

MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO.

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

**Autora: Abg. Roxana Goudet de González.
Asesor: Dr. Reinaldo Rondón Haaz.**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO” DIRECCIÓN
GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
DERECHO PROCESAL.**

Caracas, Enero de 2008.

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE
POSTGRADO
DERECHO PROCESAL**

CONSTANCIA DE ACEPTACIÓN DEL ASESOR

Quien suscribe, Dr. Reinaldo Rondón Haaz, manifiesto que he leído el contenido del Informe final del Trabajo Especial de Grado, intitulado: **“Medida Cautelar de Embargo”**, presentado por la Abogada Roxana Goudet de González, para optar el título de Especialista en Derecho Procesal. Asimismo, Certifico que el trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a evaluación.

Constancia que se expide por parte de la interesada, en Valencia a los 30 días del mes de Octubre de 2007.

**Dr. Reinaldo Rondón Haaz.
Asesor.**

DEDICATORIA.

A mi Madre, a quien debo
todo lo que soy.

A mi Esposo, Jorge,
compañero de vida, presente
en todo momento.

A mis hijos, Jorge José y
María José por enseñarme
la especialidad mas grande,
ser Madre.

A él Amigo y Asesor,
Dr. Reinaldo Rondón Haaz,
Por sus recomendaciones,
generosidad y afecto.

DEDICATORIA.

A Dios todopoderoso, por
acompañarme y estar
presente siempre.
GRACIAS.

INDICE GENERAL

	Pág.
RESUMEN	
INTRODUCCIÓN	
CAPÍTULO	
I. CASOS EN LOS CUALES SE PUEDEN ACORDAR MEDIDAS CAUTELARES DE EMBARGO.	
Resolución de Contrato	
Cumplimiento de Contrato	
Cobro de Bolívares	
Interdicto Civil	
Ejecución de Hipoteca	
Vía Ejecutiva	
Obligación Alimentaria	
Pensión de Alimentos	
II CONDICIONES APLICABLES PARA DECRETAR MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO	
Fomus bonis iuris	
Periculum in mora	
III MEDIDAS CAUTELARES PREVENTIVAS ACORDADAS EN UN CASO CONCRETO	
Embargo de bienes muebles	
Secuestro de bienes determinados	
Prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles	

IV VALOR Y EFECTO JURIDICO DE LA MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO

Seguridad Jurídica

Tutela Judicial Efectiva

Cumplimiento del Ordenamiento Jurídico

Justicia

Celeridad

Garantía para los justiciables

V DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ PARA ACORDAR MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO

Principio inaudita pars

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO

Autora: Abg. Roxana Goudet de González.
Asesor: Dr. Reinaldo S. Rondón Haaz.
Año: 2007.

RESUMEN

En este trabajo se intentara analizar la Medida Cautelar de Embargo tomando para ello como base el Código de Procedimiento Civil Vigente, las Leyes de diversos países en la materia, así como también doctrinas nacionales e internacionales y jurisprudencias. Se partió de métodos cualitativos como el documental, por lo que constituye una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de una amplia revisión bibliográfica y el uso de técnicas de análisis comparativo, construcción de sistema de categoría, deducción y síntesis.

El instrumento utilizado fue la matriz de análisis de contenido, necesaria para registrar y analizar el contenido de la información suministrada por las fuentes extraídas de un extenso material bibliográfico, la cual permitió desarrollar el presente trabajo de “Medida Cautelar de Embargo”.

La importancia de este trabajo radica en determinar los casos en los cuales se puede acordar medida cautelar de embargo, las condiciones aplicables, los casos concretos, el valor y efecto jurídico, y la discrecionalidad del juez para acordar medida cautelar de embargo.

De lo analizado en el presente trabajo se concluye en precisar que la nota característica de la medida cautelar de embargo reside fundamentalmente en el poder discrecional del juez, atendiendo a su libre arbitrio en acordar o no la medida cautelar de embargo solicitada por los justiciables a los fines de una tutela judicial efectiva.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre La Medida Cautelar de Embargo, contenida en la Legislación Venezolana, tomando como base el Código de Procedimiento Civil, el Código Civil, así como la doctrina nacional e internacional y la jurisprudencia.

La importancia de este trabajo radica en determinar los aspectos que rigen en la Legislación Venezolana a los fines de dictar la medida cautelar de Embargo y la eficacia de la misma, los requisitos para su procedencia y señalar cuales son sus características mas resaltantes.

Las pretensiones de este trabajo, se restringen a una revisión bibliográfica con carácter descriptivo y de análisis e interpretación de la Medida Cautelar de Embargo en la Legislación Venezolana. Así como también, la doctrina y la jurisprudencia frente al tema en estudio.

Estructuré la presente investigación, en cinco capítulos de contenido, cada uno de ellos aborda el tema en estudio.

A los efectos de aumentar la claridad y comprensión del tema, en el primer capítulo se comienza revisando los casos en los cuales se pueden acordar medidas cautelares de

Embargo, con una descripción de las características de cada uno. El segundo, se refiere a las condiciones aplicables para decretar Medida Cautelar de Embargo, las cuales están sometidas a las disposiciones de la Ley adjetiva Civil. El tercero, indica las Medidas Cautelares Preventivas Acordadas en un Caso concreto, de conformidad a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil. El Cuarto Capítulo, se centra en el valor y efecto jurídico de la Medida Cautelar de Embargo, tomando en cuenta la Legislación Venezolana. El quinto capítulo, está referido a la Discrecionalidad del Juez para Acordar Medida Cautelar de Embargo.

CAPITULO I.

CASOS EN LOS CUALES SE PUEDEN ACORDAR MEDIDAS CAUTELARES DE EMBARGO.

Resolución de Contrato.

La Resolución es una forma de extinguir el vínculo contractual, cuando se incumpla con alguna de las obligaciones que las partes han adquirido en el contrato. Núñez(2000,185).

El **artículo 1.133 del Código Civil**, define el contrato en términos generales como:

“una convención entre dos o más personas
para constituir, reglar, transmitir, modificar
o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”

El contrato de arrendamiento está contenido dentro de los actos jurídicos bilaterales, y como tal ha sido definido por el **Código Civil en el artículo 1.579**, de la siguiente manera:

“El arrendamiento es un contrato por el cual una de las partes contratantes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa mueble o inmueble, por cierto tiempo y mediante un precio determinado que ésta se obliga a pagar a aquella”

El contrato de arrendamiento concede un derecho personal o de crédito, en tal sentido es importante determinar que efectivamente el contrato de arrendamiento vincula a las

partes y se afirma en doctrina y jurisprudencia constante que esa vinculación crea un derecho de crédito, un derecho personal. Núñez (1999, 51)

Cuando las partes quieren deshacer el vínculo jurídico que les une es importante conocer el tipo de contrato, de acuerdo con la naturaleza temporal del mismo para poder definir las acciones jurisdiccionales. Si la vinculación es por un contrato a tiempo determinado, la parte puede optar entre resolver o dar por terminado el contrato por cumplimiento del mismo. En el derecho venezolano la Resolución está prevista en el artículo 1.167 del Código Civil el cual establece:

“En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello.”

En tal sentido, si es a tiempo determinado y bilateral, como es la naturaleza propia del contrato de arrendamiento, la parte puede exigir el cumplimiento del contrato por vía jurisdiccional, la distinción entre resolver o disolver por cumplimiento el contrato estriba desde el punto de vista procesal, en la existencia de medidas cautelares en el caso de resolución.

Desde el punto de vista procesal plantear el cumplimiento o la ejecución del contrato significa que el pretensor, el demandante, está exigiendo que se dé cumplimiento a una obligación, y que no se rompa el vínculo contractual, salvo que se refiera al caso de cumplimiento por vencimiento del término.

Cumplir o ejecutar el contrato no sólo se refiere al cumplimiento por vencimiento del término, sino por un conjunto de obligaciones que se transformarían en prestaciones de dar, de hacer o de no hacer, que tienen efectos sobre el contrato de arrendamiento. Núñez (2000,183) .

En consecuencia resolver el contrato, en principio significa poner fin al vínculo contractual arrendaticio.

La Resolución obedece a determinadas características, para que esta surja es necesario que se den en el caso en concreto los siguientes requisitos:

- 1° Se debe estar en presencia de un contrato bilateral.
- 2° Se debe producir un incumplimiento en las obligaciones adquiridas.
- 3° Debe haber cumplimiento obligacional por parte de la persona que exige que se resuelva el contrato.
- 4° Es necesaria la intervención judicial.

La característica del contrato bilateral que adorna al contrato arrendaticio, es lo que permite señalar que la resolución es, junto con el cumplimiento, una de las fórmulas jurídicas previstas para resolver las diferencias y los conflictos de intereses entre partes.

Esta característica permite que la resolución pueda ser definida como:

La terminación de un contrato, motivado por el incumplimiento culposo de una de las partes.

La resolución tiene efectos que anulan la existencia del contrato en su totalidad.

Es importante determinar que en el contrato de arrendamiento, se puede producir el incumplimiento de algunas obligaciones

distintas a las establecidas en los artículos 1.585 y 1.592 del Código Civil, y que tales violaciones al convenio o ley tienen como consecuencia el planteamiento de la resolución o el cumplimiento de los contratos de arrendamiento.

En materia de contratos bilaterales, el artículo 1.167 del Código Civil es medular para el alcance de la manera como se cumplen o resuelven tales contratos, por cuanto coloca en la voluntad de las partes contratantes escoger entre ejecutar (cumplir) o resolver el contrato; y establece la obligación de que ello sea reclamado judicialmente.

Ahora bien, diferenciar entre los contratos de tiempo indeterminado y los de tiempo determinado tiene importancia jurídica, por cuanto permite definir qué vía ha de escoger el contratante para continuar unido contractualmente y lograr la ejecución del convenio, o por el contrario disolver el mismo, a través de la figura de la resolución o en el último término exigir el desalojo del inmueble, de acuerdo a la naturaleza temporal del mismo.

Cumplimiento de Contrato.

Entendido como la ejecución de aquello a que uno mismo se ha comprometido o de lo que por ley o ajena facultad debe hacerse o no hacerse.

Como normas legales, las obligaciones que nacen de los contratos, por tener fuerza de ley entre las partes, deben cumplirse al tenor de las cláusulas. Cabanellas (1989,448)

Para Núñez (1999,59) Hablar de cumplimiento se refiere a aquellos casos en que, a título de ejemplo, el tiempo se ha vencido y debe ser cumplido en los términos en que se pactó según dispone el artículo 1.160 del Código Civil a saber:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley.

El contrato de arrendamiento está contenido dentro de los actos jurídicos bilaterales, tal como ha sido definido también por el **Código Civil**, así:

Artículo 1.579 “El arrendamiento es un contrato por el cual una de las partes contratantes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa mueble o inmueble, por cierto tiempo y mediante un precio determinado que ésta se obliga a pagar a aquélla.”

El cumplimiento salvo el caso de vencimiento del término, no significa la ruptura del contrato sino la continuación del mismo y el cumplimiento de una obligación contractual que a la fecha no había sido ejecutada por la parte deudora de la prestación.

Ahora bien, ante la interrogante ¿Cuándo se cumple el contrato? El arrendador y el arrendatario cumplen, el contrato desde el punto de vista sustantivo, en la medida en que satisfacen la pretensión de su contraparte, al ejecutar la prestación de cada obligación, es decir el arrendador esta obligado a mantener el goce pacífico de la cosa, en hacer

entrega de la cosa; y el arrendatario en pagar el canon y en hacer un uso adecuado y normal de la cosa arrendada.

Desde el punto de vista procesal plantear el cumplimiento o la ejecución del contrato significa que el pretensor, el demandante está exigiendo que se dé cumplimiento a una obligación y que no se rompa el vínculo contractual, salvo que se refiera al caso de cumplimiento por vencimiento del término. Núñez (2000, 183)

Cumplir o ejecutar el contrato no solo se refiere al cumplimiento por vencimiento del término, sino a un conjunto de obligaciones que se transformarían en prestaciones de dar, de hacer o de no hacer, que tienen efectos sobre el contrato de arrendamiento.

Cobro de Bolívars.

El cual puede realizarse mediante el procedimiento por intimación o monitorio, el cual es un procedimiento de cognición reducida, con carácter sumario, dispuesto en favor de quien tenga derechos creditorios que hacer valer, asistidos por una prueba escrita. Puede éste dirigirse al juez mediante demanda, y el juez inaudita altera pars, puede emitir un decreto con el que impone al deudor que cumpla su obligación.

Este procedimiento se encuentra incluido en algunas legislaciones tales como la alemana, la austriaca y la italiana, y ha sido incorporado en nuestra ley procesal, a decir de sus proyectistas, como una forma saludable de agilizar los juicios referidos a las acciones de condena. La forma de este sistema es emitir sin conocimiento de la otra parte, una orden de

pago para que el demandado cumpla, apercibido de ejecución, y si lo cree conveniente, provocar el debate judicial formulando a tal efecto la oposición.

Interdicto Civil.

