental primario de impugnación de las providencias cautelares contempladas en el artículo 1.099 del Código de Comercio, no quiere este Alto Tribunal rehuir la labor de realizar un detenido examen de la argumentación desarrollada en la última transcripción que precede.

A los fines expuestos en último lugar, lo primero que se observa es que-por contraste con la tesis adoptada por este Máximo Tribunal-, no figura en la cita doctrinal analizada razonamiento alguno de naturaleza jurídico-constitucional que le preste apoyatura. Ello por sí solo revela que su contenido, en lugar de resultar exhaustivo sobre el punto en cuestión, más bien aparece fragmentario y, sobre todo, carente de basamento desde una perspectiva jurídica que, en la concepción moderna del Derecho Procesal, es esencial: la óptica constitucional (vid. Eduardo J. COUTURE, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1981, p.151).

Pero dejando a un lado la fundamental consideración expuesta en el párrafo anterior –la ausencia de asidero jurídico- constitucional de la argumentación doctrinal *in comento*-, adicionalmente se observa que dicha argumentación, como a continuación se evidenciará, se muestra inconsistente para soportar la conclusión a la cual se arriba por su conducto.

En efecto, se desprende de la cita doctrinal cuyo análisis nos ocupa, que la argumentación fundamental que en ella se articula descansa en la consideración de que los específicos presupuestos de las providencias cautelares del artículo 1.099 del *Código de Comercio* –la celeridad, según la cita analizada-, por su propia naturaleza, son ajenos a la específica materia jurídica controvertible por conducto de la oposición consagrada como iter procedimental ordinario de contradicción de un proceso cautelar en el *Código de Procedimiento Civil*.

> El artículo 1.099 del Código de Comercio no es de elaboración venezolana. Como la gran mayoría de nuestros textos legales fue traducido *mutatis mutanti* con las modificaciones que consideró adecuadas el proyectista. Siendo éste nuestro caso, parece lo propio que la investigación de su verdadero sentido y campo de aplicación se realice en la ley, la jurisprudencia y doctrina del país del cual la tomamos. No de otro modo puede cumplirse eficazmente con el método interpretativo integral, que obliga a utilizar tanto el elemento histórico como el sistemático, simultáneamente. Una decisión de instancia expresa: "[...] en la legislación procesal francesa existe una disposición legal que concuerda con la citada norma, artículo 1.099 de nuestro Código de Comercio [...]" La anterior norma no transcribe ni analiza la norma referida, cuyo texto es el siguiente: "Dans les casqui requerront célérite, le President du Tribunal pourra permettre d'assigner, meme de jour a jour et d'heure a heure, et de saisir les effects mobiliers;il pourra, suivant l'exigence des cas, assujetir le demandeur a donner cautioonn, ou a justifier de solvabilité suffisante. Ses ordonnaces seront executoires nonobstant opposition ou appel" ("En los casos que requieran celeridad, el Presidente del Tribunal podrá autorizar la citación, aun de un día para otro y de una hora para otra, y de embargar los bienes muebles; él podrá, según el caso, obligar el demandante a dar caución, o a comprobar solvencia suficiente. Sus providencias se ejecutarán no obstante apelación u oposición"). Es ésta, obviamente, la regulación excepcional que respecto a la comparecencia del demandado y el embargo preventivo o conservativo reproduce el artículo 1.099, a partir de la reforma mercantil ocurrida en 1873. No conocía el sistema francés el embargo preventivo o conservativo más que de modo excepcional [...] Es sólo para la materia mercantil cuando se consagra tal posibilidad en el citado artículo 417 CPC francés; [...] Como se observa del propio texto del artículo 417, no hizo el legislador distinción alguna, estableciendo la alegación y prueba de la celeridad como extremos condicionantes para obtener, tanto la abreviación del término de comparecencia, como el decreto de embargo preventivo. Por otra parte, el carácter excepcional de la medida, insistentemente señalado por la jurisprudencia y la doctrina obligó a concluir que el decreto de embargo dependía de la prueba de un hecho con trascendencia bastante que justificara la derogatoria del sistema ordinario. Tal hecho era la celeridad, entendida como una condición de procedencia de la medida y, al mismo tiempo, como un límite a la autoridad de los jueces de comercio: "El juez no puede autorizar el embargo preventivo sino en los casos que requieren celeridad, es decir, si el ocultamiento o la sustracción de los bienes es inminente el actor tiene verdadero interés en impedirlo" (Jurisprudence Generale Dalloz Noueveau Code de Procedure Civile, Tome 12, París, Librairie Dalloz, 1911, p. 397, número 54). (Leopoldo MÁRQUEZ ÁÑEZ; ob. cit., pp. 237, 238 y 239).

Lo acertado de la argumentación expuesta en la transcripción anterior –el empleo del elemento histórico- para evidenciar que "la celeridad" sí constituye presupuesto legal impretermitible de la tutela jurisdiccional cautelar mercantil artículo ex 1.099 del Código de Comercio venezolano,

queda puesto de incurso relieve cuando se toma en cuenta la magistral enseñanza de Pascuale FIORE, al textualmente aseverar:

> La utilidad de la historia y de los orígenes del derecho para interpretar las disposiciones de una ley, ha sido victoriosamente demostrada y puesta fuera de toda duda, y todos los juriscunsultos se hallan de acuerdo en admitir que el origen histórico de las leyes es el más poderoso auxilio para interpretarlas. El intérprete no puede rechazar con un rasgo de soberbia semejante auxilio, ponerse en abierta oposición con el código del propio país, so pretexto de querer interpretarlo con las luces de la razón. Es verdad que las disposiciones legislativas de cada país tienen un carácter y una fisonomía propia; pero también lo es que, debiendo ser consideradas como el resultado del progresivo desarrollo ideológico, y como la expresión de las convicciones jurídicas nacionales, resultante del progresivo movimiento histórico correspondiente, es preciso, para determinar el concepto jurídico del legislador, indagar la historia y la filiación de cada institución jurídica [...] (Pascuale FIORE; "De la irretroactividad e interpretación de las leyes", Traducción de Enrique AGUILERA DE PAZ, Revista de Derecho y Legislación, Madrid, 1893, pp. 533 y 534).

En todo caso, a los fines de despejar cualquier sombra de duda en torno a la consideración de que la celeridad que figura en el encabezamiento del artículo 1.099 del Código de Comercio sí constituye impretermitible presupuesto legal condicionante de la procedencia de la tutela jurisdiccional cautelar mercantil que en su tenor se contempla, la Sala juzga conveniente incorporar argumentos lógico-sistemáticos que se adicionan a los acertados razonamientos de índole hermenéutico-históricos formulados por el doctor MÁRQUEZ ÁÑEZ en la cita transcrita en penúltimo lugar, y que, en su conjunto, se anteponen firmemente a cualquier consideración exclusivamente filológica o gramatical que se pretenda esgrimir en contrario, pues, como con acierto señala la doctrina,

> Las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. (Fernando SAINS MORENO; Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa, Monografías Civitas, Editorial Civitas, Madrid, 1976, p.122). (Cursivas de la Sala).

