VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

TRABAJO ESPECIAL DE GRADO

ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Presentado por:
Abga. Maurys Alcántara

Para Optar al Título de
Especialista en Derecho Procesal

Asesor:
Abga. Nelly del Valle Mata

Cumaná, Noviembre 2012

Introducción

La doctrina italiana, es la que desde comienzos del siglo XX construyó poco a poco, un concepto autónomo de la institución cautelar, con independencia de la ejecución procesal, partiendo de reconocidos autores como Calamandrei, Chiovenda, Carnelutti y otros. Pero haciendo una distinción entre la justicia cautelar y la preventiva.

De acuerdo con Argüello (1989), por tutela preventiva debe entenderse aquella función que puede asumir, en ciertos casos, los órganos jurisdiccionales, para proteger el derecho a la justicia de los ciudadanos ante el peligro genérico de que pueda ocasionarse un daño jurídico. Es, como indica Calamandrei (1992), una anticipación de la jurisdicción.

En cambio, la tutela cautelar se ejerce por los tribunales con la finalidad de anticipar la actuación del derecho, no ante la aparente existencia de un peligro genérico, sino de un determinado peligro específico, es decir, por el peligro de que la actuación definitiva y directa del derecho sea, en su momento, imposible, por haberse alterado maliciosamente la situación de hecho y de derecho durante el transcurso del proceso. Entonces, junto al peligro del daño, viene a ser característica importante de la tutela cautelar, que ésta se conceda con ocasión de un proceso pendiente o proyectado.

Las medidas cautelares, son disposiciones jurisdiccionales establecidas en aras de proteger o precaver que el fallo de un juicio principal quede infructuoso o ilusorio en su ejecución, y tienen atribuida la más noble tarea de la justicia material preventiva, la cual busca mecanismos garantistas adicionales a la mera función de juzgar.

El poder cautelar implica una potestad reglada y el deber que tienen los jueces para evitar cualquier daño que se presente como probable, concreto e inminente en el marco de un proceso en perjuicio de las partes y por supuesto, en detrimento de la administración de justicia.

Es la potestad otorgada a los jueces y procedente de la voluntad del legislador

para dictar las decisiones cautelares que sean adecuadas y pertinentes en el marco de un proceso jurisdiccional y con la finalidad inmediata de evitar el acaecimiento de un daño o una lesión irreparable a los derechos de las partes y a la majestad de la justicia, en el marco del proceso.

El objeto de la materia cautelar está dirigido al mantenimiento y conservación del status existente al día de la demanda, para garantizar patrimonialmente una eventual ejecución cuando la medida tenga razonable justificación. Esta condición da a las medidas cautelares su característica de instrumentalizad, pues depende de una providencia definitiva, es decir que en sí misma no es la finalidad del proceso, sino que es garantía de una decisión judicial de la cual es accesoria.

La institución cautelar en el ordenamiento jurídico venezolano está prevista en el Código de Procedimiento Civil (1990) con miras al resguardo o la satisfacción de la tutela judicial efectiva, para la obtención de la justicia formal y material preventiva, desde esa perspectiva se configura la finalidad o el verdadero objetivo de la función jurisdiccional y la legitimidad del Estado de Derecho.

El poder cautelar general es concebido por la doctrina como la potestad jurisdiccional de ordenar las medidas provisorias que se juzguen adecuadas para evitar los eventuales perjuicios. Este vastísimo poder tiene naturaleza discrecional, pero, el ser discrecional no significa que es arbitraria. Es solamente libertad de elección o de determinación, dentro de los límites de la ley. Se corresponde esta facultad con la inevitable existencia de lagunas dentro del orden jurídico, porque la ley, por su necesaria abstracción y generalidad, se ve a menudo imposibilitada de determinar las reglas de conducta para las peculiaridades infinitas de los casos concretos (Calvo-Baca, 1998).

Las medidas preventivas están consagradas por la ley para asegurar la eficacia de los procesos, garantizando la eficacia de la sentencia, evitando el menoscabo del derecho que el fallo reconoce, a cuyo fin se aseguran bienes que quedan interdictados judicialmente, fuera de toda transacción comercial; se pone la cosa litigiosa en manos de un tercero imparcial; se asegura la cualidad a la causa del reo; se adelantan los efectos satisfactorios de la sentencia definitiva; se da noticia en el régimen registral

de la pendencia del juicio sobre determinado bien, con el fin de asegurar la efectividad de la sentencia.

El elemento fundamental de la tutela judicial efectiva lo constituye la institución de las medidas cautelares, pues la tutela cautelar judicial es un instrumento que sirve para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, en búsqueda que la sentencia que a su vez declare el derecho, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, de manera que al obtenerse por este camino la eficacia de la administración de justicia, los derechos que cuya existencia y protección son declarados por el ordenamiento, puedan hacerse efectivos y, de esta forma, garantizar la seguridad jurídica.

Así las cosas, por mandato legal se le otorga al juez a quo la potestad de acordar las medidas peticionadas por la parte temerosa, siempre que las considere necesarias y se completen los extremos de ley, entendiéndose el sistema cautelar como función jurisdiccional y como derecho tutelado, tal como lo establece la norma adjetiva en su artículo 588, el cual prevé respecto a las medidas cautelares, que el Tribunal en cualquier estado y grado de la causa puede decretar, entre ellas: El embargo de bienes muebles, el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Por otra parte, el antes citado artículo en su parágrafo primero introduce o hace referencia a las medidas cautelares innominadas, expresión propia del poder cautelar general, cuando prevé:

> Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.
>
> En estos casos, para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión (s/p).

Del texto citado se desprenden los caracteres esenciales de las cautelas

innominadas, dentro de las cuales destacan: (a) la innumerabilidad de sus casos, (b) la generalidad de las medidas cautelares innominadas, (c) la discrecionalidad del Juez al acordarlas, siempre que las considere adecuadas, y sus requisitos formales de procedencia referentes al riesgo manifiesto y, (d) el acompañamiento de un medio de prueba, presunción grave, de esta circunstancia y del derecho que se reclama como fundamento de la solicitud.

Como puede observarse, dentro de la clasificación de las medidas cautelares que hace el legislador venezolano, tales como embargo de bienes muebles, secuestro de bienes determinados o la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, se encuentran las llamadas medidas preventivas innominadas, contenidas en el último aparte del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1990) que prevé: "podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado".

Estas últimas medidas complementarias, son objeto de estudio en la presente investigación, donde se analizan las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano, en el marco del cual se cuenta con el aval teórico aportado por importantes estudiosos del derecho procesal, dentro de los cuales destacan Ortíz-Ortíz (1999), Henríquez-La Roche (2004), Calvo-Baca (1998) y otros.

La correcta aplicación o empleo de las medidas cautelares innominadas, traería consigo la ventaja de garantizar las resultas del proceso y evitar que dictada como sea una sentencia, se haga nugatoria su ejecución.

Se planteó como ***Objetivo General***: analizar las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano y los ***Objetivos Específicos***: diferenciar las medidas cautelares innominadas en relación con las nominadas o típicas de acuerdo a los fundamentos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil venezolano; describir la situación actual del poder cautelar del juez en el proceso civil venezolano; describir el rechazo del carácter subsidiario de las medidas cautelares innominadas; establecer los lineamientos que rigen el ejercicio del poder cautelar y analizar los mecanismos de impugnación de las partes ante el decreto cautelar en el proceso civil venezolano.

Por estas razones, el análisis del poder cautelar general representado por las medidas cautelares innominadas, objetivo de este trabajo de investigación, pretende contribuir al incremento de la precaria doctrina que versa sobre la materia, a partir de una visión general, en donde la verdad y los valores establezcan las directrices para la actuación de los sujetos procesales para la perpetuación del Estado de derecho y su legitimidad.

Este tema sobre las medidas cautelares innominadas, adquiere singular importancia en el país, dado que no existe todavía un estudio amplio y sistemático sobre la materia y hay aún la idea de tomar como únicas medidas cautelares, las que presentan sólo un efecto ejecutivo, es decir, las que aseguran la ejecución forzosa; negándole su función indubitablemente cautelar a otras medidas con efectos declarativos o de nudo conocimiento.

Este criterio restringido crea una servidumbre de la función cautelar a la función ejecutiva, remozando la doctrina alemana ya superada que, a la par que creaba esa dependencia, hacía esfuerzos por establecer las numerosas excepciones en que las medidas cautelares no tienen efecto ejecutivo sino declarativo.

La presente investigación está dirigida al conglomerado de profesionales del derecho venezolano y comunidad estudiantil de la abogacía, en virtud de que su contenido teórico y documental será de gran provecho por cuanto contribuirá a una mejor comprensión sobre la institución del poder cautelar innominado venezolano, con el propósito de incentivar a la elaboración de estudios especializados y motivar al investigador jurídico a la realización de análisis críticos con respecto a normas, leyes, códigos que han sido promulgados y reformados, pudiendo pasar desapercibidos vacíos legales, estableciéndose las bases para propuestas de reformas o proyectos de leyes más congruentes con la realidad social.

Además, los aportes de este trabajo investigativo, benefician al solicitante de una medida cautelar innominada, quien debe llevar al órgano judicial, elementos de juicio, siquiera presuntivos, sobre los elementos que la hagan procedente en cada caso concreto.

También pretende la autora alertar sobre la enorme importancia del tema y la

necesidad de tener muy claras las nociones, a los fines de no errar en el ejercicio de un poder, el cautelar general, que por sí solo puede ser capaz de desarticular con su incorrecto empleo, todo el sistema procesal.

El trabajo se estructuró en cinco (5) Capítulos, que se describen seguidamente:

En Capítulo I, recoge las características diferenciales de las medidas cautelares innominadas en relación con las nominadas o típicas de acuerdo a los fundamentos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

En Capítulo II, hace referencia a la situación actual del poder cautelar del juez en el proceso civil venezolano.

Seguidamente, el Capítulo III, plantea el rechazo del carácter subsidiario de las medidas cautelares innominadas.

Dando paso al Capítulo IV, donde se describen los lineamientos que rigen el ejercicio del poder cautelar.

Y en el Capítulo V, se analizan los mecanismos de impugnación de las partes ante el decreto cautelar en el proceso civil venezolano.

Luego se presentan las Conclusiones y Recomendaciones pertinentes, así como las Referencias Bibliográficas.

Capítulo I

Características Diferenciales de las Medidas Cautelares Innominadas en Relación con las Nominadas o Típicas de Acuerdo a los Fundamentos del Artículo 585 del Código de Procedimiento Civil Venezolano

Elementos comunes a ambas medidas

Expone Balzán (1986), que las medidas cautelares:

> … son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de cualquier proceso o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo de la defensa de las personas y de los bienes y para hacer eficaces las sentencias de los jueces (p. 479).

De la interpretación de la cita anterior, puede inferirse que la aplicación adecuada de la institución cautelar en el ámbito general, comporta la garantía a la parte solicitante de la medida, de que sus derechos no serán vulnerados durante el proceso y la ejecutoria que resuelva el conflicto, no quede burlada en su cumplimiento.

Un sector de la doctrina procesal civil venezolana considera que las medidas cautelares innominadas pueden decretarse aun sin haberse citado para la contestación de la demanda, puesto que la parte contraria queda postulada con la sola deducción de la demanda, por lo cual, el carácter o cualidad de parte se adquiere por el hecho de ser sujeto pasivo de la pretensión, con tal de que ésta haya sido admitida, aunque no hubiere mediado citación.

Al respecto, cabe explicar que para justificar dicha institución, se ha requerido que los poderes del Juez no sean demasiado restringidos en lo que concierne a la escogencia de los medios para asegurar un determinado resultado procesal al cual aspira la parte. Es así como se consagra el poder precautelativo del juez, al considerar justo acordar o no, la medida que evite una posible vulneración de los derechos de

una de las partes en litigio o de un tercero, ya que de lo contrario, la taxatividad de estos medios impediría al juez actuar y de proveer en cada caso concreto la cautela más ajustada.

De igual modo puede afirmarse, que para la operatividad de las medidas innominadas no basta que se hayan cumplidos los extremos exigidos por la norma rectora de las medidas cautelares típicas, tal como lo prevé el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, sino que el propio artículo 588 ejusdem, el cual constituye la norma especial de las medidas innominadas, establece que sólo son procedentes cuando "hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra" (periculum in dammi).

Lo antes indicado determina, que es necesario que exista otro temor o riesgo: el que una de las partes puedan causar una lesión grave y definitivamente irreparable o de difícil reparación al derecho de la otra.

Se requiere, además, la idoneidad de la medida cautelar innominada, puesto que finalidad es la de evitar excesos y no ser utilizada como instrumento para lograr resultados que ya están garantizados en formas específicas preestablecidas.

En este contexto, las características y asistematización de las cautelas innominadas constituyen un foco de confusiones tanto para el litigante como para el administrador de justicia, pues han tratado de ser explicadas por vía jurisprudencial más que doctrinal en los aspectos de finalidad, procedencia, oportunidad y aplicación; de allí se deduce la problemática procesal actual en cuanto al particular señalado, en virtud de las consecuencias que comportan la errónea interpretación que se tiene sobre las mismas, como la transgresión de principios constitucionales y procesales que obran en perjuicio de la justa aplicación del derecho.

En consecuencia, la figura jurídica de las medidas cautelares innominadas resulta importante y requiere de un estudio exhaustivo para facilitar la obtención de una visión amplia de la institución, con el propósito de utilizarla debidamente y lograr los beneficios que de ella se generan, a favor de una administración de justicia transparente, humana y justa.

Es oportuno indicar que, la implementación de las medidas cautelares innominadas obedece a la subjetividad con la que los operadores de justicia acuerdan las mismas; quienes deben hacer ejercicios de imaginación y de aprendizaje a la hora de lograr su implementación en la praxis judicial, debido a que con la introducción de esta novedosa figura se han logrado notables modificaciones en la función pública de administrar justicia.

Cabe igualmente destacar, que no se trata de saturar los procesos con el abuso indiscriminado del uso de las medidas cautelares innominadas; sino por el contrario; es menester ponderar en cada caso concreto la gravedad de las consecuencias que acarrearía la aplicación de las mismas.

Quiere decir lo anterior, que se deberán adoptar soluciones acordes a la realidad social de la época, para atenuar la excesiva duración de los procesos, lo que constituye una situación insostenible que puede ocasionar un verdadero fraude al Estado de justicia, de derecho y a la seguridad jurídica a la cual tienen derecho todos los venezolanos.

Con relación al criterio diferenciador de las medidas cautelares no es homogéneo con aquel que diferencia las de cognición con las de ejecución. Podría decirse que están situados en distintas dimensiones, que pueden seccionarse y combinarse entre sí, pero no fundirse en una clasificación única, de suerte que de la fusión de ambos efectos no nace la providencia cautelar declarativo-ejecutiva, como providencia única de las cautelares, ni mucho menos una síntesis que pueda catalogarse como general frente a los otros tipos de tutela jurídica.

El criterio diferenciador de las medidas cautelares, desde la perspectiva de esta investigación es contrario, pero no contradictorio, respecto de la percepción que separa las ejecutivas de las declarativas; razón por la cual, está en orden lógico. ajeno y extraño al de éstas últimas. Es por eso que pueden adjetivarse como de cognición o de ejecución, o, preponderando estos efectos, declarativos cautelares o ejecutivas cautelares. En este sentido puede hablarse de autonomía de las medidas cautelares porque no son dependientes en su esencia del proceso de cognición ni del de ejecución.