El interdicto es una medida cautelar por medio de la cual el Estado dispensa tutela jurídica a la posesión para evitar la alteración del orden social y que alguien pueda hacerse justicia por sí mismo. Cuenca (1976, citado por Balzán, 2002,235).

Para Núñez (1988,50) El interdicto es el procedimiento especial mediante el cual el poseedor de un bien o de un derecho solicita del Estado se le proteja su derecho posesorio ante un despojo, una perturbación o el daño posible que se desprenda de una obra nueva o vieja que le perjudique y a tal fin se tomen las medidas precautelativas necesarias hasta la conclusión del procedimiento.

La Naturaleza de estas acciones ha sido discutido por la doctrina, al considerar si las mismas son de naturaleza mobiliaria o inmobiliaria, reales o personales.

La acción interdictal, es una acción posesoria, no petitoria, en la cual no se discute la propiedad sino la posesión.

Las acciones posesorias o acciones interdictales, son juicios de carácter sumarísimo y contencioso.

El objeto mediato de la acción, solo el interdicto de amparo es el que realmente reviste el carácter de acción posesoria, porque es la única mediante la cual se tiende a obtener la tutela efectiva de la posesión legítima.

La regulación de los interdictos esta prevista en el derecho sustantivo Código Civil, y en el derecho adjetivo, Código de Procedimiento Civil; previéndose el interdicto restitutorio, el interdicto por perturbación, el interdicto de obra nueva, el interdicto de obra vieja o daño temido.

En los interdictos, el requisito sine qua non para su procedencia, es que el actor denominado querellante, sea poseedor del bien o del derecho sobre el cual afirma se le despoja, perturba o somete a riesgo para la obra nueva o el objeto vetusto.

El conocimiento de los interdictos corresponde exclusivamente a la jurisdicción civil ordinaria, salvo lo dispuesto en leyes especiales, correspondiendo su conocimiento al que ejerza la jurisdicción ordinaria en Primera Instancia en el lugar donde este situada la cosa objeto de ello, respecto a la posesión hereditaria lo es el de la jurisdicción del lugar donde se haya abierto la sucesión.

Tal como lo dispone el **artículo 698 del Código de Procedimiento Civil**, a saber:

“Es juez competente para conocer de los interdictos el que ejerza la jurisdicción ordinaria en Primera Instancia en el lugar donde este situada la cosa objeto de ello; respecto de la posesión hereditaria lo es el de la jurisdicción del lugar donde se haya abierto la sucesión.”

En el interdicto de la posesión hereditaria, también conocido como el interdicto de adquirir, si el heredero se encuentra perturbado o despojado de la posesión que de derecho ejerce sobre los bienes de la herencia desde la muerte del de cujus, puede intentar las acciones para hacerse amparar o para que se les restituya su posesión.

En el caso de que sean varios los solicitantes de la posesión, éstos deberán probar en cada caso, bien sea la posesión legítima en el caso del despojo y la posesión cualquiera que ella sea, con la salvedad de que el Juez podrá ordenar ampliar las pruebas en caso de duda.

En cuanto al depósito de la cosa embargable, se deducen los siguientes supuestos:

- 1.- Ampliación de las pruebas, a juicio del juez, a las partes solicitantes.
- 2.- Que los bienes sean objeto de **embargo**.
- 3.- Nombrar depositario a uno de los querellantes, con el consentimiento del otro.
- 4.- Dar el depósito al que ofrezca mejor garantía.
- 5.- Es procedente la rendición de cuentas, cuando la cosa es productiva.
- 6.- Que las partes se pongan de acuerdo con el juez para que sea un tercero designado por ellos, la que sea nombrada depositario. Calvo (2000,606)

Ejecución de Hipoteca.

La ejecución de hipoteca es el procedimiento mediante el cual, el acreedor hipotecario hace una solicitud ante el tribunal competente a fin que proceda a la intimación del deudor y del tercero poseedor para que efectúe el pago del crédito en un

término perentorio, con la advertencia conminatoria de que en caso de no ser acatada la orden de pago, se continuará el procedimiento hasta el remate de los bienes hipotecados con la finalidad de cancelar al acreedor su crédito garantizado con el privilegio hipotecario.

Borjas (1964, citado por Calvo, 2001, 569) dice que la Ejecución de Hipoteca consiste en la intimación de pago con apercibimiento de ejecución, hecha judicialmente por el acreedor al deudor y al tercer poseedor del inmueble hipotecado, intimación que, de no ser obedecida, es seguida del procedimiento ejecutivo o de apremio y del remate de las cosas hipotecadas, si en la oportunidad legal no se presentaren aquellas partes a hacerle oposición.

El propio Legislador Venezolano se encarga de definir a la Hipoteca, cuando en el **artículo 1.877 del Código Civil**, expresa lo siguiente:

“La hipoteca es un derecho real constituido sobre los bienes del deudor o de un tercero, en beneficio de un acreedor, para asegurar sobre estos bienes el cumplimiento de una obligación.

La hipoteca es indivisible y subsiste toda ella sobre todos los bienes hipotecados, sobre cada uno de ellos y sobre cada parte de cualquiera de los mismos bienes.

Está adherida a los bienes y va con ellos, cualesquiera que sean las manos a que pasen”.

La Hipoteca trae en sí misma la consagración de tres derechos para el acreedor, como son:

- a- El de preferencia sobre la graduación de otras hipotecas posteriores y ante cualquier otro acreedor sobre el bien hipotecado;
- b- El de persecución del bien hipotecado, aunque esté poseído legítimamente por terceros; y
- c- El de hacer rematar el bien hipotecado para satisfacer el crédito que se le adeuda.

Estos derechos a su vez tienen un doble origen, como son el crédito garantizado y la hipoteca que le sirve de garantía.

Nuestro Código Civil establece tres clases de Hipoteca, como son:

- 1- La Hipoteca Legal.
- 2- La Hipoteca Judicial, y
- 3- La Hipoteca Convencional.

La Ejecución de Hipoteca como manera de ejercer la reclamación del crédito que con ella se encuentra garantizado o de lo contrario proceder a su ejecución, se encuentra contenida en tres normas, dos del Código Sustantivo y otra del Código Adjetivo, como son:

Artículo 1.878 del Código Civil. El acreedor no se hace propietario del inmueble hipotecado por la sola falta de pago en el término convenido. Cualquier estipulación en contrario es nula.

Artículo 1.899 del Código Civil. El acreedor hipotecario puede trabar ejecución sobre la cosa hipotecada y hacerla rematar, aunque esté poseída por terceros.

Esta decisión no producirá efecto contra el tercero que haya adquirido la cosa hipotecada en remate judicial, con citación de los acreedores hipotecarios, cuyo derecho se traslada al precio del remate.

El acreedor no podrá ejercer este derecho respecto de los bienes muebles que son accesorios del inmueble hipotecado, que hubieren sido enajenados a título oneroso sin fraude del adquirente.

Artículo 660 Del Código de Procedimiento Civil. La obligación de pagar una cantidad de dinero garantizada con hipoteca, se hará efectiva mediante el procedimiento de ejecución de hipoteca establecido en el presente capítulo.

La Ejecución de Hipoteca viene a ser uno de los Procedimientos Especiales que como Juicio Ejecutivo se encuentra consagrado por nuestro Código de Procedimiento Civil, y que permite hacer efectivo en forma rápida y eficaz el cobro de una acreencia líquida y exigible que se encuentre garantizada con Hipoteca con el remate del bien Hipotecado.

Y aunque expresamente el Legislador Venezolano estatuye que la obligación de pagar una cantidad de dinero garantizada con hipoteca, se hará efectiva mediante el procedimiento de Ejecución de Hipoteca, como antes se dijo, no obsta para que se pueda escoger otra forma procesal para hacer efectiva la reclamación del crédito adeudado.

Es así como el acreedor podrá optar también para hacerla valer en el campo jurisdiccional, bien a través de otros Juicios Ejecutivos como la Vía Ejecutiva o el Procedimiento por Intimación, o bien mediante el Procedimiento Ordinario.

Siendo así, por ser este un procedimiento especialísimo y privilegiado que se creó para beneficio del acreedor

hipotecario, por medio del cual inicia un proceso de cobro y satisfacción de su crédito, y en razón de la fuerza probatoria de título que exhibe, la defensa de su deudor resulta legalmente limitada.

El Procedimiento Especial de la Ejecución de Hipoteca, comporta las siguientes características:

Es un Juicio.

Es un Juicio Ejecutivo, y

Puede convertirse en un Procedimiento Ordinario.

Por ser la Hipoteca un derecho real constituido sobre un bien inmueble, el Juicio Especial de Ejecución de Hipoteca se propondrá, a elección del Solicitante, ante la autoridad judicial del lugar donde esté situado dicho inmueble, o bien ante la del domicilio del deudor hipotecario, o la del lugar donde se haya celebrado el contrato, caso de hallarse allí el deudor hipotecario. Asimismo, cuando el inmueble hipotecado esté situado en territorio correspondiente a dos o más jurisdicciones, la Solicitud de Ejecución se podrá proponer ante la autoridad judicial de cualquiera de ellas, a elección del Solicitante.

En este sentido, el **Artículo 42** del **Código de Procedimiento Civil** señala:

“ Las demandas relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles se propondrán ante la autoridad judicial del lugar donde esté situado el inmueble, la del domicilio del demandado, o la del lugar donde se haya celebrado el contrato, caso de hallarse allí el demandado; todo a elección del demandante.”

En el Juicio Especial de Ejecución de Hipoteca, se pueden presentar varias y diferentes personas involucradas y con legitimidad para actuar en el proceso, cada una con sus respectivos derechos y limitaciones para su ejercicio, como son:

El Ejecutante

El Deudor

El Garante

El Tercero (El simple detentador, El poseedor Precario y el tercero con título de dominio)

El Cónyuge del deudor, del garante o del tercero.

Una vez que resulte determinada la obligación sobre el Crédito y sus Accesorios, expresamente consagra el Código de Procedimiento Civil, el deber procesal del Juez que consiste en examinar de lo previsto en el Documento Constitutivo de la Hipoteca, que esta Obligación reclamada sea cierta, líquida, exigible, no condicionada y que no se encuentre prescrita.

En consecuencia en el Juicio Especial de Ejecución de Hipoteca, le ha sido conferida al Juez, la facultad para realizar un examen previo y sumario de la Solicitud de trabamamiento y sus anexos, para pronunciarse sobre su admisión.

Dicha facultad, se encuentra prevista en el **Artículo 661** del **Código de Procedimiento Civil**, al final de su encabezamiento como en su primer y segundo aparte, donde establece:

“..... El Juez podrá excluir de la solicitud de ejecución los accesorios que no estuvieran expresamente cubiertos con la hipoteca, y

examinará cuidadosamente si están llenos los extremos siguientes:

Si el Juez encontrare llenos los extremos exigidos en los ordinales anteriores decretará inmediatamente la prohibición de enajenar y gravar el inmueble hipotecado, lo notificará inmediatamente al Registrador respectivo a los efectos establecidos en el artículo 600 de este código y acordará la intimación del deudor y del tercero poseedor para que paguen dentro de tres días, apercibidos de ejecución. Si de los recaudos presentados al Juez se desprendiere la existencia de un tercero poseedor y el solicitante no lo hubiere indicado, el juez procederá de oficio a intimarlo.

El auto del Juez excluyendo de la ejecución determinadas partidas o no acordando ésta será apelable en ambos efectos”.

De la norma antes transcrita, se desprende que al juez le está dada la misión, por imperio de la Ley Procesal, de examinar cuidadosamente la Solicitud de Ejecución de Hipoteca que le fuere presentada, conjuntamente con los recaudos, constar de dicho análisis si se encuentran llenos los extremos legales previstos, proceder a decretar mediante auto razonado, en principio, su admisión o rechazo parcial o total.

Sobre este análisis no tiene ninguna ingerencia cualquiera de las posibles partes del proceso futuro, ni el solicitante, ni el deudor, ni el garante, ni un tercero.

Como lo precisara la Corte Suprema de Justicia, esta actividad del Juez de examinar el instrumento hipotecario y, bajo la premisa de que cumple con las formalidades y requisitos previstos en la Ley, darle curso al proceso especial, disponiendo la intimación del supuesto deudor y decretando medida cautelar sobre el inmueble, conlleva, evidentemente, un acto decisorio, y como tal no susceptible de revocatoria o

modificación por el propio órgano que lo pronunció, siendo subsecuentemente, apelable por la parte intimada.

No obstante, este auto no implica una resolución definitiva, ya que sólo da a la solicitud una aprobación formal respecto a la supuesta existencia de los presupuestos de procedibilidad, quedando reservada al juez, implícitamente, toda su falta de apreciación, tanto sobre las cuestiones de hecho como respecto a las cuestiones jurídicas que conforman la pretensión de ejecución.

Moros (2002,59)

Si vencido el lapso para efectuar el pago y no estuviere acreditado su realización, el juez deberá decretar el embargo del inmueble.

