

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

IMPERATIVIDAD DEL DECRETO DE LA MEDIDA DE EMBARGO
PROVISIONAL EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL POR INTIMACIÓN

Trabajo Especial de Grado para
optar al Grado de Especialista, en
Derecho Procesal.

Autor: José J. Toro S.

Asesor: Paolo Longo F.

Barinas, febrero de 2005

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**IMPERATIVIDAD DEL DECRETO DE LA MEDIDA DE EMBARGO
PROVISIONAL EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL POR INTIMACIÓN**

Autor: José J. Toro S

Tutor: Paolo Longo F

Fecha: febrero de 2005

RESUMEN

El propósito del presente estudio es la imperatividad del decreto de la medida de embargo provisional en el procedimiento especial por intimación, en virtud de ello, la imperatividad a la que queda obligado el juez, una vez cumplido los requisitos de precedencia para acordar la medida de embargo en los procedimientos por intimación se justifica y es de vital importancia dentro del proceso. Por lo que se abordó en el presente estudio la Introducción a las medidas cautelares, el procedimiento especial por intimación, la medida preventiva de embargo y la imperatividad del decreto de la medida de embargo provisional. Para lograr alcanzar las metas se utilizó metodológicamente una investigación teórica a nivel descriptivo, a través de la revisión de textos legales, jurisprudencias y obtener un análisis de contenido y comparativo de esta investigación documental que permite concluir que el juicio monitorio, es una medida que se decreta conforme a la máxima prevista en el artículo 646 del Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando la demanda este fundada en instrumento público o privado, reconocido o tenido legalmente por reconocido, siendo estas las pruebas sumaria exigida para obtener el decreto de la medida cautelar. Cumplidos estos extremos, debe el juez imperativamente acordar dicha medida, ya que la finalidad de éstas es evitar la insolvencia del obligado y garantizar que la decisión judicial sea efectivamente ejecutada y con ello la obtención de la tutela judicial efectiva como fin del Estado.

Descriptores: Embargo, Imperatividad, Medidas cautelares, Procedimiento especial, Requisitos.

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

CONSTANCIA DE APROBACION DEL ASESOR

Por medio de la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado José J. Toro S, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: IMPERATIVIDAD DEL DECRETO DE LA MEDIDA DE EMBARGO PROVISIONAL EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL POR INTIMACIÓN; y que certifico que el trabajo reúne los requisitos y meritos suficientes para ser sometido a evaluación.

En la Ciudad de Caracas, a los Quince días del mes de febrero de 2.005.

Paolo Longo Falsetta
C.I

Índice

	Pág.
RESUMEN	v
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	4
INTRODUCCIÓN A LAS MEDIDAS PREVENTIVAS	4
A. Antecedentes Históricos de las Medidas Preventivas	4
B. Naturaleza Jurídica de las Medidas Preventivas	6
C. Clasificación de la Medida según su Efecto	11
CAPITULO II	20
PROCEDIMIENTO ESPECIAL POR INTIMACIÓN	20
A. Procedimiento Especial por Intimación	20
B. Características del Procedimiento Especial por Intimación	26
C. Citación en el Juicio Monitorio	30
D. La Citación Tacita en el Juicio Monitorio	
CAPITULO III	34
MEDIDAS PREVENTIVA DE EMBARGO	34
A. Pendete Lite.	39

B. Terminus a Quo	42
C. Características del Embargo Preventivo	45
D. Diferencia entre el Embargo Preventivo y Ejecutivo según el Código de Procedimiento Civil de 1.987	52
CAPITULO IV	55
IMPERATIVIDAD DEL DECRETO DE LA MEDIDA DE EMBARGO PROVISIONAL	55
A. Viabilidad de las Medidas	57
B. Recursos Contra el Auto que Decreta las Medidas	59
C. Recurso Contra el Auto que Niega Acordar la Medida	61
D. La Oposición al Decreto no Deja sin Efecto las Medidas	64
CONCLUSIÓN	67
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	69

INTRODUCCIÓN

La investigación que se presenta, tiene por objeto determinar la imperatividad o no del juez para decretar de manera inmediata la medida provisional de embargo, una vez lo solicite la parte y encontrándose lleno lo extremos exigidos en los artículo 640 y 646 del Código de Procedimiento Civil, en el procedimiento especial por Intimación, la cual esta dirigida a conocer los antecedentes, características, naturaleza jurídica y clasificación de las medidas cautelares; así como también el desarrollo de este Procedimiento; de igual forma se explica la medida provisional de embargo y sus variantes y finalmente la imperatividad que posee el juez para decretar la medida de embargo provisional.

En virtud de ello, la imperatividad a la que queda obligado el Juez, una vez cumplido los requisitos de precedencia para acordar la medida de embargo en los procedimientos por intimación se justifica y es de vital importancia dentro del proceso, por cuanto va dirigida a evitar la ilosoriedad del fallo, por ello la urgencia de que sea acordada en su oportunidad, ya que de lo contrario puede ocasionar consecuencia irreversibles y no lograr con ello la efectividad y ejecutoriedad de la decisión, por ello, la necesidad de

abordar su estudio y alcanzar un criterio mas o menos uniforme que justifique la razón de esa imperatividad.

Por las consideraciones anteriores, se enfocó la presente investigación en un estudio monográfico a nivel descriptivo, con el propósito de ampliar y profundizar los distintos criterios sobre el tema, con apoyo en fuentes bibliográficas, doctrinarias y jurisprudenciales; usando a su vez la técnica de análisis de contenido y análisis comparativos, que permitió lograr los objetivos planteados.

El presente informe fue estructurado en cuatro capítulos a saber: a) Introducción a las Medidas Preventivas. b) Procedimiento Especial por Intimación. c) La Medida Preventiva de Embargo. d) La Imperatividad del Juez para dictar la medida provisional de embargo.

En este orden de ideas, se puede precisar que el procedimiento por intimación conforma un esquema formal especialísimo en la legislación procesal venezolana, y sus características de celeridad y perentoriedad lo invisten de una expectativa ejecutoria cierta, ya que nace de esa presunción de certeza que el legislador le ha atribuido al título instrumental que soporta la acción; el cual tiene su justificación en nuestra legislación en la necesidad de encontrar una ruta hacia una administración de justicia mas expedita y

cónsona con los principios procesales de economía y celeridad que rigen nuestro derecho, por ello la imperiosa necesidad que se decrete en estos procedimiento intimatorios las medidas preventivas de embargo, una vez sea solicitadas por la parte y se cumplan los extremos requeridos para ello, sin que el Juez pueda negarla, ya que las misma procuran en este procedimiento especial, evitar que las sentencias se hagan ilusorias y cumplan con su finalidad y naturaleza que no es otra que garantizar la tutela judicial efectiva y su fin último la justicia.

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN A LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS.

El primer código venezolano en materia procesal que hemos venido comentando es el código Arandino de 1.836, denominado así en honor a su autor Francisco Aranda y que tomo como modelo en la materia de las medidas preventivas las famosas tablas de Alfonso el sabio y quizás también algunas consideraciones habidas en la Ley 66 de Toro del Derecho Español.

En nuestro primer código no aparece perfilado en forma individual el concepto y figura del embargo, sino que aparece confundido con la medida de secuestro, algunas de las consideraciones que aparecen en dicho código podríamos decir que son las medidas de embargo, pero la ausencia del perfil propio del embargo en dicho código no lleva el simple mundo de las conjeturas.

En la Ley de Seguro y Arraigo de 1.853 y así como en los códigos siguientes de 1.873 y 1.880 se mantiene la confusión del código Arandino entre las medidas de secuestro y arraigo sin que aparezcan delimitados como entes independientes.

En el código de 1.897 se separa el secuestro del embargo, a este último se le denomina arraigo y se encuentra contenido en el título tercero, sección tercera, artículos 372 al 374 del libro segundo del código de procedimiento civil.

El código de 1.904, mantiene el criterio de copiar casi textualmente las normas de este código; sólo en el código de 1.916 se individualiza la figura del embargo.

Por su parte Chiovenda (1.954:260) denomino la materia cautelar bajo la terminología de acción cautelar. En este sentido, la cautela se convierte en una acción dirigida a obtener una providencia jurisdiccional, por ello se sostiene que es pura acción distinta del derecho garantizado y fundamenta esta afirmación en que existe en el caso de la materia cautelar un derecho actual, aun cuando todavía no se sabe con certeza la existencia del derecho debatido en el fondo.

De igual forma, Chiovenda (1.954) señalo:

Que en el código de procedimiento civil italiano en su artículo 389 y el real decreto del 31 de agosto de 1.901, se refiere a estas medidas como providencias conservatorias o internas, en cambio, la doctrinas han tratado de estudiarlas formando una categoría sistemática, bien bajo el perfil de la acción, que se dirige a la emanación de una de estas providencias, bien bajo el perfil del proceso cautelar a través del cual se construye una de estas providencias, o bien, bajo el perfil de

providencia en si misma que se distingue por sus propios caracteres de las otras providencias jurisdiccionales. (p.33)

Carnelutti (1.942:192) establece que la acción cautelar se contrapone a la acción definitiva, lo mismo que el proceso cautelar al proceso definitivo, y al efecto señala que a propósito de la acción cautelar jurisdiccional ha de observarse que como la acción jurisdiccional en general no es el poder obtener una decisión desfavorable, sino solo de obtener una decisión, del mismo modo esta acción cuando es cautelar no consiste en un poder de obtener la medida cautelar, sino sólo una decisión en vía cautelar, la obligación del juez en vía cautelar como en la definitiva, no es dar la razón a quien la pide, sino a quien la tiene, por lo tanto el derecho de la parte frente a él se limita a la exigencia de aquella actividad en que consiste el ejercicio de la potestad jurisdiccional cautelar y este derecho le corresponde tanto al autor como al demandado.

B. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIDA PREVENTIVA

Las providencias cautelares se diferencian de la acción definitiva en la permanencia de sus efectos, pues éstos son provisionales y depende la medida en su existencia de un acto jurídico posterior, al servicio del cual se dicta.

Para Calamandrei (1.945;33) en su obra introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, el cual hoy por hoy es la sistematización más completa y más profunda sobre la materia, va analizando sucesivamente los distintos criterios en base a los cuales pudiera lograrse un aislamiento y una definición de las providencias cautelares de las otras decisiones numerosas y variadas que dicta el juez a lo largo del proceso.

En el aspecto subjetivo de este criterio, no existe una función cautelar confiada a órganos especiales que permita derivar su naturaleza jurídica del sujeto, ni tampoco en el criterio formal porque no hay una forma peculiar en ellas por la cual se le pueda distinguir exteriormente de las otras providencias del juez: la forma de la sentencia que decreta un secuestro es igual a cualquier otra sentencia.