La novedad de las medidas cautelares innominadas ha impedido que se establezcan sus características diferenciales, sin embargo, a los fines de facilitar esta tarea de diferenciación, resulta necesario asentar los elementos que resultan comunes a tales cautelas y al efecto, se enuncian como tales las siguientes, siguiendo el criterio asentado por Cuenca (2000):

1. Ambas pertenecen a un mismo género, al de las medidas preventivas, dentro del cual operan como especie.

2. La identidad del género exige que todas posean las características previstas en el artículo 585 del CPC, que según prevé el enunciado textual de este artículo, son las siguientes:

> Judicialidad, lo que significa que corresponde otorgarlas sólo a la potestad del juez.
>
> Necesidad de que se den los requisitos taxativamente señalados para su procedencia, que no pueden ser suplidos por el juez, ya que el artículo 585 CPC, señala "sólo 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.
>
> Aclara Cuenca (op. cit.), que los requisitos exigidos son:
>
> El periculum in mora, es decir, el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y, el fumus boni iuris, esto es, la presunción grave del derecho que se reclama y la presencia necesaria de un medio de prueba del fumus boni iuris y del periculum in mora (pp. 325-326).

3. La necesidad para ambas figuras de que se cumpla el principio de la suficiencia cautelar (artículo 586 del CPC).

4. La posibilidad en ambos supuestos de hacer oposición a la medida. En las medidas cautelares innominadas, parágrafo 2º del artículo 588 y en las medidas nominadas artículos 602, 603 y 604 del CPC.

5. La previsión respecto a ambas de que pueda efectuarse el levantamiento de la medida mediante caución.

Para el antes citado autor, una de las diferencias esenciales entre ambos tipos de figuras, es la referida al contenido que las mismas poseen, pues las medidas aplicables mediante las cautelares nominadas, son como lo indica el mismo CPC en el encabezamiento del artículo 588: el embargo de bienes muebles; el secuestro de bienes determinados (muebles o inmuebles según el caso), prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Se entiende de lo anterior que se trata de medidas asegurativas sobre los bienes, esto es, medidas que impiden la libre disposición del patrimonio del deudor mediante la disposición de los mismos (embargo), o impedimento de su libre disposición (secuestro, prohibición de enajenar y gravar). De allí que lo determinante de las medidas cautelares nominadas es su incidencia sobre el patrimonio del deudor, sobre sus bienes.

Para Henríquez-La Roche (2004), a diferencia de las medidas cautelares nominadas, las innominadas están constituidas por decisiones que pueden ser autorizatorias, prohibitivas o impeditivas. Es decir, que las cautelares nominadas son medidas que recaen sobre bienes en cuanto que el objeto de las cautelares innominadas es el más variado posible, cualquier cosa, servicio, actividad sobre los cuales puede recaer una autorización, una prohibición o toda la gama de las disposiciones impeditivas de las eventuales actuaciones.

También indica el mencionado autor, que las medidas cautelares típicas (secuestro, embargo, prohibición de enajenar y gravar y otras), tienen como objetivo el aseguramiento de la ejecución forzosa de la eventual sentencia definitiva, por lo cual operan lo que se ha denominado, medidas conservativas, en cuanto que las innominadas tienen el carácter de medidas anticipativas del proveimiento definitivo.

De lo anterior emerge una importante diferencia, las medidas cautelares típicas no podrán obrar en contra del Fisco Nacional, por cuanto el mismo no puede ser objeto de ejecución forzosa, siendo que éstas no poseen otro fin sino el de anticipar la ejecución forzosa de la sentencia Por su parte, la medidas cautelares

innominadas no tienen, en principio, la limitación mencionada, ya que ellas, no constituyen el anticipo de la ejecución de la sentencia definitiva. No obstante, estas medidas cautelares innominadas pueden encontrarse limitadas, ya no por ser el anticipo de la ejecución de la sentencia definitiva, sino por la naturaleza de la actividad que pudiera acordarse al dictarse la medida.

Requisitos para la procedencia de la medida cautelar

Las medidas innominadas tienen un contenido específico aunque un poco incierto, por cuanto el procedimiento para su decreto y ejecución no están establecidos en un ordenamiento legal, aunque sus requisitos son los del artículo 585 CPC. Las medidas innominadas están dirigidas o se concretan en conductas de hacer o no hacer, prohibir o acordar conductas que tengan relación con la pretensión., prohibir u ordenar conductas, más no referidas a afectar bienes.

De allí que lo que se garantiza con estas medidas es el hecho material controvertido, derecho controvertido no puede ser cualquier derecho sino el derecho objeto del litigio, de manera que ésta medida será medida en la forma que sus efectos sean reversibles, por lo que se valida en que homogeneidad mas no en identidad, ya que la medida no puede ser lo que en sentencia definitiva se encontrará.

El artículo 585 del Código de Procedimiento Civil establece la judiciabilidad de las medidas cautelares, sólo el juez puede acordar esa medida, porque las mismas necesariamente se traducen en una restricción o limitación al ejercicio de los derechos fundamentales.

Para que procedan las medidas preventivas se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Que exista un juicio pendiente. No sólo basta la presentación del libelo de la demanda, debió ser admitida por el tribunal con posterioridad.
2. La presunción grave del derecho que se reclama o el fomus boni iuris.
3. Cuando exista riesgo manifiesto que quede ilusoria la ejecución del fallo o el fomus periculum in mora.

4. Que la petición encaje dentro de los casos taxativamente determinados en el Código de Procedimiento Civil.

5. Es importante mencionar el supuesto que el solicitante de la medida no disponga de un medio que le permita cauciones, afianzar o garantizar las resultas del proceso, porque las medidas cautelares pueden causar desastres patrimoniales a las personas contra quien se dirige.

El citado artículo erige como requisitos de procedencia de la medida de la que se trate, a los dos (2) tradicionales elementos considerados por la doctrina procesal civil: el periculum in mora y el fumus boni iuris.

En lo que respecta a las medidas cautelares innominadas, para su procedencia adicionalmente a los requisitos señalados, debe darse además de forma acumulativa el denominado periculum in damni o el temor manifiesto de que hechos del demandado causen al actor lesiones graves o de difícil reparación y en esto consiste el mayor riesgo que, respecto de las medidas cautelares nominadas, plantea la medida cautelar innominada. El solicitante de una medida cautelar innominada debe llevar al órgano judicial, elementos de juicio al menos presuntivos, que la hagan procedente en cada caso concreto el decreto de medidas cautelares, tanto nominadas como innominadas.

Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sentencia fechada el 25 de marzo de 2008 caso Radio Caracas Televisión (RCTV, C.A.), señaló:

> … así las cosas, de conformidad con lo expuesto resulta necesario entrar a verificar tales hechos y el cumplimiento de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares innominadas establecidos en el Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente al proceso contencioso administrativo de nulidad por remisión expresa del primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, el Parágrafo Único del artículo 588 ejusdem, prevé lo siguiente:

> Artículo 588. Parágrafo Único: además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el Artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión....

De acuerdo con la norma transcrita, en concordancia con lo previsto en el artículo 585 del mencionado Código adjetivo, la procedencia de cualquier medida cautelar está condicionada al cumplimiento concurrente de varios requisitos: que se presuma la existencia del buen derecho cuya protección se persigue con la medida cautelar (fumus boni iuris), esto es, que el derecho que se pretende tutelar aparezca como probable y verosímil; que exista riesgo de quedar ilusoria la ejecución del fallo (periculum in mora), es decir, la amenaza de que se produzca un daño irreversible para la parte peticionante por el retardo en la obtención de la sentencia definitiva; y, adicionalmente, se requiere para el decreto de las medidas innominadas, el periculum in damni o el temor fundado de que una de las partes pudiera causarle lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

En lo que atañe a la presunción de buen derecho, debe precisarse que dicho requisito se configura cuando el juzgador evidencia que la petición respecto a la cual se solicita la protección cautelar tiene la apariencia de su conformidad al derecho, sin recurrir a un estudio detallado y profundo de lo que constituye el thema decidendum del caso. Se trata, entonces, de verificar la apariencia favorable del derecho que se alega conculcado.

En cuanto al periculum in mora, la jurisprudencia pacífica de la Sala Político Administrativa, siempre ha apuntado a que su verificación no se limite a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho, si éste existiese; bien por la tardanza de la tramitación

del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo que burlen o desmejoren la efectividad de la sentencia esperada.

Y, finalmente, en lo que se refiere al periculum in damni, éste se erige como el fundamento de la medida cautelar innominada que determina la decisión del tribunal para actuar, autorizando o prohibiendo la ejecución de determinados actos y adoptando las providencias necesarias para evitar las lesiones que una de las partes pueda ocasionar a la otra.

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, la acreditación de los mencionados requisitos constituye una carga para el solicitante de la medida, lo cual hará valer mediante el uso de los medios probatorios establecidos en el ordenamiento jurídico, debiendo el juzgador verificar la existencia en el expediente de hechos concretos que permitan comprobar la certeza de los mencionados requisitos a los efectos de decretar o no la medida cautelar, por lo que su simple alegación no conducirá a otorgar la protección cautelar

Distinción entre los casos en que los poderes públicos ejecutan verdaderas y propias funciones y cuando realizan simplemente actividades previstas dentro de la esfera de sus respectivas competencias

No puede dejar de señalarse que hay razones limitativas de las medidas cautelares innominadas respecto a los poderes públicos, ya que es posible que radique en la naturaleza de la orden que el juez le imparta a tales poderes que resulte incompatible con la esencia de los mismos.

En efecto, el contenido de las medidas cautelares innominadas es la autorización o prohibición de ciertos actos, o la orden de que se adopten determinadas providencias. Las verdaderas y propias funciones de los poderes públicos no pueden ser ni impedidos de ejercer ni, por el contrario, ordenado su ejercicio por parte del juez por vía de una cautelar innominada. Por ejemplo, pretender mediante, una medida cautelar del Poder Legislativo que legisle sobre determinada materia: ordenar a la Asamblea Nacional que autorice al Ejecutivo Nacional para que decrete créditos

adicionales al presupuesto, no podría ser materia tampoco de las cautelares innominadas.

El problema que plantea la postulación de una tesis como la expuesta, es el establecer la distinción entre los casos en que los poderes públicos ejecutan verdaderas y propias funciones y cuando realizan simplemente actividades previstas dentro de la esfera de sus respectivas competencias.

De acuerdo con Cuenca (op. cit.), para determinar tal diferenciación hay que tener presente que la función pública es para cada poder, la razón determinante de su existencia y configuración. Función es la actividad destinada a un fin señalado por la norma dentro de los linderos de tal previsión, esto es, sin posibilidad alguna de modificar las razones por las cuales y para las cuales la facultad fue acordada y, en el ámbito de los estrictos límites en que ha sido contemplado su desempeño.

Añade además, que el titular del órgano sobre el cual recae la asignación de la facultad se encuentra en la dual situación de estar facultado (situación de ventaja) y al mismo tiempo, de estar constreñido a actuar (situación negativa) con la cual la función es una carga (facultad-deber de ineludible cumplimiento) que, por destinarse a la realización de los objetivos fundamentales del Estado, tiene el carácter de una potestad, ya que, con su ejercicio se puede incidir sobre la esfera subjetiva de los administrados (modificándola, alterándola) y asimismo, cambiar mediante ellos a las estructuras organizativas que son el sustento mismo del ente público mayor.

Ante la anterior explicación, es menester preguntarse si a través de una medida cautelar innominada puede el juez obligar a un órgano público a abstenerse de ejercer o por el contrario a proceder al ejercicio de una función pública propiamente dicha. La respuesta a juicio de la investigadora sería en sentido negativo pues el juez puede inaplicar a los recurrentes, incluso cuando sean numerosos, una norma, pero no puede ordenar al órgano que la dicte o incluso que la derogue y esto constituye algo que está en la esencia de la facultad cautelar del juez y al mismo tiempo conforma su limite más rígido.

La cuestión, no es sencilla, porque se plantea siempre la duda de hasta dónde llega la intromisión de un poder en las actividades de otro poder, cuando el juez la

ordena a un órgano una actuación o una omisión que va a ser la esencia de las medidas cautelares innominadas, cuando se litiga contra la Administración y los poderes públicos en general.

Ese límite pareciera estar en al ámbito operativo de la orden: si la misma se limita a la esfera restringida de impedir que se acarree una lesión a un sujeto será posible; no así cuando se trate de una disposición general que ordene la adopción de una norma de conducta que sea capaz de repercutir sobre toda la comunidad, porque en tal caso se estará penetrando en la noción de función por una parte, y por otra, lesionándose, a fin de atender a un interés particular, a los que corresponden a los restantes miembros de la sociedad hacia la cual se dirige.

Para la procedencia de las medidas cautelares innominadas, éstas han de ser determinadas, adicionalmente a las clásicas exigencias del periculum in mora y del fumus boni iuris, la existencia del fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación a los derechos de la otra (Henríquez-La Roche, op. cit.).

Este requisito se une a los elementos sustanciales y formales que distinguen a las cautelares nominadas de las cautelas típicas.

De igual manera, se tiene que las medidas cautelares nominadas pueden ser complementadas para asegurar su efectividad, en cuanto que las innominadas no admiten medidas complementarias, pero ante su insuficiencia o inoperancia el Juez podría dictar un nueva medida de la misma índole (Henríquez-La Roche, op. cit.).

A pesar de que tanto la medida cautelar nominada, como la cautelar innominada son enunciadas como medidas preventivas, sin embargo no puede dejar de anotarse la sutil diferencia terminológica que hace el legislador. Esta diferencia, alude al hecho de que las nominadas son actuaciones fácticas, mientras que las medidas innominadas son pronunciamientos, órdenes, decisiones, esto es, providencias.

Los doctrinarios hablan también de diferencias fundadas en la suspensión de la medida; en el caso de las providencias innominadas, de acuerdo al autor en comento, el juez puede suspenderla atendiendo a la circunstancia, si la parte contra

quien opere otorgare una caución de las previstas en el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil, fianza principal y solidaria de empresas de seguro o establecimientos mercantiles solventes; hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en autos, prenda sobre bienes o valores consignación de una suma de dinero por la cantidad que el juez señale.

Agrega el mencionado autor, que en el caso de las medidas cautelares de embargo y prohibición de enajenar y gravar no procederán o podrán suspenderse si se otorga caución.

Cabe observar que las providencias cautelares innominadas no pueden ser objeto de oposición mediante la caución, pero sí pueden suspenderse una vez dictadas; en cuanto que las nominadas pueden impedirse mediante la oposición, o pueden suspenderse si ya hubieren sido acordadas.

Otra diferencia, es la fundada en el previo llamamiento del demandado en causa, sosteniendo Henríquez-La Roche (op. cit.), que existe una diferencia esencial entre las medidas nominadas y las medidas innominadas en relación con la oportunidad de formular su solicitud y a la de su otorgamiento En efecto, ambas medidas están sometidas a las disposiciones generales del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, esto es, al periculum in mora, constituida por la existencia del riesgo manifiesto de que queda ilusoria la ejecución del fallo y al fumus boni iuris, constituida por la existencia de un medio de prueba de la condición anterior y del derecho que se reclama.

No obstante lo antes señalado, también ha comentado Borjas (2003), que en el caso de la medidas innominadas, el legislador presenta un nuevo elemento constituido por la mención de la existencia de parte en el juicio, lo cual está presente en el parágrafo primero del artículo 585 CPC, al señalar "... cuando hubiese fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra" y, en el parágrafo segundo del artículo 533 ejusdem, cuando se prevé la oposición de la parte contra quien obre la providencia.