Por remisión expresa contenida en el encabezamiento del **artículo 664**, con respecto al embargo se deberá abrir Cuaderno Separado, conforme a lo previsto en el **artículo 636**, ambos del **Código de Procedimiento Civil**, que establece:

“ Todo cuanto se practicare en virtud del decreto de embargo, las diligencias para anunciar la venta de los bienes embargados, las que sean necesarias para el justiprecio de ellos y cualquiera otra que tenga relación con el embargo y venta de dichos bienes, formarán un cuaderno separado que principiará con el expresado decreto”.

El Embargo así decretado en la Ejecución de Hipoteca se realizará con arreglo a lo dispuesto en el Título IV, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, referido a la Ejecución de Sentencia, continuándose el procedimiento hasta que deba sacarse a remate el inmueble.

Vía Ejecutiva.

Es un procedimiento especial en el cual, por estar probada la acción del demandante con instrumentos públicos y auténticos, se procede a apremiar al demandado, embargando sus bienes para que cumpla la obligación que se le exige.

Además es un procedimiento ejecutivo, paralelo al procedimiento ordinario, que se detiene después de realizado el embargo, carteles, publicación y justiprecio, previa citación del demandado para la contestación a la demanda y demás actos procesales y sentencia.

Por lo tanto mantienen similitud en cuanto a la secuela del litigio, en lo atinente a las fases alegatoria, probatoria y decisoria, con la diferencia de que en el libelo, el actor debe hacer mención expresa que ha tomado dicha vía para su reclamo.

Para Moros (1999,33) a Vía Ejecutiva, es un juicio especial mediante el cual un acreedor, valiéndose de instrumento público o auténtico, vale o instrumento privado reconocido legalmente, que pruebe una obligación morosa de pagar, logra **embargar** bienes suficientes a su deudor para que le garanticen las posteriores resultas del procedimiento ordinario de cobro.

Siempre serán dos las partes en el juicio especial de la Vía Ejecutiva, en consecuencia puede ser accionante toda persona capaz de tener derechos y cumplir obligaciones, con el único requisito de que llene todas las formalidades legales exigidas

para hacer valer en juicio su reclamo de un crédito auténtico, líquido y vencido, que se le adeude.

El demandado en primer lugar, y como regla general, es aquella persona que está morosa en el cumplimiento de una obligación. Pero también puede serlo otra persona, con tal de que conste haber recaído en ella la obligación, ya sea por ser sucesor a título universal o por sustituir a la original o primitiva por novación, o por constituirse en su fiador y principal pagador, o por ser simple fiador suyo, siempre que no demuestre haberse hecho excusión de los bienes del deudor, o que renunció a ésta, o que ha caído en quiebra o hubiese efectuado cesión de bienes al deudor.

Está subsumido el concepto de la Vía Ejecutiva en una norma del **Código de Procedimiento Civil**, que establece:

Artículo 630: “Cuando el demandante presente instrumento público u otro instrumento auténtico que pruebe clara y ciertamente la obligación del demandado de pagar alguna cantidad líquida con plazo cumplido; o cuando acompañe vale o instrumento privado reconocido por el deudor, el Juez examinará cuidadosamente el instrumento y si fuere de los indicados, a solicitud del acreedor acordará inmediatamente el **embargo** de bienes suficientes para cubrir la obligación y las costas, prudentemente calculadas”.

Para utilizar la Vía Ejecutiva debe cumplirse con diversos requisitos para su procedencia, como son:

En cuanto al demandante: La Ocurrencia a la Vía Ejecutiva es potestativa del actor, quien en su libelo de demanda debe claramente expresarle al Juez que quiere proceder a ejercer su cobro mediante el juicio especial de la Vía Ejecutiva.

En caso de no constar en autos la solicitud inequívoca del demandante, el Juez, no podría sustituir su voluntad y tramitarla por esta Vía, sino que se tendría que seguir el procedimiento ordinario.

En cuanto a la demanda: Esta deberá llenar los requisitos revistos en los artículos 339 y 340 del código de Procedimiento Civil.

En cuanto al Instrumento: El instrumento en el cual se fundamente el demandante para ejercer la acción por medio de la cual procede la Vía Ejecutiva, a su vez, debe cumplir con los requisitos que prevé el Legislador Procesal, como son:

- a- Que contenga una obligación de pagar alguna cantidad.
- b- Que la obligación sea líquida.
- c- Que la obligación tenga el plazo cumplido.
- d- Que conste de Instrumento Público o Auténtico o Vale o Instrumento Privado Reconocido.
- e- Que evidencien los Instrumentos presentados la Obligación demandada.

En cuanto al Juzgador.

La Actividad del Juez de la causa consiste en examinar el instrumento antes de decretar la Vía Ejecutiva, comporta dos consecuencias a saber: Examen minucioso y el Pronunciamiento sobre la forma.

Nuestro Legislador Procesal para tutelar lo correspondiente al Juicio Especial de la Vía Ejecutiva, le ordena al Juez que examine cuidadosamente el instrumento que se le presente para proceder a decretarla.

Luego del examen cuidadoso del instrumento presentado, tanto que se tramite la demanda por el Juicio Especial de la vía Ejecutiva como de que se embarguen bienes del deudor, no significa en modo alguno que su providencia se califique como emisión de opinión anticipada, que lo inhabilite o lo inhiba de seguir conociendo.

Su Valoración, en este caso, es sólo sobre la idoneidad del procedimiento optado por el demandante y sobre la procedencia del embargo, plenamente facultado y obligado por la Ley para efectuarlo, sin que haya excusa para el juzgador por una supuesta anticipación al fondo de la controversia.

La especialidad en la Vía Ejecutiva, estriba en que el medio de prueba que constituye presunción del derecho que se reclama, lo es el instrumento público o auténtico o el vale o instrumento reconocido donde consta clara y ciertamente la obligación del demandado de pagar alguna cantidad líquida con plazo cumplido.

Asimismo, el medio de prueba que constituye presunción grave de que exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, lo es el mismo estado de morosidad en el cumplimiento de la obligación del demandado. Cumplido tales extremos normativos, tampoco es necesario que el demandante garantice la medida.

El embargo ejecutivo, aun cuando asume el carácter preventivo cuando se decreta, en la Vía Ejecutiva tiene como su principal objetivo la ejecución de lo sentenciado y puede por tanto declararse sobre bienes muebles como inmuebles o aún sobre cosas incorporales como son los derechos y obligaciones que están en el comercio.

Tanto en el medio de prueba, como los bienes que se embargan, su excepción de la garantía, y principalmente, su

finalidad última, es sobre lo que surge la especialidad del juicio de la Vía Ejecutiva. Por lo demás, se sigue su trámite conforme a lo pautado para el Procedimiento Ordinario.

Obligación Alimentaria.

La Obligación alimentaria ha sido reconocida como tal desde la antigüedad, encontrándose desde la Sagrada Biblia, menciones que a ella se refieren. Deviene de la solidaridad que debe existir entre los miembros de una familia, de ahí que la Ley no haga más que plasmar en normas jurídicas, una norma ética, una norma de carácter moral.

De acuerdo a la Doctrina Venezolana, ella nace a partir del momento en que el beneficiario reclama su cumplimiento, o el deudor conviene en pagarla.

Existen diferentes presupuestos para que nazca la obligación alimentaria en general, solo se referirá en este punto a los que se exigen cuando los beneficiarios son los niños y los adolescentes.

La Obligación Alimentaria de manera general, es el vínculo jurídico que impone a determinadas personas, señaladas por la ley, el deber de prestar a los niños y a los adolescentes, los recursos necesarios para su existencia y desarrollo integral.

En lo que al fundamento de la obligación alimentaria se refiere, el más general es el parentesco, el cual explica los deberes de asistencia a los descendientes, hermanos y

ascendientes, pues todos están unidos entre sí por el vínculo parental.

Es precisamente en el recinto familiar donde las exigencias de subvenir a las necesidades ajenas, adquiere un relieve mayor. Se trata de un interés individual tutelado por razones de humanidad, teniendo en cuenta la defensa de la familia y la existencia de un vínculo de parentesco.

La materia alimentaría tiene sus raíces en el derecho natural, porque sería contra las leyes de la humanidad, que un padre se negara a mantener a sus hijos, lo cual, en principio, no es necesario que las leyes lo ordenen.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, incorpora expresiones nuevas en lo que al fundamento de la obligación alimentaría se refiere.

La Obligación alimentaría debida a niños y adolescentes, es clara y precisa, cuando en el **artículo 365** de la **Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente** dispone:

“la obligación alimentaría comprende todo lo relativo al sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes, requeridos por el niño y el adolescente”.

Siendo, el Derecho Positivo la fuente concreta y organizada del derecho de Alimentos; consagrado en nuestro país en primer lugar, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Capítulo V De los Derechos Sociales y de la Familia), en el segundo aparte del artículo 76, dice: “El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas, y éstos tienen el deber de asistirlos cuando aquél o aquella no puedan hacerlo por sí mismos. La ley establecerá las medidas necesarias y

adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

Para que exista la obligación alimentaria, deben concurrir tres condiciones o supuestos necesarios, a saber:

- 1- Que exista una persona incapaz para subvenir por si sola sus necesidades vitales.
- 2- Que esta persona necesitada esté ligada por un vínculo parental a otra a quien la ley imponga la obligación de prestarle alimentos.
- 3- Que la persona obligada esté en capacidad económica de prestárselos.

En este sentido, el **artículo 294** del **Código Civil** habla de “la imposibilidad de proporcionárselos el que los exige” y “recursos suficientes de parte de aquel a quien se pide.”

La Obligación Alimentaria establecida por la ley con fundamento en el vínculo parental, responde a ciertos caracteres que la identifican y distinguen, no sólo de las demás obligaciones civiles, sino aún de aquellas obligaciones alimentarias que no tienen ese fundamento. Estos caracteres son:

- 1- De orden público.
- 2- Irrenunciable.
- 3- No Compensable.
- 4- Recíproco.
- 5- Personal e intransmisible.
- 6- De cumplimiento sucesivo.
- 7- No retroactiva.
- 8- Condicional y Variable.
- 9- Imprescriptible.
- 10- Inembargable.

11- Divisible y no solidaria.

12-Privilegiada.

En cuanto al nacimiento de la obligación alimentaria, de su propia naturaleza se desprende que tiene lugar cuando el necesitado reclama su cumplimiento al obligado y éste conviene en satisfacer su reclamo. Ello puede ocurrir en dos formas:

La amistosa o extrajudicial. Que consiste en un convenio, que puede ser verbal, celebrado entre ambas partes, siendo lo más importante la voluntad del obligado y la aceptación del necesitado acerca de la forma como se va a cumplir la obligación, y, cuando se trate de pensión alimenticia, el quantum de ésta y su periodicidad. Y,

La Judicial. Cuando no hubiere acuerdo pacífico, necesario será acudir a la vía jurisdiccional, a cuyo efecto se seguirá el procedimiento correspondiente. Dependiendo del Juez de la causa, establecer el punto de partida de la obligación alimentaria, mediante la fijación de una pensión provisional, su monto y el día en que debe comenzar.

Es necesario cumplir las estipulaciones de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (Art.511 al 525), pudiendo el juez tomar las medidas provisionales contempladas en el artículo 512.

El Cumplimiento de la obligación alimentaria puede hacerse:

- 1- Trayendo al beneficiario a vivir en la casa del obligado y
- 2- Pasándole una pensión alimenticia.

El **artículo 453** de la **Ley Orgánica para la Protección del niño y del Adolescente** establece que:

“El Juez competente para conocer de los casos previstos en el artículo 177 de la misma ley, es el Juez designado por el Presidente de la Sala de Juicio del tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, de la residencia del niño o del adolescente”

Y el **artículo 177** en su literal “d” señala como “caso previsto” el caso de la Obligación Alimentaria.

Con el objeto de asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria, la **Ley Orgánica para la Protección del Niño y del adolescente** en el **artículo 381** señala que:

“El juez puede acordar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria, cuando exista el riesgo manifiesto de que el obligado deje de pagar las cantidades que por tal concepto correspondan a un niño o a un adolescente....”

O las medidas provisionales a que se refiere el **artículo 512 ejusdem**, que autoriza:

“el juez, al admitir la solicitud correspondiente (de alimentos) puede disponer las medidas provisionales que juzgue más conveniente al interés del niño o del adolescente, previa apreciación de la gravedad y urgencia de la situación”.

Medidas estas, establecidas en el artículo 521 de la citada Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Pensión de Alimentos

La Pensión de Alimentos es una medida preventiva autónoma, que se diferencia del embargo, pero que ambas medidas pueden coexistir y coincidir en una misma persona, cuando se traban las medidas sobre sueldo o salario. Jiménez (1999,240)

Cuando el legislador venezolano protege una parte estimable del sueldo, salario o ingreso que obtiene un trabajador quiere garantizar con ello la subsistencia vital y personal del individuo como persona, y obviamente que también la de su familia, como célula primaria y absoluta en la sociedad actual.