Las medidas cautelares no se les puede negar una peculiar fisonomía procesal, que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categoría por si misma, determinables a base de criterios que no las transforman de procesales en materiales. Su definición ha de buscarse más que sobre la base de un criterio ontológico, en un criterio teleológico, no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de una providencia principal) al que sus efectos están

preordenados. Para Calamndrei citado por Henríquez (1.988:38) menciona que la característica procesal de las providencias cautelares es su instrumentalidad.

Esta instrumentalidad en el sentido que ellas no son nunca fines en si mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas, instrumentalidad también en el sentido de ayuda y auxilio a la providencia principal, al igual si se permite el símil, que los servidores de un viajero antiguo preparan el lugar en la próxima venta a espera de la llegada de su señor, para hacer mas fácil su camino. La providencia instrumento interviene el asunto, a la espera que definitivamente lo intervenga la providencia subsecuente.

La instrumentalidad es hipotética porque sólo existe en la hipótesis que el contenido de la providencia principal sea a favor del que ampara la medida cautelar, para Henríquez (1.988:39) es hipotética también en la hipótesis que se dé el juicio principal futuro. En este caso podemos decir que la instrumentalidad es genérica y eventual.

Después de las consideraciones anteriores, los autores hispanos han hallado vocablos subsidiariedad, adjetividad, vicariedad, que al igual que el término instrumentalidad, significa aproximadamente su esencia o criterio diferenciador. (Henríquez, 1.988;39).

Como ya se ha aclarado, son tres los elementos que conforman la definición de la providencia cautelar: primero, anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido, el fallo definitivo de interdicción repite los efectos sustituyéndolas del decreto provisional de interdicción; segundo, satisface la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia y tercero, sus efectos están preordenados y atendidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente.

Resulta oportuno resaltar lo comentado por Grancko (1.989), que el proceso por intimación tiene una naturaleza jurídica que le es propia y lo diferencia de los demás procesos de su genero o del ordinario, en razón que éste se emplea para que se hagan declaraciones y condenas sobre derechos controvertidos, en tantos que el monitorio pretende hacer efectivo un derecho cierto y determinado con virtualidad coercitiva, debiendo por tanto el juez examinar si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 640 del código de procedimiento civil, que dan viabilidad a la demanda. (p.98)

En ese mismo sentido, no le es permitido al juez apreciar a priori la prueba escrita acompañada con la demanda para determinar que ese medio emana del intimado; toda vez que éste tiene la oportunidad de impugnarlo en

el acto de la contestación a la demanda, siempre y cuando haya habido oposición.

De ahí, que si el instrumento es privado a la parte a quien se le opone, deberá si lo estima prudente desconocerlo en el sentido de que el mismo no emana de él o tacharlo de falso, según las reglas previstas en la ley material. De suerte que, con sobrada razón la doctrina apunta, que el procedimiento por intimación, es un instrumento esencialmente reservado para hacer valer derechos de créditos. Se observa claramente, que no todos los derechos de créditos pueden ser objeto del procedimiento por intimación, sino solo alguna categoría de ellos. (Corsi 1.988:94)

Con referencia a lo anterior, hay quienes opinan que el carácter motivado del decreto, estriba en la declaración formal razonadas de las causas que soportan la emisión del decreto, tocante a la pretensión deducida y a las pruebas producidas por el demandante. (Pérez 1.995 : 101)

Según se ha citado, para otros autores la motivaciones consiste en la sucinta exposición de los razonamientos por los cuales el juez considera que la relación a los hechos constitutivos del derecho a la prestación resultante de la prueba escrita por él valorada o bien no desestimación o bien ha llegado a ella. Así se considera que los jueces no tienen por que valorar a

priori la prueba escrita como base fundamental del derecho de crédito reclamado, ya que valorar la prueba según los estudiosos del derecho probatorio, es el momento solemne del proceso, para llegar a la sentencia, para construir esta definitivamente. (Corsi 1.988:101)

Al presentarse la demanda ante el secretario del tribunal a los efectos de su admisibilidad, pues no ha llegado a la fase de la valoración para estimarla o desestimarla. De ahí, que solo le corresponde al juez determinar si ese instrumento acompañado como fundamental del crédito del cual se persigue el pago a través del juicio monitorio, reúne los requisitos previstos en el artículo 640 del código de procedimiento civil. Por tanto, se puede concluir que la motivación del decreto intimatorio debe partir con base de presunciones.

C. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS SEGÚN SUS EFECTOS

1.- PRELIMINARES

Las disposiciones que toma el juez, con la finalidad de precaver un daño, (litigioso o no), asegurar una situación jurídica determinada o simplemente asegurar la ejecución de una sentencia puede englobarse en la denominación de medidas, pero una precisión debe llevarnos a discrepar

sobre las medidas preventivas o cautelares, de las demás medidas que no están predeterminada a la ejecución de la sentencia definitiva, sino a la tutela de un derecho tal como ocurre en el artículo 58 del código de procedimiento civil.

Así mismo, están las medidas preventivas y ejecutivas, pues en ambos casos son medidas sólo que las primeras son cautelares y las otras son definitivas.

Para Rafael Ortiz (1.997), cuando hace referencia a la clasificación de las medidas en cuanto generó según sus efectos y tratar de dilucidar una confusión muy frecuente en nuestra doctrina y se refiere a una clasificación de las medidas precisamente por los efectos que produce, según esto, se puede demostrar que no todas las medidas innovativas o de conservación son medidas cautelares, así como las medidas ejecutivas o definitivas no son. (p.100)

Para entender un poco el párrafo anterior podemos ilustrar a el embargo que es una institución por esencia cautelar y provisorio, pero puede ser utilizado como definitivo o ejecutivo y en este caso la desposesión jurídica de un bien ya no será de carácter provisorio sino precisamente definitivo en ejecución de una sentencia de condena definitivamente firme. Esto nos hace

pensar que el embargo en aquellos casos en que tiende a la ejecución de un fallo es de carácter definitivo y no una medida cautelar.

2.- MEDIDAS PREVENTIVAS Y EJECUTIVAS

El proceso definitivo será eficaz cuando se cumpla dos condiciones: Primero que el órgano pueda disponer de los medios necesarios (prueba y bienes) para llegar a la verdad de lo sometido a su conocimiento en forma de controversia o de una contención, segundo disponer de los medios necesarios para la ejecución forzosa de lo decidido o para evitar que la sentencia llegue demasiado tarde.

En relación con este último, cuando se llega a una sentencia definitivamente firme contra la cual no opere ningún recurso debe procederse a la ejecución voluntaria de esa sentencia y en caso de renuencia por parte del obligado, la ley dispone de una serie de medidas que tienden al cumplimiento forzoso del contenido de la obligación previamente declarada. Es aquí donde entra a funcionar la noción de medidas definitivas o ejecutivas las cuales pueden concebirse, como los medios procesales del que puede disponer el juez en orden a la ejecución forzada de una sentencia definitivamente firme y tiende inmediatamente al cumplimiento de la finalidad del proceso definitivo.

3.- MEDIDAS INNOVATIVAS Y DE CONSERVACION

Las medidas innovativas se impone la transformación de un estado de hecho, en cambio en las medidas conservatorias consiste en una prohibición, pero Carnelutti (1.942:100) dice que es una clasificación con base a un criterio bastante incierto ya que el embargo puede funcionar desde un punto de vista como una prohibición, pero también una imposición cuando se tiene que realizar un traslado de los bienes embargados.

Por otra parte, el Dr. Zoppi (1.988:15) ha pretendido encontrar la naturaleza de las medidas innominadas en esta categoría de medidas innovativas, con base a un criterio que ya la había plasmado Carnelutti y tomado por Podetti, el cual consiste en distinguir medidas para asegurar el futuro fallo tales como secuestro, embargo o prohibición y medidas para evitar daños o de seguridad.

Es así, como el Dr. Zoppi (1.988:64) señala:

El nuevo tipo de providencias cautelares, es conocido en la doctrina como medida cautelar innovativa y que no afecta la libre disponibilidad de bienes como sucede con el embargo, el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar y estas son llamadas medidas cautelares, conservativas para distinguirla de la innovativas prevista en el artículo 588.

4.- MEDIDACAUTELAR INSTRUMENTAL Y MEDIDA CAUTELAR FINAL.

El proceso cautelar instrumental es el que tiende a garantizar las medidas del proceso definitivo, mientras que el proceso cautelar es aquel que sirve para garantizar la utilidad práctica del proceso definitivo.

Ante la situación planteada, según Carnelutti (1.942:64) el proceso cautelar previsto en el artículo 163 del código de comercio Italiano, tiende a impedir que la declaración eventual del juez de la nulidad de una liberación de la junta de accionista no pueda actuarse por la fuerza del hecho consumado, puede ser también un proceso de urgencia (Provvedimenti D`urgenza), contemplado en el artículo 700 del código de procedimiento Italiano dirigido a la condena provisional en materia de alimento, que sólo tiende a evitar que la condena definitiva llegue demasiado tarde.

5.- MEDIDAS ADMINISTRATIVAS.

En este propósito la función que se persigue es evitar y al mismo tiempo, proteger a los particulares de los abusos por parte del Estado a través de los funcionarios y de los propios particulares, tiene como fin último la legitimidad del estado.

Es así, como la misión es de garantizar la plena vigencia del ordenamiento jurídico y del estado de derecho no es en modo alguno, exclusivo de los órganos jurisdiccionales sino que le compete a todos los órganos del poder público, así lo establece nuestra constitución.

De este modo, los órganos de la función jurisdiccional como los órganos de la función de administración (ejecutivo) y legislativo tienen la posibilidad y las atribuciones necesarias para hacer cumplir el Estado el derecho. Es en ese marco conceptual donde se inserta la institución de medidas administrativas.

Las medidas de prevención que puede tomar los órganos administrativos tienen la naturaleza de verdaderos actos administrativos y en modo alguno medidas preventivas o cautelares que forman parte de la típica función jurisdiccional.

Para Grabiél Ruan citado por el Dr. Rafael Ortiz (2.002) menciona que le dinamismo de la vida contemporánea ha roto con los moldes de la nominatividad y de la tipicidad administrativas y ha constreñido al legislador a atribuir poderes a la administración de dictar actos o medidas innominadas y atípicas, con el objeto de habilitar a los órganos ejecutivos de la ley para

afrontar situaciones diversas de difícil predeterminación o anticipación exacta o tan siquiera aproximada.(p.105)

De esta forma la ley deja a la administración una libertad de acción que no tiene paralelo en el campo de la justicia. Mientras que el juez juzga de acuerdo con la ley, el funcionario administrativo extrae la mayor parte de su actividad en parte de la ley y en parte también de la experiencia y juicios propios.