Para cumplir este último propósito –el delineado en el párrafo inmediatamente anterior-, esta Sala, sustentada en el unánime criterio que ha formulado la dogmática procesal, acoge expresamente la idea rectora en materia jurídico-cautelar, según la cual:

> Fundamento indiscutible de la tutela cautelar es " la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo" en el ejercicio de aquellas funciones constitucionalmente encomendadas a los órganos jurisdiccionales (M.P. CALDERÓN CUADRADO; Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil, Estudio de Derecho Procesal, Editorial Civitas, Madrid, 1992, p. 45). (Cursivas de la Sala).

La fórmula conceptual elaborada en la cita que inmediatamente precede define el técnicamente denominado *periculum in mora* que, como puso de relieve con irrecusable asidero el egregio procesalista PIERO CALAMANDREI, "es condición típica y distintiva de las providencias cautelares" (Providencias Cautelares, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p.40), en cuanto que dicha fórmula conceptual –*periculum in mora*- es la enunciación o modo de expresión doctrinal de lo que precisamente "constituye la base de las medidas cautelares " ob. cit., p. 40)(Cursivas de la Sala).

Sobre el último aspecto destacado –el rango de presupuesto fundamental que exhibe el *periculum in mora* en el ámbito de los presupuestos condicionantes de la tutela jurisdiccional cautelar en sus múltiples manifestaciones-,SERRA, en España, igualmente con pleno asidero, señala que "en realidad más que ante un verdadero presupuesto de las medidas caytelares, nos encontramos ante el fundamento de éstas" (M. SERRA DOMÍNGUEZ; Teoría General de las medidas cautelares. Las medidas cautelares en el proceso civil, con Ramos, Barcelona, España, 1974,p.40). (Cursivas de la Sala).

Es justamente la reseñada consideración doctrinal –la que le atribuye al técnicamente denominada *periculum in mora* el rango de presupuesto fundamental de la tutela jurisdiccional cautelar-, la que precisamente explica que la doctrina foránea, a la hora de inventariar en el ámbito del Derecho Comparado los diversos modos de expresión normativa de este presupuesto fáctico –el *periculum in mora*-, con el debido rigor científico, exprese:

> El presupuesto del peligro en la demora. Este presupuesto de la medida cautelar se integra por aquellos riesgos que pueden amenazar la efectividad de la sentencia del proceso principal, por la necesaria demora en emitirla, y que la medida cautelar se dirige precisamente conjurar [...] (*omissis*) [...] son diversos los modos de expresión normativa de este presupuesto de las medidas cautelares de las medidas cautelares: 1) En unos casos el presupuesto no se expresa en la norma, sino que forma parte de la *ratio iuris* de la norma que establece la medida cautelar (Manuel ORTELLS RAMOS; ob.cit., pp. 265 y 266). (Cursivas de la Sala).

En consecuencia, queda establecido, según el unánime parecer doctrinal especializado en la materia, que *el periculum in mora* constitutivo del presupuesto fáctico de la tutela jurisdiccional cautelar, está investido de la naturaleza de *conditio iuris* de *rango fundamental* de las providencias judiciales correlativas –las cautelares-, al punto de que en aquellos en que dicho presupuesto no se formula expresamente en la norma respectiva del ordenamiento positivo, no obstante, se reputa como integrando la *ratio iuris* del instituto jurídico-cautelar.

Ahora bien, atenido a lo expuesto en último lugar, este Alto Tribunal observa que la locución "celeridad" contemplada *espressis verbis* en el encabezamiento del analizado artículo 1.099 del *Código de Comercio*, es empleada por la doctrina especializada en la materia para referirse –quizá no del modo más técnico en razón de la pluralidad de acepciones que en el ámbito jurídico procesal exhibe el término celridad-, el apuntado presupuesto fáctico cautelar *fundamental –el periculum in mora-*.

En efecto, nuevamente el egregio procesalista Piero CALAMANDREI, al examinar el referido presupuesto cautelar fundamental, declara:

> El *periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del *retardo* de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria [...] (omissis) [...] Las providencias cautelares representan una conciliación entre dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando el problema del bien y el mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario" (Piero CALAMANDREI, ob. cit., pp. 42, 43 y 44). (Cursivas de la Sala).

Por su parte, en cabal sintonía con la cita doctrinal anterior –que virtualmente concibe a la "celeridad" como una locución conceptualmente equivalente al *periculum in mora* configurativo del presupuesto jurídico *fundamental* de la tutela jurisdiccional cautela-, la jurisprudencia francesa, al comentar el artículo 417 del *Código de Procedimiento Civi* francés –el cual, como antes demostró, constituye el antecedente histórico foráneo directo de nuestro artículo 1.099 del *Código de Comercio-*, consagratorio de la

"celeridad" como principal presupuesto legal de la tutela cautelar que en su tenor se contempla, textualmente declara:

> El juez no puede autorizar el embargo preventivo sino en los casos que requieran *celeridad,* es decir, si el ocultamiento o la sustracción de los bienes es inminente y el actor tiene verdadero interés en impedirlo (*Jurisprudence Generale Dalloz.* Nouveau Code de Procedeure Civile. Tome 12, París. Librarie Dalloz. 1911. p. 397, número 54).

En consecuencia, conjugando este Alto Tribunal los criterios históricos y lógico-sistemáticos en la interpretación de las previsiones legales insertas en el artículo 1.099 del Código de Comercio, arriba a la conclusión de que la locución "celeridad" empleada en su encabezamiento, en el privativo contexto de las dos específicas medidas preventivas consagra en su primer aparte, tiene como singular significado, vale decir, es enteramente equivalente al periculum in mora que, por estar integrado a la ratio iuris del instituto, constituye presupuesto de rango fundamental de la tutela jurisdiccional cautelar.

En conclusión y sintetizado lo expuesto, "*la celeridad*" que figura en el encabezamiento del artículo 1.099 del *Código de Comercio* sí constituye presupuesto legal condicionante de la procedencia de la tutela jurisdiccional cautelar mercantil que en su tenor se contempla, en cuanto que es locución –"*la celeridad*"-, en el privativo contexto de las dos específicas medidas preventivas consagradas en el primer aparte de dicho artículo de ley equivale, en su significado, al técnicamente denominado *periculum in mora* que, por estar integrado a la propia *ratio iuris* del instituto jurídico cautelar, constituye, en consecuencia, su presupuesto fáctico de rango fundamental.

Ahora bien, lograda la determinación expuesta en el párrafo anterior, corresponde observar que una de las específicas materias jurídicas susceptibles de ser ventilada jurisdiccionalmente por conducto de la oposición cautelar prevista en el artículo 602 del vigente *Código de Procedimiento Civil,* es precisamente la relativa al cumplimiento o no del *periculum in mora* respecto a una concreta providencia cautelar previamente decretada y ejecutada por un tribunal dentro de un determinado proceso cautelar accesorio a un proceso principal.

Al respecto, la calificada doctrina venezolana especializada en la materia cautelar, observa:

> *Fumus periculum in mora.* La otra condición de *procedibilidad, peligro en el retardo*, exige, como hemos dicho, la presunción de existencia de las circunstancias de hecho que, si el derecho existiera, serían tales que harían verdaderamente temible el daño inherente a la no satisfacción del mismo [...] (*omissis*) [...] La oposición de la parte [...] *Versará siempre sobre el incumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la medida.* (Ricardo HERÍQUEZ LA ROCHA; Medidas Cautelares según el Nuevo Código de Procedimiento Civil, tercera edición aumentada, Maracaibo, 1988, pp. 192 y 239). (Cursivas de la Sala).