Esta redacción pareciera exigir en las medidas innominadas que haya habido la constitución de las partes en el proceso, es decir, que la litis se hubiere trabado, de

reconocerse que existe, deriva de que existe mayor riesgo para los intereses del eventual litigante con la medida cautelar innominada. En efecto, la medida nominada es justamente la que enuncia el encabezamiento del artículo 538 CPC y que desarrollan los Capítulos II, III y IV del Título I (De las Medidas Preventivas) del Libro Tercero (Del Procedimiento Cautelar y otras) del Código de Procedimiento Civil. Por el contrario, las medidas innominadas tienen una amplitud tal, que es incluso difícil clasificadas, por cuanto el juez puede ordenar una cautela especial para cada caso concreto. Al efecto, la norma es muy amplia cuando le permite al Juez autorizar la ejecución de determinados actos, y aún más, adoptar la providencia que tenga por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

Ahora bien, sostiene Borjas (op. cit.), que el significado de parte utilizado por el legislador no está dado en sentido procesal propio, sino alusivo a la parte en la relación sustantiva.

En criterio de Rondó de Sansó (op. cit.), si la medida cautelar innominada opera en el contencioso-administrativo, hay que mantener el criterio de la necesidad del aviso previo de la admisión de la demanda, porque aún cuando se rechacen los principios del fisco mantenidos a ultranza, es principio de la relación procesal que la misma no puede estar sometida a la unilateral actuación de los particulares sin que medie su previo conocimiento que es a lo que tienden figuras como la del antejuicio, el agotamiento de la vía administrativa y de la vía de conciliación.

Capítulo II

Situación Actual del Poder Cautelar del Juez en el Proceso Civil Venezolano

Admisibilidad del poder cautelar del Juez

Conforme a criterios etiológicos, la función jurisdiccional es la potestad que emana de la soberanía estatal que a su vez la obtiene de la soberanía del pueblo y que es ejercida exclusivamente por Tribunales independientes y predeterminados por la ley para hacer efectivo el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado para satisfacer pretensiones y resistencias (Chiovenda, 2003).

Lo antes señalado se desprende del contenido del artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo contenido textual es el siguiente:

> La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.
>
> Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.
>
> El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.

En opinión del procesalista arriba citado, la función jurisdiccional tiene como propósito "la actuación de la voluntad concreta de la ley, como función de Estado, mediante la sustitución, por la actividad de los particulares o de otros órganos

públicos ya sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley o al hacerla prácticamente efectiva" (p. 44).

Se concibe a la función jurisdiccional como la función pública de administrar justicia que emana de la soberanía del Estado y es ejercida por órganos especiales, para la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz social. No está de más advertir que la finalidad de la función jurisdiccional es fronteriza con la finalidad del proceso en general sólo que éste contempla casos determinados y aquélla tiene una cobertura mayor que alcanza a todos los casos que requieren de tutela jurisdiccional.

En el avance del Derecho Procesal, se llegó a admitir la existencia autónoma de una función cautelar del Juez, la cual originalmente, era considerada como un apéndice de la ejecución forzosa, ubicándose más tarde, en la esfera del proceso de cognición y adquiriría su propia identidad, cuando se determinó que su naturaleza era la de una incidencia procesal de carácter urgente y provisorio.

Cabe recordar que en el proceso se distinguen tres (3) diferentes modalidades de procedimientos que derivan tal diferencia no sólo de su forma sino del sentido de la función que a través de ellos se ejerce. Estas modalidades son: la cognición, la ejecución y la conservación, esto es, la prevención o aseguramiento de los derechos; esta última configura un proceso preventivo cautelar que tiene como finalidad esencial: evitar que las sentencias se hagan ilusorias, conservar la igualdad de las partes mediante el mantenimiento del estado de los hechos y del derecho existentes al plantearse el litigio; impedir cualquier circunstancia que pudiera alterar la situación precedentemente indicada y, anticipar provisoriamente, la realización de la justicia. Las medidas preventivas se destinan así a garantizar el resultado de las decisiones futuras.

Continuando con Chiovenda (op. cit.), éste afirma que los actos procesales destinados a cumplir la función de conservación, denominados por la doctrina, actos de conservación; el auto mencionado reseña que son "medidas dirigidas a evitar el peligro que amenaza la satisfacción de un derecho cuya existencia aún no se

encuentra definitivamente constatada, así como a garantizar su eventual satisfacción futura si la misma fuese reconocida judicialmente" (p. 108).

De esta afirmación se entiende que los actos de conservación no constituyen por ello, el ejercicio actual del derecho, sino que se dirigen a la formación de un estado de derecho y de hecho tal que mantenga íntegra la posibilidad de la futura ejecución; ellos exigen de la urgencia y del periculum in mora como elementos implícitos en su propia naturaleza.

Para Rondón de Sansó (op. cit.), estos actos conservatorios se extienden al campo de las pruebas sobre todo en base a la duración limitada de algunas etapas de la función que a través de las mismas se ejerce y, respecto a ellas se dirigen a verificar hechos que pueden desaparecer sin dejar trazos. Es así como el legislador en algunos casos autoriza la evacuación de algunas pruebas, incluso antes de que se inicie el juicio. De allí que los actos de conservación tienen la posibilidad de anticipar provisionalmente algunas medidas y la preservación de los elementos de juicio que han de servir para verificar la veracidad o no de los hechos alegados por las partes, lo cual podría hacerse inútil en un momento posterior del desarrollo del juicio relativo al fondo del asunto.

De igual modo refiere la citada autora, que la doctrina señala que si bien la prueba de la existencia de los requisitos implican el fumus boni iuris que determina que el derecho que se alega tenga una cierta probabilidad de existencia; sin embargo en algunos casos como es el del testimonio para perpetua memoria no es necesario tal elemento. Por otra parte, la prueba aportada para obtener la providencia de conservación no tiene ninguna influencia sobre el monto de la demanda, es decir, que el fumus boni iuris no genera una verdadera prueba sobre el fondo por cuanto el juez lo que precisa es exclusivamente la posibilidad de la existencia del derecho en el instante en que se solicita la medida. De allí que quienes obtienen una medida conservativa, no podrán fundar el derecho que sustenta su pretensión en la circunstancia de haber logrado que la misma les fuese acordada.

Afirma la citada autora, que la anterior situación era conocida por los proyectistas de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1990. Es cierto que

el texto de la exposición de motivos y proyecto de Código de Procedimiento Civil enviado por el Ministro de Justicia al Presidente del Senado el 17 de noviembre de 1975, nada contempla sobre el reconocimiento del poder cautelar general del juez, que si bien contenía en tal materia algunas reformas e innovaciones al Código de 1916, tal como la previsión de las disposiciones complementarias a las medidas inicialmente acordadas, sin embargo, no llega a prever las cautelares innominadas.

Tampoco existe en el proyecto de Código publicado de 1984 disposición alguna que pueda interpretarse como el establecimiento de un poder cautelar general, pues la exposición de motivos del Código de Procedimiento Civil no se ciñe a la versión que quedó definitivamente aprobada, sino que corresponde al proyecto original que sufrió profundas modificaciones, por lo cual, no hace alusión al poder cautelar general, pero el texto sancionado no presenta duda alguna sobre el otorgamiento del mencionado poder cautelar como una facultad general del juez.

En efecto, vale comentar el artículo 588, una vez que enuncia las medidas preventivas tradicionales para el aseguramiento de los bienes inmuebles, establece que dictada cualquiera de ellas, podrán decretarse otras con carácter complementario, indicando al efecto: "podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiera decretado". De inmediato, el parágrafo primero del mismo artículo, insiste en la concesión de las facultades innominadas al juez, al establecer:

> Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el articulo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelaras que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que alguna de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objete hacer cesar la continuidad de la lesión.

Resuelve así el Código de 1990, el problema de la existencia de un poder cautelar general, acordándoselo al juez en forma expresa.

Con respecto a la idoneidad, adecuación y pertinencia de las medidas cautelares, el jurista venezolano Ortiz (2005), indica lo siguiente: "la idoneidad es la aptitud de la medida cautelar para cumplir su finalidad preventiva, esto es, que se presente de tal manera que puedan precaver la futura ejecución o la efectividad de la sentencia dictada ..." (p. 78).

Además es importante acotar, lo sustentado por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional (2003), con respecto al uso del poder cautelar del Juez:

> Este juzgamiento excepcional se justifica por cuanto al poder cautelar del juez no puede ser ilimitado ni absoluto, antes por el contrario, las medidas cautelares no pueden infringir derechos constitucionales en grado de inhabilitar civilmente al ciudadano sobre el cual ellas pesen, ya que las mismas fueron concebidas por el legislador para garantizar la tutela judicial efectiva y, por ende, la seguridad jurídica del justiciable. Esta es la premisa que, en criterio de esta Sala, debe orientar la actuación de todos los jueces de la Republica en el uso de su poder cautelar general.

De la sentencia parcialmente transcrita, se desprende que la producción de una decisión judicial provisoria o cautelar, va surtir efectos mientras dure la tramitación del proceso principal, toda vez que resuelto éste, la sentencia definitiva envuelve la decisión cautelar, la cual deja de producir efectos.

Hay que agregar además, que el proceso cautelar tiene como función prevenir o evitar el daño injusto que probablemente pueda experimentar la parte solicitante de la misma dentro del proceso, por lo que corresponde al juez de la causa analizar si están dados en el caso concreto, los presupuestos procesales para la concesión de la medida cautelar, vale decir, la existencia de un buen derecho y el peligro en que se encuentra el derecho de no ser satisfecho, en virtud del transcurso del tiempo necesario para que finalice el proceso.

Es por ello que corresponde a los jueces de la República como garantes del cumplimiento y respeto de la Constitución y las leyes, efectuar una constatación y

verificar que si no se otorga la cautela se pueda frustrar la posibilidad de otorgar la tutela judicial efectiva, a través de la sentencia que ponga fin al proceso. Por lo que, de nada valdría declarar la procedencia de la suspensión de la ejecución de un acto o imponer u ordenar la realización de una determinada actividad a la cual la Administración se ha resistido, si el órgano jurisdiccional no procede a cumplir o a hacer cumplir lo ordenado, pues la única manera de poder considerar que se ha logrado una tutela judicial cautelar es que esta se materialice efectivamente, pues de no ser así podría suceder que la decisión que resuelva la pretensión cautelar resultase tan ineficaz como aquella llamada a resolver la pretensión de mérito o de fondo.

En estas situaciones, Juez mantendrá siempre la potestad de modificar o levantar las medidas provisionalísimas que fueren otorgadas en virtud de su innegable carácter accesorio e interdependiente.

Desde la percepción de esta investigación, las decisiones cautelares están dirigidas, más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y seriedad de la función jurisdiccional y de ese modo evitar la burla a la justicia que el deudor demandado en el proceso cognitorio o deudor ejecutado en el proceso de ejecución podría poner en práctica aprovechando precisamente las demoras y dilaciones excesivas del procedimiento poniendo a salvo sus bienes y reírse luego de la decisión judicial, impotente para afectarlo. La tutela jurisdiccional cautelar por consiguiente tiene como finalidad mediata evitar la circunstancia descrita.

Otras medidas de carácter complementario

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión 94 del 15 de marzo de 2000, expediente 0086, señala expresamente que las medidas innominadas, como cualquier medida preventiva, procede cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución de un fallo y cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

En este sentido, se precisa en el fallo judicial objeto de comentario, que queda a criterio del juez las providencias cautelares que considere adecuadas, consistentes en autorizar o prohibir determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión. De esta manera, se deja a criterio del juez el decreto de la providencia cautelar innominada, la cual puede asumir cualquier forma.

Aunado a lo expuesto, se precisa en la sentencia que el límite de las medidas innominadas viene dado, por una parte, porque con ellas no se violan leyes vigentes y menos la Constitución y porque este tipo de medidas no pueden rebasar ni las limitantes legales expresas ni las teleológicas, pero al ser implementadas respetando esas fronteras, pueden adquirir gran dinamismo a fin de lograr la finalidad cautelar.

El CPC, establece en su artículo 588 las medidas innominadas, las cuales constituyen el poder general cautelar del juez venezolano. En efecto, dicho artículo señala que el Tribunal puede acordar las providencias cautelares que considere necesarias, ante la existencia de un temor fundado de que una de las partes pueda causar lesiones graves o difíciles de reparar, en cuanto al derecho de la otra parte se refiere, autorizando o prohibiendo la ejecución de determinados actos y adoptando las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

Ortíz-Ortíz (2005), al respecto del artículo mencionado advierte que las medidas innominadas constituyen un tipo de medidas preventivas de carácter cautelar cuyo contenido no está expresamente determinado en la Ley sino que constituye el producto del poder cautelar general de los jueces quienes, a solicitud de parte, pueden decretar y ejecutar las medidas adecuadas y pertinentes para evitar cualquier lesión o daño que una de las partes amenace inflingir al derecho de la otra y con la finalidad de garantizar, tanto la eficacia como la efectividad de la sentencia definitiva y de la función jurisdiccional de la misma.

Ahora bien, debe estarse atento a no confundir, como ha ocurrido en parte de la doctrina, las medidas innominadas con las llamadas complementarias, que el mismo artículo en comento establece al final de su segundo párrafo, cuando anota: "Podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para

asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado".

De acuerdo con Argüello (op. cit.), este tipo de medidas, como su nombre lo indica, son de naturaleza complementaria y se establecen con la finalidad de que el embargo, el secuestro o la prohibición de enajenar tengan la efectividad y el resultado adecuado. Y Ortíz-Ortíz (op. cit.), refiere que las medidas complementarias, son aquellas dirigidas asegurar el cumplimiento o vigencia de una medida cautelar, la cual no constituye una medida cautelar, porque no necesita que se cumplan los requisitos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, incluso pueden ser decretadas por el Juez Ejecutor de oficio y sólo afecta la efectividad o vigencia de la medida, tal es el caso que dicta una medida de secuestro y se coloca un policía para la custodia, o la detención del vehículo a embargar.

En el mismo tenor, Zoppi (1999) ha escrito que no se trata de una medida distinta, sino de un complemento para garantizar la eficacia del embargo, del secuestro o de la prohibición. Y, por eso, el CPC deja ello al prudente arbitrio del Juez quien puede, según su criterio, hacer acompañar la medida de otras disposiciones que permitan darle efectividad y obtener un resultado positivo.

Adicionalmente a lo anterior, puede afirmarse que el juez debe cumplir, además de las formalidades ya señaladas, ciertos límites de carácter material o sustancial que responden a la finalidad de las medidas genéricas. Esta finalidad está expresada en la Ley y se refiere fundamentalmente a autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

Argüello (op. cit.), hace mención en torno a ciertos problemas de carácter procedimental, referidos a la posibilidad que tienen las partes de ejercer oposición, de conformidad con el artículo 602 del CPC, donde algunos autores han pretendido que al dictarse una medida cautelar innominada no tiene cabida la articulación probatoria, sino única y exclusivamente, en los casos en que haya oposición de parte. Para el autor en comento, estos criterios no se ajustan a lo establecido en el texto procesal.

Cabe considerar que resultaría imposible que la oposición de terceros, en el caso de las medidas innominadas le causen algún perjuicio, pues en estos caso, el

tercero sólo tendría la vía del juicio de tercería, pero nunca la oposición prevista en el artículo 546 del texto procesal.

Por otra parte, la posibilidad de que el Tribunal pueda suspender la medida innominada decretada, cuando la parte contra quien obre la misma diere caución suficiente de las establecidas en el artículo 590 del CPC. Sin embargo, se considera que no es posible que el juez dicte una medida innominada sin cumplir con los requisitos de procedencia de las mismas, es decir, los establecidos en los artículos 585 y 588, aún cuando se otorgue caución de las medidas establecidas en el artículo 590 ejusdem, el cual permite que el juez pueda dictar las medidas preventivas sin cumplirse con los extremos exigidos por el artículo 585.