Los dispositivos legales que declaran la inembargabilidad de una parte del sueldo, salario o ingreso del trabajador no han sido consagrados para que los derechos y prerrogativas del tercero sean burlados. Los derechos y acciones que terceros posean inciden en porciones distintas del sueldo o salario, sin que se afecte lo que se considera necesario para la existencia de la persona y de su familia.

El universo inembargable del sueldo o salario de un trabajador está establecido para la satisfacción de las necesidades primarias del propio trabajador y de su familia; de tal forma que cuando se produce una dicotomía entre él y su familia, convirtiéndose uno en acreedor alimentario y otro en deudor alimentario, los acreedores alimentarios tienen frente al deudor alimentario acciones compulsivas para que con aquel sueldo o salario responda de su obligación alimentaria.

La circunstancia que existan embargos de terceros sobre ingreso de una persona no significa que los derechos de acreedores alimentarios estén afectados. El deudor alimentario responderá de sus obligaciones alimentarias aún con la porción inembargable.

Las obligaciones de un individuo frente a la sociedad, frente a los terceros, tienen que cumplirse y el legislador ha previsto la eventualidad del incumplimiento al destinar una porción del sueldo o salario para que responda de la misma, por vía compulsiva. Estas son obligaciones distintas a las **pensiones de alimentos**, para lo cual existe otro procedimiento y porciones distintas de su sueldo o salario con que responder.

La pensión de alimentos presenta las siguientes características:

- Es una obligación natural, no emana de una relación estricta, sino que deviene de su propia condición de integrante de una célula familiar.
- No tiene término de duración, existe mientras exista la necesidad alimentaria.
- Es incedible por el deudor alimentario.
- El monto se establece con el equilibrio de proporcionalidad, entre la necesidad y el monto del sueldo o salario.

El legislador ha previsto dos porciones en el sueldo, salario o ingreso de cualquier persona; una que es la porción embargable, por medio de la cual responde de sus obligaciones con los terceros, y la otra que se ha dado en llamar inembargable con la cual responde de sus obligaciones alimentarias y de cuanto sea necesario para su subsistencia vital.

El procedimiento para la fijación de pensión alimentaria establecido en el **artículo 511** y siguientes de la **Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente**, aporta aspectos novedosos como:

- La Exigencia de acompañar al libelo o solicitud los documentos que sustentan la pretensión, e indicar los recursos probatorios que hará valer en su momento procesal. La Practica Judicial demuestra que la eficacia de estos juicios alimentarios está directamente relacionada con la pronta información que se tenga sobre los ingresos del demandado, de manera que la posibilidad de dictar providencias cautelares por parte del juez va a depender de esta información que se aporte con el libelo.
- Con respecto a la Citación, aunque se contemplo tanto la personal como la cautelar, ello no obsta que el tribunal, al no darse la comparecencia del demandado a raíz de la publicación del cartel, le designe un defensor, ya que conforme al artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, debe cumplirse el principio del debido proceso y por lo tanto del contradictorio.
- La conciliación como intento previo a cualquier actuación.
- Las facultades probatorias que se le otorgan al juez en el artículo 518 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

En los procedimientos especiales de alimentos donde el juez tiene un amplio poder discrecional, incluso en materia probatoria, se debe reflexionar sobre el principio de la carga probatoria dinámica.

Peyrano, (1997, citado por Morales, 2000, 80)

En materia alimentaria surgen casos en los cuales el actor se encuentra con escasas posibilidades de demostrar en el juicio el patrimonio del obligado, sea porque este no tiene ingresos fijos, porque esconde su patrimonio o realiza operaciones económicas difíciles de determinar, en estos casos el juez debe apreciar y valorar cada elemento de autos, más las alegaciones de las partes, para decretar a quién le corresponde la carga dinámica que permita esclarecer la real capacidad económica del obligado.

-El régimen cautelar del Artículo 521 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, con respecto a las medidas que pueden ser ordenadas por el juez, para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Ahora bien, el **artículo 381** de la **Ley Orgánica para la Protección del Niño y del adolescente** dispone:

“El juez puede acordar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria, cuando exista riesgo manifiesto de que el obligado deje de pagar las cantidades que, por tal concepto, correspondan a un niño o a un adolescente. Se considera probado el riesgo cuando, habiéndose impuesto judicialmente el cumplimiento de la obligación alimentaria, exista atraso injustificado en el pago correspondiente a dos cuotas consecutivas”.

Este dispositivo, aporta un procedimiento absolutamente nuevo, dirigido a obtener una tutela judicial efectiva en materia de alimentos, el cual consiste en la posibilidad de lograr el cumplimiento de la obligación fijada judicialmente por una vía autónoma.

Establece los elementos esenciales de la cautela, a saber, el buen derecho invocado, a través del aporte por parte del solicitante de la providencia judicial que establezca la obligación alimentaria (*fomus bonis iuris*) y, el peligro en la demora, cuando quede demostrado que injustificadamente se hayan dejado de pagar dos cuotas consecutivas (*periculum in mora*).

De estar cumplidos tales eventos, el juez procederá a decretar la medida que considere adecuada; no obstante, en resguardo del derecho a la defensa, el juez que conozca de la solicitud debe citar al obligado alimentario fijándole una oportunidad para oírlo, y abrir una incidencia innominada conforme al **artículo 607** del **Código de Procedimiento Civil**, y en caso de que haya alguna alegación probática, deberá dar apertura a la articulación respectiva.

CAPITULO II

CONDICIONES APLICABLES PARA DECRETAR MADIDA CAUTELAR DE EMBARGO.

El Juez tiene la facultad de dictar las cautelas consagradas en el **Código de Procedimiento Civil**, previa solicitud, cuando se cumplan o llenen los requisitos y condicionamientos establecidos en el **Artículo 585 ejusdem**, que expresa:

“Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, solo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama”

Debe existir un **riesgo manifiesto de que quede ilusoria** la eventual ejecución de la sentencia, (periculum in mora) y debe haberse acompañado, con el libelo de la demanda, o con la solicitud de la cautela, una presunción grave del derecho reclamado, un elemento fehaciente o suficiente como para estimar o creer que es POSIBLE y CIERTO el derecho del solicitante de la cautela. (Calculo preventivo de probabilidades que el juez debe apreciar con los medios de prueba que le sean presentados para demostrar el **fomus bonis iures**.

Jiménez (1999,26)

Fomus bonis iuris

Señalado en orden inverso al indicado por la disposición, por considerar que este requisito debe ser analizado por el juez previamente al de la posibilidad de que el fallo pueda resultar ilusorio.

Es entendido como la apariencia razonable de un buen derecho que se alega como violado. Esta apariencia debe desprenderse de los documentos “medio de prueba” anexos al libelo.

Es el fomus bonis iuris, “probable existencia de un derecho, del cual se pide la tutela en el proceso principal”, esto es que la pretensión del solicitante tenga la apariencia de certeza. No puede por tanto exigirse la fundabilidad de la misma en un conocimiento exhaustivo y profundo de lo controvertido en el juicio principal, sino un conocimiento superficial que permitirá la decisión de probabilidad respecto de la existencia del derecho que se discute en el proceso. Liebman (1980, citado por Sánchez, 1995,47)

El fundamento de un conocimiento superficial, se encuentra en la misma finalidad de las medidas cautelares, pues procurando éstas por naturaleza, proteger un derecho verosímil hasta tanto se adopte un pronunciamiento definitivo, postergar la decisión sobre ellas para la oportunidad en que se dicte la que corresponda al juicio principal en el cual se reconozca o niegue definitivamente ese derecho, significaría la negación misma de la institución cautelar.

El juicio de valor que el juez debe formarse para decidir sobre la procedencia o improcedencia de la medida, estará dirigido a determinar:

- Que el derecho invocado en la demanda goza o no de verosimilitud;
- Que la pretensión del solicitante tenga la apariencia de no ser contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres y que no sea temeraria;
- Que el derecho de la parte contraria tenga o no también la apariencia de verosímil.

Para Ortiz (2000, 59) el *fomus bonis iure*, no es mas que un cálculo de probabilidades como sigue vigente la palabra del maestro Piero Calamandrei, de quien solicita la cautela es, o sea, el titular del derecho debatido en el proceso, es en realidad un juicio de similitud, no de verdad, y puede ser desvirtuado lo largo del proceso.

Este presupuesto requiere prueba del derecho que se reclame, la cual debe acompañarse como base del pedimento, si no constare ya del propio expediente, pero no vale cualquier clase de prueba; no exige la ley que sea plena, pero si que constituya a lo menos presunción grave de aquél derecho. La presunción, según ha sido definida universalmente por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para llegar a otro desconocido.

Calvo (C.P.C., 515)

Para Villarroel (1997,34) Este presupuesto (*fomus bonis iuis*) requiere prueba del derecho que se reclame, la cual debe

acompañarse como base del pedimento, si no constare ya del propio expediente, pero no vale cualquier clase de prueba; no exige la ley que sea plena, pero sí que constituya a lo menos presunción grave de aquél derecho.

La presunción, según ha sido definida universalmente por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para llegar a otro desconocido.

El *fomus bonis uiris*, o humo de buen derecho, o apariencia del derecho reclamado o presunción grave del derecho que se reclama, no es otra cosa que la existencia de elementos probatorios que llevan al espíritu del juzgador que está justificado el derecho sostenido por el solicitante, aun cuando en la definitiva resulte lo contrario, ya que el juzgador por considerar que existe esa probabilidad no prejuzga sobre el fondo del asunto debatido.

Jiménez (1999, 214)

Para Henríquez, (2000,188) El fundamento o *ratio legis* del requisito legal de la presunción grave del derecho que se reclama radica en la necesidad de que se pueda presumir al menos que el contenido de la sentencia definitiva del juicio será de condena, como justificación de las consecuencias limitativas al derecho de propiedad que conlleva la medida. Resulta conveniente un juicio un juicio que previamente haga presumir la garantía de que la medida preventiva va a cumplir su función, instrumentalizada, de garantizar el resultado práctico de la ejecución forzosa, la cual a su vez, depende de la estimación de la demanda.

Serán los elementos de pruebas que se acompañen al libelo, a la solicitud y aquellos que obren en los autos, los que constituyan la base de tal juicio de valor. Sánchez (1995,8)

periculum in mora

Se considera que el periculum in mora más que un requisito de procedencia de las medidas cautelares constituye el fundamento de ellas, puesto que el peligro que se procura combatir es la duración del proceso, de modo que “no es el genérico peligro del daño jurídico, el cual se puede en ciertos casos obviar con la tutela ordinaria, sino el peligro específico de aquel ulterior daño marginal que puede derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario”

Calamandrei (1945, citado por Sánchez 1995,10)

Esta condición es sine qua non para acordar la medida solicitada por la parte, por vía causal y consiste, en general, en lograr establecer la presunción de existencia de ciertas condiciones de hecho que hagan temer que aunque se tiene el derecho accionado mediante la demanda, la eventual sentencia que condene a la satisfacción del mismo no va a poder en la práctica ser ejecutada.

Michelena (2000,169)

El periculum in mora, como presupuesto de las medidas cautelares, se concibe como el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal, riesgo que puede surgir con ocasión de la necesaria dilación temporal en alcanzarse, tras la realización del proceso de declaración, la sentencia que conceda aquella tutela.

Fairén (1969, citado por Ortells, 2000,150)

Para la legislación Española, según el **artículo 728.1** párrafo primero **LEC**:

“Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”.

Para Parra (2000,8) El periculum in mora, esta constituido por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o ejecución de la providencia principal.

En la doctrina se ha abierto paso el criterio de que la tardanza o la morosidad que presupone un proceso judicial trae insito un peligro que unido a otras condiciones propias de la litis tramitada, constituye lo que se ha dado en llamar periculum in mora.

Así, la jurisprudencia señaló que “el peligro en la demora, a los efectos de la medida precautoria, surge de la sola duración del proceso; la prolongación de un lapso más o menos largo siempre le crea un riesgo a la justicia”.

Para alejar este temor o peligro de insatisfacción, que no podría ser realizado en la sentencia definitiva, y sobre la base de un interés actual, se busca asegurar la ejecución.

De allí que se trate de sorprender con la medida al cautelado, y no se requiera su intervención previa a la resolución; que ésta se mantenga en reserva, y no exista notificación previa.

Villaroel (1997,33)

Para Jiménez (1999,218) El presupuesto del *periculum in mora*, o peligro en la demora, que el legislador refleja en la frase de “exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo” está referido al temor fundado de que la voluntad de la ley, contenida en una sentencia definitiva, sea nugatoria.

Es la previsión contra la insolvencia o contra conductas que tiendan a evitar la ejecución de la sentencia definitiva. Es la verdadera garantía de la acción y de la existencia de la jurisdicción.

Como el proceso es una marcha lentamente hacia el esclarecimiento de la verdad, como condición *sine qua non* para poder dictar el fallo definitivo, puede ser indispensable recurrir a las medidas preventivas para asegurar la eficacia de la Ley

Este presupuesto está calificado de tal forma que el temor a que la demora, propia de todo proceso, de tiempo al demandado a insolventarse, debe ser manifiesto. Es un temor manifiesto que hace motivar toda solicitud de embargo o de medida preventiva, sobre una base confiable y aceptable.