Al relacionar todo lo evidenciado en los cuatro últimos párrafos que preceden, se desprende igualmente otra conclusión: siendo "la celeridad" que figura en el encabezamiento del artículo 1.099 del *Código de Comercio venezolano* una locución la cual, en el privativo contexto de las dos específicas medidas preventivas contempladas en el primer aparte del referido texto legal, se encuentra dirigida a consignar el *periculum* in mora que, por integrar la *ratio iuris* de la institución, constituye presupuesto de rango fundamental de la tutela jurisdiccional cautelar en sus múltiples manifestaciones, es claro que con tal expresión legal –"*la celeridad*"- se consagra una de las específicas materias jurídicas susceptibles de ser ventilada jurisdiccionalmente por conducto de la oposición prevista en el artículo 602 del vigente *Código de Procedimiento Civil.*

Ahora bien, "la celeridad" –*periculum in mora*-, si bien el ordinario y básico –fundamental-, no constituye el único presupuesto fáctico jurídicamente condicionante de la procedencia de la tutela jurisdiccional cautelar mercantil *ex* primer aparte del artículo 1.099 del *Código de Comercio venezolano.*

En consecuencia, según el propósito trazado *supra* –renglones 1 al 17 del folio 41 del presente fallo-, habrá igualmente que determinar respecto cualquier otro presupuesto de procedencia de la tutela jurisdiccional cautelar mercantil *ex* artículo 1.099 del *Código de Comercio* venezolano, si su efectiva ocurrencia, en el ámbito de un proceso de es naturaleza –cutelar-, resulta también jurisdiccionalmente degatible por la vía legar de la oposición contemplada en el supra referido artículo 602 del vigente *Código de Procedimiento Civil.*

Simétricamente al presupuesto cautelar de 2la celeridad" ex artículo 1.099 del Código de Comercio venezolano

> En los casos que requieran celeridad, el juez [...] Puede también acordar embargos provisionales de bienes muebles por valor determinado y prohibición

> de enajenar y gravar bienes inmuebles especiales; y según el caso, exigir que el demandante *afiance o compruebe solvencia suficiente para responder de las resultas del embargo.*

Este Alto Tribunal también reputa plenamente acertado el parecer expuesto por el doctor Leopoldo MÁRQUEZ ÁÑEZ, al textualmente señalar:

> Tal carácter excepcional (*rectius*:especial) del régimen cautelar en lo mercantil, condicionado por la celeridad, que como he dicho excluye la prueba del *fumus bonis iuris*, exige la concurrencia de otro requisito en beneficio de la parte contra quien obra la medida: *el afianzamiento de sus resultas o, por lo menos, la comprobación de solvencia.* (Leopoldo MÁRQUEZ ÁÑEZ; ob. cit., p. 245). (Paréntesis y cursivas de la Sala).

Es decir, además del presupuesto cautelar ordinario de "la celeridad" –*periculum in mora*-, el primer aparte del artículo 1.099 del *Código de Comercio* contempla una "contracautel" –fianza- o, subsidiariamente, la acreditación de solvencia por parte del postulante de la medida, como presupuesto legal igualmente condicionante de la procedencia de la tutela jurisdiccional cautelar que en su tenor se contempla.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho Procesal Cautelar Comparado, en lo relativo al nexo o vínculo entre la contracautela y los presupuestos ordinarios –el *periculun in mora* y el *fumus bonis iuris*- de la tutela jurisdiccional cautelar, se dan los sistemas alternativos que la dogmática extranjera nos reseña a continuación>:

> [...] para estos supuestos en que es exigida legal o judicialmente la fianza, el caracterizarla como presupuesto de la medida cautelar no va a significar un idéntico funcionamiento al *fumus bonis iuris* o al *periculum in mora* [...] (*omiossis*) [...] ¿la fianza actúa independientemente de los demás presupuestos, o, por el contrario, guarda con ellos alguna relación? La pregunta, obligada por otra parte, tiene respuestas diferentes, aunque aquí la diversidad no se produce tanto en derecho patrio como respecto de otros ordenamientos. La alternativa, doble en principio, caución como presupuesto independiente o como requisito dependiente, se convierte en *triple* si tenemos en cuenta el grado de conexión posible entre ellos, *sustitución o complemento*. En nuestro país, la fianza constituye un tercer presupuesto distinto de los otos dos. Es decir, la obtención de un medida cautelar (o su eficacia) depende, por regla general, tanto de la existencia de una apariencia de buen derecho y de un peligro, como de la prestación de caución. En Alemania, por el contrario, cabe la posibilidad (& 921.2 ZPO), de conceder el "Arrest" o la "einstweilige Verfugung" sin acreditar la existencia del derecho, actuando la fianza como instrumento sustitutivo de dicho acreditamiento". (M.P. CALDERÓN CUADRADO; ob. cit., pp. 53 y 54). (Cursivas de la Sala).

De la doctrina expuesta en la cita inmediatamente anterior, se evidencia la existencia de tres diversas modalidades lógicamente posibles de configurar, en el Derecho Comparado, el nexo o vínculo entre la contracautela, de una parte, y los presupuestos ordinarios – *periculum in mora* ("celeridad") y *fumus bonis iuris*- de la tutela jurisdiccional cautelar, de la otra: a) la modalidad puramente complementaria; b) la puramente sustitutiva; y c) la mixta o bifronte-sustitutiva/complementaria.

Ahora bien, respecto a la contracautela –o, subsidiariamente, la acreditación de solvencia por el postulante de la medida preventiva-, *ex* artículo 1.099 del *Código de Comercio* venezolano, este Alto Tribunal observa que dicho requisito asume un nexo o vínculo mixto o bifronte respecto a los dos mencionados presupuestos cautelares ordinarios –*periculum in mora* ("celeridad") y *fumus bonis iuris*-.

En efecto, la contracautela ex artículo 1.099 del *Código de Comercio* –o, subsidiariamente, la solvencia del postulante de la medida-, es complementaria respecto al presupuesto cautelar ordinario del *periculum in mora*, y, paralelamente, es sustitutiva del presupuesto cautelar ordinario del *fumus bonis iuris*.

En todo caso, debe igualmente destacarse que lo que sí resulta común a ambas categorías de contracautela –tanto la prevista con carácter puramente sustitutivo en el artículo 590 del *Código de Procedimiento Civil* como la consagrada de manera sustitutiva/complementaria en el primer aparte del artículo 1.099 del *Código de Comercio*-, es el elemento teleológico o *desideratum* que determinó su incorporación como presupuesto cautelar, cual es la de servir de "mecanismo mediante el cual se pretende contrarrestando la gravedad que supone la adopción de una medida cautelar, garantizar al sujeto pasivo los eventuales daños y perjuicios causados por la realización de la medida" (M.P. CALDERÓN CUADRADO,; ob. cit., p. 50) que, a la postre, resulte ilícita.