Capítulo III

Rechazo del Carácter Subsidiario de las Medidas Cautelares Innominadas

Carácter subsidiario o no subsidiario de las medidas cautelares innominadas

Afirma Borjas (op. cit.), que uno de los puntos de mayor importancia en la conceptualización de las medidas cautelares innominadas, ha sido la relativa al carácter subsidiario o no subsidiario de éstas. La subsidiariedad de una medida está constituida por su utilización limitada a los casos en que resulte improcedente, otra a la que se atribuye naturaleza principal respecto de la misma.

La pregunta que define la eventual subsidiariedad de las cautelares innominadas es la de si sólo pueden dictarse cuando no sea posible obtener una medida cautelar típica. En respuesta a lo antes planteado podría decirse que el quid de la cuestión no está en la subsidiariedad sino en la idoneidad o pertinencia de la medida para actuar como una eficiente cautela procesal.

En efecto, las medidas cautelares típicas tienen cada una de ellas un objetivo muy claro y definido: el embargo está destinado a la conservación de los bienes muebles del deudor, el secuestro a hacer indisponible para una de las partes un bien cuya pertenencia se debate: la prohibición de enajenar y gravar trata de impedir la traslación de las bienes de un deudor a un tercero o la imposición de cargas reales o ficticias que pudiesen afectar su valor efectivo. Cada una de estas medidas tiene un objetivo específico y presuponen un interés o una legitimación especial en el solicitante de las mismas.

De acuerdo a lo estudiado, se sostiene que las medidas cautelares innominadas justamente como su nombre lo señala, son tantas y tan variadas que no podrían clasificarse por cuanto obedecen a innumerables y diferente fines, tantos cuantos móviles rigen en el interés y en la conciencia de los litigantes en relación con el objeto principal de la litis.

Así se tiene: suspender una determinada prohibición; ordenar una construcción a los fines de impedir mayores daños; cubrir, como en el ejemplo

clásico que diera Calamandrei (op. cit.), el rostro de la demandante que figura en un fresco en el cual se le expone a la vergüenza pública, por aparecer ataviada con exiguas vestiduras; otorgar una pensión (litis expensas) al actor para que pueda sobrellevar los gastos del juicio equilibrando así la situación de las partes; ordenar la remoción de una marca de un producto o servicio cuando hay una demanda relativa a su titularidad y está en duda la buena calidad de los productos que con la misma se distinguen; podría continuarse al infinito mencionando las medidas cautelares que pueden ser acordadas, las cuales atienden a las necesidades de un juicio específico, por lo cual el legislador no podría hacer enunciados, ni siquiera agrupando los supuestos en grandes categorías, por cuanto siempre correría el riesgo de resultar insuficiente su clasificación ante las múltiples necesidades procesales del actor.

El otorgamiento de una medida innominada es facultativa, para lo cual basta para ello verificar el empleo del verbo "poder" en futuro indicativo, dentro de la normativa atributiva de competencia, para concluir que la aplicación de estas medidas no es de carácter obligatorio (reglado), sino discrecional.

En atención a ello debe señalarse, que el poder cautelar innominado previsto en el Parágrafo Único del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil no es absoluto, ya que el contenido y alcance de las medidas cautelares nominadas o taxativas, constituyen un límite que habrá de tomarse en cuenta para su ejercicio. No se trata de pervertir los procesos con el abuso indiscriminado de las medidas cautelares, sino de ponderar en cada caso concreto la gravedad de las consecuencias que tendría el mantenimiento de la ejecutividad de un acto si posteriormente se estimara el recurso, y la gravedad que tendría la suspensión en el caso de que posteriormente se le desestimara, es decir, conviene adoptar soluciones realistas que atenúen la excesiva duración del proceso, lo cual constituye una situación insostenible que puede suponer un verdadero fraude al Estado de Derecho.

El límite de la potestad cautelar del juez termina cuando existe la competencia de otro juez o cuando no concurran las exigencias señaladas para la procedibilidad de una cautela. La Ley faculta al juez para dictar medidas preventivas típicas o atípicas, nominadas o innominadas, desde el tradicional embargo hasta las llamadas cautelas

prohibitivas, pero no tiene facultad para prohibir la ejecución de una medida preventiva dictada por un Tribunal distinto, pues su potestad cautelar se extingue al existir otra competencia que se ha ejercido o que puede ejercerla.

Las medidas innominadas sólo deben acordarse cuando no exista posibilidad de garantizar las resultas del proceso mediante las medidas preventivas típicas de embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar y por otra parte, tales medidas que incluyen la prohibición de la ejecución de determinados actos, no deben confundirse con las situaciones específicas previstas para los interdictos prohibitivos.

Las medidas cautelares innominadas constituyen un fenómeno legal, pues es una entidad capaz de erigirse, hoy en día como uno de los temas de amplio interés de cualquier estudioso del derecho procesal civil, porque ellas derivan de poder cautelar general del juez y siendo indeterminadas por cuanto su contenido no está previamente señalado por el legislador, sino que pueden adecuarse ad hoc, dependiendo del daño concreto del cual se tenga temor y, generales debido a que su procedencia no está adscrita a un procedimiento específico, ya que se aplica a todos los procedimientos jurisdiccionales en los cuales exista el fundado temor de que una de las partes pueda violentar el derecho de la otra.

En tal sentido, la norma señala que la cautela es ejercida mediante autorización o prohibición de determinados actos; pero no se limita a estos dos (2) supuestos, sino que faculta al juez para adoptar cualquier tipo de providencia a fin de que cese la continuidad de la lesión de una de las partes respecto a la otra.

La cautela innominada, se basa en los mismos elementos que rigen para las medidas típicas y poseen las características de actuación cautelar, esto es como lo señala Calamandrei, la provisoriedad, la instrumentalidad, revocabilidad, mutabilidad, accesoriedad y la responsabilidad; a éstas se une, por tratarse de medidas discrecionales, la necesidad de que obedezcan a los principios de racionalidad y proporcionalidad, propios de las mismas por constituir el límite de voluntad libre del órgano y la arbitrariedad.

En este contexto, si no se hace una debida interpretación de lo que es discrecional pueden cometerse serias imprecisiones; al respecto, el parágrafo primero

del artículo 588 del Código de Procesamiento Civil establece que el juez podrá acordar las providencias que considere adecuadas y esa expresión debe atender a la racionalidad y proporcionalidad, lo cual ubica inmediatamente lo que se ha denominado discrecionalidad dirigida, en contra parte a la discrecionalidad pura.

Por consiguiente, importa a todo litigante estar seguro de las resultas del juicio y prevenirse contra el peligro de que, por mala fe o por negocios posteriores a la incidencia del litigio, su adversario enajene, oculte o grave sus bienes y se encuentre en estado de insolvencia cuando haya de ejecutarse el fallo definitivo recaído contra él.

Quedar burlado después del triunfo judicial, sin poder a veces entrar en posesión de la cosa que fue materia del litigio, ni hallar manera de hacer efectivo el pago de las costas, es una posibilidad que los legisladores de casi todos los pueblos modernos han querido evitar a los litigantes, autorizando al efecto medidas preventivas más o menos eficaces.

Esta consecuencia jurídica se traduce en la viabilidad y efectos de las medidas cautelares innominadas, una vez que una de las partes compruebe el fumus boni iuris (verosimilitud del derecho), el periculum in mora (peligro de infructuosidad de la ejecución del fallo) y el periculum in damni (el peligro inminente de daño), el juez debe decretar la medida cautelar solicitada siempre que sea adecuada y pertinente para evitar el acaecimiento del daño y posibilitar el cumplimiento de la decisión jurisdiccional definitiva.

Las medidas cautelares innominadas siguen estando fundamentadas en el principio dispositivo, según el cual las partes tienen que instar la medida cautelar y el juez debe apreciar la adecuación y pertinencia con el objeto que definitiva se cumpla con la razón de ser con las medidas cautelares.

Las medidas cautelares innominadas están llamadas a operar dentro del proceso, por lo cual, fenómenos que cumplen una función cautelar, pero cuya existencia permanece dentro del campo del derecho sustancial, como las garantías reales o personales para el aseguramiento de una obligación, no pueden considerarse como cautelas.

Las que son propiamente tales tienen la particularidad de que constituyen una forma autónoma de acción en la medida en que existen aunque no se sepa si el derecho existe, pero por supuesto están ordenadas al desarrollo que siga el proceso de mérito, por lo cual puede afirmarse, sin que exista contradicción en ello, que las medidas innominadas son simultáneamente autónomas y accesorias (Ortiz, op. cit.).

Ello es así porque si bien no puede negarse que éstas tienen un carácter instrumental, el ejercicio de la acción cautelar no es contemporánea del derecho principal, a quien la ejerce no puede oponérsele la inexistencia de este último y la oposición a la medida cautelar se funda en la ausencia de alguno de sus presupuestos propios, que son independientes del derecho principal. En otras palabras, la facultad de obtener la cautela no es accesoria del derecho material, ya que la medida se puede lograr sin que en ese momento se sepa si se obtendrá la pretensión, pero su estructura sí se encuentra vinculada al proceso principal.

A modo de ejemplo, puede señalarse que en el proceso contencioso administrativo, la conciliación entre la celeridad y la ponderación como fundamento de las medidas cautelares se dificulta porque el administrado carece de acceso directo a los tribunales, lo cual retarda la celeridad, ya que previamente debe agotar los recursos ante la administración y, porque el juez, frente a la solicitud de protección cautelar del derecho del administrado, mediante la suspensión de los efectos del acto demandado, debe ponderar la irreversibilidad del daño que puede causarse al interés del accionante con el daño que puedan sufrir los intereses generales y efectuar esa ponderación, como lo exige la naturaleza de la medida cautelar, no a partir de la certeza de la existencia del derecho del administrado, sino desde la apariencia de ilegalidad de la actuación administrativa

Si la razón de ser de la medida cautelar es evitar la consumación de un daño jurídico derivado de un retraso en la decisión judicial definitiva, en el proceso contencioso administrativo el panorama es desolador, ya que en él la única tutela cautelar judicial es la suspensión provisional del acto administrativo, regulado además en términos muy restrictivos.

Por ello, la ley debe facilitar al ciudadano las medidas cautelares que le

aseguren los efectos de la sentencia para que sus intereses no se vean burlados después de un proceso dispendioso y dilatado, de manera que cuando el conflicto con el Estado sea finalmente resuelto a través de una sentencia, ésta todavía tenga vigencia y genere una sensación de justicia en sus destinatarios.

Si no fuera así, el fin de lograr la justicia y la paz social se vería postergado y, al mismo tiempo, produciría la vulneración de un principio cardinal del derecho, como es el que nadie puede beneficiarse con su propia transgresión. El Estado no puede permitir que el hipotético transgresor se vea beneficiado por el tiempo que necesariamente requiere la sustanciación de un proceso, para obtener una suerte de impunidad.

Chiovenda (op. cit.), explicaba que la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón, no debe convertirse en daño para quien tiene la razón. Si no existiera una manera de suprimir o por lo menos, mitigar esta ventaja inicial de aquel que debe ser demandado y a quien se acusa de infringir la ley, los particulares dejarían de confiar en el proceso y se volvería a un estado primitivo de imperio de la fuerza por sobre la razón.

Ante esta situación y para evitar que el litigante inescrupuloso pueda servirse del proceso como una artimaña para sustraerse del cumplimiento del derecho que debe ser declarado por la sentencia, se ha regulado la institución de las medidas cautelares, como un remedio para que el cumplimiento de la sentencia no se torne meramente ilusorio, sino que se convierta en una realidad jurídica y social.

Valor supletorio del Código de Procedimiento Civil

Luego de realizado el análisis contenido en las páginas precedentes, se hace necesario determinar el papel del Código de Procedimiento Civil en el sistema procesal en general, y su procedencia de su aplicabilidad a la esfera del control judicial de las administraciones.

Refiere Rondó de Sansó (op. cit.), que establecidos los lineamientos de las medidas cautelares, es necesario determinar si las previsiones que sobre las mismas

contempla el Código de Procedimiento Civil, son aplicables al contencioso-administrativo, o si, por el contrario, este último constituye por su especialidad un sistema aislado y totalmente autónomo respecto del proceso civil que dicha norma regula.

El Código de Procedimiento Civil ha sido calificado como norma supletoria de los procedimientos que rigen a las jurisdicciones especiales. Esto significaría que las disposiciones del mencionado Código se aplican cuando falta una norma específica reguladora de la materia concreta y sólo en tal caso.

Para afianzar este carácter supletorio, se hace referencia a la naturaleza de ley ordinaria que el Código posee, a diferencia del de leyes orgánicas que tiene la mayoría de las normas reguladores de los procedimientos especiales. Al efecto, y continuando con el ejemplo del apartado anterior, el contencioso-administrativo general se rige por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; el procedimiento laboral por la Ley Orgánica del Trabajo. Si se estima que la ley orgánica predomina sobre la ordinaria, la jerarquía del Código de Procedimiento Civil no puede ser sino la de una norma supletoria.

Sin embargo, cabe reflexionar que lo anterior se contradice con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando alude a las leyes orgánicas, no puede ser interpretada pacíficamente como el establecimiento de una supercategoría de normas, como se hiciera en los momentos inmediatos siguientes a la vigencia de la Constitución de 1961, sino que la tendencia, luego de la efervescencia original que acogiera tal interpretación, fue en el sentido de considerar que contenía simplemente una norma de política legislativa que ordena al legislador someter las leyes que dicte sobre materias reguladas por leyes orgánicas a las normas de ésta y, cuando no se admite esta tesis, la posición general es la de analizar el sistema en su globalidad a los fines de determinar la jerarquía que en el mismo posee cada texto.

Por otra parte, comenta Borjas (op. cit.), que un Código es, por definición del propio constituyente, la reunión sistemática de las normas relativas a una determinada materia y, en consecuencia, su noción escapa a su simple calificación de ley ordinaria

frente a la ley orgánica. En efecto, disposiciones contenidas en las leyes orgánicas y en las leyes ordinarias pueden por igual aparecer sistematizadas en un Código.

En consecuencia, todavía cabe preguntarse si el CPC es una norma de aplicación supletoria o si, por el contrario, merece el calificativo de ser una norma de Derecho Común. El Título Preliminar del CPC en sus Disposiciones Fundamentales establece las reglas básicas del proceso que tienen validez en todas las instituciones procesales, salvo disposición en contrario.

Es así como se consagran, principios como el de la inderogabilidad de la jurisdicción venezolana, el principio de la legalidad de la forma de la realización de los actos en el proceso, con su complemento del principio del logro del fin, contenida en el artículo 7, al consagrar: "cuando la ley no señala la forma para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el juez considere idóneas para lograr los fines del mismo".

Continuando con el análisis, se establece el principio de irretroactividad de la norma procesal, así como el de su aplicación inmediata; se contempla la celeridad procesal, como el principio en virtud del cual en materia civil sólo puede procederse a instancia de parte, a menos que el juez esté autorizado para actuar de oficio, o cuando proceda en resguardo del orden público o de las buenas costumbres. Se consagra además, el principio de que el juez es el director del proceso y por ello debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión, así como los de igualdad y de interés procesales y el principio dispositivo del proceso.

En vista de todos los argumentos esgrimidos, resulta procedente considerar que el CPC no es simplemente una norma de derecho supletorio o fuente supletoria, sino que es una norma de derecho común, esto es, la fuente esencial de la normativa que ilumina las instituciones de los procesos especiales y con base en cuyos criterios éstos han de ser orientados: de allí que el juez especial no puede aplicar su normativa con prescindencia del CPC, utilizándolo tan sólo cuando existan lagunas en su propio sistema, sino que el juez especial ha de realizar tal labor a la luz de las disposiciones que el CPC contempla, porque es éste el que las califica, es decir, el que determina su sentido y orientación, salvo que exista una disposición expresa que lo derogue.