Para Henríquez, (200,193) La forma mas recurrente para acreditar los supuestos normativos del peligro en la mora es el justificativo para perpetua memoria (art. 936 CPC), diligenciado previamente ante una notaría pública. Obviamente, el solicitante de la medida tiene la carga procesal de ratificar los mismos testigos del justificativo en la fase ulterior probatoria de ocho días, a fin de dar cumplimiento a las garantías del

contradictorio y permitir el derecho de tacha y repreguntas de la contraparte. En la sentencia terminal del incidente, el juez valorará el material probatorio y confirmará o infirmará su decreto primitivo, según el mérito de las actas de examen de los testigos.

Calamandrei (1945, citado por Henríquez, 2000 193,194) distingue dos tipos de *periculum in mora*: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza de la providencia principal. Lo urgente no es la satisfacción del derecho, sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos e idóneos para determinar que la providencia principal sea eficaz en sus resultados prácticos. En las medidas preventivas, como medidas aseguradoras de la ejecución del fallo, el peligro siempre será la infructuosidad.

A este requisito de procedencia se le ha denominado también “*suspectio debitoris*”, para referirse “al hecho de que la persona que ha de soportarlas dé la impresión de que se sustraerá al cumplimiento de la sentencia” sin embargo, tal denominación sólo se refiere a una de las posibles situaciones que pueden dar lugar a la inejecución del fallo, como es la conducta de la parte contra quien se solicite la medida, mas no a todas las causas que pudieran impedir que lo sentenciado sea posible de ser ejecutado y por ello la clásica y genérica denominación de peligro en la demora, es la más correcta para hacer referencia al requisito de las medidas cautelares. Quiroga (1991, citado por Sánchez, 1995, 52)

Ortiz (1997, citado por Jiménez, 1999,74) Expresa que el peligro en la demora “es la probabilidad potencial de peligro de que el contenido del dispositivo sentencial pueda quedar disminuida

en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial, o de que una de las partes pueda causar daño en los derechos de la otra, debido al retardo de los procesos jurisdiccionales, aunado a otras circunstancias provenientes de las partes con la lamentable consecuencia de quedar ineficaz la majestad de la justicia en su aspecto práctico”, para luego señalar que ese peligro puede denominarse “peligro de infructuosidad del fallo”.

El artículo 585 del Código de Procedimiento Civil que emplea la frase de “riesgo manifiesto” con lo cual debe inferirse que ese riesgo que haga ilusoria la ejecución del fallo debe constar en forma fehaciente o que las presunciones de la cual deriva el hecho desconocido sean idóneos y suficientes como para llevar a la inteligencia del juzgador la verosimilitud de ese riesgo.

El riesgo debe probarse. La casación ha sido enfática al señalar que el riesgo manifiesto es aquel que es “patente o inminente”

Jiménez(1999,74,75)

Para Henríquez, (2005,508) El peligro en la mora obedece a dos motivos: uno constante y notorio, que no necesita ser probada, cual es la inexcusable tardanza del juicio de conocimiento, el arco de tiempo que necesariamente transcurre desde la deducción de la demanda hasta el libramiento del mandamiento de ejecución; otra causa es los hechos del demandado durante ese tiempo para burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada.

CAPITULO III

Medidas cautelares preventivas acordadas en un caso concreto.

Embargo de Bienes Muebles.

En la materia de medidas preventivas, la técnica del Legislador mantiene la tendencia de no conceptuar o definir cada una de las instituciones jurídicas que ella trata, quizás para no delimitar su campo de aplicación dentro de un contexto de frases o quizás para darle existencia jurídica sólo por la concurrencia de los presupuestos o condiciones que allí aparecen.

El Embargo de bienes muebles: Es una medida cautelar adoptada por la autoridad judicial para asegurar el resultado de un proceso y que recae sobre determinados bienes cuya disponibilidad se impide.

Calvo (2000,519)

Henríquez (2000, 118) define el Embargo Preventivo, como el acto judicial a requerimiento de parte, en virtud del cual se sustrae en un depositario cualquier bien mueble del poseedor contra quien obra, con el objeto de suspender provisionalmente los atributos de su derecho de propiedad – ius abutendi, fruendi et utendi- y tenerlos a las resultas del juicio.

Para Jiménez (1999,213) Embargo es una medida cautelar que afecta bienes muebles sustrayendo su posesión de aquel que la detentaba legítimamente, sesgando en él su capacidad de disposición sobre los bienes en los cuales ha recaído la medida de embargo, con el objeto de prevenir un daño y asegurar las resultas de un litigio.

Para Sánchez (1995,131) El Embargo constituye la medida cautelar típica por excelencia, que consiste en la afectación de bienes a un proceso determinado con diferente finalidad, según el proceso principal de que se trate, proporcionándole al juez los medios necesarios para asegurar la ejecución de la Sentencia.

Su fin inmediato será la desposesión jurídica del bien para el afectado por la medida, privándolo del derecho a la disposición y a la posesión;

Su fin mediato, es asegurar la ejecución de la sentencia definitiva y su fundamento, al igual que el de las demás medidas cautelares está constituido por el peligro que implica la demora en la tramitación de los procesos.

La medida de Embargo suspende por igual las facultades de usar, disfrutar y disponer la cosa mueble, lo cual ya de por sí, implica la aprehensión y desposesión de la cosa del ejecutado

El **Código de Procedimiento Civil** dispone que, para que se conceda el **embargo** al igual que la prohibición de enajenar y gravar y el secuestro, se tienen que dar los supuestos previstos en el **artículo 585** ejusdem, a saber: “cuando exista el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo”, en consecuencia si el solicitante de la medida de embargo logra presentar pruebas que constituyan presunciones graves del derecho que se reclama y del hecho de que la duración del

proceso, por determinadas circunstancias, puede hacer ilusoria la ejecución del fallo, tendrá derecho a que se le conceda la medida solicitada.

Las características generales del embargo corresponden en semejanzas, efectos y elementos con las mismas características generales de las medidas preventivas a saber:

- Se dicta inaudita parte.
- Es infinita, puede dictarse en cualquier estado y grado de la causa.
- No es absoluta, puede ser sustituida por una garantía real o una fianza suficiente.
- No tiene territorialidad, en consecuencia puede ejecutarse dentro o fuera del territorio nacional.
- Es condición de existencia de una acción ya iniciada.

La Medida de Embargo presenta características especiales que la diferencian y crean elementos específicos con otras medidas preventivas, ellas son:

- Debe recaer en forma exclusiva sobre Bienes Muebles.
- El embargo de bienes muebles debe recaer en bienes que sea Propiedad de la persona contra quien se dirija el Decreto.
- 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.
- Que el bien o los bienes embargados no estén afectados por otras medidas preventivas.

- Que no se trate de bienes personalísimos o de necesidad vital para la subsistencia humana, en aplicación extensiva del artículo 1929 del Código Civil Vigente.
- Que no se trate de bienes de la Nación o pertenecientes a la Nación o sobre los cuales la Nación tiene un privilegio constituido.
- Que no se trate del monto de ahorros protegidos por la Ley de Bancos y otras Instituciones Financieras, u otras leyes.

El embargo puede ser Preventivo o Ejecutivo

El Embargo Preventivo es aquel por el cual se afectan e inmovilizan del tráfico jurídico uno o varios bienes muebles de las partes en el proceso, con la finalidad de asegurar la eficacia práctica o el resultado de la sentencia definitiva que se dicte en el mismo. (Sánchez 1995,132)

De acuerdo con el **artículo 588** encabezamiento, del **Código de Procedimiento Civil**, puede ser decretado por el tribunal, en cualquier estado y grado de la causa, de conformidad con el artículo 585 ejusdem, el cual exige el *fomus bonis iuris* y el *periculum in mora*, o, en su defecto, sin estar llenos estos extremos cuando se ofrezca y constituya caución o garantía suficientes para responder a la parte contra quien se dirija la medida, de los daños y perjuicios que esta pudiera ocasionarle.

El Embargo Ejecutivo, es aquel que tiene por objeto la realización material de la sentencia definitiva dictada en el juicio, ante el incumplimiento voluntario del obligado por la misma y podrá recaer sobre bienes muebles o inmuebles

El embargo preventivo tiene necesariamente que recaer sobre bienes muebles propiedad del demandado.

El embargo ejecutivo puede recaer sobre bienes inmuebles.

El embargo preventivo puede solicitarlo cualquiera de las partes que lo estime necesario.

El Embargo ejecutivo sólo podrá ser solicitado por el vencedor del pleito.

Es cuestión de hecho y por tanto de la exclusiva potestad de los jueces de fondo acordar o negar cualquiera medida preventiva, con vista y apreciación soberana de los elementos en que el decreto de embargo es considerado como auto de mera sustanciación, no susceptible de apelación y sólo revocable por contrario imperio, en consecuencia, contra el decreto de embargo no cabe apelación.

Jiménez (1999,240)

Una vez decretado el Embargo el **artículo 591 del Código de Procedimiento Civil** establece:

“A pedido de parte, el juez se trasladará a la morada del deudor, o a los sitios o establecimientos donde se encuentren los bienes a embargarse, para ejecutar la medida. A tal fin, podrá ordenar la apertura de puertas y de cualquier depósito o recipientes, y solicitar, cuando fuere necesario, el auxilio de la fuerza pública”.

De igual manera el código adjetivo vigente dispone que pueden ser objeto de embargo los créditos, a saber, el derecho que tiene el acreedor de exigir al deudor el cumplimiento de determinada obligación.

Que un mismo bien puede ser objeto de varios embargos, los derechos de los que hayan hecho practicar se graduarán por su orden de antigüedad.

Permite al embargado señalar bienes, entre varios, sobre los cuales debe recaer la medida, siempre y cuando, con esta indicación no se perjudique la finalidad de la cautela, cual es asegurar las resultas del juicio en consideración a su valor económico, evitándose de esta manera que el ejecutante de la medida busque objetivos diferentes para cuyo logro se le concede, por lo que, si para tal finalidad es igual un bien a otro, lo equitativo es que el embargado pueda señalar un bien alternativo para su cumplimiento.

Para proteger al salario frente a las pretensiones de los acreedores del trabajador, el legislador ha consagrado dos principios fundamentales, a saber:

- La Inembargabilidad del salario mínimo de manera absoluta (salvo los juicios de alimentos y las compensaciones autorizadas por la ley) y;
- La inembargabilidad del salario de manera parcial.

En virtud de la necesidad social de proteger una parte sustancial de la remuneración del trabajador a fin de que ésta cumpla su función alimentaria y de medio de vida que siempre se la ha atribuido.

El Secuestro de Bienes determinados.

El Secuestro. Es la privación de la posesión y libre disposición de una o varias cosas muebles o inmuebles materia de litigio, para preservarlo, en manos de un tercero, en favor de quien resultare triunfador.

Jiménez (1999,86)

En la doctrina encontramos definiciones mediante la cual se afirma que el secuestro es el depósito que se hace de una cosa litigiosa en un tercero, hasta que se decida a quien pertenece.

Couture (1958, citado por Villarroel, 1997,113) dice que el secuestro es la medida cautelar que consiste en la aprehensión judicial y depósito de la cosa litigiosa o de bienes del presunto deudor, a fin de asegurar la eficacia del embargo y el eventual resultado del juicio

Para Sánchez (1995, 170) Se denomina secuestro, la medida judicial que determina que una persona pueda ser desapoderada de una cosa litigiosa.

Entendido como medida cautelar, tiende a preservar la integridad o a evitar el uso de una cosa que constituye objeto de litigio, recayendo por tanto, sobre el objeto mediato de la pretensión principal formulada en la demanda.

Borjas (1964, citado por Henríquez, 2000,121) ha expresado en sus comentarios que la peculiaridad del secuestro reside en que él siempre versa sobre la cosa litigiosa.

El secuestro en la legislación venezolana procede sobre muebles o inmuebles, según las causales establecidas en el **artículo 599** del **Código de Procedimiento Civil** el cual dispone:

Se decretará el secuestro:

1°- De la cosa mueble sobre la cual verse la demanda, cuando no tenga responsabilidad el demandado o se tema con fundamento que éste la oculte, enajene o deteriore.

2°-De la cosa litigiosa, cuando sea dudosa su posesión.

3°-De los bienes de la comunidad conyugal, o en su defecto del cónyuge administrador, que sean suficientes para cubrir aquellos, cuando el cónyuge administrador malgaste los bienes de la comunidad.

4°- De los bienes suficientes de la herencia o, en su defecto, del demandado, cuando aquél a quien se haya privado de su legitima, la reclame de quienes hubieren tomado o tengan los bienes hereditarios.

5°-De la cosa que el demandado haya comprado y esté gozando sin haber pagado su precio.

6°-De la cosa litigiosa, cuando dictada la sentencia definitiva contra el poseedor de ella, éste apelar sin dar fianza para responder de la misma cosa y sus frutos, aunque sea inmueble.