Ahora bien, ni siquiera cuando la contracautela está legalmente consagrada como presupuesto cautelar puramente sustitutivo (autónomo), como precisamente ocurre en el supuesto del artículo 590 del *Código de Procedimiento Civil,* resulta constitucionalmente admisible negar, en términos absolutos, la posibilidad jurídica de que el afectado por la correlativa

providencia cautelar formule la oposición que contempla el artículo 602 del vigente *Código de Procedimiento Civil.*

En efecto, con aguda argumentación de Derecho Constitucional Procesal, la doctrina venezolana especializada en la materia cautelar, refiriéndose a la posibilidad jurídica de la oposición *ex* artículo 602 del *Código de Procedimiento Civil* incluso en el supuesto de las providencia cautelares decretadas y ejecutadas por la sola vía del caucionamiento –contracautela puramente sustitutiva del artículo 590 *ejusdem*-, textualmente señala:

> Si pretendemos conseguir y separar las dos fases sumaria y plenaria del procedimiento ordinario (o normal) de las medidas preventivas, nos resultará negativo el intento en el caso que se decreten por la vía del caucionamiento. Porque en ésta el legislador ha desarticulado completamente los pasos de aquél, para limitarse solamente al conocimiento rápido y sumario de la primera fase, sin ninguna reconsideración posterior, en principio. El decreto de la medida preventiva, supuestamente bien apuntalado por la caución de la parte, se considera suficiente seguridad para el demandado. Y así tenemos que la ley ha dispuesto que "en los casos a que se refiere al artículo 590 no habrá oposición ni la articulación de que trata este artículo [...]" 602. Pero lo cierto es que, pese al afán del legislador por darle plena seguridad a aquél contra quien obra la medida, se le ha creado una grave situación de indefensión, que mínimamente se ve mitigada por aquellas disposiciones. "No siempre resulta muy eficaz para los litigantes esa garantía subsidiaria, y es natural que éstos (las partes) velen personalmente por sus intereses, en la seguridad que su celo contribuirá a ilustrar el criterio de los jueces y les evitará perjuicios de otro modo irreparables. Si un juez de Municipio, v. Gr., ante el cual se haya propuesto contra ti un demanda de mayor cuantía, acuerda mediante caución el embargo que le pide el actor; o si el juez competente decreta el embargo de todo el sueldo de que disfrutas o del panteón que tienes en el cementerio, tú estarás obligado, y no tendrás otro recurso para hacer cesar sus efectos, que dar garantía bastante, aun cuando seas persona abonada y no haya respecto de ti el menor peligro de solvencia o de mala fe para responder de las resultas del pleito". El único recurso inmediato que tiene el sujeto embargado es levantar la medida del modo que establece el artículo. Se olvida que el interés del ejecutado no se circunscribe al decreto; se extiende también a la materia misma de la ejecución, en cuanto su conformidad con el decreto y con la ley. Hagamos un análisis introspectivo de la intención de (sic) legislador respecto a este caso. El legislador ha pensado, que si la medida se decreta por vía de caucionamiento, aun cuando es probable que suceda lo contrario, el legislador ha presumido que el demandado, el sujeto pasivo, está suficientemente amparado porque, si se le causa un perjuicio él tiene como indemnizarse. El error consiste en identificar en el mismo orden de ideas estas dos categorías, consagradas en los requisitos legales, que tiene el ejecutado, y en pensar que una sustituye a la otra; que la existencia de una de ellas, supone la innecesidad de acceder a la otra. Lo cual no es cieto, porque sus respectivos contenidos se encuentran en planos diferentes: el *fumus boni iuris* hace presumir que el

aseguramiento y el perjuicio que supone para el demandado van a resultar justificados a la postre, pero la caución desde luego que no supone eso, sino que constituye no otra cosa que la seguridad de cobrar la indemnización de los perjuicios, por lo que, aún más, presupone estos perjuicios en su causa final. Si ambos elementos tienen efectos diversos, es lógico que la ley permita el complemento de uno a otro, y que la parte pueda reclamar de los errores y abusos en la ejecución de la medida, aunque haya caución de por medio. Esta razón cobra mayor relevancia si observamos que la diferencia entrampas también reside en su actualización el tiempo, pues la caución sólo beneficia al sujeto contra quien obra la medida después de largo tiempo, pues la caución sólo beneficia al sujeto contra quien obra la medida después de largo tiempo, cuando haya terminado completamente el juicio principal o cuando haya terminado completamente el juicio principal o cuando haya terminado el juicio de responsabilidad civil si la contraparte y su fiador no accedieron a indemnizar amistosamente. No puede extenderse la prohibición de oposición que menciona el artículo 602 *CPC* a todo tipo de defensa. Pero fundamentándonos en el principio de que "la defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso" (artículo 68 *CN*), y en el hecho indubitable de que ciertamente la interpretación extensiva de esa disposición causa un estado de indefensión al ejecutado; tomando en cuenta que las normas sobre medidas preventivas son de estricta interpretación con el fin de proteger el derecho de propiedad y otros del sujeto pasivo, es necesario concluir que la interpretación de la predicha disposición legal y del concepto de "oposición" que ella prevé, no puede ser sino una interpretación restrictiva. El concepto de oposición debe limitarse a un contenido restringido y a un significado que no desconozca plenamente el derecho constitucional de defensa en juicio; y una interpretación que permita todo tipo de defensa desconocería el contenido semántico del precepto en cuestión. Por consiguiente, ha de entenderse, elécticamente, que el sujeto contra quien obra la medida puede impugnarla cuando su defensa verse sobre la legalidad estructural de la medida, como en los casos que se decrete embargo preventivo sobre bienes inmuebles o no haya congruencia entre lo decretado y lo ejecutado, y cuando la defensa verse sobre la validez de la caución que apoya la cautela. En este último caso se comprende la admisibilidad de la impugnación, porque si dicha caución es inexistente o jurídicamente ineficaz, no estaría dado el supuesto normativo del artículo 590 *CPC*, al cual remite el artículo 602 in fine, pues la norma parte de la premisa de que haya habido una caución: si no hay caución, porque la prestada no es válida, faltaría el hecho específico real que debe adecuarse al supuesto normativo; no habría subsumibilidad ni por tanto aplicación de la prohibición que contempla el artículo 602 *CPC*. Ahora bien, cuando el sujeto pasivo impugna la prueba de la suficiencia de la garantía, no está afirmando directamente esa insuficiencia; reclama tan sólo la validez estructural de la caución en lo que respecta a la prueba de su abono. Si el embargado puede impugnar la fianza por no haber sido consignada la solvencia o declaración del impuesto sobre la renta o la certificación de Contador Público, también puede hacerlo si la solvencia presentada está vencida o la declaración no corresponde al último ejercicio anual, o la certificación no ha siso hecha con arreglo a la Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública. No hay diferencia entre una certificación ilegal y la falta de certificación a los fines comprobatorios. Esta amplitud en el

> ejercicio de la defensa tiene mayor justificación bajo el nuevo código que ha eliminado la responsabilidad subsidiaria del juez como co-fiador del garante. La diferencia de contenido entre la oposición o impugnación, hace comprender queel tercero siempre es ajeno a esta última, pues su defensa nunca podrá referirse a los vicios de que adolece el decreto de la medida. Procedimiento de impugnación. La impugnación que ejerza el ejecutado contra la ilegalidad de la ejecución, su inconformidad con el decreto o la ineficacia de la garantía, puede deducirse con arreglo a procedimiento del artículo 607 *CPC* de otras incidencias que pudieran presentarse, ya que las reglas sobre medidas preventivas no establecen procedimiento específico. También puede dilucidarse por el procedimiento de oposición, pues en ambos casos se garantiza plenamente la bilateralidad de la audiencia y la sustanciación sumaria del incidente. (Ricardo HENRÍQUEZ LA ROCHE; ob. cit., p. 267). (Cursivas de la Sala).