Concatenado lo expuesto, con el tema objeto de estudio, nuevamente se señala que las medidas cautelares constituyen un instrumento de la justicia dispuesto para que el fallo jurisdiccional sea ejecutable y eficaz y, constituyen sin duda alguna una expresión de la tutela judicial efectiva que consagra el dispositivo Constitucional.

Dentro de las características de las medidas cautelares, la doctrina ha señalado que éstas son instrumentales, es decir, que no constituyen un fin en sí mismas, sino que son un medio, instrumento o elemento que sirve para la realización práctica de otro proceso, eventual o hipotético, según el caso, y su resolución principal partiendo de la hipótesis de que ésta tenga un determinado contenido concreto, conforme a lo cual se anticipan los efectos previsibles, que se traduce en el mantenimiento de una situación de hecho en salvaguarda de derecho, sobre lo que se pronunciará el juez que conoce el fondo del asunto, para que una vez que sea dictada la sentencia definitiva sobre lo principal, no opere en el vacío y pueda ser realmente efectiva.

Así se tiene que el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, desarrolla el poder cautelar del juez para decretar medidas tendentes a asegurar el resultado del proceso, previendo que para que pueda hacer uso de la facultad cautelar de decretar medidas, debe observar y verificar el cumplimiento de los tres (3) requerimientos que se deducen de los artículos 585 y 588 ejusdem, ampliamente explicados en páginas anteriores: presunción grave del derecho que se reclama (fumus boni iuris); presunción grave del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (periculum in mora) y la existencia de un fundado temor de que una de las partes, en el curso del proceso, pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (periculum in damni), éste último requisito cuando se trate de una medida atípica.

Cuando alguna de las partes efectúa una solicitud de las medidas cautelares contenidas en el ordenamiento procesal, el juez debe ser muy cuidadoso en el cumplimiento de los requerimientos antes mencionados, lo que obliga a realizar un examen de tales extremos en el caso bajo su revisión.

En sentencia dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 25 de mayo de 2000, Expediente Nº 99-371, Sentencia Nº 163, con

Ponencia del Magistrado Dr. Antonio Ramírez Jiménez, en el juicio de Inmuebles La Giralda, C.A., se estableció:

> ...Por ello, el Juez tiene la obligación de valorar las pruebas que se consignen en autos, más allá de la tempestividad de la oposición, pues, no existe en este caso, la posibilidad de resolver con atención a la contumacia.
>
> Al incumplir con dicha obligación el juez violenta el contenido del ordinal 4to del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, dejándose inmotivada la decisión, así como el artículo 509 eiusdem, omitiendo la obligación de cumplir la actividad allí prevista, como lo es la de analizar todas las pruebas de autos.
>
> No cabe la menor duda de que la actividad a que se refiere el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, se ve violentada cuando no se analizan todas las pruebas, pues expresamente indica el referido artículo que toda prueba debe ser estudiada por el juzgador, incluso las que estime ilegales o impertinentes, precisamente para evitar que el fallo carezca de las razones necesarias, y que por ello se vea impedida la apreciación en el fallo del proceso hermenéutico en la aplicación de las normas por parte del Juez para resolver el debate...

Así mismo en sentencia dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 30 de noviembre de 2000, Expediente Nº 00-133, sentencia Nº. 387, se ratifica una decisión proferida por esa misma Sala de fecha 4 de junio de 1997 caso Reinca, C.A. contra Ángel Carrillo Lugo, donde se señaló lo siguiente:

> ...El régimen de las medidas preventivas implica por esencia o definición, que el acordarlas no significa un procedimiento sobre el fondo, sino solo un juicio provisional de verosimilitud, según las circunstancias de cada caso en concreto, y en relación con el aseguramiento, que se estime suficientemente justificado, de las resultas del pleito... (Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 25 de mayo,

> en el juicio seguido por la ciudadana Rosa María Contreras Carreño de Gómez contra el ciudadano Carlos Nadal Yépez y otros)... Si el Juez debe verificar el cumplimiento de los extremos exigidos por el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, siendo posible que decrete la medida al admitir la demanda, debe concluirse que para ello, debe efectuar un análisis de las pruebas acompañadas al libelo. En otras palabras, el decreto de la medida supone un análisis probatorio. Por este motivo, el Tribunal de Alzada (sic) no podía revocar la medida cautelar sin analizar las pruebas en que se basó la primera instancia, desde luego que, como consecuencia de la apelación la alzada revisa la materia en las mismas condiciones que lo hizo el tribunal de la cognición...

La finalidad que cumplen las medidas cautelares en el proceso judicial, es la de garantizar un derecho o evitar se lesione otro y siendo que las medidas cautelares limitan de alguna manera los derechos de la parte afectada por la cautela, es por lo que nuestro ordenamiento procesal consagra el cumplimiento de requisitos, que al ser observados por el juez infieren una obligación o mejor dicho un deber de decretar la cautelar, para lo cual nuevamente se recuerda la finalidad de la justicia cautelar.

En este mismo orden de ideas, hay que destacar que constituye una obligación para la parte que solicita la medida, el cumplimiento de los requisitos de procedencia, constituyendo una carga procesal exponer los hechos en que se sustenta la petición cautelar y los medios de pruebas que se correspondan con cada uno de los requisitos.

En el juicio de verosimilitud que debe efectuar, el juez debe vincular la pretensión del demandante y los distintos medios de prueba que aporta, a fin de revisar la necesidad del decreto de la cautela, previo el cumplimiento de los extremos de ley señalados precedentemente en este fallo.

El artículo 520 del Código de Procedimiento Civil dispone las pruebas procedentes en la segunda instancia, entre las cuales están los instrumentos públicos, las posiciones juradas y el juramento decisorio.

Otra Sentencia de fecha 9 de abril de 2012, emanada del Tribunal Séptimo de Primera Instancia de Juicio para el Nuevo Régimen Procesal y Transitorio del

Circuito Judicial del Trabajo del Estado Zulia, falló en relación a la solicitud de cautela innominada, bajo la siguiente fundamentación:

> Ahora bien, la norma prevista en el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable supletoriamente de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dispone: El Tribunal Supremo de Justicia podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, a instancia de parte, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. A tal efecto, se deberá exigir al solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio.

En ese sentido, se observa que la suspensión de efectos de los actos administrativos a que se refiere el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, constituye una medida preventiva establecida por el ordenamiento jurídico, mediante la cual, haciendo excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo, se procura evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del auto, porque ello podría constituir un atentado a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso.

En este sentido, debe el Juez velar porque su decisión se fundamente no sólo en un simple alegato de perjuicio, sino en la argumentación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción de un posible perjuicio real y procesal para el recurrente. Por lo tanto, la medida preventiva de suspensión procede sólo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, es decir, que la medida sea necesaria a los fines de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, o bien para evitar que el fallo quede ilusorio, y que adicionalmente resulte presumible que la pretensión procesal principal resultará favorable; significa entonces que deben

comprobarse los requisitos de procedencia de toda medida cautelar.

El análisis acerca de la procedencia de la medida cautelar solicitada, requiere además de la verificación del periculum in mora y la determinación del fumus boni iuris, pues mientras que el primero es exigido como supuesto de procedencia en el caso concreto, el segundo, la presunción grave de buen derecho, es el fundamento mismo de la protección cautelar, dado que en definitiva, sólo a la parte que beneficia el derecho en juicio pueden causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados, bien que emanen de la contraparte o sean efecto de la prolongación procesal.

La argumentación conforme a la cual el Juzgador de Primera Instancia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa basó la declaratoria de improcedencia de la solicitud de decreto de medida cautelar innominada, consistió en considerar que de conformidad con la norma prevista en el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicable supletoriamente de conformidad con el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la suspensión de efectos de los actos administrativos constituye una medida preventiva establecida en el ordenamiento jurídico, que procura evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del acto, procediendo la medida sólo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, determinando que en el caso concreto la parte solicitante de la medida no trae a las actas medios probatorios de los cuales se desprenda la apariencia de buen derecho, sin que ello implique un adelanto de opinión respecto a la sentencia definitiva que haya de producirse en el caso de análisis, de allí que al no constar en actas prueba alguna que demuestre un perjuicio grave al patrimonio de la empresa, mal podría el Tribunal acordar la suspensión de efectos de la Providencia Administrativa.

Al respecto, observa el Tribunal que la apelante señala que la apelada infringió el ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, ya que en su decisión omitió pronunciamiento en relación al ofrecimiento de caución a los efectos de que sea decretada la medida de suspensión de efectos solicitada, razón por la cual la misma adolece del vicio de incongruencia negativa.

En este sentido, la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República

establece que el vicio de incongruencia del fallo se produce cuando el juez extiende su decisión más allá de los límites del problema judicial que le fue sometido a su consideración (incongruencia positiva), o bien cuando omite el debido pronunciamiento sobre alguno de los términos del problema judicial (incongruencia negativa), lo cual conduce a establecer que el juez tiene la obligación de considerar y decidir sobre todos y cada uno de los alegatos formulados por las partes, es decir, sobre todo aquello que constituye un alegato o una defensa, regla ésta llamada principio de exhaustividad, por lo cual, la Ley adjetiva impone al juez la determinación y posterior análisis de todos los alegatos y defensas esgrimidas en el proceso, los cuales deben necesariamente ser tomados en cuenta para la sentencia que se emita.

En este sentido, el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil, establece que la nulidad de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de la instancia inferior, que se halle viciada por los defectos que indica el artículo 244, sólo puede hacerse valer mediante el recurso de apelación, de acuerdo con las reglas propias de este medio de impugnación, siendo deber del juez del segundo grado de la jurisdicción pronunciarse sobre el fondo de la controversia, aún cuando encuentre que la sentencia apelada se halle viciada por defectos de forma, lo que por vía de consecuencia, deviene que en ningún caso debe el ad quem ordenar la reposición de la causa esgrimiendo para ello que la decisión apelada, esté viciada de nulidad en razón del incumplimiento de los requisitos intrínsecos que deben contener las sentencias, establecidos en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

La medida de suspensión de efectos actualmente no está prevista en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ni en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin embargo, ello no implica que la misma no pueda ser acordada, al ser una de las medidas preventivas típicas del contencioso administrativo, siendo además que, en todo caso, la misma debe analizarse en atención al artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el cual prevé que 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; y de conformidad con lo previsto en el Parágrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por la remisión supletoria que hace el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual dispone:

> Artículo 588... Parágrafo Primero: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

Por ello, al constituir la suspensión de efectos de los actos administrativos una medida preventiva típica del contencioso administrativo, mediante la cual, haciendo excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo, consecuencia de la presunción de legalidad, se procura evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del auto, porque ello podría constituir un menoscabo a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso, debe verificar este Juzgador que en la argumentación y acreditación de hechos alegados, haya la convicción de un posible perjuicio real y procesal para el recurrente.

Por tanto, la medida preventiva de suspensión de efectos debe proceder sólo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, esto es, que la medida sea necesaria a los fines de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, o bien para evitar que el fallo quede ilusorio, y que adicionalmente resulte presumible que la pretensión procesal principal resultará favorable; significa entonces que deben comprobarse los requisitos de procedencia de toda medida cautelar: el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y la presunción grave del derecho que se reclama.

Y se requiere, además, de la verificación del periculum in mora, la determinación del fumus boni iuris, pues mientras aquél es exigido como supuesto de procedencia en el caso concreto, ésta, la presunción grave de buen derecho, es el fundamento mismo de la protección cautelar, dado que en definitiva, sólo a la parte que posee la razón en juicio puede causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados, bien que emanen de la contraparte o sean efecto de la tardanza del proceso.

En conexión con lo anterior, la jurisprudencia ha dejado sentado que tiene que haber una estricta sujeción entre la procedencia de la medida cautelar y los alegatos y pruebas que el solicitante produzca en los autos, a fin de demostrar los requisitos establecidos por la ley para otorgar la medida, de manera que no basta con invocar el peligro inminente de que quede ilusoria la ejecución del fallo definitivo, sino que además debe acompañarse un medio de prueba que pueda hacer surgir en el Juez, al menos una presunción grave de la presencia de dicho peligro.

Capítulo IV

Lineamientos que Rigen el Ejercicio del Poder Cautelar

Discrecionalidad en el criterio del juez que puede acordar las medidas

Respecto a las medidas cautelares, según el contenido y alcance del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, es potestativo del Juez acordarlas, lo que significa que aún cuando estén cumplidos y verificados por el Juez los requisitos de procedencia antes referidos, el jurisdicente puede negar su decreto.

Así, lo ha sostenido el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, entre otros, en sentencia N° 64 de fecha 25 de junio de 2001, caso Luis Miguel Silva Casado contra Agropecuaria La Montañuela C.A., con ponencia del Magistrado Carlos Oberto Vélez, Expediente 01-144, al establecer:

> ...Ahora bien, dada la facultad que otorga el Código de Procedimiento Civil a los jueces para decretar medidas preventivas, conforme con el artículo 588 eiusdem, esta Sala considera oportuno atemperar el señalado criterio jurisprudencial, en lo que respecta a los supuestos de las sentencias interlocutorias que se dictan con motivo de una incidencia de medidas preventivas y, en especial en lo que respecta a las interlocutorias que la niegan.

En sentencia de fecha 31 de marzo de 2000, la Sala de Casación Social estableció criterio sobre la naturaleza de la decisión denegatoria de las medidas preventivas, reiterado en fallo de fecha 22 de mayo de 2001, con ponencia del Magistrado Carlos Oberto Vélez, caso: José Sabino Teixeira y otra contra José Durán Araujo y otra, expediente Nº. 99-017, sentencia Nº 134, en la cual señaló lo siguiente:

> ...Estas evidencias, si bien es cierto que en principio pudieran no guardar sintonía con los planteamientos consignados en la recurrida, no es menos cierto que mas allá del deber del jurisdicente, de pronunciarse sobre el contenido de la documental en cuestión, está, rige para el caso particular,

la facultad soberana que le ha otorgado el legislador al juez para negar las medidas cautelares que le puedan ser solicitadas.

Visto así, no obstante a que, la conducta del ad quem, al limitarse a enunciar la prueba como un alegato invocado por el recurrente, sin dar importancia a su conformación material como elemento documental, probatorio o no de los hechos, pudiera considerarse incursa en el denunciado vicio del silencio de prueba, es criterio de la Sala que la misma no puede ser censurada y por consiguiente mucho menos revisada, ello en atención con la soberanía que le asiste en materia de medidas cautelares para negarlas, por lo cual en apego a la doctrina ratificada, sería de inutilidad manifiesta ordenar el examen de la documental, cuando igualmente pudiera considerar el Juez, en uso de la soberanía comentada, negar la medida en cuestión.

En cuanto a la infracción denunciada del artículo 243 ordinal 4° del nombrado Código Procesal, la Sala a objeto de mantener el criterio aludido en relación a la soberanía de los jueces de instancia para negar el decreto de medidas cautelares, considera igualmente oportuno ratificar el tenor establecido en la Sentencia Nº 88 del 31 de marzo de 2000, expediente 99-740 en el juicio de Carlos Valentín Herrera Gómez contra Juan Carlos Dorado García, el cual es del tenor siguiente:

...Según el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, cuando la ley dice que el Juez puede o podrá se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio consultando siempre lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.

Ahora bien, en materia de medidas preventivas esa discrecionalidad no es absoluta sino que es menester el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y que se haya acompañado el medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama. Además, el Juez debe limitar las medidas a los bienes que sean estrictamente necesarias para garantizar las resultas del juicio. Así lo disponen los artículos 585 y 586 del Código de

Procedimiento Civil, respectivamente.