En Venezuela existe muchas situaciones en las cuales el funcionario, atendiendo a las especiales circunstancias del caso, y con base en una norma que le atribuye la competencia desde el punto de vista formal, puede intervenir en la esfera jurídica de los administrativos, entre otros.

6.- MEDIDAS PROVISIONALES SOBRE PERSONAS

Cuando las medidas recaen sobre personas es muy complejo por los innumerables supuestos que implican. En algunos casos se trata de medidas de tutelar de derechos mientras que en otros, funcionan sólo como medidas provisionales de seguridad; en el campo cautelar tal vez la medida que más se asemeje sea el arraigo, el cual podría asimilarse a las medidas cautelares.

La naturaleza cautelar contenida en el código de procedimiento civil en su artículo 58, se debe precisar el uso que debe dársele a la palabra cautelar si lo cautelar está dirigido a acentuar el carácter preventivo o asegurativo de una medida, es indudable que la mencionada disposición goza de este carácter. En cambio si la noción de cautelar quiere significar verdaderas medidas cautelares debemos argumentar en contrario.

De esta manera, la disposición del artículo 58 del código de procedimiento civil no puede concebirse como medida cautelar por cuanto su dictamen no está destinado a asegurar el cumplimiento de una sentencia, sino a precaver la seguridad de las personas.

Ante la situación planteada, la verdadera naturaleza de estas medidas asegurativas deviene de la función tutelar de derechos, que tiene atribuido el juez, pero en modo alguno como medida cautelar. Esto permite rechazar la opinión de que pueda aplicarse también en las cosas pues disposiciones de este tipo puede afectar el derecho constitucional a la propiedad y tendría serios visos de inconstitucionalidad pues en estos casos no se prevé un contradictorio.(Ortiz, R. 1.999:112)

Para concluir con el presente capítulo se puede apreciar de lo expuesto, como ha adquirido relevancia y jerarquía en la evolución del derecho, las

medidas preventivas, ya que en la controversia judicial se conduce a una decisión que no es mas que la concreción del legítimo derecho de la única verdad que existe y ese litigio genera un triunfador que ha demostrado su razón legal en la discusión de los derechos u obligaciones ventilados, al cual debe garantizársele la satisfacción de su derecho y la ejecución de esa decisión, siendo este el punto de honor de las medidas preventivas donde cumplen su finalidad y naturaleza, que es evitar que las sentencias se hagan ilusorias, e impedir cualquier circunstancia que pudiera alterar la situación precedente y anticipar provisionalmente la realización de la justicia, permitiendo que se ejecuten efectivamente las decisiones judiciales.

CAPITULO II

PROCEDIMIENTO ESPECIAL POR INTIMACIÓN

A. PROCEDIMIENTO ESEPCIAL POR INTIMACIÓN

El procedimiento por intimación es uno de los seis Juicios ejecutivos, contenidos en el título II, parte primera, libro cuarto, parte dedicada a los que aun siguen denominándose procedimientos especial contenciosos. Se trata realmente del único procedimiento ejecutivo, que es verdaderamente novedoso en el elenco de los fundados en títulos o documentos, pues otros cuatros (vía ejecutiva, ejecución de hipoteca, juicio de cuentas y ejecución de créditos fiscales) son juicios que existían en el código derogado y el de ejecución de prenda, si bien, no figuraba antes, es similar al que establece el código de comercio para los casos de prenda mercantil. Este juicio es pues de extraordinaria importancia por no haber precedentes en nuestra doctrinas y jurisprudencia.

En cuanto al procedimiento por intimación, los proyectistas del nuevo código de procedimiento civil, señalan que éste cuenta con una larga tradición en Alemania y Austria y más recientemente en Italia desde 1.942 y trata de lograr fundamentalmente en forma rápida, la creación de título

ejecutivo, por el sistema de inversión de la carga del contradictorio, el cual queda ahora a iniciativa del demandado. (Balzán J. 1.990:96)

Anteriormente era práctica común en nuestros tribunales que una gran cantidad de demandas que se introducen, son casi siempre contestadas con la contumacia o rebeldía del demandado, o lo que es lo mismo incurriendo en la denominación de la figura de la confesión ficta y que obligan al actor a una inútil pérdida de tiempo, gastos y mucho papeleo.

Esto ocurre obviamente en aquellos juicios basados en documentos públicos o privados y en particular, en letras de cambio, respecto de los cuales el demandado no tienen una razón seria que hacer valer y que sin embargo tienen que seguir, toda la larga marcha del proceso ordinario, lento y dispendioso, hacia la tendencia definitiva que crea el título ejecutivo. Los archivos judiciales se encuentran llenos de estos procesos.

Ante la situación planteada, De Sola (1.986: 94) hizo referencia que mientras en el modelo del juicio ordinario, el demandante tiene en todo caso la iniciativa del contradictorio, en el entendido de que es quien debe impulsar el proceso, mediante la citación del demandado para la contestación de la demanda, en el nuevo procedimiento, el contradictorio resulta eventual y

tendrá vigencia en tanto el demandado expresamente la provoque, aduciendo su oposición y haciendo pasar así el asunto al juicio ordinario.

Es así, que en el nuevo código de procedimiento civil, permite que intimado el pago al demandado, a falta de oposición formal de este, adquiera el decreto de intimación fuerza ejecutiva con autoridad de cosa juzgada, procediéndose sin más a la ejecución.

Tal como se ha visto, si el intimado tiene alguna razón seria y fundada que hacer valer, propone su oposición al decreto de intimación y el asunto continua por los tramites del juicio ordinario, abriéndose en ese momento la verdadera contención, con la contestación de la demanda y es por ello que decíamos que la fase contradictoria del proceso resulta eventual y tendrá vigencia en tanto el demandado la provoque aduciendo su oposición y haciendo pasar así el asunto a juicio ordinario, pero de no mediar oposición del demandado al decreto de intimación éste adquiere fuerza ejecutiva con autoridad de cosa juzgada, procediéndose sin más a la ejecución.

De esta manera los proyectistas en la exposición de motivos se expresan de la siguiente manera:

Este solo aspecto del nuevo procedimiento permite comprender la gran utilidad que tendrá en la práctica judicial y sus favorables repercusiones en el campo de la

política procesal en cuanto permite desembarazar a los tribunales de numerosas causas que ordinariamente llenan los archivos y ocupan la atención del magistrado, sin que en ellas existan verdadera contención, pues se desarrollan en su totalidad en ausencia del demandado por contumacia de éste. Es así, como su estructura y funcionamiento no encontrará resistencias en los círculos profesionales. Sin embargo, se ha trabajado en la medida necesaria, para que la nueva regulación acoja en lo posible las formas y prácticas legales vigentes que resultan conciliables con la nueva regulación del procedimiento de intimación, a fin de hacerlo lo menos extraño en nuestra vida judicial, cuidando incluso que las expresiones verbales y los conceptos aplicables al nuevo procedimiento se acerquen cada vez más al tradicional modo de expresarse nuestra ley vigente.

De esta manera, no podemos dejar de reconocer que la paternidad ilegítima del juicio por intimación en el derecho venezolano, se la podemos atribuir a las legislaciones que regulan el juicio monitorio y en especial a la Italiana. Tal clasificación de ilegitimidad, obedece a que en Venezuela, no se ha creado un pensamiento jurídico original todavía, hoy en día continuamos siendo tributario de los ordenamientos jurídicos europeos, especialmente del francés, italiano y español, ordenamientos éstos que a su vez, a través del derecho común, encuentran su fuente original en el derecho romano. (Pesci M. 1.981:36)

Para Pereira (1.996:208) sostiene que no debemos olvidar que los países latinoamericanos son depositarios del acervo cultural romano, por lo que el estudio del derecho romano reviste innegable interés para toda la región, por

ser la viva imagen del derecho clásico, por constituir el sistema legal más completo de la historia de la humanidad, por contener principios definitivos de carácter doctrinario y de la técnica del derecho actual Latinoamérica.

El derecho romano es una materia que contiene principios y reglas precisas metódicamente expuestas que en definitiva, constituye una verdadera enciclopedia jurídica, que comprende todos los antecedentes de las instituciones jurídicas contemporáneas. En el se encuentran las ideas de justicia, de equidad, de humanidad que ensanchadas en su aplicación y precisadas, han penetrado profundamente en el alma de los pueblos.

En este orden de ideas, si el derecho romano común tuvo su recepción para los países latinoamericanos, con más razón es fuente del derecho italiano, donde nuestro legislador, adoptó como modelo el juicio monitorio documental. De allí, es evidente que el capítulo que regula el procedimiento por intimación, representa lo característico del código de procedimiento civil Italiano, pero con ciertas diferenciación en el procedimiento que cambia el desarrollo del derecho venezolano.

En efecto, en el derecho italiano, si el decreto no ha sido declarado provisionalmente ejecutivo, la oposición le quita la eficacia de ejecutivo; Carnelutti (1.973:202), tanto que en el nuestro el decreto pierde su eficacia

cuando haya habido oposición en la oportunidad que la misma ley establece, pues es un lapso preclusivo. En Italia, el procedimiento de posición, se desarrolla según las normas de procedimientos ordinarios ante el juez al que se acudido, entre nosotros la oposición deja sin efecto el decreto y se pasa a la fase del juicio ordinario, mediante la contestación de la demanda.

Este procedimiento permite al demandante obtener coercitivamente el cumplimiento de las obligaciones liquidas y exigibles o la entrega de cantidad cierta o de cosa fungibles o de una cosa mueble determinado. En el evento que se contempla, por exigencia de la ley para la viabilidad de la pretensión, el demandante debe acompañar el instrumento donde se refleja la obligación escogida por el proceso de ejecución instantánea, esto es, los documentos que constituyan plena prueba contra el intimado.

Señala Carrasquero (1.999:13) que son pruebas suficientes, las que señala el artículo 644 del código de procedimiento civil, es decir, los instrumentos públicos, los instrumentos privados, las cartas, misivas, admisibles según el código civil, las facturas aceptadas, las letras de cambio, los pagarés, cheques y cualquier otro instrumento negociable. De manera que esos documentos determinan conforme al postulado legal, mérito ejecutivo, para proceder coactivamente en virtud del juicio monitorio.

B. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL POR INTIMACIÓN

Es así, como Balzan J. (1.990:97) hace referencia que se inicia la nueva regulación con el artículo 640 del código de procedimiento civil la cual preceptúa lo siguiente:

Quando la pretensión del demandante persiga el pago de una suma líquida y exigible de dinero o la entrega de cantidad cierta de cosas fungibles o de una cosa mueble determinada, el juez, a solicitud del demandante, decretará la intimación del deudor, para que pague o entregue la cosa dentro de diez días apercibiéndole de ejecución. El demandante podrá optar entre el procedimiento ordinario y el presente procedimiento, pero éste no será aplicable cuando el deudor no esté presente en la república y no haya dejado apoderado a quien pueda intimarse, o si el apoderado que hubiere dejado se negare a representarlo.

De la norma que precede podemos tomar las características del nuevo procedimiento por intimación:

- 1) Sólo es aplicable cuando el derecho subjetivo sustancial que se hace valer con la acción, en un derecho de crédito, esto es, la falta de exigir de una persona una determinada prestación: por lo cual el procedimiento de intimación sólo es aplicable a las solas acciones de condena y no a las llamadas mero declarativas ni constitutivas en el sentido que modernamente da la doctrina a estas expresiones.

- 2) El derecho de crédito debe ser líquido y exigible, es decir, el crédito debe estar determinado en su monto exacto y no estar diferido su pago por ningún término, ni condición, ni sujeto a otras limitaciones.
- 3) Puede aplicarse también para exigir la entrega de cantidad ciertas de cosas fungibles, entendiéndose este concepto de fungibilidad en el sentido escrito, técnico de una cantidad de cosas de la misma especie, las cuales pueden en los pagos ocupar las unas el lugar de las otras. Es necesario que las cosas sean por su naturaleza de aquellas que en el tráfico de los negocios están comúnmente consideradas como sustituibles en los pagos en general.
- 4) También se aplica este procedimiento de intimación, cuando se persigue la entrega de una cosa mueble determinada, quedando excluidos los inmuebles.

De esta manera no precisa la disposición del artículo 640 del código de procedimiento civil, los requisitos de certeza y exigibilidad que deben ocurrir cuando la obligación no fuese en dinero, sino que consista en la entrega de cosas fungibles o bienes muebles.

También es de señalar, la importancia fundamental, en que el señalado artículo 640 del código de procedimiento civil, determina que no es aplicable este procedimiento para la persona del deudor no presente en la república,

razón por la cual la simple omisión del demandante en el libelo en cuanto a indicar que el demandado no está en el país, comporta que el juez no pueda negarse a dar curso a la demanda, pero es evidente que en tal supuesto, vale decir, demostrado que el demandado estaba fuera del país para la fecha de la introducción de la demanda en su contra, para que pueda demandar con éxito la invalidación del juicio, dada la amplitud del numeral 1º del artículo 328 sustitutivo del ordinal 1 del artículo 729 del código de procedimiento civil derogado.

Asimismo, el demandado también podrá efectuar alegatos en el curso del juicio antes de hacerse la declaratoria que contemplan los párrafos finales que los artículos 647 y 651 del código de procedimiento civil, dando lugar a la nulidad de todo lo actuado y al consiguiente archivo del expediente, mediante la prueba de la no presencia, a tal efecto el magistrado de la extinta corte suprema de justicia hoy tribunal supremo de justicia Dr. Pedro Alid Zoopi, que la eventualidad debe ser precisamente para la fecha de introducida la demanda y no con anterioridad o posterioridad, manifestando asimismo, parecerle, equivocada la idea de “no presente en la república”, pues ésta puede ser temporal, transitoria o provisional (un viaje de negocios, de placer, de estudios, etc).

Por su parte, el Dr. Rene de Sola presidente de la extinta corte suprema de justicia y magistrado de la sala político administrativa, citado por Balzan (1.990), expresa que dada la naturaleza sumaria del procedimiento, es conveniente que se la haya declarado inaplicable cuando el deudor no éste presente en la república y no haya dejado apoderado a quien puede intimarse, o si el apoderado que hubiere dejado, de negarse a representarlo, pero que siendo un requisito de inadmisibilidad de la demanda, en su concepto, al cual me adhiero, debiera exigirse al actor una afirmación categórica sobre el particular y si el juez tuviere alguna sospecha acerca de la falsedad de la misma, podría exigir algún elemento probatorio que configure por lo menos una presunción aceptable, ya que como bien lo expresa, constituye un requisito de admisibilidad de la demanda el que el deudor no esté presente en la república.

Los artículos 341 y 643 del nuevo código de procedimiento civil, constituirían, para el magistrado Dr. Rene de Sola, el soporte jurídico para la actuación del juez, toda vez que el primero lo faculta para rechazar la demanda contraria a alguna disposición expresa de la ley, y el segundo en el ordinal 1º establece como casual de inadmisibilidad la falta de alguno de los requisitos exigidos por el artículo 640. Además, el artículo 642 del código de procedimiento civil le permite abstener de proveer mientras no se corrija el libelo para que cumpla los requerimientos del artículo 340, entre los cuales

se encuentra implícito el que la demanda no sea contraria a disposición expresa de la ley.

Así, se evidencia del postulado legal previsto en el artículo 640 del código de procedimiento civil, como norma rectora. En tal virtud, enseña la doctrina que el carácter de liquido y la exigibilidad del crédito son requisitos indispensables para el procedimiento o inyuncional. (Corsi, L. 1.988:33)

De esta manera, el artículo 642 del código de procedimiento civil, establece que en la demanda se expresarán los requisitos exigidos en el artículo 340 ejusdem, y si faltare alguno el juez ordenará al demandante la corrección del libelo, absteniéndose entre tanto de proveer sobre lo perdido.

C. CITACIÓN EN EL JUICIO MONITORIO

Es la formalidad necesaria para la validez del juicio la citación del demandado para la contestación a la demanda, así se desprende del postulado legal previsto en el artículo 215 del código de procedimiento civil, en esta clase de procesos la citación del demandado, se practica conforme a la máxima establecida en el artículo 218 ejusdem, por cuanto así lo ordena el artículo 649 del código de procedimiento civil, de esta manera si el alguacil no logra citar al intimado, es procedente la citación mediante carteles.

D. LA CITACIÓN TACITA EN EL JUICIO MONITORIO

En el tribunal supremo de justicia sentó que la intención del legislador de establecer el principio de la citación tacita fue la de omitir el tramite formal de citación, el cual tiene por objeto poner al demandado en conocimiento del juicio o a menos hacer posible que obtenga tal conocimiento cuando de las misma actas del proceso consta, por haber realizado alguna actuación la parte o su apoderado que la accionada está enterada de la demanda contra ella incoada.

A los efectos de estos, el contenido de la orden de comparecencia a contestar la demanda en el juicio ordinario es diferente a la intimación al pago del procedimiento de ejecución de hipoteca y es diverso el efecto de la no comparecencia, la parte o en el caso el apoderado de ella, al actuar en el proceso toma conocimiento del contenido de la demanda y en el caso de la ejecución de hipoteca, de la orden de pago apercibido de ejecución; por ser similar la situación en cuanto a la constancia en el expediente de que la demanda conoce de la demanda incoada. (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Pierre 1.989: 42).

Es evidente entonces, que con la simple comparecencia al acto en la oportunidad correspondiente y oponerse al decreto para reconocer

legítimamente que el demandado se ha opuesto al decreto y que a la postre el juicio monitorio entre en la fase del juicio ordinario cuando el demandado comparezca al acto de contestación a exponer las defensas que considere prudente y la jurisprudencia de instancia tiene sentado que la simple oposición es suficiente para que se contradiga la intimación y se abra el procedimiento al juicio ordinario.

Conforme al postulado parcialmente transcrito, en la demanda por el procedimiento monitorio debe observarse lo que la ley prevé en cualquier otro juicio ordinario, pero con la advertencia de que en este proceso, si falta algún requisito, el juez queda facultado para señalarle al demandante (intimante) la omisión en que incurrió. Sin embargo, es de observar que el auto que ordena la corrección, goza de privilegio de ser apelable libremente; pero nos parece una necesidad que el legislador haya incluido el recurso, puesto que, si se evidencia que el libelo adolece del defecto, pues lo más sensato es que el demandante, lo corrija y a la vez sería inútil interponer la apelación, por cuanto la alzada forzosamente tiene que confirmar la providencia de primer grado.

Finalmente se puede acotar que el legislador cuando incorpora esta institución al código de procedimiento civil de 1987, lo hace en función de disminuir el congestionamiento judicial, la tardanza de infinidad de juicios que

se desarrollan en ausencia total del demandado por la sola iniciativa e impulso del actor y en la necesidad de encontrar una vía hacia una administración mas expedita y cónsona con los principios procesales de economía y celeridad que siempre deben representar el norte de quienes tienen a su cargo la noble y comprometedora misión de juzgar, de allí la importancia y utilidad que representa este procedimiento por intimación.

CAPITULO III

LA MEDIDA PREVENTIVA DE EMBARGO

Para hablar con especificidad sobre medidas cautelares, es necesario abordar las generalidades identificatorias de tales procedimientos, enmarcados dentro del espíritu, propósito y razón de las leyes venezolanas. Las medidas cautelares son denominadas por nuestro código de procedimiento civil, como medidas preventivas.

Para Jiménez (1.980:16) parte que la finalidad de las medidas preventivas son:

- a) Evitar que se burlen las decisiones judiciales.
- b) Evitar la insolventación del obligado.
- c) Garantizar el crédito insoluto al no existir en el proceso civil cárcel por deudas.
- d) El que el triunfador de un litigio lo sea realmente, es decir, no sea burlado en los derechos que obtiene con una decisión judicial.

Al conocerse la actividad procesal que ha sido puesta en funcionamiento para exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones, los requeridos o

demandados si no tuviesen una cortapisa que les impidiera fabricar formulas de auxilio y de escape, tratarían de conseguir su propia insolventación, es decir, un estado económico que presuponga un activo inexistente y un pasivo sobre estimado. A nadie puede obligarse a dar lo que no tiene y a cumplir lo que le es imposible por mucho que a ello esté obligado legalmente. Si no existen bienes con que responder de aquel requerimiento, si no posee los medios suficientes para detectar y salvaguardar los que existan, si las aspiraciones de los acreedores no tienen la protección legal correspondiente, podrían fácilmente los obligados vulnerar los derechos de los acreedores, por ser sólo un derecho abstracto, inejecutable.

La controversia judicial o la dinámica jurisdiccional conduce a una decisión que no es más que la concreción del legitimo derecho de la única verdad legal que existe. De ese litigio ventilado con intereses contrapuestos no existe punto de equilibrio permanente, sino que genera un triunfador en el ente que ha demostrado su razón legal en la discusión de los derechos u obligaciones ventilados, pero no es un vencedor para el honor histórico, sino un ganancioso de lo que ha sido declarado como su derecho y consiguiente obligación de la contraparte y por lo tanto debe garantizársele el premio correspondiente, la satisfacción de su derecho y la ejecución de aquella decisión.