Es decir, de acuerdo con la cita doctrinal transcrita en el último lugar, por imperativo del actualmente vigente en Venezuela Derecho Positivo Constitucional Procesal _único aparte del artículo 68 de la *Constitución*- aun cuando la contracautela que funge de presupuesto de la tutela jurisdiccional cautelar se encuentre en una relación puramente sustitutiva –excluyente- de los presupuestos ordinarios de las providencias judiciales correlativas –medidas preventivas a decretar y ejecutar conforme al artículo 509 del *Código de Procedimiento Civil-,* bajo ciertas circunstancias es jurídicamente admisible la oposición cautelar contemplada en el artículo 602 del mencionado código procesal.

En síntesis, carece de asidero jurídico constitucional toda tesis la cual propugne que la controversia suscitada dentro de un proceso cautelar en torno al presupuesto de la contracautela, por su misma naturaleza, está de plano excluída del ámbito de la materia jurídica ventilable jurisdiccionalmente por conducto de la oposición es artículo 602 del vigente *Código de Procedimiento Civil;* y ello así, se reitera, incluso cuando se trate de la contracautela puramente sustitutiva del artículo 509 (sic) *ejusdem.*

Ahora bien, como se evidenció con anterioridad, la oposición cautelar ex artículo 602 del vigente *Código de Procedimiento Civil;* fue concebida principalmente cono iter procedimental para controvertir lo concerniente al cumplimiento de alguno de los presupuestos ordinarios de la tutela jurisdiccional cautelar (*periculum in mora y/o fumus bonis iuris*). (*Vid.* por todos Ricardo HENRIQUEZ LA ROCHE; ob. cit., pp. 192 y 239).

En consecuencia, si existen razones de orden constitucional –el derecho fundamental a la defensa ex único aparte del artículo 68 de la *Constitución*- para admitir la oposición cautelar contemplada en el artículo 602 del vigente

Código de Procedimiento Civil, incluso en supuestos en que no se va controvertir en torno a los presupuestos ordinarios de la tutela jurisdiccional correlativa –caso de la contracautela puramente sustitutiva del artículo 590 *ejusdem*-, con mayor razón –*a fortiori*- debe admitirse el referido iter procedimental –la oposición-, cuando se trata de un proceso cautelar en que la contracautela no exime al posturlante de la medida preventiva de la carga procesal de acreditar ambos o al menos uno de los presupuestos ordinarios de la tutela jurisdiccional cautelar –contracautela puramente complementaria o mixta-.

Expresado en términos equivalentes, la admisión, por razones de orden constitucional, de la oposición cautelar es artículo 602 del vigente Código de Procedimiento Civil para controvertir en torno a la contracautela puramente sustitutiva de los presupuestos cautelares ordinarios –*fumus bonis iuris y periculum in mora*-, por argumento *a fortiori*, implica la admisibilidad de es oposición cautelar para resolver jurisdiccionalmente la controversia en torno a la contracautela –o su subsidiario equivalente, v. Gr. la solvencia del postulante de la medida- cuando ésta se encuentre en una relación simplemente complementaria –no sustitutiva- respecto a ambos o incluso alguno de los presupuestos ordinarios de la correlativa tutela cautelar.

Ahora bien, como se destacó supra, un nexo simplemente complementario –y no sustitutivo- es precisamente el configurado entre el presupuesto cautelar ordinario de "la celeridad" –*el periculum in mora*- y la contracautela –o la solvencia del postulante subsidiariamente prevista en su lugar- que condicionan la procedencia de las dos medidas preventivas contempladas en el primer aparte del artículo 1.099 del *Código de Comercio*.

Por tanto, conectando lo expuesto en los dos últimos párrafos que preceden, si obtiene lo siguiente: La controversia suscitada en un determinado proceso cautelar en torno al cumplimiento del presupuesto legal de la contracautela –o, en su defecto, la solvencia del postulante cautelar- previsto en el artículo 1.099 del *Código de Comercio* respecto a las dos medidas preventivas consagradas en su tenor –su primer aparte-, encuadra, sin forzamiento, dentro de la materia jurídica susceptible de ser ventilada por conducto de la oposición cautelar prevista en el artículo 602 del vigente *Código de Procedimiento Civil*.

En consecuencia, según todo lo visto, queda diáfanamente determinado que la oposición cautelar *ex* artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, sí

constituye un cauce procedimental inconcusamente idóneo para ventilar la controversia suscitada en el ámbito de un proceso cautelar ex artículo 1.099 del Código de Comercio, en torno a los presupuestos de la <celeridad> –*periculum in mora*- y de la contracautela o, en su defecto –subsidiariamente-, la solvencia del postulante de la medida, que condicionan la procedencia de la providencia cautelar correlativa.

Y de allí que quede plenamente desvirtuada, en su propia base, la tesis doctrinal que figura en la cita transcrita a los folios 38 y 39 del presente fallo, según la cual, respecto a las providencias cautelares ex primer aparte del artículo 1.099 del *Código de Comercio* <no debe otorgarse e derecho de oposición, sin sentido en tal hipótesis porque las circunstancias impugnables por esa ví9a, estando probada la celeridad, no pueden y discutirse>.

La tercera conclusión *fundamental* que a este Supremo Tribunal le permite formular, para la decisión a dictar en el recurso de casación *sub judice*, el empleo de todos los criterios que preceden, es la siguiente: *para integrar el vacío legal configurado por la derogatoria virtual, por inconstitucionalidad sobrevenida, de la disposición inserta en el último aparte del artículo 1.099 del* Código de Comercio *venezolano, lo jurídicamente procedente es, atendiendo a la expresa remisión normativa efectuada por el artículo 1.119 ejusdem, utilizar el régimen de contradicción cautelar, constitucionalmente válido, previsto en el Título II del Libro III del vigente* Código de Procedimiento Civil, *en cuanto que la vía procedimental de la oposición allí contemplada –artículo 602 ibídem- es plenamente idónea para controvertir los presupuestos jurídicos de esa especial tutela jurisdiccional cautelar mercantil.*

IV

CASACIONABILIDAD DE OFICIO POR NO TRAMITARSE, EN UN PROCESO CAUTELAR EX ARTÍCULO 1.099 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, LA INCIDENCIA DE LOS ARTÍCULOS 601 AL 606, AMBOS DEL VIGENTE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

Ahora bien, tal y como se destacó supra, en el supuesto de que un tribunal decrete y ejecute una providencia cautelar de las previstas en el primer aparte del artículo 1.099 del *Código de Comercio*, ese órgano jurisdiccional resulta pasible del deber jurídico *in procedendo* de tramitar y decidir la

incidencia contemplada en los artículos 602 al 606, ambos inclusive del vigente *Código de Procedimiento Civil*.