No basta entonces que el solicitante de la medida acredite los extremos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, desde luego que el juez no está obligado al decreto de las medidas, por cuanto el artículo 588 ejusdem dispone que el Tribunal, en conformidad con el artículo 585 puede decretar alguna de las medidas allí previstas; vale decir, que lo autoriza a obrar según su prudente arbitrio.

De forma y manera que, no estando obligado el Juez al decreto de ninguna medida aun cuando estén llenos los extremos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, no se le puede censurar por decir, para negarse a ella, que "...de los recaudos presentados no se determinan los elementos contenidos en la norma invocada" y que "...no se observa que se haya dado los supuestos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil", desde luego que podía actuar de manera soberana.

En efecto, muy bien podía el sentenciador llegar a la conclusión de que se le habían demostrado los extremos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil y, sin embargo, negarse al decreto de la medida requerida por cuanto el artículo 588 ejusdem lo faculta y no lo obliga a ello. En consecuencia, si el juez en estos casos está facultado para lo máximo, que es el decreto, también lo está para lo menos, que es su negativa.

Es decir que la negativa a decretar una medida preventiva es facultad soberana del juez por lo cual su decisión no está condicionada al cumplimiento estricto del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual no es susceptible de censura por no adaptarse a sus previsiones.

Caso contrario sucede cuando el juez opta por decretar la medida requerida, por cuanto en este supuesto, dado que puede constituir una limitación al derecho de propiedad de la parte contra la cual obra, el Tribunal está obligado a fundamentar las razones y motivos que lo llevaron a considerar probado el periculum in mora y el fumus bonus iuris y, además, debe describir las consideraciones por las cuales cree que la medida decretada se limita a los bienes estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio, desde luego que la facultad para su decreto está condicionada a esos extremos.

Del criterio transcrito y por mandato expreso del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, se evidencia que en materia de medidas preventivas, el juez es soberano y tiene amplias facultades para, aún cuando estén llenos los extremos legales, negar el decreto de la medida preventiva solicitada, pues no tiene la obligación ni el deber de acordarla, por el contrario, está autorizado a obrar según su prudente arbitrio; siendo ello así, resultaría contradictorio, que si bien por una parte el legislador confiere al juez la potestad de actuar con amplias facultades, por otra parte, se le considere que incumplió su deber por negar, soberanamente, la medida.

Abundando un poco más en la discrecionalidad del juez que puede acordar las medidas cautelares, hay que señalar que tradicionalmente en el campo de la doctrina venezolana y fundamentalmente desde la óptica del Derecho Procesal Civil, se ha venido entendiendo a las medidas cautelares, o más bien al poder cautelar, como el único mecanismo para la protección de los intereses individuales, de los colectivos y de los difusos, cuando se encuentran amenazados o afectados por conductas u omisiones atribuibles a terceros y en ocasiones a los organismo públicos.

La constitucionalización de los principios fundamentales del proceso a partir de la vigencia de la Carta Magna de 1999, imprimió a la protección del objeto del litigio y de la ejecutabilidad de la sentencia, un nuevo alcance exponencial que no había tenido en la historia procesal venezolana. A semejanza de la experiencia europea, se introducen en el programa constitucional y a favor del proceso judicial, los preceptos de la tutela judicial efectiva y del debido proceso; cuya previsión lejos de representar un atributo de la causa, comenzó a configurarse como una garantía constitucionalizada para todos los ciudadanos, cuyo garante sería el órgano judicial (Ortiz, op. cit.).

En ese contexto el poder cautelar redefinió sus dimensiones de modo que se hizo compatible a las exigencias de la tutela judicial efectiva y del debido proceso, debiendo interpretarse de tal hecho, que tanto las cautelas típicas como las innominadas son instrumentos para garantizar la eficacia de la administración de justicia, como expresión de la protección que se da a las partes en juicio, responsabilizando al órgano de justicia por su logro, corrección y oportunidad.

Sin embargo, una concepción restrictiva de tales garantías llevaría a pensar que serían aplicables sólo en el ámbito del proceso judicial, y que por el contrario se harían intangibles para quien, vulnerado en algún derecho (incluso fundamental), no acudiría a la jurisdicción, por tener expedita una vía alternativa, como la administrativa.

Así, puede observarse por ejemplo, la situación del colectivo frente a la inadecuada prestación de los servicios públicos, donde, no habiéndose configurado una relación tal que hiciera posible la tutela judicial o, en todo caso que implicara preferirla, acuden a la vía administrativa en defensa de sus derechos e intereses, dentro de la cual pudieran solicitar medidas que tuviesen un fin análogo al que conceden las cautelares en los procesos tramitados por el poder judicial.

Refiere Ortiz (op. cit.) que la constitucionalización de la garantía del debido proceso, también para los procedimientos administrativos (artículo 49 CRBV), y su directa relación con la facultad cautelar, ha sido la base para que la doctrina reconozca un poder de protección a favor del administrado, con una naturaleza y nivel análogo al poder cautelar, aunque de sustancia distinta. La distinción axiológica entre el poder cautelar conferido a la jurisdicción y el que ahora se llamaría poder preventivo, estaría fundamentado en la naturaleza del órgano llamado a adoptar las soluciones del caso así como del tipo de derecho a resguardar, que no siendo un interés litigioso, inclusive puede revestir una capacidad para el daño igual o mayor, además de la colectivización de su alcance.

Sostiene el mismo autor, que el poder preventivo quedó separado del poder cautelar dado a la jurisdicción. Esta separación se concreta en el otorgamiento de competencias, que si bien son protectorias en ambos casos, proceden, ocurren y pretenden asuntos distintos.

De acuerdo con tal apreciación, el poder cautelar sigue estando monopolizado por los órganos jurisdiccionales mientras que el poder preventivo se acuerda a los órganos administrativos. Ésta competencia amplia que se ha dado a los órganos de la administración pública en general, pretende garantizar al colectivo todos aquellos derechos que pueden ser salvaguardados por medio de actos administrativos y que no

llegan a ser ventilados en la jurisdicción.

En tal orden de argumentación, se tiene que tanto en las medidas cautelares taxativas, como en las innominadas, existe discrecionalidad en el criterio del juez que puede acordar las medidas, que de conformidad con el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil exige en el mismo, necesariamente, el uso de la prudencia, la equidad, la justicia y la imparcialidad. En efecto, afirma Rondó de Sansó (op. cit.), que las normas que establecen el poder de dictar medidas cautelares utilizan los términos "el Juez puede o podrá" (p. 309), por lo cual el mismo ha de atenerse a lo dispuesto en el citado artículo 23 que señala: "cuando la ley dice juez o Tribunal puede o podrá, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad" (ibidem).

Ahora bien, es necesario determinar si la discrecionalidad a la cual se ha hecho referencia es realmente una potestad libre del juez de acordar o negar la medida, según su arbitrio, encuadrado siempre dentro de los principios de racionalidad y proporcionalidad, o por el contrario, el juez está obligado a acordar la medida solicitada cuando se dan los supuestos previstos en el articulo 585 del Código de Procedimiento Civil y los específicos de cada una de las medidas típicas que el Código establece. Igualmente habrá que responder a la duda de si la discrecionalidad opera para las medidas cautelares innominadas y no así para las taxativas.

Se estima que, por lo que atañe a las medidas taxativas, si están dados los supuestos constitutivos del periculum in mora y del fumus boni iuris, el juez debe acordar la providencia que le es solicitada, sólo que la determinación de cada uno de estos supuestos, exige una especial apreciación por su parte, cuyos resultados deberán figurar en un auto suficientemente motivado que los obliga a constatar una situación aparentemente paradójica.

En tal caso, el juez no tendría discrecionalidad para decidir sobre la medida solicitada si están presentes los supuestos previstos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil y para cada caso específico, en razón de lo cual no puede hablarse de discrecionalidad, sino que la tarea del juez es una labor vinculada,

automática, de ejecución de la previsión normativa. La determinación de los elementos constitutivos (periculum in mora y fumus boni iuris), tiene un fuerte contenido de apreciación propia, siempre sometido a los límites naturales de la discrecionalidad, esto es, a la racionalidad y a la proporcionalidad.

Rondón de Sansó opina que se hace compleja la respuesta relativa a si es o no discrecional la potestad cautelar del juez y en especial, la que se destina a acordar las cautelas taxativamente establecidas en la ley, por cuanto no puede afirmarse que el juez sea libre para medir la oportunidad o conveniencia de ejercer su facultad legal, acordando o negando una providencia que le hubiese sido requerida.

Por lo que atañe a las medidas cautelares innominadas, considera la autora citada que no puede haber una respuesta diferente, por cuanto si bien el contenido de su decisión será distinta, no así los supuestos en base a los cuales la misma debe ser dictada. De allí que, a la pregunta de si efectivamente en el ejercicio de la potestad cautelar, el juez tiene libertad para actuar, o si por el contrario, demostrados los supuestos para que proceda la cautela, está obligado a otorgarla, la respuesta no puede prescindir del dualismo precedentemente reseñado.

Lo transcrito determina la soberanía del juez para acordar las medidas cautelares innominadas, movido únicamente por su sano criterio y como parámetro que exista una lesión o daño a algún derecho del solicitante que pueda ser protegido preventivamente con el decreto de la cautelar

Suficiencia cautelar

Otro de los principios que rige en este campo, es el de la suficiencia cautelar La medida cautelar está limitada a las acciones susceptibles de prevención que garantizan estrictamente el resultado práctico del proceso. El artículo 586 lo señala en forma expresa al indicar:

> El juez limitará las medidas que trata este Título, a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio. A tal fin, si comprueba que los bienes afectados exceden la cantidad de la cual se

decretó la medida, el juez limitará los efectos de éste a los bienes suficientes, señalados con toda precisión.

Como se aprecia, igualmente están presentes en el ejercicio del poder cautelar, el principio de celeridad procesal, con base en la cual la urgencia que faculta a que sean dictadas las medidas, exige igualmente las actuaciones inmediatas y sin dilación alguna, y el principio de igualdad procesal, que obliga a otorgar idéntico tratamiento a las partes, derivado de la situación equidistante que el juez ha de mantener respecto a las mismas, negándose el favorecimiento de alguna de ellas en forma injusta y sin fundamento. Además de lo antes expresado, hay una serie de principios que la doctrina moderna cuestiona como válidos.

Al efecto, se mencionan siguiendo a Ortiz (op. cit.), los principios tradicionales, hoy en día superados: (a) el carácter excepcional de las medidas, es decir, la consideración de que las cautelas judiciales son medios extraordinarios, sobre todo la suspensión de los efectos del acto; (b) como consecuencia del anterior principio, surge como su corolario, la regla que las medidas cautelares son de interpretación restrictiva; (c) de lo anterior deriva como consecuencia la consideración que afirma que las medidas cautelares deben estar contenidas en disposición expresa (taxatividad); (d) otro principio es el de considerarlas como exclusivamente potestativas para el juez y, en consecuencia deben ser solicitadas expresamente por las partes, y sólo proceden cuando se demuestran circunstancias extraordinarias.

Respecto a su alcance se afirma que no pueden suponer un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, ni pueden anticipar el fallo definitivo, ni afectar el interés general, pues carecen de contenido anticipativo.

Es por lo anterior que, a las tesis que han sido denominadas como retrógradas sobre medidas cautelares, se oponen los principios modernos de protección cautelar que estarían representados por una postura que estima como esenciales los asuntos que se explican seguidamente.

1. Las medidas cautelares son manifestación del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva. Calvo-Baca (op. cit.), interpreta que las medidas cautelares

son instrumentos de la justicia dispuestos para que el fallo sea ejecutable, y eficaz.

2. Otro de los postulados cuya aplicación renueva la noción de las medidas cautelares es el de que las mismas son el instrumento destinado a impedir que el transcurso del proceso atente contra quien tiene la razón.

3. El tercero de los principios que se asoma como base de la modernización del sistema de protección cautelar, es el de que las medidas que en el mismo operan son instrumentos inherentes a la función de juzgar y ejecutar lo juzgado. Se supera con el postulado que se enunciara, la noción fundada en la más rígida aplicación del principio dispositivo para el cual la actuación del juez en materia civil es esencialmente pasiva.

4. El reconocimiento de que las medidas cautelares son parte de un poder cautelar general, es otro de los principios que rigen la nueva concepción imperante. En efecto, señala Calvo-Baca que la existencia de este poder cautelar general es lo que permite que se acuerden providencias asegurativas, aún cuando no exista una norma especial que las tipifique.

En este sentido, la posición aludida está patente en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno del 15 de febrero de 1995, relativa a la solicitud del representante del Ministerio Público de que fuesen dictadas medidas cautelares de aseguramiento de bienes de ex-funcionarios juzgados penalmente por delitos contra el patrimonio público. Solicitaban los representantes de la Fiscalía, que fuesen acordadas medidas cautelares innominadas por las cuales se aseguraran todos los bienes de los encausados, en virtud de que las nominadas, específicamente la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, no eran suficientes para el caso planteado. La Corte, si bien no accedió a tal solicitud por considerar muy general el planteamiento, si consideró procedente dictar providencias provisorias distintas a las solicitadas pero, igualmente más amplias que las típicas.

Constituye argumento que sirve de fundamento a la citada sentencia, con relación al poder cautelar general de los jueces y su subsidiariedad, lo siguiente:

> Aparentemente, la respuesta a favor de la residualidad de las medidas innominadas frente a las típicas pareciera aceptable; sin embargo, el Juez

> no es un autómata que decide para casos previamente codificados, en relación a los cuales existe una fórmula única para su decisión; sino que su amplio poder de apreciación, que en el caso de las medidas cautelares innominadas está expresamente consagrado, le permite establecer en cada uno de los supuestos en que le corresponde actuar, si la cautela solicitada por la parte se ubica dentro de las tradicionalmente establecidas, o si lo conveniente es fijar modalidades que atiendan mejor al fin perseguido por la función que ejerce.

Se supone del extracto anterior, que si la petición careciere de todos los requisitos exigidos para que pueda ser acordada, el uso de las potestades de dictar cautelas innominadas podrá suplir tal falta, o bien, si el alcance de lo pedido excediera a su juicio del que busca la propia figura típica, tal hecho podría igualmente obviarse a través de su sano criterio, lo que se refuerza por el alcance que el legislador le ha dado a las medidas innominadas en el parágrafo primero del artículo 588, por cuanto, si bien las enuncia inicialmente como autorizaciones o prohibiciones que el juez puede acordar a la ejecución de determinados actos, sin embargo, de inmediato señala en forma amplia la posibilidad del juzgador de adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

4. En los tratadistas modernos sobre la materia, está presente el principio de que las medidas cautelares protegen cualquier tipo de pretensión, incluso al mismo que aluden los especialistas españoles aún cuando el Código de Enjuiciamiento Civil español, consagra las medidas cautelares innominadas sólo respecto de las pretensiones de hacer, de las de no hacer o bien de la entrega de una cosa determinada (Calvo-Baca, op. cit.).

A esto argumenta Rondón de Sansó (op. cit.), que en el contencioso-administrativo este principio está presente en forma ampliada, ya que en tal sistema se permite acordar medidas cautelares, tanto en caso de una nulidad de un acto, como de las acciones constitutivas o de condena.

5. La homogeneidad y pertinencia entre las medidas provisorias y la pretensión principal, en el sentido de que pudiere ser imprescindible para la

protección de esta última que se dicte lo que se denomina una medida cautelar innovativa o anticipativa del resultado final que se persigue da lugar al principio de efectos del fallo definitivo. En efecto, es posible que la pretensión de fondo exija como pronunciamiento previo una prestación idéntica a la que con el mismo se persigue.

La citada autora, pone por caso la acción destinada al pago de alimentos de la cónyuge presuntamente abandonada con varios hijos e incapacitada para trabajar El pago de una pensión perseguida con la demanda en dinero o en especie, puede ser anticipada para permitir la subsistencia de la litigante y su prole.