Es de humano, por excepción o por principio, buscar eludir el cumplimiento de obligaciones y corresponde al órgano especial del estado, que es el poder judicial, impedir conductas de ese género o evitar que se generalicen y se abusen de ellas, para ello es necesario la protección de los derechos ciudadanos y por ende la factibilidad de ejecutar las decisiones judiciales. Las medidas cautelares tienen esa finalidad. Ejercida oportunamente y con fundamento logra su propósito.

Las característica esencial de las medidas cautelares que constituye su naturaleza jurídica, existen otros rasgos característicos que contribuyen aún más a su definición y a obtener un concepto nítido y concreto de ellas. La instrumentalidad, de la que se ha hablado, se convierte en el verdadero *quid* lógico de las medidas cautelares, no obstante, la provisoriedad, judicialidad y variabilidad, son propiedades de la medida cautelar que devienen directamente de su relación con la providencia definitiva, consecuencias y manifestaciones lógicas de la instrumentalidad.

Es así como la corte suprema de justicia hoy Tribunal supremo de justicia, estableció que las medidas preventivas constituyen una limitación del derecho de propiedad. Todo lo que tienda a eliminar o suprimir esta limitación es de interpretación amplia, así como de interpretación estricta lo que tienda a acentuar la restricción y menoscabar la garantía de la

propiedad. Las medidas preventivas son de derecho singular y como tales de interpretación restringida y su aplicación no puede alcanzar, por analogía, a caso alguno que no se encuentre expresamente previsto por las disposiciones legales que las sanciona. (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Ramírez & Garay 1985: 85).

Esta nota característica de las medidas cautelares reside ahora fundamentalmente en el poder discrecional del juez, a los fines de la prudente determinación de lo equitativo en cada caso y no en la taxatividad de las permisiones legales, pues, veremos en el código de procedimiento civil ha conferido un poder cautelar general a la autoridad judicial atendido a su libre arbitrio.

El carácter discrecional de las medidas cautelares, esta implícita en el párrafo primero del artículo 588 del código de procedimiento civil, según el cual el tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión. Cuando la ley dice: el juez o tribunal puede o podrá, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad artículo 23 del código de procedimiento civil.

La jurisdicción de discrecionalidad, propiamente llamada jurisdicción de equidad tiene por objeto la razón de justicia de caso concreto (epiqueya), la solución satisfactoria, también en sede cautelar provisional, que el caso reclama. La limitación al derecho de propiedad o a cualquier otro derecho subjetivo, aun de rango constitucional, nunca será razón de peso para impedir que se adopten judicialmente, con la fundamentación probatoria necesaria, las medidas conducentes a lograr la eficacia de la administración de justicia, entendiendo siempre que la prudencia exigida por el legislador apunta fundamentalmente a la proporcionalidad que debe haber entre el fin y el medio utilizado.

No se puede limitarse el poder discrecional del juez en sede cautelar a los casos tipificados por el legislador como medida preventivas reglamentadas, porque la prohibición de interpretar extensiva o analógicamente los casos previstos por la ley, se fundamenta en la legalidad y no en la legitimidad (razón de equidad). De modo que el juez, en uso del poder discrecional cautelar, puede adaptar a casos distintos el tatbestand de una medida preventiva, mas no porque la interprete extensivamente, sino porque la utiliza como modelo o referencia para la solución del caso concreto. (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Ramírez & Garay 1987: 272).

A. PENDETE LITE

El primer requisito que establece la ley para decretar las medidas preventivas es el de que exista el juicio en el cual la medida va a surtir efecto. Se dictan con ocasión de un juicio es decir, que para que proceda una medida preventiva es necesario siquiera la iniciación de un juicio mediante la presentación del libelo de demanda. Esto lo dispone el artículo 368 del código de procedimiento civil al establecer que las medidas preventivas podrán pedirse en cualquier estado y grado de la causa desde que se presente la demanda.

Es necesario afirmar que un embargo como medida preventiva deriva de una demanda ya instaurada y vigente, según la citada disposición, pues no se concibe medida preventiva alguna sin el presupuesto del impulso procesal incoado en estrados. (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Ramírez & Garay 1961: 396).

En relación con esto ultimo, la razón legal de este requisito estriba en la relación de instrumentalidad que hay entre la medida preventiva y la causa principal, en virtud de la cual, la medida no constituye un fin en si misma, está al servicio de la providencia que emana del juicio principal y en

consecuencia éste debe haber sido incoado, por regla general para que la medida cumpla su finalidad asegurativa de la sentencia subsecuente.

El derecho comparado brinda, no obstante, las medidas preventivas que pueden ser decretadas antes de la deducción de la demanda. en el código Argentino procesal de la nación señala en su artículo 195 que las medidas cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducidas la demanda a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente. Además en su artículo 207 ejusdem establece el lapso de caducidad de diez días para presentar la demanda, contados a partir de la trabadle embargo.

En nuestra legislación, los denominados actos preventivos con instrumentalidad eventual, se decreta con mucha antelación al inicio del juicio en l cual se producirá la providencia cuyo resultado práctico se pretende asegurar. Igual ocurre con el aseguramiento de costas u honorarios profesionales causados en un juicio, la parte victoriosa en el incidente de oposición a embargo provocado por un tercero, puede obtener, con base a la condenatoria en costas de la sentencia firme al respecto, embargo ejecutivo contra el interviniente perdidoso, aun cuando su crédito no sea liquido (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Ramírez & Garay 1970 y ratificada en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Pierre Tapia 1987: 148), aunque no haya instaurado todavía el incidente o juicio de cobro

de costas o estimación e intimación de honorarios profesionales. Respecto a los demás créditos por costas incidentales debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 284 del código de procedimiento civil.

En el código de comercio en su artículo 1930, establece en su parte final lo siguiente:

No podrá decretarse el embargo preventivo antes de haberse propuesto la demanda sin que haya a lo menos presunción grave de la obligación. Por exclusión parece decir la ley que si existiese presunción grave de la obligación cosa que por demás se exige en toda medida preventiva sería posible obtenerla antes de que se incoe la demanda. pero tal mención no autoriza a obtener, como regla general, medidas preventivas antes de la pendencia de la litis, ya que dicha mención incidental de la ley sustantiva debe estar atendida a una concreta implementación procedimental y el artículo 588 del código de procedimiento civil, en su primera parte, aclara que las medidas preventivas típicas de embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar se decretarán en cualquier estado y grado de la causa, presuponiendo, pues, la actualización de ésta, la pendencia de la litis, para la procedencia de la medida. Pudiera a lo sumo sostener que esa locución legal de la ley sustantiva es aplicable sólo a las medidas preventivas a las cuales no se extiende gramaticalmente la locución en cualquier estado y grado de la causa, siempre que se trate de previsión de derechos patrimoniales, de significación económica, que son los que comprende el capítulo de las ejecuciones en el cual se incluye el mencionado artículo 1930 del código de comercio. Esta posibilidad, que toca aclarar a la jurisprudencia, acercaría aún más el poder cautelar general que prevé el nuevo código al recurso de amparo constitucional.

Cabe decir , que en la práctica forense introduce un paliativo a la condición de dependencia de una litis para el decreto de medidas preventivas. Consiste en la presentación de la solicitud de medida junto con un libelo de demanda redactado en forma escueta, donde se identifican las partes y se narran sucintamente los presupuestos de la pretensión, la cual, desde el punto de vista de la intención de la parte y los requisitos formales, no constituye propiamente una demanda cabal. Ejecutando el embargo, el actor tiene la posibilidad de reformar debidamente el libelo antes o después de la citación. Idéntica fórmula se utiliza para interrumpir la prescripción, haciéndose la protocolización de una demanda muy reducida en su texto, donde sólo se señala el acreedor, deudor, el monto y la causa de la obligación.

B. TERMINUS A QUO

Es el plazo dentro del cual se puede solicitar y decretar medida preventivas es completamente cierto desde la deducción de la demanda. Quintero Muro (1.961) y otros autores venezolanos sostiene que la medida preventiva se extingue al adquirir fuerza de sentencia la providencia principal. Pero es de observar que el fin y efectos de la medida no son suplidos por la sentencia definitivamente firme, sino que los efectos limitativos trascienden el

juicio de conocimiento y continúan en la fase ejecutiva hasta su culminación con el remate.

La afección de los bienes continúa, solo que el embargo preventivo se convierte automáticamente en ejecutivo sin necesidad de un pronunciamiento judicial, por la sola circunstancia de que el juicio ha pasado al procedimiento de ejecución de sentencia, el concepto de prevención es incongruente con el de ejecución.

En relación con este último Rengel Romberg (1.992) expresa:

Con frecuencia ocurre sobre todo en materia mercantil, que no es necesario proceder al embargo de bienes como lo dispone el artículo 527 del código de procedimiento civil, porque al introducirse la demanda, ha sido pedido por el actor y acordado por el tribunal el embargo preventivo de bienes muebles del deudor, medida ésta que se ha mantenido hasta la oportunidad de la sentencia. Por consiguiente, al quedar firme la sentencia definitiva que condene al demandado al pago de cantidad líquida de dinero, instantáneamente se produce el paso de la etapa de conocimiento a la etapa de ejecución del juicio y para llevar a cabo la ejecución de la sentencia basta con sacar a remate aquellos bienes embargados preventivamente. (p.84)

Cuando se declara perimida la instancia o extinguido el proceso, conforme a los artículos 267, 354 o 756 del código de procedimiento civil, o el demandante desiste, de acuerdo a los artículos 263 y 265 del código de procedimiento civil, deben suspenderse los efectos de las medidas

preventivas por no existir pendencia de la litis. (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Ramírez & Garay 1981: 196).

Como la perención se verifica de derecho valga decir, que sus efectos son ex tunc desde la fecha cuando cumplió el lapso y no desde la fecha de la decisión definitivamente firme que la declara, la suspensión de la medida preventiva se produce también desde entonces, cuando deja de estar pendiente la litis, aunque el auto de suspensión tenga fecha posterior. Según hemos visto, no puede existir en razón de la instrumentalidad una medida cautelar sin proceso pendiente. Por ello, las garantías convencionales constituidas, los embargos decretados, la percepción de frutos de la cosa embargadas y demás actos y negocios jurídicos realizados entre las fechas de perención y su declaratoria, no están limitados en modo alguno por el embargo caducado con la instancia. El efecto ex tunc de la providencia de suspensión no necesita pronunciamiento expreso, deviene del que asigna la ley a la perención del proceso, pues es accesorio al de éste el fin de la medida.