De no cumplir el deber jurídico reseñado en el párrafo anterior, es claro que órgano jurisdiccional de que se trate violenta uno de los mecanismos legales que garantiza la actuación de las partes en el correlativo proceso cautelar conforme a los principios de clara progenie constitucional de contradicción o defensa y de igualdad, principios los cuales, según lo expresado por la doctrina invocada en el segundo párrafo del folio 3 del presente fallo, no sólo representan "derechos de las partes que el tribunal debe respetar", sino que "son también garantía de la correcta actuación del derecho objetivo", en cuanto que

> Para un juez el derecho de las partes a se oídas [...] es también regla fundamental organizadora de su actividad, dirigida a conformar el proceso de la manera más adecuada par obtener la mejor actuación de la norma. (*Vid.* Por todos Juan MONTERO AROCA; "El Proceso no tiene naturaleza jurídica", en *Revista de Derecho Procesal* número 1, Edición Conjunta del Instituto de Estudios de Derecho Procesal José RODRÍGUEZ URRACA y PAREDES Editores, Caracas, Venezuela, p. 117).

O expresado bajo la nomenclatura empleada por nuestro vigente *Código de Procedimiento Civil* y la jurisprudencia de esta Suprema Corte, en el supuesto de un tribunal el cual decrete y ejecute una providencia cautelar de las previstas en el primer aparte de artículo 1.099 del *Código de Comercio*, infrinja el deber jurídico en procediendo a tramitar y decidir la incidencia contemplada en los artículo 602 al 606, ambos inclusive, del vigente *Código de Procedimiento Civil*, es claro que tal órgano jurisdiccional, respecto al proceso cautelar correlativo, ha incurrido en el quebrantamiento u omisión de trámites esenciales que menoscaban el derecho a la defensa, y, simultáneamente, viola el interés colectivo en una recta Administración de Justicia en cuanto que "no es potestativo a los tribunales subvertir las reglas normativas de tramitación de los procesos, pues su estricta observancia es materia ligada al orden público".

En tal sentido, este Alto Tribunal observa que el tribunal de alzada el cual constante que el respectivo tribunal a quo de un determinado proceso cautelar ex artículo 1.099 del Código de Comercio, no hubiese tramitado la incidencia cautelar prevista en los susomencionados artículos 602 al 606, ambos inclusive, del vigente Código de Procedimiento Civil, y, sin embargo, dicho tribunal de alzada no decrete, incluso de oficio, la nulidad procesal y consecuencial reposición al estado de que el referido a quo tramite la

indicada incidencia cautelar, además de infringir estas últimas enunciadas previsiones legales –artículos 602 y 607, ambos inclusive, del vigente *Código de Procedimiento Civil*-, igualmente habrá infringido ese juez de alzada la normativa jurídico-procesal de los artículos 68, único aparte, de la Constitución de la República en concordancia con lo dispuesto en los artículos 11, 15, 206, 208, 211 y 212, todos vigente *Código de Procedimiento Civil*.

Y todo lo cual habrá de significar, consecuencialmente, que la sentencia de última instancia del juez de alzada dictada dentro del proceso cautelar *ex* artículo 1.099 del *Código de Comercio* que haya incurrido en la infracciones de los dispositivos constitucionales y legales enunciados en el párrafo anterior, se encontrará dentro de la hipótesis de vicio de actividad derivado que, como motivo de casación de forma, contempla el ordinal 1º del artículo 313 del vigente *Código de Procedimiento Civil*, al textualmente disponer que:

> Se declarará con lugar el recurso de casación: 1º Cuando en el proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaben e derecho de defensa [...] siempre que contra dichos quebrantamientos u omisiones se hayan agotado todos los recursos. O que la omisión o quebrantamiento lesionen el *orden público*. (Cursivas de la Sala).

En ese orden de ideas debe destacarse que la circunstancia de que el quebrantamiento en los trámites esenciales del proceso cautelar respectivo, hubiese ocurrido por un vicio de actividad originado directamente por la conducta procedimental sumida por el juez de la primera instancia, no desvirtúa que igual naturaleza jurídica –vicio de actividad- exhiba la infracción en que incurre el tribunal de alzada que, al conocer y decidir en segundo grado de jurisdicción dicho proceso cautelar, no ordene la nulidad procesal y reposición respectivas.

En efecto, incluso cuando el vicio de actividad ocurrido en un proceso dé lugar a un vicio de juzgamiento derivado, su denuncia en casación de forma; esto último por una razón fundamental: se precisa el efecto repositorio –privativo de la casación de forma y no de fondo-, para, en el supuesto señalado, lograr la reparación del agravio producido por la predicha infracción, configurativa del vicio de actividad, originada ante el juez de la primera instancia.

Al respecto, la siempre esclarecida enseñanza de Piero CALAMANDREI, nos observa:

> Hemos supuesto hasta ahora, al tratar separadamente de la casación por error in *procedendo* y de la casación por error *in iudicando,* que el vicio, sobre el cual se basa el recurso, se presente con caracteres bien definidos, que permitan clasificarlos sin vacilaciones en una u otra de las categorías antes consideradas. Pero me he referido ya a la posibilidad de vicios que tengan, por decirlo así, naturaleza doble, en cuanto resulten de la suma de un vicio de actividad con un vicio de juicio derivado del mismo; el recurso de casación que se funde sobre uno de estos vicios complejos ¿deberá considerarse como basado sobre un error *in procedendo* o como basado sobre un error *in iudicando*? Contesta CHIOVENDA que "en este caso el defecto no deja de ser defecto de actividad y se aplican las reglas relativas a éste" [...] en semejante caso, la cualidad de error *in iudicando* se presenta como accesoria y no altera la causa de la impugnabilidad. (Piero CALAMANDREI; *La Casación Civil*, tomo II, pp. 302 y 303)-

También lo expuesto en los últimos párrafos que preceden, significa que este Alto Tribunal, al decidir el recurso de casación que se haya interpuesto contra la sentencia interlocutoria cautelar del última instancia con fuerza de definitiva que haya incurrido en las infracciones anteriormente reseñadas, podrá hacer uso de la potestad que le confiere el artículo 11 del *Código de Procedimiento Civil* en concordancia con lo dispuesto en el antepenúltimo aparte del artículo 320 *ibidem,* decretando la nulidad y reposición del proceso cautelar respectivo al estado necesario para restablecer el orden jurídico infringido, esto es, al estado de que se tramite por el tribunal de la primera instancia que decretó y ejecutó las providencias cautelares ex primer aparte del artículo 1.099 del *Código de Comercio* la incidencia prevista en los artículos 601 al 606, ambos inclusive, del vigente *Código de Procedimiento Civil.*

Sobre este último punto –la potestad de la Sala de casar de oficio un fallo cautelar de última instancia recurrido en casación que adolezca de las específicas infracciones antes enunciadas-, la reciente jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil (sentencia de fecha 23 de octubre de 1996, dictada dentro del proceso judicial seguido por el ciudadano Pedro José Farías Mata contra Juan Manuel Otero Reyes y la sociedad mercantil Seguros Venezuela, C.A. con ponencia de la doctora Magali PERRETTI DE PARADA), ha establecido lo siguiente:

> En resguardo del legítimo derecho de defensa de las partes y en el de petición, la Sala ha acordado casar de oficio excepcionalmente el fallo recurrido, si resultaren evidentes las infracciones de orden público y constitucionales y las mismas no hubiesen sido advertidas por los recurrente. Esta excepcionalidad implica, que al examinar y decidir el recurso de casación formalizado ante la Corte, pudiera darse una casación oficiosa del fallo recurrido por las infracciones

> apuntadas precedentemente o que la violación observada haga innecesario aquel análisis. Así, pueden darse los siguientes casos: 1º) Recurso de casación por defecto de actividad declarado sin lugar y casado de oficio por la Sala, por encontrarse en el fallo recurrido vicios procedimentales. 2º) Recurso de casación declarado con lugar y además casado de oficio por la Corte. 3º) En el supuesto de que el escrito de formalización contenga sólo denuncias de infracción por errores de juzgamiento que atenten contra el orden público o la *Constitución,* casará de oficio directamente el fallo recurrido, sin analizar el escrito pertinente, en acatamiento al precepto normativo consagrado en el artículo 320 del Código del Procedimiento Civil. 4º) *En los supuestos de subversiones del procedimiento que ameriten reponer la causa a la primera instancia, porque en tales situaciones se hace innecesario el análisis del recurso de casación interpuesto, como acontece en el caso de autos, en el que se da esta circunstancia.* (Cursivas de la Sala).