Es necesario hacer notar la aparición de una novedosísima tesis que comienza a insinuarse en varios campos del Derecho y, específicamente en el de las medidas cautelares innominadas, en el sentido de que el interés general en abstracto, no puede oponerse a las medidas cautelares. Se estima al respecto que, si el derecho que el solicitante de la medida denuncia violado es un derecho fundamental, no puede alegarse en su contra la existencia de un interés general que impida su satisfacción.

Hay así un replanteamiento de la materia que se inclina a favor del interés particular, ya que es claro que el principal interés público está en asegurar la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes. No puede menos que señalarse que hay materias en las cuales la tesis expuesta es rechazada de plano porque el contenido del interés colectivo que en el mismo se ventila, no puede ser desplazado por ningún interés particular como es el caso de la protección sanitaria, recordando como ejemplo, la situación planteada por la droga llamada talidomida, usada como tranquilizante para las mujeres embarazadas que produjo terribles e irreparables malformaciones en los fetos y planteó la necesidad de prohibir su uso.

Capítulo V

Mecanismos de Impugnación de las Partes Ante el Decreto Cautelar en el Proceso Civil Venezolano

Recursos de la parte afectada y del solicitante

La utilización de las medidas cautelares como mecanismos de coerción para obtener ventajas indebidas ha generado la preocupación del legislador en estructurar mecanismos idóneos para el ejercicio de la defensa del afectado, toda vez que a éste se le fijaba una contracautela que no respondía a la real naturaleza de la afectación; el afectado sólo tenía una posibilidad para contradecir la decisión cautelar a través de la apelación. Ahora, la contracautela debe garantizar de una forma más eficaz y proporcional a los eventuales daños y perjuicios que podría sufrir el afectado, quien tiene dos (2) posibilidades para impugnar la decisión cautelar, es decir, a través de la oposición, mecanismo a través del cual el afectado ejercerá su defensa ante el mismo juez que emitió la decisión cautelar y el recurso de apelación, mecanismo de impugnación, mediante el cual se procura enervar los efectos de una decisión o fallo, que cause agravio a quien recurre contra ella.

Los medios de impugnación, según palabras de Hinostroza (2004), son instrumentos procesales ofrecidos a las partes para provocar aquel control sobre la decisión de juez, y este control es, en general, encomendado a un juez no solo diverso de aquél que ha emitido el pronunciamiento impugnado o gravado, sino también de grado superior, aun cuando no esté en relación jerárquica verdadera y propia con el primero. No se excluye, sin embargo, que en ciertos casos, en consideración al tipo de control invocado, este último sea ejercitado por el mismo juez que ha pronunciado la sentencia objeto de control.

La finalidad general de los medios impugnatorios es el control general de la regularidad de los actos procesales, la finalidad específica es el control de la actividad de los jueces, fundamentalmente de sus resoluciones. Esta tiene por finalidad restablecer los derechos violados, conculcados, que causan agravio a

alguna de las partes o a terceros legitimados. Se conciben también como mecanismos de saneamiento procesal, pues tienen como misión evitar los errores y arbitrariedades del juzgador en la sustanciación del proceso, propiciando con ello decisiones legales y justas.

Para Quintero y Prieto (2000) contiene la posibilidad de denunciar la existencia de las irregularidades y analizar los mecanismos que el orden jurídico establece con miras a superarla. Se trata de excluir del orden jurídico las ilegalidades. El derecho de impugnación es abstracto y corresponde a toda persona, se materializa en el correspondiente acto de impugnación. La doctrina viene afirmando que el derecho a utilizar los recursos comprende el derecho a que el órgano jurisdiccional que revise el proceso se pronuncie tras oír a las partes contradictoriamente, sin que pueda justificarse una resolución judicial inaudita parte más que en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable a la parte.

En tal sentido, la oposición constituye un remedio y la apelación un recurso. Dado que sobre la decisión y ejecución de la medida cautelar se regulan por estos medios impugnatorios. La oposición es entendida por Cabanellas (1989) como la manifestación de voluntad dirigida a impedir el cumplimiento de un acto jurídico, o a imponer ciertas condiciones a ese cumplimiento. Es todo acto cuyo objeto consiste en que no se lleve a efecto lo que otro propone, vaya esto en perjuicio de uno mismo o de alguien distinto.

Quintero y Prieto (op. cit.) consideran que la oposición procesal es la acción y efecto de impugnar un acto o conjunto de actos; mediante recurso, incidente, querella, demandando su invalidación. Puede tener por objeto la invalidez por nulidad, defecto del acto: error in procedendo, o la reforma por improcedencia jurídica, defecto de aplicación del derecho: error in iudicando. Puede ser, también, la simple oposición a las pretensiones de la contraparte. En este sentido se habla de oposición a la demanda, de oposición a la reconvención, de oposición al recurso, de oposición a la ejecución y otros.

En esencia, es la declaración de voluntad del demandado pidiendo al tribunal

la no actuación de la pretensión del actor. Dentro del ordenamiento procesal patrio, la doctrina y la legislación comparada, la oposición se manifiesta de diversas formas: como sinónimo de contradicción, como acción, como recurso, como remedio, poniendo en duda su ubicación como remedio dentro del CPC.

Se infiere así, que contra el decreto cautelar que acuerda la medida, puede interponerse el recurso de oposición por la parte afectada y no el recurso de apelación como en muchas ocasiones ocurre; este recurso está concebido sólo para la parte contra la cual se dirija la medida y no por la parte peticiente de la misma y procede además contra la medida cautelar decretada y no contra la simple solicitud.

Esquemáticamente y siguiendo a Henríquez-La Roche (op. cit.), los mecanismos de impugnación contra el decreto cautelar se subdividen así:

1. Recursos de la parte afectada: puede interponer el recurso de oposición al día siguiente del decreto si se encuentra citada, o al día siguiente de darse por citada en el supuesto de que no lo esté. Se discute si en las medidas innominadas es necesario esperar su ejecución para que opere la oposición.

De la lectura del parágrafo segundo del artículo 588 puede entenderse que la oposición procede cuando se decrete alguna de las providencias previstas en el parágrafo primero, es decir, al haber una norma expresa o especial, entonces el procedimiento se sustrae del general establecido para el resto de las medidas cautelares, siendo así en los demás supuestos debe esperarse la ejecución de la medida mientras que para las cautelares innominadas, por haber una disposición expresa, puede operar la oposición al día siguiente de haberse decretado, si la parte estuviera a derecho o al día siguiente de su citación.

De igual modo Henríquez-La Roche menciona que contra la solicitud no cabe recurso alguno, sin embargo, la parte puede dirigirse al juez en la forma de diligencia o escrito explicando las razones según las cuales las medidas no deben decretarse o señalando la inadecuación, impertinencia, no cumplimiento de los requisitos u otras, estas explicaciones que haga la parte en modo alguno son vinculantes para el juez y sólo servirían como clarificación de algún punto determinado.

Resulta pues, que es deber de la parte en el recurso de oposición, que

especifique los motivos y fundamentos que den lugar al recurso y no simplemente señalar que se oponen a la medida; no obstante, a pesar de esta falta de especificación debe haber lugar a la articulación probatoria puesto que si no se hace especificación de los motivos o fundamentos entonces debe entenderse que la oposición versa sobre los requisitos legales pero a la parte que se opone le estaría vedado traer a los autos elementos distintos o cuestiones de hecho que no se deriven de la solicitud o del decreto.

2. Recurso de la parte solicitante: comenta Jiménez (op. cit.), que en este caso, si el juez hace caso omiso a la solicitud de la parte y decreta una medida cautelar innominada distinta o contraria a la solicitud de la parte, se entiende que debe concederse el recurso de apelación, en un solo efecto, para que el superior corrija la falta. Este supuesto aunque escaso en el ámbito de ejemplos prácticos, es muy posible verificarlo en la realidad. Por otro lado, si el juez niega la solicitud es indudable que debe concederse el recurso de apelación y debe ser escuchada a ambos efectos, esto es, suspensivo y devolutivo, puesto que se trata de una decisión que pone fin a la pretensión cautelar de las partes y funge como definitiva formal que puede tener incluso el recurso extraordinario de casación.

Analizando lo explicado, los mecanismos procesales de impugnación o recursos jurisdiccionales que permite la ley contra el decreto cautelar, varían dependiendo del contenido del decreto; así se tiene que si se acuerda la medida, se concede a la parte el recurso de oposición; en tanto que si la medida es negada, la parte tiene el recurso de apelar de ese auto; apelación que debe oírse a doble efecto ya que constituye una decisión que tiene carácter definitivo en cuanto al punto de derecho que resuelve; y en el supuesto de que el juez haya ordenado ampliar la prueba, en principio no existe recurso alguno, salvo que exista violación de la racionalidad, equidad o de algún principio constitucional; como el debido proceso, o el derecho a la defensa, entre otros.

De igual modo, se advierte que el texto adjetivo permite a las partes sustraerse del cumplimiento de los requisitos de exigencia para otorgar las medidas cautelares; siempre y cuando constituyen fianza o caución suficiente para garantizar a la parte

contra la cual abre la eventual reparación del daño y perjuicio causado, por lo que surge entonces, como una vía alterna la caución o fianza. Circunstancia ésta establecida por la ley como un verdadero derecho de las partes; es decir como una facultad, ya que el solicitante puede cumplir con los requisitos de procedencia o prestar caución suficiente, es decir, una situación o la otra, de allí que es el solicitante quien tiene la facultad de pronunciarse por una o por otra condición de modo alterno; por lo que puede decirse que no son concurrentes, sino excluyentes; o una u otra situación.

Debe referirse que de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 588 del CPC, es posible la oposición de la otra parte, cumpliendo estrictamente los requisitos establecidos en el artículo 602 ejusdem, es decir, que deberá abrirse siempre una articulación probatoria para que se evacuen las pruebas que sean necesarias y pertinentes para demostrar la lesión o el temor fundado o cualesquiera de los requisitos de procedencia de estas medidas genéricas.

Ello aún cuando algunos autores han pretendido que al dictarse una medida cautelar innominada, no tiene cabida la articulación probatoria sino, única y exclusivamente, en los casos en que haya habido oposición de parte, lo que no se ajustaría al texto procesal, pues el parágrafo segundo del artículo 588 CPC dice que cuando se dicte alguna de las providencias cautelares previstas en el parágrafo primero de dicho artículo, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella y la oposición se sustanciará y decidirá conforme a lo previsto en los artículos 602, 603 y 604 del CPC.

El artículo 602, a la postre establece que haya o no habido oposición, se entenderá abierta una articulación de ocho (8) días, para que los interesados promuevan y hagan evacuar las pruebas que convengan y sus derechos, de lo cual se desprende que al dictarse una medida innominada, debe abrirse la articulación probatoria, pues es lo que se infiere de los artículos comentados.

Como se observa la Ley Procesal vigente no establece la posibilidad de oponerse al decreto de la medida preventiva. Sin embargo, nada obsta para que la parte afectada pueda oponerse a dicho decreto, por ser el recurso de oposición un

mecanismo de impugnación mediante el cual se hace valer el Derecho a la Defensa consagrado en el artículo 49 de la Constitución Nacional. En este sentido, se ha pronunciado la doctrina nacional, encabezada por Ortíz-Ortíz (op. cit.), quien señala que la disposición contenida en el artículo 602 del CPC, según el cual habría que esperar la ejecución de la medida, para ejercer el recurso de oposición deriva en inconstitucional puesto que carece de sentido que la parte no pueda oponerse y tenga que esperar la ejecución para impugnar la decisión judicial; debe repararse que la oposición no se ejerce contra la decisión sino contra el decreto, y además, el recurso de oposición no suspende la ejecución de la medida. De allí que la oposición puede hacerse contra el decreto cautelar, aun cuando la medida no se hubiere ejecutado.

Impugnación por un tercero

Con relación a la impugnación de la medida cautelar por un tercero, Jiménez (op. cit.) enfoca esta eventualidad, considerando si el juez debe permanecer inmutable ante una petición de las partes en un proceso en el cual se pretende afectar preventiva o ejecutivamente la esfera jurídica de quien no ha sido parte en el proceso; en tal sentido, el principio dispositivo impone al juez la obligación de abstenerse de intervenir en aquellos aspectos que sólo interesan a las partes y que tienen relación directa con sus pretensiones y ello se justifica, por cuanto es obligación de los jueces mantener a las partes en igualdad de condiciones sin permitir ni permitirse extralimitaciones de ningún tipo, como lo dispone el artículo 15 del CPC.

Por otra parte, Cañas (2000) considera que es deber primordial de los jueces la tutela y defensa del estado de Derecho y deben atenerse a las formas de los actos procesales puesto que es una obligación que impone el artículo 7° del mismo texto procesal. Si el juez permitiera que se trabara una ejecución forzosa sobre bienes que no son propiedad de las partes, se transgrediría el artículo 527 del CPC que prevé la posibilidad de embargar ejecutivamente bienes que sean propiedad del deudor, así se trate de medidas preventivas que pretendan ejecutarse sobre bienes de terceros, el juez incumpliría el mandato del artículo 587 ejusdem que impone la obligación de no

ejecutar medidas cautelares sino sobre bienes que sean propiedad de aquél contra quien se libren.

En ambos casos, el quebrantamiento de las normas señaladas comporta la transgresión de las formas procesales, que se traduce en el resquebrajamiento no sólo del derecho a la defensa y el debido proceso, sino de todo el ordenamiento jurídico de la República. Es grave que un juez pueda actuar de oficio cuando los bienes sean propiedad de un tercero pues es éste quien debe accionar el mecanismo jurisdiccional que considere más adecuado para la defensa de sus intereses, es decir, la oposición, en caso de embargo, o el juicio de tercería en los demás casos.

No cabe duda alguna de que existe en Venezuela una crisis en la administración de justicia, frente a la cual se tratan de implementar formas alternativas que ayuden a minimizar ese problema, para lograr una correcta aplicación de administrar justicia y el proceso civil resulta alineado a la forma de solucionar esos conflictos.

Así las cosas parece que la justicia civil es el instrumento para asegurar la actuación efectiva de los derechos que ley reconoce a todos los ciudadanos. Frente a esa realidad y con el fin de no perjudicar a quién tiene la razón, con la duración del proceso, el cual se ve obligado a recurrir al órgano jurisdiccional para obtener la pretensión solicitada y debido a ello es que se deben implementar procesos rápidos y medidas que adelanten el resultado del mismo y es allí donde obtiene suma importancia el uso de las medidas innominadas para evitar la aplicación de la justicia privada, la cual surge debido a la frustración que hace por no lograr la satisfacción de la pretensión reconocida en la sentencia y en otros casos produce la desconfianza hacia el órgano jurisdiccional, y por ello no acudir a él o a dejar insatisfechos sus derechos.

En este sentido, las medidas innominadas consisten en autorizaciones o prohibiciones de realización de determinados actos, o eliminación de actos lesivos, como se desprende de la parte final del Parágrafo Primero del artículo 588 de la norma adjetiva. En este momento precisamente en el cual juez tiene la potestad de usar las facultades que le han sido otorgadas por el Estado, para que haga justicia en

su nombre y para que no exista la posibilidad que quede ilusoria la ejecución del fallo, y no se le cause un gravamen irreparable o de difícil reparación al derecho de una de las partes en el proceso. Es por ello que los jueces de hoy apoyados en las nuevas normas y con criterios de avanzadas, podrán apegarse a un estado de justicia haciendo un estudio y una valoración de la cautelar innominada que se impondrá a alguna de las partes, tratando de que ninguna de ellas se vea afectada por dicha medida.