Si bien el artículo 547 del código d procedimiento civil establece que si después de practicado el embargo transcurrieron mas de tres meses sin que el ejecutante impulse la ejecución, quedará libres los bienes embargados, dicha disposición legal no es aplicable al embargo preventivo, pues en éste

no hay posibilidad legal de impulsar la ejecución, limitándose el acto de prevención a la aprehensión de bienes suficientes. En cambio, si es aplicable al caso del embargo decretado por la vía ejecutiva artículo 630 del código de procedimiento civil, ya que en este caso si es posible sustanciar, paralelamente al necesario juicio de conocimiento, el tramite ejecutivo hasta el preámbulo del remate.

Mediante esta nueva disposición del artículo 547 del código de procedimiento civil se asegura el cumplimiento, a cargo del ejecutante, de la carga procesal necesaria para la sustentación del proceso ejecutivo, de la misma manera que las perenciones breves del artículo 267 del código de procedimiento civil procuran la instancia del proceso declarativo.

C. CARACTERÍSTICA DEL EMBARGO PREVENTIVO

A. Las características generales.

Del embargo corresponden en semejanza, efectos y elementos con las mismas características generales de las medidas preventivas, en este sentido Jiménez (1.980:225), manifiesta que el embargo es una medida:

- a) Que se dicta inaudita parte.
- b) Es infinita, puede dictarse en cualquier estado y grado de la causa.

- c) No es absoluta, puede ser sustituida por una garantía real o una fianza suficiente.
- d) No tiene territorialidad, en consecuencia puede ejecutarse dentro o fuera del territorio nacional.
- e) Es condición de existencia de una acción ya iniciada.

B. Características especiales

Son aquellas que en principio, son específicas de la medida de embargo y crean elementos diferentes con otras medidas preventivas, ellas son:

a) Debe recaer en forma exclusiva sobre bienes muebles. La medida preventiva de embargo no afecta bienes inmuebles, sino los bienes muebles, que según Castán citado por Jiménez, S. (1.980), “son aquellas cosas que careciendo de situación fija puede ser trasladadas de un lugar a otro sin detrimento de su naturaleza”. No debemos aceptar en forma absoluta tal concepto de bienes muebles, pues la dinámica jurídica nos ha enterado de situaciones en que inmuebles pueden ser trasladados sin afectar su naturaleza y destino o también el caso de bienes muebles que por su afectación o destino se hacen inmuebles y se les denomina bienes inmuebles por destinación.

A pesar de las situaciones confusas el legislador venezolano partió de un definición similar cuando consagro los conceptos de muebles e inmuebles en el derecho sustantivo. En efecto, expresaba el artículo 531 del código civil de 1.942 lo siguiente, “ Los bienes son muebles por su naturaleza, por el objeto a que se refiere o por determinarlo así la ley”.

Así mismo, Jiménez (1.980; 227), hace referencia a los artículos 532 y 533 del mismo código civil en los cuales se dan las definiciones de los bienes muebles conforme a la caracterización del artículo transcrito. Se repunta igualmente muebles las rentas vitalicias o perpetuas a cargo del Estado o de los particulares, salvo en cuanto a las rentas del Estado, las disposiciones legales sobre deudas públicas.

De igual manera menciona el autor que todo embargo debe recaer sobre bienes muebles, conforme al artículo 382 del código de procedimiento civil de 1.916. No se pueden embargar preventivamente bienes inmuebles, bien que lo sean por su naturaleza, bien que lo sean por su destinación y aun sobre los llamados bienes inmuebles por el objeto a que se refieren.

b) El embargo preventivo sobre bienes muebles deben ejecutarse siempre sobre aquellos que se encuentren en posesión del demandado. Posesión que debe interpretarse a tenor de lo que consagraba el artículo 772

del código civil de 1.942, es decir, cuando se trataba de una posesión legítima donde la tenencia de la cosa ha sido continua, no interrumpida, pacífica, pública, no propia. La detención simple a la que se refería el artículo 771 o posesión precaria que se hacía mención en los artículos 773 y 774 del código civil de 1.942 no debe considerarse como posesión a los fines que estudiamos y en las circunstancias en que aparece consagrada en el artículo 382 del código de procedimiento civil de 1.916, tal era el caso de los arrendamientos de muebles. Un arrendatario de muebles que se vea demandado no responde con los bienes que posee en arrendamientos.

Para Jiménez (1.980), el embargo es un acto inmediato, a veces coercitivo, la circunstancia de posesión legítima sobre bienes muebles que señale la parte actora debe presumirse por el juez de los diversos elementos que detonare en el momento mismo del embargo como: que la persona notificada sea la misma embargada, que surja oposición sobre el acto de embargo, que no exista prueba distinta que constituya fe pública frente a terceros; que aquellos bienes no los posee o los posee precariamente por carteles o avisos, láminas señalativas y otros elementos. El juez debe analizar o tomar en cuenta todos esos elementos. (p. 228)

c) El derecho que fundamenta la acción que ha motivado el embargo debe ser de carácter patrimonial, así se trate de obligaciones de hacer o no

hacer, pues es suficiente que ella pueda ser apreciada en dinero. El embargo tiende a garantizar los resultados de un pleito, es decir, que el victorioso pueda hacer valer su derecho y debe ser un derecho, por consiguiente que se pueda apreciar en dinero.

Esta característica es señalada por Axel Brenberg (1.973), como el que la decisión final pueda ser ejecutada voluntaria o forzosamente. Dictada una sentencia y pasada ésta con autoridad de cosa juzgada debe actuarse en forma tal que el resultado se vea ejecutado, pues bien, habiendo un embargo preventivo ya existen los elementos necesarios para ejecutar aquella decisión. Si se tratare de bienes embargados se acude al expediente del remate para obtener liquidez y con ello satisfacer la proporción dictaminada a favor del ganancioso. Si se trata de dinero, en la misma sentencia puede ordenarse que sea entregado al victorioso, cuestión que ha de cumplirse cuando la sentencia esté pasada con autoridad de cosa juzgada. Igual situación rige para los casos de auto composición procesal.

d) Que el bien o los bienes embargados no este afectados por otras medidas preventivas. Si el bien que se va a embargar es un bien litigioso ya secuestrado sobre él no opera el embargo, por cuanto no se puede embargar una cosa dos veces, salvo que se embargara el sueldo del poseedor del bien después de haber sido rematado el mismo.

e) Que no se trate de bienes personalísimos o de necesidad vital para la subsistencia humana del embargo, en aplicación extensiva del artículo 1.929 del código civil de 1.942. Dentro de tal características quedaban excluidos de ser afectados por medidas preventivas de embargo los siguientes:

1.- El lecho del deudor, de su cónyuge y de sus hijos.

2.- La ropa de uso de las mismas personas y los muebles y enseres que estrictamente necesiten el deudor y su familia.

3.- Los libros, útiles e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio del deudor.

4.- Los dos tercios del sueldo o pensión de que goce el deudor.

5.- El hogar constituido legalmente.

6.- Los terrenos o panteones y sus accesorios, en los cementerios.

f) Que no se trate de bienes de la nación o pertenecientes a la nación o sobre los cuales la nación tiene un privilegio constituido, a tenor de lo consagrado en la ley orgánica de hacienda pública nacional del 17 de marzo de 1.961 en su artículo 16.

g) Que no se trate de los primeros diez mil bolívares depositados en una cuenta de ahorros en una institución bancaria o en una caja de ahorro (artículo 15 de la ley de bancos y otros institutos).

h) Que no se trate de sueldos inferiores a cuatrocientos bolívares. Conforme a la legislación social venezolana si el sueldo es superior a los cuatrocientos bolívares, pero inferior a un mil doscientos bolívares, la porción embargante era de un quinto y si la cantidad que devengaba el embargado excedía de los mil doscientos bolívares, la porción embargable era de un tercio.

i) Que no se trate de tierras afectadas por la reforma agraria siempre que haya sido constituida en patrimonio familiar. El patrimonio familiar en esta materia debe presumirse, que afirme lo contrario debe probarlo.

j) Que no se trate de sueldos de personal castrense del país, ya que conforme a la ley orgánica de las fuerzas armadas sus sueldos gozan de esa prerrogativa pudiéndose embargarse sólo como medida ejecutiva.

k) En un embargo preventivo siempre debe nombrarse depositario conforme a la ley de deposito judicial. Esta ley permitía que los bienes embargados y dados en posesión legítima al depositario designado, puede ser confiado en guarda y custodia a la misma persona embargada quien no podrá ejercer actos de disposición sobre la cosa so pena de quedar encuadrado dentro de los supuestos previstos en el artículo 465 del código penal.

l) No se podían embargarse los derechos mobiliarios y acciones que no puedan enajenarse o cederse, como es el caso de las pensiones de una renta constituida a título gratuito y en cuya constitución se haya estipulado que no estará sujeta a embargo. Los derechos sobre una sucesión futura tampoco podrá embargarse. En cambio los llamados créditos eventuales que resulten de una relación existente y conocida podían ser embargados, pero el deudor de tal crédito responde del mismo en la medida en que el mismo se hagan líquidos y exigibles.

m) La medida de embargo podía tener como sujeto solicitante tanto a la parte actora como a la parte demandada, la parte demandada podía solicitar, por las mismas causales el embargo de bienes suficientes del actor, o en todo caso, ofrece caución o garantía suficiente para que este embargo sea acordado en aras de una garantía real que favorezca al que resultare triunfador en la litis planteada.

D. DIFERENCIA ENTRE EL EMBARGO PREVENTIVO Y EJECUTIVO SEGÚN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1.987.

Cabe señalar, que a pesar de haber transcurrido tanto tiempo desde la promulgación del código anterior (1.916) hasta el actual código (1.987), se trata de diferenciar el embargo ejecutivo del preventivo para un mayor

desempeño de los tribunales o jueces encargados de impartir justicia según lo establece el mismo código.

El juicio ejecutivo es semejante a cualquier otro juicio.

El embargo ejecutivo sólo procede cuando hay una sentencia definitivamente firme y con carácter de cosa juzgada, que conforme el estado de ejecución forzosa, salvo el caso de la vía ejecutiva, ejecución de créditos fiscales y la ejecución de la hipoteca, que permite el remate antes de que se dicte la sentencia definitiva y ejecutoria. El embargo preventivo de bienes, puede decretarse en cualquier estado y grado de la causa, en conformidad con el artículo 588 del código de procedimiento civil, las cuales decretará el juez, sólo cuando exista el riesgo manifiesto.