La cuarta conclusión fundamental que a este Supremo Tribunal le permite formular, para la decisión a dictar en el recurso de casación *sub judice,* la aplicación de todo lo expuesto en el presente capítulo de este fallo, es la siguiente: *la Sala de Casación Civil, de conformidad con lo dispuesto en el antepenúltimo aparte del artículo 320 del vigente Código de Procedimiento Civil, tiene potestad jurídica para casar de oficio la decisión interlocutoria de última instancia con fuerza de definitiva proferida en un proceso cautelar ex artículo 1.099 del Código de Comercio, cuando esa decisión de última instancia no hubiese decretado la nulidad procesal y consecuencial reposición por la indebida circunstancia de que en la primera instancia de dicho proceso cautelar no se hubiese tramitado la incidencia prevista en los artículos 601 al 606, ambos inclusive, del indicado Código de Procedimiento Civil decretando directamente la Sala de Casación Civil la requerida nulidad consecuencial reposición al estado de que se tramite el señalado incidente cautelar de primera instancia.*

V

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES FUNDAMENTALES FORMULADAS EN EL PRESENTE FALLO.

Sobre la base de lo expuesto en los capítulos que preceden, es posible elaborar, a título de resumen, una recapitulación de las cuatro *conclusiones fundamentales* en el presente fallo para la decisión a dictar en el recurso de casación *sub judice:*

1) Resulta manifiestamente viciado de inconstitucionalidad –por violación al contenido esencial del derecho fundamental a la defensa ex único aparte del *artículo 68 de la Constitución de la República de Venezuela (<La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso>)*-el régimen normativo de rango legal de un determinado *proceso* cautelar en el que al justiciable afectado por la providencia cautelar correlativa *se le limite su posibilidad de contradicción, en sede de instancia, al solo ejercicio del recurso de apelación como vía primaria de impugnación de tal providencia, excluyéndosele, consecuencialmente, las posibilidades procesales de formular alegatos y promover pruebas en el primer grado de jurisdicción –primera instancia- del dicho proceso cautelar.*

2) En un proceso cautelar en el cual se halle en juego la aplicación del especial régimen cautelar previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio, cualquier tribunal que conozca del mismo *–a fortiori* este Supremo Tribunal- está en el ineludible deber jurisdiccional que le impone la Disposición Transitoria Vigésima Tercera de la *Constitución de la República* –"Mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público. O no quede derogado expresa o implícitamente por la Constitución, se mantiene en vigencia el ordenamiento jurídico existente"-, de declarar virtualmente derogada, con eficacia jurídica limitada al caso particular *sub judice*, la muy específica norma inserta en el último aparte del susomencionado artículo 1.099 del *Código de Comercio*, consagratoria del recurso de apelación como única vía jurídico-procesal de contradicción, en sede de instancia, de las providencias cautelares correlativas.

3) *Para integrar el vacío legal configurado por la derogatoria virtual, por inconstitucionalidad sobrevenida, de la disposición inserta en el último aparte del artículo 1.099* del Código de Comercio *venezolano, lo jurídicamente procedente es, atendiendo a la expresa remisión normativa efectuada por el artículo 1.009 ejusdem, utilizar el régimen de contradicción cautelar, constitucionalmente válido, previsto en el Título II del Libro III del vigente* Código de Procedimiento Civil, *en cuanto que la vía procedimental de la oposición allí contemplada –artículo 602 ibidem- es plenamente idónea para controvertir los presupuestos jurídicos de esa especial tutela jurisdiccional cautelar mercantil.*

4) La Sala de Casación Civil, de conformidad con lo dispuesto en el antepenúltimo aparte del artículo 320 del vigente *Código de Procedimiento Civil,* tiene potestad jurídica para casar de oficio la

decisión interlocutoria de última instancia con fuerza de definitiva proferida en un proceso cautelar ex artículo 1.099 del *Código de Comercio, cuando esa decisión de última instancia no hubiese decretado la nulidad procesal y consecuencial reposición por la indebida circunstancia de que en la primera instancia de dicho proceso cautelar no se hubiese tramitado la incidencia prevista en los artículos 601 al 606, ambos inclusive, del indicado* Código de Procedimiento Civil *la requerida nulidad y consecuencial reposición al estado de que se tramite el señalado incidente cautelar de primera instancia [...].*

[...] VII

DOCTRINA DE ESTA SALA DE CASACIÓN CIVIL QUE SE ABANDONA POR LA ADOPTADA EN LA PRESENTE SENTENCIA.

En aras de cumplir con el fin de seguridad jurídica ínsito en el propósito *ius* uniformista que compete a la actividad jurisdiccional encomendada a esta Sala de Casación Civil, se deja expresa constancia de que, en los específicos aspectos en que colidan con la doctrina formulada en la presente sentencia, se abandonan las sentadas por conducto de los fallos igualmente emanados de esta Sala de Casación Civil, que se reseñan a continuación:

1) Sentencia del 3-12-70. G.F. número 70.2ª. etapa. P. 415.
2) Sentencia del 20-3-86 (Sonia Castro Páez contra Emma Marceti Prisco).
3) Sentencia del 21-5-86 (Iroka S.A. contra Proyectos y Construcciones Di Sorbo C.A.).
4) Sentencia del 7-8-86 (Paz Arias de Rodríguez contra Banco Agro-Industrial Venezolano).
5) Sentencia del 7-5-87 (Banco Exterior de España contra Desarrollos Guaicaipuro S.A. y Banco Financiero C.A.)
6) Sentencia del 27-5-87 (Inmobiliaria Club Hípico C.A. contra Comercial Santa Ana de Maracaibo C.A.).
7) Sentencia del 23-10-96 (Inven USA contra Inven S.A.).

Voto salvado.

El Magistrado doctor Aníbal RUEDA disiente del criterio sustentado por la mayoría sentenciadora y salva su voto en los siguientes términos:

1) Observo que en el presente asunto se casa de oficio el fallo. En sentencia de fecha 7 de agosto de 1996, bajo la ponencia de la Magistrado Conjuez doctora Magali PERRETTI DE PARADA se indicó que excepcionalmente se casaría un fallo de oficio, sin examen del escrito de formulación, cuando "resulte innecesario analizar dicho escrito en atención a la nulidad del fallo recurrido por existir subversión del procedimiento".