7°-De la cosa arrendada, cuando el demandado lo fuere por falta de pago de pensiones de arrendamiento, por estar deteriorada la cosa, o por haber dejado de hacer las mejoras a que esté obligado según el contrato.

Este artículo enumera de manera taxativa, los casos en que el legislador ha considerado imprescindible la privación de la libre disposición de la cosa o de los bienes que son materia de controversia con respecto a alguno de los litigantes, fundamentándose en el peligro que por pérdida, ruina o

deterioro, pueden correr tales cosas o bienes, poniéndolas a tal efecto en manos de un depositario.

En el **Código Civil** vigente en los **artículos 1780 a 1787** aparecen consagradas las normas sustantivas sobre secuestro dividiéndolo en dos tipos a saber:

Secuestro Convencional y

Secuestro Judicial.

Así el artículo 1781 ejusdem define el secuestro convencional como “el depósito de una cosa litigiosa hecho por dos o más personas en manos de un tercero, quien se obliga a devolverla, después de la terminación del pleito, a aquél a quien se declare que deben pertenecer”

El Código Civil no define el secuestro judicial, sino que se concreta en señalar en los artículos 1785 y 1787 algunas reglas por las cuales debe regirse el mismo.

Se puede señalar como características del secuestro de bienes las siguientes:

- Debe recaer siempre sobre cosas determinadas con anterioridad a la ejecución de la medida, esto es, señaladas por quien pide la medida en su solicitud y determinadas luego en el auto que la acuerde.
- Puede recaer indistintamente sobre bienes muebles o sobre bienes inmuebles, así como sobre derechos incorporales.
- El objeto del secuestro es la cosa litigiosa, esto es, aquella sobre la cual versa la pretensión del demandante.
- El secuestro, ni se decreta ni se levanta mediante caución o garantía, pues solo resultará procedente siempre que la

solicitud se enmarque dentro de algunos de los supuestos taxativamente establecidos en el artículo 599 del Código de Procedimiento Civil.

- El bien que sea objeto de secuestro no puede ser usado por aquél contra quien se dirija la medida, ya que el bien pasa a manos del depositario, que podrá serlo el mismo solicitante de la medida en alguno de los casos previstos en el artículo 599, pero no podrá serlo nunca el afectado por la medida.

Constituyendo el **secuestro** la medida más drástica de las medidas preventivas típicas que preve el Código de Procedimiento Civil, se hace necesario que la apreciación de las normas que defienden los derechos de las personas afectadas, sea mas estricta y que la verosimilitud del derecho pretendido por el solicitante de la misma resulte en forma evidente de los autos, sin que ello signifique un juicio al fondo de la controversia, pero si una razón de justicia y equidad, las medidas cautelares, y el secuestro en particular, no pueden verse como el ejercicio de un poder de persuasión del solicitante contra el afectado por la medida, sino como un medio de aseguramiento de que lo resuelto por la definitiva no resulte inejecutable. Sánchez (1995,175)

Prohibición de Enajenar y Gravar Bienes Inmuebles.

La prohibición de enajenar y gravar constituye una medida cautelar que se traduce en la interdicción de vender o gravar, bienes inmuebles determinados de que la parte contra quien se dirija la medida pueda ser propietario al momento de ejecutarse la medida, mediante la inscripción de la nota marginal

correspondiente en el asiento del título respectivo en la Oficina de Registro donde se encuentre el mismo. Sánchez (1995, 303)

Palacio (1972, citado por Sánchez, 1995,204) Esta medida tiene su origen en la figura de la inhibición general de bienes, que “se traduce en la interdicción de vender o gravar, genéricamente, cualquier cosa, inmueble o mueble registrable de que el deudor pueda ser propietario en el momento de anotarse la medida, o que adquiera con posterioridad”.

La causa legal de esta medida cautelar la encontramos en un viejo principio de las leyes españolas que consideraba nula la venta de la cosa litigiosa, pero, posteriormente, la dinámica y la evolución del derecho le dieron su propio perfil de medida cautelar, evitando así repeticiones y sucesiones de juicios innecesarios.

En Venezuela la prohibición de enajenar y gravar conformó en su primera etapa un adminículo más de llamadas medidas de arraigo. El Código Arandino lo sumergió dentro de la medida de arraigo al establecer que se debían de prestar los bienes propios o los de un fiador por el valor de la cosa demandada, hipotecándoles, para responder de las resultas del pleito bajo pena de prisión.

Tiene por finalidad la prohibición de enajenar y gravar, servir de medida anticipatoria al embargo, garantizando la existencia de bienes de la parte que resulte condenada por la definitiva, para hacer posible su ejecución.

Brice (1963, citado por Villarroel, 1997,139) “la medida de enajenar y gravar bienes inmuebles está encaminada a evitar que la persona contra quien obra la medida pueda deshacerse de sus bienes inmobiliarios o disminuir su valor, a fin de dejar ilusoria las resultas del proceso en el cual es parte, sin perjuicio de que siga usando y disfrutando de ellas. El legislador patrio al considerar infructuosa la disposición sustantiva que obliga al poseedor o detentador de la cosa a recobrarla cuando la ha dejado de poseer por hecho propio, después de intentada la demanda, introdujo la referida medida; con ella quiso evitar nuevos procesos contra el adquiriente, de suyo dispendiosos y aún ilusorios, porque la parte contra quien obra la medida, pudiera haberse quedado insolvente. No siempre la buena fé es norma en estas cuestiones”.

Para Henríquez (2000, 1169) La prohibición de enajenar y gravar que pesa sobre el inmueble litigiosos impide que el demandado traspase el derecho de propiedad que dice tener a tercera persona, lo cual, a su vez supone la imposibilidad de que opere en el proceso una modificación de parte por sucesión en acto entre vivos; o dicho en otros términos, presupone el aseguramiento de la cualidad pasiva en la persona demandada (*perpetuatio legitimationis*).

Para la procedencia de la medida de prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, se requieren los mismos requisitos generales de procedencia de las demás medidas preventivas, previstos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil; esto es, que el solicitante debe acreditar la verosimilitud del derecho reclamado y el peligro en la demora.

A este respecto, tratándose de una medida que afecta patrimonialmente a una de las partes en particular y por estar destinada a impedir el tráfico jurídico de bienes inmuebles cuya propiedad se atribuye a la parte contra quien se dirige la medida, se hace necesario además que el peticionante presente prueba fehaciente de la propiedad atribuida a la otra parte y la indicación en su solicitud de la situación y linderos del inmueble o los datos relativos al derecho inmobiliario objeto de la misma.

El **artículo 600 del Código de Procedimiento Civil** establece:

“Acordada la prohibición de enajenar y gravar, el Tribunal, sin pérdida de tiempo, oficiará al Registrador del lugar donde estén situados el inmueble o los inmuebles, para que no protocolice ningún documento en que de alguna manera se pretenda enajenarlos o gravarlos, insertando en su oficio los datos sobre situación y linderos que constaren en la petición”.

De la medida de prohibición de enajenar y gravar surge para el Registrador Subalterno a quien le sea participada oportunamente la misma, la obligación de abstenerse de autorizar el otorgamiento de documentos por los cuales se enajenen o graven los derechos vinculados en los inmuebles de su jurisdicción, sobre los cuales recaiga la medida.

A este respecto el segundo aparte del **artículo 600 ejusdem** dispone:

Se considerarán radicalmente nulas y sin efecto la enajenación o el gravamen que se

hubieren protocolizado después de decretada y comunicada al Registrador la prohibición de enajenar y gravar. El Registrador será responsable de los daños y perjuicios que ocasione la protocolización.

Los Registradores son responsables penalmente por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de sus funciones, lo mismo que civilmente por los perjuicios que causen directa o indirectamente.

Capítulo IV

Valor y Efecto Jurídico de la Medida Cautelar de Embargo.

Seguridad Jurídica

Aun cuando en la doctrina clásica no se observa gran desarrollo de la noción de Seguridad Jurídica, pueden mencionarse como antecedentes de este valor, algunas citas del Digesto correspondientes a Juliano, Neratio y a Paulo, en las que se enfatiza la estabilidad de las Constituciones (normas) como un elemento de seguridad en las relaciones.

También los teóricos del contrato social, especialmente Hobbes, quien al definir la esencia del Estado alude al logro de la seguridad, de la paz y la defensa común.

La seguridad jurídica se presenta como un valor que coadyuva al logro de la Justicia, y que busca dejar sin efecto toda expresión que implique peligro para la confianza de los ciudadanos en el derecho.

La Seguridad Jurídica ha sido establecida constitucionalmente en España, en el artículo 9.3 de la constitución de 1978, así como en el preámbulo de dicho texto. Y ha sostenido el tribunal constitucional español en sentencias 15/1981 de 7 de mayo y 27/1981 de 20 de junio, que la Seguridad Jurídica abarca el principio de la legalidad, la jerarquía de normas, la publicidad de las normas, la irretroactividad de la Ley, la responsabilidad, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la tutela judicial efectiva, pero que no se agota dicha noción en suma de tales principios.

En Venezuela, del preámbulo de la Constitución vigente se desprende la consagración de la Seguridad Jurídica, como uno de los fines perseguidos por nuestro sistema, cuando se señala entre los propósitos Sustentar el orden democrático como único e irremediable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos.

En este sentido encontramos en el Ordenamiento Jurídico Venezolano distintas normas dirigidas a garantizar la Seguridad Jurídica, entre las que pueden mencionarse aquellas que aluden a: la presunción de conocimiento de la ley, la irretroactividad de la Ley, la cosa juzgada, el principio de legalidad, la prescripción, el principio de publicidad, entre otras.

La Tutela cautelar es un instrumento para lograr la Seguridad Jurídica.

La certidumbre demanda la existencia de un sistema jurídico o normativo dotado de las cualidades que prevean procedimientos de producción, promulgación y publicidad de la Ley, que consagren el principio de tipicidad en materia penal y sancionatoria, derechos adquiridos, etc; y la confianza, referida

a la capacidad del aparato jurisdiccional para resolver de manera justa, oportuna y eficazmente las controversias.

Araujo (2000,79)

La Seguridad Jurídica no sólo implica la certeza y confianza, sino que va mucho más allá, pues alude al tema de la efectividad, de la materialización de dicha seguridad, que en el campo jurídico se va a proyectar en el derecho a la tutela judicial efectiva.

La realización de la Seguridad Jurídica requiere un sistema legal que establezca las garantías necesarias para hacer efectivos los derechos. Es por ello que las legislaciones modernas han previsto, ya no solo como procesal sino como fundamental, el derecho a la tutela cautelar.

La Jurisprudencia nacional en pro de lograr una verdadera tutela cautelar judicial efectiva, ha procedido, por ejemplo a otorgar medidas innominadas en el contencioso administrativo, aplicando el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que remite al Código de Procedimiento Civil, con lo cual se ha hecho uso de los artículos 585 y 588 ejusdem.

La Seguridad jurídica no puede estar desprovista del carácter preventivo, puesto que no sería satisfecha esa necesidad de seguridad, sino es posible evitar violaciones de los derechos subjetivos.

El Derecho ha tratado de proteger en todo momento la Seguridad Jurídica, lo que en el caso de las medidas cautelares se materializa en que durante el curso del proceso, esa pretensión jurídicamente viable no quede a la deriva, mientras se dicta la sentencia que pondrá fin al mismo.

La importancia de la vocación preventiva y provisional de las medidas cautelares como instrumento para lograr la Seguridad Jurídica, se patentiza en el campo del derecho Público, cuando se recurren decisiones administrativas, que como bien se sabe están investidas de la presunción de legalidad, veracidad y certeza y de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad (Sentencia de 9 de noviembre de 1989 de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, caso Arnaldo Lovera).

Para Jiménez (1999¹⁶) por más que nuestro proceso se simplifique y la justicia se perfeccione la cautela seguirá siendo el mecanismo de seguridad de los derechos vulnerados y del cumplimiento de obligaciones incumplidas, ya que se asegura una ejecución de la eventual ejecución de la sentencia, de que la misma no se haga ilusoria. Nada se hace con una justicia declarativa, que declare el derecho, que de satisfacción al alegato de parte, si aquello que se peticiona no se puede materializar, mediante actos ciertos y efectivos de ejecución; y ello solo se logra con la existencia de una institución cautelar objetiva, definida y, obviamente que justa.

Tutela Judicial Efectiva.

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido consagrado con rango constitucional en muchos países. Así por, ejemplo, podemos mencionar los casos de Alemania, donde esta previsto en el artículo 19IV de la Ley Fundamental de Bonn; en España en el artículo 24.1 de la Constitución; el Italia en los artículos 24 y 113 de la Constitución.

En Venezuela, el derecho a la tutela judicial efectiva con carácter general se consagra en el **artículo 26 de la**

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual prevé:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”.

Este artículo constitucional, implica la existencia de la garantía a un proceso debido, a una tutela judicial efectiva.