Así pues, la primera diferencia resaltante es que el embargo ejecutivo no procede sino en estado de ejecución de sentencia y cuando ésta ha quedado definitivamente firme y con carácter de cosa juzgada, en tanto que el embargo preventivo procede en todo estado y grado de la causa, pudiendo ser decretado, sin estar llenos los extremos de ley, cuando se ofrezca y constituyan las garantías a que se refiere el artículo 590 del código de procedimiento civil.

En segundo lugar, la medida preventiva de embargo sólo procede sobre bienes muebles de la propiedad del demandado, en tanto que la medida ejecutiva de embargo procede tanto sobre bienes muebles como inmuebles.

En tercer lugar, el embargo preventivo puede ser solicitado por cualesquiera de las partes que lo estime necesario, en tanto que el embargo ejecutivo sólo podrá ser solicitado por el vencedor del pleito.

En cuarto lugar, en el embargo ejecutivo no cabe oposición de parte, pero si la oposición de tercero, a tenor de lo dispuesto por el artículo 546 del código de procedimiento civil, la prueba de la propiedad corresponde al tercero opositor a la medida de embargo, ya que el beneficiado por el decreto se limita a señalar los bienes que considere que son propiedad del que soporta la medida.

CAPITULO IV

IMPERATIVIDAD DEL DECRETO DE LA MEDIDA DE EMBARGO PROVISIONAL

Las medidas cautelares en el procedimiento de monitorio, se analizaran como aquellas en las cuales deberá concederlas obligatoriamente el juez cuando se consignen los documentos que sustenten la pretensión del actor y aquellas, que puedan ser decretadas a su voluntad.

En el artículo 646 del código de procedimiento civil expresa:

Si la demanda estuviere fundada en instrumento público, instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, facturas aceptadas o en letras de cambio, pagares, cheques y en cualquiera otros documentos negociables, el juez, a solicitud del demandante, decretara embargo provisional de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar inmuebles o secuestro de bienes determinados...

Es de observar, que de acuerdo a lo ordenado por el legislador, si es acompañado por el actor en su escrito de demanda algunos de los instrumentos que fundamenten su demanda, el juez no podrá por ningún motivo negarse a decretar las medidas provisionales según sea la naturaleza de los bienes a que obedezcan las medidas (embargo provisional de bienes

muebles, prohibición de enajenar y gravar inmuebles o secuestro de bienes determinados).

Tales medidas deberán ser decretados de inmediato una vez que el juez haya admitido la demanda previa el examen sumario de la misma, tal cual se explica.

La obligatoriedad que le impone el legislador al citar en la norma la expresión: “Decretará”, el legislador le impone al juez tal obligación al ordenarle que la ejecución de las medidas decretadas será urgente.

En la segunda parte del artículo anterior del código de procedimiento civil, se establece que en los demás casos podrá exigir que el demandante afiance o compruebe solvencia suficiente para responder de las resultas de la medida.

En este caso, el decreto de las medidas cuando la demanda no se fundamenta en documentos, queda a la voluntad del juez. Es obvio, que a pesar de que la norma se refiere que el demandante puede afianzar o comprobar su solvencia suficiente para responder de las resultas de la medida, el juez normalmente se deja llevar por lo dispuesto por el artículo 590 del código procesal, que expresamente dispone que podrá el juez decretar el embargo de bienes muebles o la prohibición de enajenar y gravar

inmuebles, sin estar llenos los extremos de la ley, cuando se ofrezca y constituya caución o garantías suficientes para responder a la parte contra quien se dirija la medida, de los daños y perjuicios que pudiera ocasionarle.

De esta manera para esta disposición se admitirán los siguiente:

1. Fianza principal y solidaria de empresas de seguro, instituciones bancarias o establecimiento mercantiles de reconocida solvencia.

2. Hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en los autos.

3. Prenda sobre bienes o valores.

4. La consignación de una suma de dinero hasta por la cantidad que le señale el juez. En el primer caso del presente artículo, cuando se trate de establecimientos mercantiles, el juez requerirá la consignación en autos del ultimo balance certificado por un contador público, de la ultima declaración presentada al impuesto sobre la renta y del correspondiente certificado de solvencia.

A. VIABILIDAD DE LAS MEDIDAS

Para Carrasquero (1.999) el pedimento del demandante, de la medida que desea que el juez le acuerde para la procedencia, la demanda debe estar fundamentada en instrumento público o privado, reconocido o tenido

legalmente por reconocido, facturas aceptadas o en letras de cambio, pagares, cheques y cualesquiera otros documentos negociables, según se desprende del artículo 646 del código de procedimiento civil. Por tanto, ésta es la prueba sumaria de la justificación para obtener el decreto de la medida cautelar.

De lo anterior se desprende que si la demanda esta fundamentada en un documento privado puro y simple, no es factible decretar la medida provisional solicitada, por cuanto la ley exige el reconocimiento del documento tenido por legalmente reconocido. Por lo tanto, el demandante no puede cobijarse en el instrumento como la prueba escrita del crédito perseguido mediante el juicio monitorio, ni aún en el supuesto de promover un medio que evidencie la presunción grave del derecho reclamado.

Hecha la observación anterior, en ese evento, el juez le puede exigir fianza suficiente conforme al artículo 590 del código de procedimiento civil. Por otra parte, si la pretensión está acompañada con un instrumento como un cheque, debe observarse si dicho instrumento fue protestado, en virtud de que el protesto determina la causa o motivos por la cual no fue cancelado por el libelo, pues el cheque es la prueba escrita del crédito accionado por la vía de intimación. De suerte que, al no acompañar el protesto, la medida

provisional solicitada queda supeditada a la garantía que le será exigida por el juez. (Carrasquero 1.999:77)

B. RECURSOS CONTRA EL AUTO QUE DECRETA LAS MEDIDAS

Las medidas provisionales permitidas en el juicio por intimación, se acuerdan conforme al postulado previsto en el artículo 646 del código de procedimiento civil. De tal manera que, si el crédito perseguido es de naturaleza mercantil en razón de un acto de comercio o negocios celebrados entre comerciantes, es improcedentes el recurso de apelación y si es un crédito civil que se desprenda de un documento privado, tampoco es procedente la oposición. De suerte que, sólo el demandado para levantar la medida, bien sea de embargo de bienes muebles o prohibición de enajenar y gravar inmuebles, debe solicitar al tribunal que fije el monto de la fianza a prestar.

Es evidente entonces, que el juez fijara el monto que a la postre no dudamos que sea caución real, por la cantidad líquida exigible, más las costas procesales que hubiesen sido acordadas en el decreto de intimación. Sin embargo a los terceros afectados por las medidas, le asiste el derecho de oposición, puesto que, así lo preceptúa la norma. El principio general es que las medidas deben recaer sobre bienes del ejecutado. De manera que si

la medida recae sobre bienes propiedad de un tercero, éste puede oponerse a la medida.(Bustamante, M. 1.978:115)

Dadas las condiciones que anteceden, en la practica se ha visto con frecuencia en que los procedimientos por intimación el demandante ha solicitado medida provisional de embargo sobre vehículos, sin acompañar un medio prueba que permita al juez presumir que ese bien es propiedad del intimado, pues solo en el escrito libelar identifican el bien o en diligencia posterior, lo cual se estima que no es lo correcto.

Es así como el intimante tiene interés en que el juez le acuerde una medida sobre vehículo automotores, debe acompañar un medio, como por ejemplo una certificación de datos de la inspección de tránsito donde se haya matriculado el vehículo, puesto que ahí aparece en dicho archivos la gestión de la matriculación o la subsiguiente renovación conforme a las normas que regulan la circulación de vehículos por las vías públicas o privadas.

Si la medida provisional solicitada es el embargo de bienes muebles o el secuestro de bienes determinados, su ejecución es de urgencia y el juez debe disponer en el auto del decreto, la fecha y hora con preferencia a cualquier otro acto y se constituirá en el lugar de le indique el interesado a

los efectos de la ejecución de la medida o en caso de que los bienes se hallen fuera del radio de la competencia territorial, se dará comisión suficiente a un tribunal del lugar haciéndole saber la urgencia de la ejecución. Ahora si se trata de prohibición de enajenar y gravar, se liberará el oficio y tomando las precauciones pertinentes para que el oficio sea recibido a la mayor brevedad por el registrador subalterno.

C. RECURSO CONTRA EL AUTO QUE NIEGA ACORDAR LA MEDIDA.

Según se ha citado y partiendo del supuesto de que el crédito accionado a través del proceso de intimación, se fundamente en un documento privado puro y simple, es decir, que el demandante no logro su reconocimiento, como lo ordena el postulado previsto en el artículo 631 del código de procedimiento civil, el juez no le queda otra alternativa que negar la solicitud de la medida y en su defecto exigir una fianza como lo ordena el artículo 590 ejusdem.

Sin embargo, se estima que el demandante no quedará convencido con la providencia o auto del tribunal de primer grado, para él , erró y por lo tanto interpone apelación para ante el tribunal de segundo grado, con el propósito de que éste revoque la decisión, pero es evidente que la decisión de la alzada tiene que ser confirmatoria a la pronunciada en primera instancia, en el sentido de que cuando vez la prueba escrita, base de la iniciación del juicio

por intimación, no existirá dudas de que es un documento privado, pura y simple y por lo tanto la superioridad no puede infringir el postulado previsto en el artículo 646 del código de procedimiento civil.

De esta manera, no hay que desconocer que el documento privado, el cual no se requirió su reconocimiento por el acreedor, pues apareja ejecución por lo menos en el juicio por intimación, por virtud de que el artículo 644 del código de procedimiento civil, lo admite como prueba suficiente al señalar los instrumentos privados, las cartas, misivas, admisible según el código civil, pero a la vez en el artículo 646 ejusdem, a los efectos de decretar la medida provisional, hace referencia a un instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido. (González, A. 1.998:216)

A los efectos de este, Eduardo Pallares (1.960) hace referencia que el legislador le dio la calidad al documento privado, para la admisibilidad del juicio por intimación, por cuanto las doctrinas obligan al juez a pronunciar un auto de ejecución si lo pide la persona legitimada en el título. El título ejecutivo consiste en un documento que debe acompañarse a la demanda y que constituye el fundamento de la ejecución y determina la extensión de la acción ejecutiva y la legitimación activa y pasiva de las partes. (p. 964)

Por su parte en 1.969, Serna resalta que el documento privado, es donde consta la suma líquida y exigible, el cual tiene la acción incorporada en el título que apareja la ejecución, pero por otra parte, no implica de ninguna manera que el título no pueda ser controvertido; naturalmente que puede serlo y para eso se han establecido en la ley las llamadas excepciones a favor de la parte demandada y por consiguiente, lo que no se permite es acordar la medida provisional al menos que el documento privado haya sido reconocido o tenido legalmente por reconocido. (p. 520)

En referencia a lo anterior, la ley dice que si la demanda estuviere fundada en instrumento público privado o tenido legalmente por reconocido el juez a solicitud del demandante, decretará el embargo provisional de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar inmuebles...