Por lo que ha debido encuadrarse la decisión de casar de oficio el presente asunto en dicho caso excepcional.

2) Establece la mayoría sentenciadora que:

> El control difuso de la constitucionalidad de las leyes en el artículo 20 del vigente *Código de Procedimiento Civil,* no es aplicable con relación a ilegítimas normas legales preconstitucionales. Pues respecto a éstas ya ha operado el efecto derogatorio expreso en virtud de la susomencionada Disposición Transitoria Vigésima Tercera de la Constitución. Vale decir, las normas legales preconstitucionales infractoras del principio de la jerarquía normativa, por efecto de la derogatoria contemplada en la indicada Disposición Transitoria de la Constitución, ha perdido la condición de "ley vigente", que es uno de los presupuestos fundamentales textualmente previstos en el artículo 20 del *Código de Procedimiento Civil* para el ejercicio del "control difuso de constitucionalidad de las leyes".

Ahora bien, el artículo 20 del *Código de Procedimiento Civil* reza textualmente:

> Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia. (Cursivas de quien disiente).

Declara la mayoría sentenciadora, la "inconstitucionalidad sobrevenida" del artículo 1.099 del Código de Comercio, al contravenir la disposición contenida en el artículo 68 de la Constitución, que consagra al derecho de defensa.

Sin embargo, considera quien disiente del criterio sustentado por la mayoría, que tal declaratoria de inconstitucionalidad de la norma sólo puede ser declarada por la Corte en Pleno, por lo que incurre en una evidente incompetencia la Sala de Casación Civil, al hacer tal afirmación.

Opino que, de considerarse que la norma vigente (artículo 1.099 del *Código de Comercio*), ya que sólo podría dejar de ser ley viva si otra norma posterior la deroga o si la Corte en Pleno declara su inconstitucionalidad, atenta contra la Carta Fundamental, ha debido desaplicarse al caso concreto de conformidad a la previsión contenida en el artículo 20 del *Código de Procedimiento Civil, supra transcrito, y no declararse "virtualmente derogada, con eficacia jurídica limitada al caso particular su judice" de conformidad a la previsión contenida en la Disposición Transitoria Vigésima Tercera de la Constitución de la República.*

En los términos anotados dejo salvado mi voto.

Voto salvado.

El Magistrado Doctor César BUSTAMANTE PULIDO salva su voto de la anterior sentencia por las razones que se consignan a continuación, sin que esto obste para reconocer el enjundioso y valioso estudio en ella contenido:

1) La sentencia zarpa de la premisa de considerar la cautela como un verdadero proceso al cual hay que darle el mismo tratamiento del proceso principal, con iguales grados o instancias de conocimiento y con iguales medios de impugnación. Al ocuparse de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, la doctrina las ha concebido como una acción (Giuseppe CHIOVENDA); como una providencia cautelar (Piero CALAMANDREI). Más recientemente en la doctrina nacional, se ha planteado la insuficiencia de esas tesis introduciéndose la noción de institución procesal autónoma e instrumental.

En efecto, la moderna doctrina procesal concibe la acción, la jurisdicción y el proceso desde una perspectiva abstracta, unitaria y científica que tiene su concreción en la pretensión, la sentencia y el procedimiento respectivamente. En cuanto al proceso, se trata de una noción comprehensiva, en tanto es un todo unitario que se manifiesta en los diversos procedimientos. Este esquema es aplicable a las cautelas como parte del "proceso" y está expresado en un procedimiento cautelar con carácter de instrumentalidad (existe por y para garantizar la ejecución y efectividad del "proceso") y autonomía (en cuanto a que se maneja en cuaderno separado y con sus correspectivos mecanismos técnicos de impugnación).

El legislador adopta las fases procedimentales que considera adecuadas y pertinentes con vista de salvaguardar no sólo la finalidad de la institución,

sino también de todo el proceso. Por ello mismo no es posible hablar de proceso cautelar autónomo, sino más bien de trámites procedimentales autónomos pero siempre con la idea de la instrumentalidad que lo caracteriza. Esta es la razón por la cual el Código de Procedimiento Civil regula en el Libro II el (procedimiento general u ordinario" y en Libro III consagra la institución de las medidas cautelares (las cuales tienen un procedimiento necesario para su concreción en el proceso), pero en modo se afirma en la decisión de la cual se salva el voto.

Por eso a las medidas cautelares no puede aplicársele el mismo tratamiento doctrinario ni jurisprudencial que al proceso principal en virtud del cual existen y se manifiestan.

2) El segundo aspecto tiene que ver con el derecho de defensa. En la decisión se sostiene que resulta manifiestamente viciado de inconstitucionalidad "el régimen normativo de rango legal de un determinado proceso cautelar en el que al justiciable afectado por la providencia cautelar correlativa se le limite su posibilidad de contradicción" y con base en ello más adelante agrega: "sola concesión del recurso de apelación por el último aparte del artículo 1.099 del *Código de Comercio* venezolano al litigante afectado por las providencias cautelares [...], entraña una flagrante violación al contenido esencial del derecho fundamental a la defensa ex único aparte del artículo 68 de la *Constitución* [...]".

El análisis de esa aseveración radicará en la previa determinación del contenido del derecho a la defensa y su relación con lo que el autor español Víctor FIAREN GUILLÉN denomina las garantías procesales superiores; esto es, el derecho a la defensa como aquel "que garantiza a las partes el ejercicio de sus legítimas facultades procesales para cumplir las cargas, aprovechar las posibilidades y realizar las expectativas que el proceso comporta". (MÁRQUEZ ÁÑEZ: Motivos y efectos del recurso de forma en la casación, p. 101). Mientras que la Sala ha determinado que "la indefensión ocurre en el juicio cuando el juez priva o limita a alguna de las partes el libre ejercicio de los medios y recursos que la ley pone a su alcance para hacer valer sus derechos". (Sala de Casación Civil, sentencia número 360 de 8 de agosto de 1995, Milagros Cisneros contra FOGADE).

De esta manera la indefensión es imputable al juez, no a la ley. Y no hay indefensión si el medio o recurso ha sido ejercido. Ha sido pacífica la

provisionales. De ocurrir un cambio o modificación de las circunstancias que dieron origen a la medida cautelar, puede pedirse su revocatoria, lo cual el juez debe verificar a través de una articulación probatoria para decidir si revoca o no la medida en cuestión.

4) La sentencia que precede da por sentada la derogatoria virtual del artículo 1.099 del *Código de Comercio* de 1955 por efecto de la Disposición Transitoria Vigésima Tercera de la Constitución de 1961. Sobre el tema de la derogatoria implícita no se consigue criterio unívoco entre los constitucionalistas ni en el derecho comparado. Mucho se debate si aún tal derogatoria exige un pronunciamiento expreso por los órganos del *Estado competente para ello. Por eso hay que hacer reserva o cuando menos poner en duda, que la Sala de Casación Civil al conocer de un recurso de casación pueda declarar derogada tal disposición.*

Con esto queda razonado el voto salvado. Fecha *ut supra.*

[Sentencia de la Sala de Casación Civil del 31 de julio de 1997, con ponencia del Magistrado Conjuez doctor Andrés O. MÉNDEZ CARBALLO, en el juicio de Electrospace, C.A. contra Banco del Orinoco, S.A.C.A., en el expediente número 96-327,sentencia número 205.] (Omisis)