Este carácter constitucional debe ser entendido como un derecho y como una garantía universal e incondicional y como tal es un valor de aplicación inmediata, en virtud de la cual debe prevalecer el mandato constitucional en razón del principio de supremacía constitucional y así debe ser entendido.

En efecto, la tutela judicial efectiva es un derecho reconocido por la Constitución Nacional como por los tratados Internacionales de protección de los Derechos humanos, ya que lo que va a garantizar los efectos de la sentencia es el sistema cautelar que deriva como garantía Sine Qua Non del derecho de tutela judicial.

El estado de derecho es, ante todo un estado de tutela, esto es una organización jurídica mediante la cual se ampara y protege a los ciudadanos en el goce efectivo de sus derechos subjetivos (individuales o colectivos).

Es por ello, que toda tutela judicial para ser efectiva debe respetar siempre los derechos fundamentales de los justiciables de manera eficaz.

La tutela se refiere precisamente, al hecho de que un juez conoce de un interés jurídico, sea sustancial o meramente procesal, y lo decide, con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente, tal como lo ha dicho el **Tribunal Constitucional Español** y, de igual forma la **Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia**: “La Tutela Judicial lo que implica es un juicio sobre el fondo o mérito de la pretensión”.

El Estado, quien debe garantizar el acceso a la jurisdicción mediante disposición de un número suficientes de tribunales y en los lugares que se requieran para atender al servicio público jurisdiccional, y al juez, persona física o natural, quien queda obligado a dictar una decisión adecuada al ordenamiento jurídico y oportuna, esto es en el tiempo que la ley procesal dispone para ello.

En la actualidad la doctrina y la jurisprudencia, tanto patria como extranjera, es conteste en señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva se presenta como un derecho complejo que implica e involucra dentro de sí la verificación de otros derechos, como el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la tramitación de un proceso en el cual se hayan resguardado todas las garantías, el derecho a la obtención de un fallo fundado en derecho y a su vez el derecho a obtener la efectiva ejecución del mismo: así como también el derecho a gozar de distintas medidas cautelares cuando se cumplan los requisitos exigidos legalmente para las mismas. Escarrá, (2006,13).

La Sala Constitucional del máximo tribunal de nuestra Republica se ha pronunciado a este respecto al establecer: Observa esta sala, que el **artículo 26 de la Constitución Vigente**, consagra de manera expresa el derecho a la tutela

judicial efectiva, conocido también como la garantía jurisdiccional, el cual encuentra su razón de ser en que la justicia es, y debe ser, tal como lo consagran los artículos 2 y 3 ejusdem, uno de los valores fundamentales presente en todos los aspectos de la vida social, por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los objetivos de la actividad del Estado, en garantía de la paz social.

En el mismo sentido, señala la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 15-02-2000, caso Enrique Méndez Labrador, que el debido proceso es: “Aquel proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una **tutela judicial efectiva**”, y en este sentido el proceso debido será aquel que permita que la tutela jurisdiccional de los tribunales sea efectiva.

El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos, los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

Se trata de un principio considerado en si mismo como un derecho y garantía, vinculado al debido proceso o proceso debido; hacer factible el cabal ejercicio de los derechos

materiales e intereses jurídicos, obtener los efectos que la ley deduce de ciertas situaciones jurídicas, garantizar la obtención de los tribunales correspondientes, una sentencia.

A este respecto, la cautela se presenta como una de las manifestaciones más directas e importantes dentro del ámbito de la concepción de la tutela judicial efectiva, en el entendido que esta actuación por parte del juez se encuentra orientada en su concepción finalista, al aseguramiento de efectiva ejecución y materialización en el orden de lo fáctico de las disposiciones contenidas en los mandamientos de una sentencia con fuerza de cosa juzgada, lo cual se traduce en la efectividad de la tutela judicial que impone el texto constitucional en su artículo 26 como un derecho de los particulares y como un deber del estado.

La noción de medida cautelar no agota el ámbito sustancial de la tutela judicial efectiva, por el contrario, se presenta como una de sus manifestaciones, de vital importancia, pero en coexistencia con otros elementos como lo son: el acceso a los órganos que conforman el aparato judicial; la tramitación de un procedimiento; el derecho a un debido proceso, con cada una de sus manifestaciones; el derecho a la defensa; la acción y la pretensión; el interés; la utilidad o efectividad del proceso; entre los más destacados.

Un sector de la doctrina internacional, encuentra sustento constitucional a las medidas cautelares, en el artículo 24 numeral 1 de la Constitución Española que dispone:

“todas las personas tienen derecho a obtener la **tutela efectiva** de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus

derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

La efectividad de la tutela judicial, al menos de la contenciosa administrativa que aquí importa, depende del grado de eficacia del sistema de control jurisdiccional de la administración y esa eficacia está condicionada, a su vez, por la regulación misma del cauce procesal a través del que se produce, las posibilidades de conservación del derecho o situación jurídica litigiosa mientras dure el proceso; y, finalmente, los poderes del juez en orden a la ejecución del fallo.

Parejo (1983 citado por Escarrá 2006,27)

La doctrina científica es conteste en reconocer que la tutela cautelar es uno de los componentes del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y constituye una garantía de que la sentencia definitiva pueda ser ejecutada, en caso que sea favorable a las pretensiones del justiciable. Ello permite afirmar que si al órgano jurisdiccional no se le otorgan las potestades que garanticen el control de la ejecutividad administrativa y, en consecuencia, la futura ejecución de la sentencia que en el proceso recayere, la tutela judicial no será efectiva. García (1995 citado por Hernández 2006,253).

En el proceso administrativo la tutela cautelar tiene tres formas de manifestación a saber: la suspensión de la ejecución de los actos administrativos; el amparo constitucional cautelar; y las medidas cautelares innominadas, establecidas en los artículos 585 y 588, parágrafo primero del Código de Procedimiento Civil.

La Evolución jurisprudencial se ha encargado de unificar tanto el proceso cautelar como los presupuestos procesales para la concesión de la tutela cautelar. Es así como se ha señalado que todas las medidas cautelares deben concederse y tramitarse de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

La tutela judicial efectiva, significa sin lugar a dudas, el derecho a utilizar medidas cautelares y que la misma sea oportuna.

Cumplimiento del ordenamiento jurídico.

Es un lugar común sostener que la sociedad, particularmente la política que hoy llamamos Estado, no es posible sin el Ordenamiento en que en definitiva el Derecho consiste.

Ese Ordenamiento jurídico no puede ser cualquiera, sino que han de informarlo u orientarlo determinados principios que permitan organizar la Sociedad, la vida de relación, de forma que ésta resulte posible, tranquila y armónica.

Esos principios, fines u objetivos que deben inspirar y conseguir el orden por parte del Derecho. No son otros que los llamados valores jurídicos, es decir, las verdades que el Derecho debe imponer en las relaciones jurídicas de los individuos entre sí, o de éstos con el Poder Público, aunque muchas veces no lo consiga.

Justicia.

Supremo ideal que consiste en la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo. (Justiniano)

Las medidas cautelares tienen por objeto, asegurar o garantizar el restablecimiento de la significación económica del litigio, a fin de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo, como es evitar la especulación con la malicia, señalándoles así un doble propósito. MORAL Y MATERIAL. Couture (1976, citado por Sánchez. 1995,21)

La propia jerarquía del órgano jurisdiccional exige que sus decisiones puedan ser ejecutadas y que cuanto contiene una dispositiva sea efectivamente cumplida. Al simbolizarse la justicia se le vendó los ojos, señalando de esa manera que la misma no podía tener parcialidades.

La Justicia es ciega porque da la razón a quien la tiene, sin ver a quien, pero esa razón no puede ser abstracta, debe poseer la instrumentación para ejecutarla y debe incidir en un mundo de posibilidades.

En razón a esto, se hace necesario que se ejecuten efectivamente las decisiones judiciales para que el equilibrio social pueda mantenerse.

El proceso, entendido como la institución a través de la cual el Estado procura la paz social como uno de sus fines, las medidas cautelares no pueden tener otro objeto que impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se procura al recurrirse al órgano jurisdiccional a través del proceso en el cual se dicta la providencia cautelar, pierda su eficacia en el lapso que transcurre en el desarrollo del mismo, asegurándosele a la justicia, alcanzar su cometido, al evitar que lo declarado por la sentencia que pone fin al juicio, resulte ilusorio. Tiene entonces una finalidad práctica, como es evitar que la justicia sea eludida haciendo imposible su aplicación; siendo uno de los presupuestos el peligro en la demora; esto

es, el temor fundado de que puedan realizarse actos que conlleven a hacer imposible el cumplimiento de la sentencia que, eventualmente, pudiera dictarse.

Celeridad.

El Código de Procedimiento Civil en el **artículo 10** dispone:

“La justicia se administrará lo más brevemente posible.

En consecuencia, cuando en este Código en las leyes especiales no se fije término para librar alguna providencia, el juez deberá hacerlo dentro de los tres días siguientes a aquel en que se haya hecho la solicitud correspondiente”.

Entiéndase la parte inicial de la norma comentada, como una orden a los juzgadores y demás funcionarios judiciales en el sentido de cumplir los lapsos procesales de la forma más estricta posible, y si es factible acortarlo al mínimo cuando la ley lo faculte para ello.

A decir del ilustre procesalista Eduardo Couture, en el proceso el tiempo no es oro sino justicia.

Ihering afirmaba “la lentitud de la justicia es en sí una injusticia”

Es clamor popular que la justicia se debe aplicar de manera breve y rápida. Calvo (2000,26).

Para Henríquez (2000,43) La necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en vanguardia una situación de hecho, es pródicamente suplida por las medidas cautelares. Ellas “representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosa pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia se resuelva mas tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario”.

Garantía para los justiciables.

Las medidas cautelares constituyen una garantía para los Justiciables los cuales afianzan los resultados de las sentencias lo que significa que son aquellos actos que tienden al aseguramiento de las pretensiones y que llegado el momento se le son estimadas, están aseguradas las resultas del fallo judicial y, a su vez satisfecho en debida forma el derecho a la tutela judicial efectiva.

Para Araujo (2000,85) La efectividad de la sentencia surge como una garantía constitucional procesal del justiciable frente al estado. Este debe por todos los medios posibles, no sólo brindar a los justiciables el efectivo funcionamiento de la rama jurisdiccional para que sean atendidas todas las pretensiones que deseen hacer valer ante los jueces y tribunales, sino también garantizarles de alguna forma que los efectos de la sentencia se cumplirán, pues de lo contrario estaríamos ante una clara ineffectividad del derecho a la tutela judicial.

Por tal razón, el sistema cautelar es la sustancia misma de que los justiciables conservamos el espíritu de confianza en el poder Judicial, el sentimiento de encontrarnos respaldados por un Estado de Derecho que tiene como finalidad preservar los derechos de tal forma, que cuando se dicte una sentencia ésta pueda tener todavía una vigencia y genere una sensación de justicia en sus destinatarios, ya que garantizados los efectos de la sentencia resultante no se podrá alegar que la tutela judicial no ha sido efectiva.

El sistema cautelar surge entonces, como la garantía constitucional procesal que tienen los justiciables para que los efectos de la sentencia se cumplan o se hagan efectivos.

En cuanto a la función que cumple la tutela cautelar respecto de la seguridad jurídica del demandante, alude a la necesidad de protección del ejercicio de los derechos, por lo que si corresponde al órgano jurisdiccional declarar el derecho al caso que esté conociendo, no se logrará el fin perseguido de seguridad y protección del derecho demandado, si una vez producida la sentencia ya es tarde, de manera que el demandante que ha resultado favorecido por la decisión, se verá frustrado ante un sistema jurídico que no le ofrece seguridad, pues ese derecho que le fue reconocido ya ha sido agraviado, y quizás haya sufrido un daño irreversible, de allí la importancia de las medidas cautelares como un mecanismo para lograr la Seguridad Jurídica, en este caso del demandante.

En consecuencia la sentencia del Tribunal Constitucional Español 238/1992, sostuvo lo siguiente:

..... la potestad jurisdiccional de suspensión,
como todas las medidas cautelares, responde

así a la **necesidad de asegurar** en su caso, la efectividad del pronunciamiento del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento, añadiendo más adelante, recordando la sentencia 14/1992, que la tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso.

Por lo que respecta a la seguridad jurídica del demandado, la misma se encuentra satisfecha en lo que al ámbito de las medidas cautelares concierne, en la posibilidad que tiene aquél de oponerse a la medida concedida.

Así, en el caso del procedimiento administrativo, cuando se acuerdan medidas en virtud de lo previsto en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, puede la parte contra quien obra la medida oponerse a ella, y la oposición se sustanciará y resolverá de acuerdo a lo establecido en los artículos 602,603 y 604, ejusdem

De manera que la medida cautelar una vez concedida podría ser modificada o revocada, en pro de la Seguridad Jurídica de la parte contra quien aquella hubiere obrado.

Igualmente la seguridad jurídica también se verá satisfecha aun cuando no se otorguen las medidas solicitadas, si de las circunstancias del caso no se evidencien los presupuestos

periculum in mora y el fons bonis iuris, lo que deberá ser objeto de una decisión suficientemente motivada por parte del juez.