Es evidente entonces, que si el documento es privado pura y simple, la medida queda supeditada a que el intimante preste fianzas o garantía suficiente para responder de los resultados de la misma. Pero si la demanda está fundamentada en un instrumento autenticado, que tiene sus firmas reconocidas ante un juez o notario o quien ejerza sus funciones y se le niega acordar la medida provisional solicitada, sostenemos que el demandante puede atacar ese auto mediante el recurso de apelación a los fines de que la alzada corrija los desatinos en que incurrió el juez a quo, en el sentido de

que el documento presentado como prueba escrita del crédito reclamado, se evidencia que no fue atacado cuando se le exigió su reconocimiento o no lo tachó en juicio. Por tal razón, en tal evento el que debe revocar la providencia y ordenar al a quo de que decrete la medida provisional, por encontrarse llenos los extremos exigidos en el ordenamiento jurídico.

En efecto, si la medida provisional solicitada es el embargo de bienes muebles o el secuestro de bienes determinados, su ejecución es de urgencia y el juez debe disponer en el auto del decreto la fecha y hora, con preferencia a cualquier otro acto y se constituirá en el lugar que le indique el interesado a los efectos de la ejecución de la medida o en caso de que los bienes se hallen fuera del radio de la competencia territorial, se dará comisión suficiente a un tribunal del lugar haciéndole saber la urgencia de la ejecución. Ahora si se trata de prohibición de enajenar y gravar, se librará el oficio y tomando las precauciones pertinentes para que el oficio sea recibido a la mayor brevedad por el registrador subalterno. (Pérez, H. 1.995:94)

D. LA OPOSICIÓN AL DECRETO NO DEJA SIN EFECTO LAS MEDIDAS.

Hoy en día hay una práctica muy común en los abogados, cuando ejercen la representación del intimado y en la oportunidad de oponerse al decreto de intimación, cuando ejerce su derecho de oposición donde pide que se deje

sin efecto la medida decretada y para el supuesto de que no se haya practicado, pide al tribunal que se abstenga de ejecutarla.

Por las consideraciones anteriores, Carrasquero (1.999) dice que la oposición al decreto de sólo persigue que no se proceda a la ejecución forzosa. Tal hipótesis, ni lo uno ni lo otro tiene cabida. Porque si la medida fue ejecutada, la misma queda vigente y para el supuesto de que no se haya logrado la efectividad de la cautela es improcedente la abstención. (p.87)

Por otro lado si el juez se abstiene de ejecutarla es evidentemente que se desequilibraría el procedimiento y en tal virtud de que se le menoscaba al ejecutante la oportunidad de garantizar la efectividad del crédito perseguido a través del juicio por intimación que a la postre quedaría inoperante, lo cual pugna con principios elementales substanciales y procedimentales y tanto más cuando es de un todo conocido por el derecho.

Así mismo, estableció la casación Venezolana en (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Tapia 1.992: 271), lo siguiente:

Afirma que en el proceso de intimación las medidas provisionales se decretarán antes de la oportunidad de oposición y que la que se decretara luego de precluida ésta. Al decretar a tenor de artículo 646 del código de procedimiento civil, el embargo en virtud de los instrumentos, es imperativo para el juez decretarlas sin gozar éste de

poder discrecional alguno que pueda elevarle a negar el decreto por razones de equidad o cautela. No obstante la falta de poder discrecional del juez en sede preventiva en el procedimiento intimatorio, no significa que él no debe hacer un acto de juicio de valor, sobre los recaudos acompañados, en lo que a su forma o contenido se refiere, según los artículos 640 y 643 del código de procedimiento civil. La condición sumaria es un requisito sobre entendido por el legislador, y ese juicio de valor, en primer lugar cuando el admitió la demanda, estableciendo la pertenencia del procedimiento intimatorio para dilucidar la pretensión del actor.

Como resultados del presente capítulo se ha visto que en algunos tribunales se han negado la ejecución de la medida cuando ha habido la oposición al decreto y las razones obedecen a la falta de interpretación de las normas que regulan esta clase de juicios. Por otra parte, se deduce que el auto negatorio de ejecutar la medida, puede ser combatido mediante el recurso de apelación, con el propósito de que la superioridad enmiende la situación irregular por el a quo y le ordene la ejecución provisional de la medida que fue decretada conforme a la ley.

CONCLUSIÓN

De la investigación precedente se puede concluir, que en este procedimiento especial por intimación, el demandante goza del privilegio de que se le decrete la medida provisional y dé urgente ejecución, solicitada en la demanda, aun cuando no esté a la vista la presunción grave del derecho que se reclama es decir, el *fomus boni iuris*, ni es exigible el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo.

Por lo que no es aplicable estos supuestos fácticos al juicio monitorio, ya que las medidas se decretan conforme a la máxima prevista en el artículo 646 del Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando la demanda este fundada en instrumento publico o privado, reconocido o tenido legalmente por reconocido, facturas aceptadas o en letras de cambios, pagaré, cheques y cualesquiera otro documentos negociables, siendo estas las pruebas sumaria exigida para obtener el decreto de la medida cautelar. Cumplidos estos extremos, debe el juez imperativamente acordar dicha medida, ya que la finalidad de éstas es evitar la insolvencia del obligado y garantizar que la decisión judicial sea efectivamente ejecutada y con ello la obtención de la tutela judicial efectiva como fin del Estado.

Significa entonces, que ante el beneficio de la celeridad procesal tan claro y evidente que ofrece este procedimiento por intimación, se puede ver frustrado en el sentido que los jueces, aun cuando es imperativo, mas no discrecional tal como lo señala la norma del artículo 646 del Código de Procedimiento Civil, no acuerdan estas medidas ocasionando con tal proceder que la sentencia definitiva no pueda ejecutarse, porque la parte demandada se ha insolventado, ya que no se acordó en su oportunidad la medida solicitada, por ello es necesario, que los jueces de instancia sean mas cuidadosos a la hora de negarlas sin base legal alguna para ello, ya que el fin que se persigue es la materialización de la tutela judicial efectiva, con el fallo proferido.

Finalmente y a manera de recomendación a los jueces que adecuen sus actuaciones apegadas a los dispositivos legales concernientes en esta materia como lo es el ya mencionado artículo 646 del Código de Procedimiento Civil, que por vía de interpretación han utilizado él mismo como discrecional, convirtiéndose en arbitrarios al momento de negar la medida o declararla tardíamente, sin tomar en consideración los daños patrimoniales que pueden causar en la esfera de los usuarios de la administración de justicia y además no ajustándose su proceder a los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que puedan delinear su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

- Balzan, J. (1.990). **De la ejecución de la sentencia, de los juicios ejecutivos de los procedimientos especiales contenciosos.** 1^{era} Edición. Editorial Mobil Libros. Caracas.
- Brenberg, A. (1.973). **La tutela cautelar en el proceso. Su fundamentación jurídica.** Buenos Aires.
- Bustamante, M.(1.978). **15 años de jurisprudencia de la corte suprema de justicia. 1.959-1.963.** Caracas.
- Calamadrei, P. (1.945). **El procedimiento monitorio.** Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires.
- Carrasquero, D. (1.999). **El juicio por intimación como proceso de estructura monitorio.** Editorial Livrosca. Caracas.
- Carnelutti, F. (1.973). **Instituciones del proceso civil.** Ediciones Jurídicas Europa América. (2^{da} Edición). Buenos Aires.
- (1.942). **Instituciones del nuevo proceso civil italiano.** Editorial Casa. Barcelona.
- Corsi, L. (1.988). **Apuntamientos sobre el procedimiento por intimación.** Caracas.
- Código de Comercio
- Código de Procedimiento Civil (1.987).
- (1.916).
- Chiovenda, J. (1.954). **Instituciones de derecho procesal civil.** Editorial Revista del Derecho Privado. Madrid.
- De Sola, R. (1.986). **Conferencias sobre el nuevo código de procedimiento civil.** Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas.

- González, A. (1.995). **del procedimiento por intimación.** (3^{era} Ed.). editorial Buchivacoa. Caracas.
- Grancko, L. (1.989). **El procedimiento por intimación.** Editorial Donal Guerra. Valencia.
- Henríquez, R. (1.998). **Las formas diferenciadas de tutela en el proceso civil iberoamericano.** XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Brasil.
- Jiménez, S. (1.980). **Las medidas cautelares en la legislación venezolana.** (2^{da} Ed). Editorial Fabreton. Caracas.
- Ortiz, R. (2.002). **El poder cautelar y las medidas innominadas.** (2^{da} Ed). Editorial Frónesis. Caracas.
- (1.999). **Las medidas cautelares innominadas.** Editorial Paredes. Caracas.
- (1.997). **El poder cautelar y las medidas innominadas.** (1^{era} Edición). Editorial Paredes.
- Pallares, E. **Diccionario de derecho procesal.** México.
- Pierre, O. (1.992). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia.** Vol. 4
- (1.989). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia.** Vol. 6
- (1.987). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia.** Vol. 4
- Pérez, H. (1.995). **El procedimiento por intimación.** Caracas.
- Pereira, G. **El derecho romano fuente viva del derecho latinoamericano.** Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Santa María.
- Pesci, M. (1.981). **Estudios de derecho procesal.** Caracas.
- Quintero, G. (1.961). **Medidas preventivas.** Editorial Fabretón. Caracas.
- Ramírez, G. (1.961). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia.** Sentencia N° 188 literal (a). Segundo Trimestre. (Tomo VIII).

- (1.970). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia.**
Sentencia N° 208 literal (d). Segundo Trimestre. (Tomo VIII).
- (1.981). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia.**
Sentencia N° 86. Primer Trimestre. (Tomo. XX).
- (1.985). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia.**
Sentencia N° 1077 literal (b). Cuarto Trimestre. (Tomo XCIII).
- (1.987). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia.**
Sentencia N° 115 literal (b). Cuarto Trimestre. (Tomo XCIII).
- Rengel, A. (1.992). **Tratado de derecho procesal civil venezolano.**
Editorial Arte. Caracas.
- Serna, M. (1.969). **Estudios de derecho procesal.** Editorial Ariel. España.
- Zoppi, P. (1.988). **Cuestiones previas y otros temas de derecho procesal.**
Editorial Vadell Hermanos. Valencia.