Siendo así protegida la seguridad jurídica del demandado, en virtud de que no se producirá una modificación en su situación, hasta que se dicte la sentencia definitiva.

De igual manera con las medidas cautelares se protege la seguridad jurídica de los terceros, con quien el solicitante de aquéllas haya establecido o le corresponda establecer relaciones jurídicas, en virtud de las cuales deba ejercitar el derecho que demanda.

De no existir sistemas cautelares, no sería posible la satisfacción plena de la necesidad de seguridad jurídica.

Ejemplo de ello se observa en materia funcional, cuando el querellante solicita la suspensión de los efectos del acto a través del cual se le suspende del ejercicio de su cargo, o se le remueve, y la medida le es concedida.

El sistema cautelar no solo tiene presente los derechos de la parte actora y la demandada, sino también los de terceros y si la demandada es la Administración Pública, los de la colectividad.

Cuando se concede una medida cautelar para asegurar la eficacia de una sentencia, se está garantizando el derecho de la parte a la tutela judicial efectiva, pero a su vez se está garantizando el cumplimiento del Ordenamiento Jurídico, al que debe conformarse dicha decisión judicial, y en el que está interesada la colectividad.

Uno de los factores que debe ponderar el juez para acordar o no medidas cautelares, es el interés general. Araujo (2000,88)

CAPITULO V

DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ PARA ACORDAR MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO.

Principio Inaudita pars.

La característica fundamental de la medida cautelar, cualquiera que ella sea, es que la misma se solicita, se decreta y se practica INAUDITA PARS, es decir sin la presencia, audición o conocimiento de la parte contra quien se dirige y le afecta.

Para que la finalidad de la medida preventiva se cumpla y su eficacia se asegure nada mejor que la INAUDITA PARS.

La vigencia de este principio descarga en la persona del Juzgador la DISCRECIONALIDAD DEL DECRETO cuando, a su juicio, existan los elementos legales que la justifiquen, puesto que la discrecionalidad no es subjetiva, sino objetiva. Jiménez (1999,21).

La Jurisdicción de discrecionalidad, propiamente llamada jurisdicción de equidad tiene por objeto la razón de la justicia del caso concreto, la solución satisfactoria, también en sede cautelar provisional, que el caso reclama.

En este sentido el **Código de Procedimiento Civil** establece en el **artículo 23** lo siguiente:

Cuando la ley dice: “El Juez o Tribunal puede o podrá”, se entiendo que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.

Con esta disposición el legislador no hace otra cosa que fijar el sentido con que se usa la frase “el juez puede o podrá” a fin de alejar toda duda y establecer la precisión.

No habrá juez que al tropezarse con un “puede o podrá”, se crea autorizado, para conceder o no, según su capricho o su voluntad soberana, sino que ha de entender que la ley confía en su prudente arbitrio para que estime si es conforme a la razón o a la equidad, cónsono con la justicia imparcial, obrar en este o en el otro sentido. Feo (1953, citado por Calvo,2000,45).

Para Henríquez (2000,162) Uno de los medios más eficaces para lograr el fin de las medidas preventivas es el modo inaudita parte como se dicta y se ejecuta la providencia.

La inaudita parte tiene una relevancia muy especial en materia cautelar, puesto que se identifica con el factor sorpresa. La inaudita parte implica que la medida se decreta y se ejecuta sin que la parte tenga o deba, en manera alguna, conocer de la existencia de la acción o de la medida decretada. Sin embargo, al lado del factor sorpresa, y como correlativo compensatorio, surge la noción de seguridad jurídica que da la inaudita parte, porque evita que las personas contra quien obre la medida, puedan insolventarse. Garantiza, da confianza y seguridad jurídica en que el proceso; en su culminación relevante, tiene

ejecutoriedad, y se cumplirá sin menoscabo de los derechos legítimos. Jiménez (2000,28).

El inaudita altera pars no constituye realmente una condición de procedibilidad, sino una característica o un modo de actuar, necesario y vinculante sí, para el juez hasta cierto estado de la incidencia, que hace posible la ejecución con mayor seguridad y facilidad.

En consecuencia, las medidas preventivas pueden decretarse “sin que la otra parte tenga ningún conocimiento de las mismas sino hasta el momento en que el juez se le aparezca para cumplirlas; es lógico que dicha providencia o medida pueda dictarse así, pues si fuera necesario avisar a la otra parte y ponerla en conocimiento del proceso que contra ella se pretenda y que está incoado, estaría sobreaviso, dejando totalmente burlada la naturaleza esencial de este tipo de medidas, que requieren celeridad y sorpresa para cumplir su cabal cometido”.

Para Sánchez (1995,30) Por tratarse de un procedimiento sumario, su tramitación se produce sin contradictorio, con los solos elementos de prueba que presente el solicitante de la medida, a reserva de que el juez pueda solicitar la ampliación de la prueba de los presupuestos de procedencia cuando encuentra insuficiente la misma, pero sin que se requiera la notificación previa de la parte contra quien obre; de allí que se erija en un **poder discrecional del juez** acordarla o negarla; discrecionalidad que debe entenderse en un sentido eminentemente objetivo.

Para Ortiz (1999,16,17) Ciertamente estamos en presencia de una facultad discrecional pues ello es lo que indica la

conjugación verbal indicativa “podrá”, pero no debe dejar de percatarse el interprete, que la misma norma “condiciona” esa facultad pues ello es lo que indica el adverbio circunstancial “cuando”..., es decir que para proceder a dictar la medida – a pesar de la discrecionalidad- el juez debe certificar que se cumpla la condición, esto es, “cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación” y los otros requisitos, es decir, remisión al artículo 585 es inobjetable, pues no queda duda alguna que la voluntad de la leyes que se cumpla estrictamente con los requisitos previstos en el artículo 585, y tan tajante es la voluntad de la ley que no se contempló en norma alguna, la posibilidad de obviar esos requisitos mediante el régimen de caución o fianza, es por ello que estimamos que este tipo de discrecionalidad bien puede llamarse “discrecionalidad dirigida” para englobar el hecho de que la cautela es discrecional pero que cumpliéndose los requisitos exigidos por el legislador procesal, el juez está en la obligación de dictar la medida so pena de incurrir en denegación de justicia con las consecuente obligación de indemnizar civilmente los daños que hubiere causado con su inactividad.

El artículo 601 del Código de Procedimiento Civil dispone:

“Cuando el tribunal encontrare deficiente la prueba producida para solicitar las medidas preventivas, mandará a ampliarlas sobre el punto de la insuficiencia, determinándolo. Si por el contrario hallase bastante la prueba, decretará la medida solicitada y procederá a su ejecución. En ambos casos, dicho decreto deberá dictarse en el mismo día en que se haga la solicitud, y no tendrá apelación.

De allí se deduce en interpretación extensiva y por argumento a contrario, la imposibilidad legal para entrar en juicio e impedir o retardar el procedimiento, aun cuando el demandado se impusiese de la pieza, o incluso diligenciase la apelación.

CONCLUSIONES

Al finalizar todos los capítulos, es posible comprender de mejor manera lo ya anticipado en su introducción.

Hay casos en los cuales se puede acordar medida cautelar de embargo con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho, pretensión esta que equivale a un conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo.

La medida cautelar de embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, esta prevista junto a otras, en el libro tercero, titulo I, capitulo I del Código de Procedimiento Civil Vigente.

En relación a las condiciones aplicables para decretar medida cautelar de embargo, permite de manera específica establecer su disposición en la ley, en este sentido, la ley adjetiva civil dispone que se decretarán por el juez sólo cuando exista el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*) y, cuando se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama (*fomus bonis iuris*).

El estudio de las medidas cautelares preventivas acordadas en un caso concreto, específicamente del Embargo de bienes

muebles, desarrollado en esta investigación, constituyen una garantía para los justiciables, en el sentido de evitar que la justicia sea eludida haciendo imposible su aplicación, en virtud de que las mismas resultan procedente en cualquier tipo de proceso y en cualquier estado y grado de la causa, manteniendo a las partes en situación de igualdad, evitando su insolvencia, la modificación de los hechos o del estado de las cosas o la recurrencia a situaciones que hagan ilusoria la ejecución del fallo.

La Medida Cautelar de Embargo prevista en la Ley Adjetiva Civil, reviste características especiales, que en principio son específicas de este tipo de medidas, ya que la misma debe recaer en forma exclusiva sobre bienes muebles, en bienes que sean propiedad de la persona contra quien se dirija el decreto, que no se trate de bienes personalísimos o de necesidad vital para la subsistencia humana, que no se trate de bienes de la nación o pertenecientes a la nación ; en cuanto a al embargo de sueldos, salarios y remuneraciones se establece una escala para efectuar el mismo; el señalamiento de los bienes a embargar los realizara preferentemente el propio embargado siempre que no haya perjuicio para el embargante.

En cuanto al valor y efecto jurídico de la medida cautelar de embargo, reviste gran importancia en nuestro ordenamiento jurídico como una garantía constitucional procesal para los justiciables, la cual asegura los efectos resultantes de las sentencias, es decir, que tienden al aseguramiento de las pretensiones y que llegado el momento si le son estimadas, están aseguradas las results del fallo judicial y a su vez, satisfecho en debida forma el derecho a la tutela judicial efectiva.

La medida cautelar, cualquiera que ella sea, se solicita, se decreta y se practica inaudita pars, es decir, sin la presencia, audición o conocimiento de la parte contra quien se dirige y le afecta. La vigencia de este principio descarga en la persona del juzgador de discrecionalidad del decreto, cuando a su juicio, existan los elementos legales que la justifican.

Por último, los resultados obtenidos en la presente investigación evidencian que la nota característica de las medidas cautelares, específicamente el embargo de bienes muebles objeto de estudio, reside 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 presunciones legales, así, el Código de Procedimiento Civil ha conferido un poder cautelar general a la autoridad judicial atendiendo a su libre arbitrio.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Ávila, Ydamis. (2002). **La Obligación Alimentaria en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.** Valencia- Venezuela- Caracas. Vadell Hermanos Editores.
- Balzán, J. (2005). **De la Ejecución de la Sentencia. De los Juicios Ejecutivos. De los Procedimientos Especiales Contenciosos.** Caracas. Mobil-Libros.
- Cabanellas, G. (1989). **Diccionario de Derecho Usual.** Tomo II . 21° Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. Argentina.
- Cornieles, C. (2000). **Procedimientos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.** Valencia- Venezuela-Caracas. Vadell Hermanos Editores.
- Calvo, E. (2000). **Código de Procedimiento Civil de Venezuela** Caracas, Ediciones Libra C.A.
- Henríquez La Roche, R. (2000). **Medidas cautelares según el C.P.C.** Caracas. Ediciones LIBER.
- Jiménez, S. (1999). **Medidas Cautelares.** Caracas. Keltran Editores C.A.

Sánchez, A. (1995). **Del Proceso Cautelar y de otras Incidencias (Arts. 585 al 607)**. Caracas - Venezuela. Paredes Editores.

Sojo, R. (2002). **El Derecho de Alimentos en la Legislación Venezolana**. Caracas. Mobil-Libros.

Villarroel, P. (1997). **Del Procedimiento Cautelar de la Tercería y del Embargo Ejecutivo**. Caracas - Venezuela. Ediciones Libra.

Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal N° 3- Las medidas Cautelares. (2000). Caracas - Venezuela. Livrosca.

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

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

Rengel, A. (1994). **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano**. Caracas. Editorial Arte.

Cuenca, H. (1965). **Derecho Procesal Civil**. Caracas. UCV.

Bello, H. (1989). **Procedimiento Ordinario**. Caracas. Mobil-Libros

Grisanti, I. (2000). **Lecciones de Derecho de Familia**. Séptima Edición. Valencia – Venezuela - Caracas. Vadell

Hermanos Editores.

Vegas, N. (1979). **Las Medidas Preventivas Mercantiles.**
Caracas. Ediciones Magon.

Moros, C. (1999). **Vía Ejecutiva.** Tercera Edición.
Colección “Juicios Ejecutivos” N° 1. Caracas – Venezuela.
Editorial Componentes.

Moros, C. (2001). **Ejecución de Hipoteca.** Primera parte.
Colección “Juicios Ejecutivos” N° 3. Caracas - Venezuela.
Jurídicas Rincón.

Moros, C. (2001). **Ejecución de Hipoteca.** Segunda parte.
Colección “Juicios Ejecutivos” N° 5. Caracas – Venezuela.
Editorial Componentes.

Moros, C. (2003). **Procedimiento Por Intimación.**
Colección “Juicios Ejecutivos” N° 2. Venezuela.
Jurídicas Rincón.

Acamid. (2002). **Memorias del Congreso Latinoamericano
De Derecho Procesal.** Mérida - Venezuela. Editorial Casa
Blanca.

Universidad Católica Andrés Bello. (2006). **Tendencias
Actuales del Derecho Procesal. Constitución y Proceso.**
Caracas. Editorial Exlibris, C.A.