Dentro de este orden de ideas, Cañas (op. cit.) expresa que:

> Los cambios operados en el área judicial, tienen necesariamente un impacto directo; en primer lugar, en la posición del juez ante el proceso; y en segundo lugar, en la posición del juez ante la ley. el proceso, por mandato Constitucional, el grado de disposición del juez queda reducido a la utilización del proceso, únicamente como un medio para buscar y realizar la justicia; ante la ley, el asunto va mucho más allá, es el eje fundamental de su actuación, toca de manera directa un aspecto de mucha trascendencia, relacionado con una nueva concepción del derecho y de la justicia; la labor de juzgamiento tiene que estar encaminada al fin práctico de resolver los asuntos de fondo, es decir, a la resolución de los conflictos de intereses en forma real y efectiva, con apoyo en la verdad, la buena fe, la transparencia y la celeridad, para que sus resultados se traduzcan en bienestar social (p.30).

Se infiere entonces, que esta posibilidad de adecuar el derecho a lo justo, se encuentra centrado en el margen del poder discrecional dado a los jueces por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual los operadores de justicia podrán aplicar su criterio sin que exista desatención de la ley pero encontrando una ponderación y equilibrio entre la ley y la justicia, sin arbitrariedad ni desigualdad.

Por lo tanto, puede resumirse que derivado del principio de un proceso justo y acorde al debido proceso, resulta apremiante la celeridad procesal, al agotarse esta necesidad en un proceso que exige además restablecer situaciones subjetivas de

manera ponderada, como corolario de la seguridad jurídica y de la tutela jurídica razonable, se debe regular, en las reglamentaciones que tienen por objeto desarrollar dicho principio, los presupuestos que permitan dar una prestación parcial anticipada de los resultados del litigio o una satisfacción casi espontánea a la reclamación por la premura de la devastación del derecho que a simple vista parece incontestable.

Conclusiones

El recién finalizado estudio, referido al análisis de las medidas cautelares innominadas en el proceso civil venezolano, permitió arribar a las siguientes conclusiones:

- La diferencia fundamental que existe entre las medidas cautelares nominadas e innominadas, es que las primeras se encuentran expresamente previstas en el ordenamiento jurídico, mientras que la segundas constituyen un instrumento procesal a través del cual el órgano jurisdiccional adopta las medidas cautelares que en su criterio resultan necesarias y pertinentes para garantizar la efectividad de la sentencia definitiva.

-El poder cautelar debe ejercerse con sujeción estricta a las disposiciones legales que lo confieren y la providencia cautelar sólo se concede cuando se verifiquen concurrentemente los requisitos exigidos en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo previsto en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Dichos requerimientos se refieren a la presunción grave del derecho que se reclama (fumus boni iuris), el peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución de la decisión definitiva (periculum in mora) y en algunos casos, se impone una condición adicional que es el fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación a la otra (periculum in damni).

-En cuanto al fumus boni iuris, su confirmación consiste en la existencia de apariencia de buen derecho, pues cuando se acuerda la tutela cautelar no puede prejuzgarse sobre el fondo del asunto planteado. Se entiende entonces como un cálculo preventivo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante; correspondiéndole al Juez analizar los recaudos o elementos presentados junto con el libelo de la demanda, a los fines de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama.

- Con relación al Periculum in Mora ha sido reiterado por la doctrina y la

jurisprudencia, que su verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho si éste existiese, bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo, tendentes a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada.

-Respecto al Periculum in Damni, éste se constituye en el fundamento de la medida cautelar innominada para que el tribunal pueda actuar, autorizando o prohibiendo la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias necesarias para evitar las lesiones que una de las partes pueda ocasionar a la otra.

-La amenaza de daño irreparable que se alegue debe estar sustentada en un hecho cierto y comprobable que deje en el ánimo del sentenciador la certeza que, de no suspenderse los efectos del acto, se le estaría ocasionando al interesado un daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva.

- El poder jurisdiccional del juez con referencia al cumplimiento del principio y garantía constitucional a la tutela judicial efectiva, se ha venido incrementando como respuesta adecuada a la lentitud de los procesos y a las vicisitudes de la vida moderna, no en la taxatividad de las permisiones legales, pues, el Código de Procedimiento Civil ha conferido un poder cautelar general a la autoridad judicial atenido a su libre arbitrio en todo cuanto no se aparte de los requisitos del 585 y de la demostración del periculum in damni, sino mas bien queda implícito en el parágrafo primero del artículo 588 CPC, según el cual el tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

-El incremento de la discrecionalidad del Juez, en realidad lo faculta para aplicar la justicia al caso concreto, y esto se llama propiamente equidad. La limitación al derecho de propiedad o a cualquier otro derecho subjetivo, aun de rango constitucional, nunca será razón de peso para impedir que se adopten judicialmente, previo el cumplimiento de los requisitos legales, las medidas conducentes a lograr la tutela judicial efectiva, con el necesario catalizador de que la prudencia exigida por el legislador esta referida fundamentalmente a la proporcionalidad que debe haber entre

el fin, la solución equitativa, aunque sea provisional-cautelar y el medio utilizado, restricción o enervamiento de un derecho. Bajo ninguna circunstancia puede limitarse el poder discrecional del juez en sede cautelar a los casos no tipificados por el legislador como medidas preventivas reglamentadas, porque la prohibición de interpretar extensiva o analógicamente los casos previstos por la ley, se fundamenta en la legalidad y no en la legitimidad que en definitiva es la razón de equidad.

- Contra el decreto cautelar que acuerda la medida innominada, puede interponerse el recurso de oposición por la parte afectada y no el recurso de apelación como en muchas ocasiones ocurre; este recurso está concebido sólo para la parte contra la cual se dirija la medida y no por la parte peticiente de la misma y procede además contra la medida cautelar decretada y no contra la simple solicitud. Se discute si en las medidas innominadas es necesario esperar su ejecución para que opere la oposición. Si el juez hace caso omiso a la solicitud de la parte y decreta una medida cautelar innominada distinta o contraria a la solicitud de la parte, se entiende que debe concederse el recurso de apelación, en un solo efecto, para que el superior corrija la falta.

-El principio dispositivo impone al juez la obligación de abstenerse de intervenir en aquellos aspectos que sólo interesan a las partes y que tienen relación directa con sus pretensiones y ello se justifica, por cuanto es obligación de los jueces mantener a las partes en igualdad de condiciones sin permitir ni permitirse extralimitaciones de ningún tipo, como lo dispone el CPC. Si el juez permitiera que se trabara una ejecución forzosa sobre bienes que no son propiedad de las partes, se transgrediría el Código procesal que prevé la posibilidad de embargar ejecutivamente bienes que sean propiedad del deudor, así se trate de medidas preventivas que pretendan ejecutarse sobre bienes de terceros, el juez incumpliría el mandato del artículo 587 que impone la obligación de no ejecutar medidas cautelares sino sobre bienes que sean propiedad de aquél contra quien se libren.

-Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o

irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

-La discrecionalidad judicial para establecer el mecanismo de protección es lo que posibilita que aquellas situaciones que no fueron contempladas por un descuido del legislador o bien por la imposibilidad material de prever la infinita variedad de conflictos que pueden plantearse en el seno de una sociedad puedan hallar una adecuada respuesta jurisdiccional a través del dictado de una medida cautelar idónea para la controversia que se ha articulado.

-El perjuicio inminente o irreparable, fundamenta su pedido en el hecho de que si la misma no se dicta, el daño que sufrirá será irreparable, en definitiva lo que está expresando es que si no se adopta ninguna medida, la sentencia llegará tarde. Perjuicio inminente, no es asimilable a la insatisfacción generada por cualquier violación de un derecho, sino que será menester alegar la existencia concreta de un peligro, así como de un daño que necesariamente afectará el cumplimiento de la sentencia definitiva.

-Si el peligro alegado por el peticionario ha sido suficientemente probado, el correlato existente entre el peligro en la demora y la naturaleza del perjuicio temido, los hechos alegados deben afectar realmente el cumplimiento de la sentencia, ya que de otro modo no se configuraría el presupuesto normativo concretado en la expresión perjuicio irreparable. Se entiende que un perjuicio inminente sólo es susceptible de merecer el amparo de una cautelar genérica en la medida e que el daño invocado revista el carácter de irreparable.

-Los cambios operados en el área judicial, tienen necesariamente un impacto directo, en primer lugar, en la posición del juez ante el proceso y, en segundo lugar, en la posición del juez ante la ley.

Recomendaciones

- A los próximos investigadores, profundizar en el tema de las medidas cautelares innominadas, dada la complejidad de la ejecución de la orden en ellas contenidas, pues en muchas oportunidades los destinatarios se niegan a cumplirlas voluntariamente.

- A los legisladores, clarificar la forma de asegurar el cumplimiento de las medidas cautelares innominadas, pues en muchas ocasiones la rapidez es esencial en la tramitación de la medida cautelar, hay veces en que no sólo es un problema de días, sino, incluso, de horas de lo que depende que este mecanismo sea realmente efectivo.

- La sentencia que se dicte en un proceso debe trasmutarse en paz con justicia social, en forma tal que su finalidad sea producir decisiones justas y oportunas de manera principal y de forma secundaria poner fin al conflicto de las partes.

- En materia de medidas cautelares, el proceso civil debe tender hacia las innominadas que permitan al juez decretar y aplicarlas de acuerdo con sus criterios.

Referencias Bibliográficas

Argüello, I. (1989). *Medidas cautelares generales en el Código de Procedimiento Civil.* Caracas: UCV.

Calamandrei, P. (1992). *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el Código.* Buenos Aires: DePalma.

Balzán, J. (1986). *Lecciones de Derecho Procesal Civil.* Caracas SULIBRO.

Borjas, A. (2003). *Comentarios al Código de Procedimiento Civil.* Caracas: Editorial Sales.

Cabanellas, G. (1989). *Diccionario enciclopédico de derecho usual.* Tomo I, Buenos Aires: Heliasta.

Calvo-Baca, E. (1998). *Código de Procedimiento Civil Venezolano.* Caracas: Ediciones Libra.

Cañas, I. (2000). *El juez ante el nuevo estado social de derecho y de justicia.* San Cristóbal: Venezuela: Lito Formas.

Carnelutti, F. (1991). *Derecho y proceso.* Buenos Aires: De Palma.

Chiovenda, G. (2003). *Providencias cautelares.* Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

Código de Procedimiento Civil (1990). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela 4209* (Extraordinario), Septiembre 18, 1990.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 5.453* (Extraordinaria), Marzo, 24, 2000.

Cuenca, H. (2000). *Derecho procesal civil.* Caracas: Universidad Central de Venezuela. Ediciones de la Biblioteca.

Henríquez-La Roche, H. (2004). *Comentarios al Código de Procedimiento Civil.* Tomo IV. Caracas: Ediciones Líber.

Hinostroza, A. (2004). *Comentarios al Código Procesal Civil.* Tomo I. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2004). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.942.* Mayo, 20, 2004.

Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.447*. Junio, 16, 2010.

Ortiz, F. (2005). *Crítica analítica y temática de las decisiones del Tribunal Suprema de Justicia en pleno sobre las medidas cautelares innominadas*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela.

Ortíz-Ortíz, R. (1999*). Las medidas cautelares innominadas. Estudio analítico y temático de la jurisprudencia nacional*. Caracas: Paredes Editores.

Quintero, B., Prieto, E. (2000). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Themis.

Rondó de Sansó, H. (2002). *Medidas cautelares innominadas*. XXIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Barquisimeto, Venezuela.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2000). *Sentencia N° 88. Expediente 99-740. Caso Carlos Valentín Herrera Gómez contra Juan Carlos Dorado García*. Marzo, 31, 2000.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (2000). *Sentencia N° 134. Expediente N°. 99-017. Caso José Sabino Teixeira y otra contra José Durán Araujo y otra.* Ponencia de Carlos Oberto Vélez. Marzo, 31, 200.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil (2001). *Sentencia N° 64. Expediente 01-144. Caso Luis Miguel Silva Casado contra Agropecuaria La Montañuela C.A. Ponencia de Carlos Oberto Vélez*. Junio, 25, 2001.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil (2000). *Sentencia N° 387. Expediente N° 00-133. Caso Reinca, C.A. contra Angel Carrillo Lugo*. Noviembre, 30, 2000.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil (2000). *Sentencia N° 163. Expediente N° 99-371. Caso Inmuebles La Giralda, C.A.* Ponencia de Antonio Ramírez Jiménez. Mayo, 25, 2000.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa (2008). *Sentencia N° 134. Caso Radio Caracas Televisión (RCTV, C.A.)*. Marzo, 25, 2008.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2000). *Sentencia N° 94. Expediente 0086.* Marzo, 15, 2000.

Universidad Católica Andrés Bello (UCAB, 2010). *Manual para la elaboración del trabajo especial de grado y el trabajo de grado de maestría en el área de Derecho.* Caracas: UCAB.

VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

APROBACIÓN DEL TUTOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado de Especialización, presentado por la ciudadana **Abogada Maurys Alcántara** titular de la Cédula de Identidad Nº 13.630.813 cuyo titulo definitivo es: **ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO** y manifiesto que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En Cumaná, a los doce (12) días del mes de Noviembre de 2012

Abg. Nelly del Valle Mata
CI. V-3.873.466

ÍNDICE

Pág.

APROBACIÓN DEL ASESOR ii
ÍNDICE iii
RESUMEN v
INTRODUCCIÓN 1

Capítulo I. Características Diferenciales de las Medidas Cautelares Innominadas en Relación con las Nominadas o Típicas de Acuerdo a los Fundamentos del Artículo 585 del Código de Procedimiento Civil Venezolano 7
Elementos comunes a ambas medidas 7
Requisitos para la procedencia de la medida cautelar 12
Distinción entre los casos en que los poderes públicos ejecutan verdaderas y propias funciones y cuando realizan simplemente actividades previstas dentro de la esfera de sus respectivas competencias..... 15

Capítulo II. Situación Actual del Poder Cautelar del Juez en el Proceso Civil Venezolano 20
Admisibilidad del poder cautelar del Juez 20
Otras medidas de carácter complementario 25

Capítulo III. Rechazo del Carácter Subsidiario de las Medidas Cautelares Innominadas 29
Carácter subsidiario o no subsidiario de las medidas cautelares innominadas 29
Valor supletorio del Código de Procedimiento Civil 34

Capítulo IV. Lineamientos que Rigen el Ejercicio del Poder Cautelar..... 45

Discrecionalidad en el criterio del juez que puede acordar las medidas 45
Suficiencia cautelar 51

Capítulo V. Mecanismos de Impugnación de las Partes Ante el Decreto Cautelar en el Proceso Civil Venezolano 56
Recursos de la parte afectada y del solicitante 56
Impugnación por un tercero..... 61

Conclusiones..... 65
Recomendaciones 69
Referencias Bibliográficas 70

VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Autor: Maurys Alcántara
Asesor: Nelly Mata
Fecha: Noviembre 2012

RESUMEN

Cuando se habla de medidas innominadas, se hace referencia a las providencias que el juez puede dictar, medidas asegurativas o conservadoras que no son ni secuestros, ni embargos, ni prohibición de enajenar o gravar, por el contrario pueden ser autorizaciones o pueden ser prohibiciones, pero no recaen directamente sobre bienes. Un sector de la doctrina procesal civil venezolana considera que las medidas cautelares innominadas pueden decretarse aun sin haberse citado para la contestación de la demanda, puesto que la parte contraria queda postulada con la sola deducción de la demanda, por lo cual, el carácter o cualidad de parte se adquiere por el hecho de ser sujeto pasivo de la pretensión, con tal de que ésta haya sido admitida, aunque no hubiere mediado citación. El objetivo de este estudio fue analizar las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano, con una modalidad de investigación documental-bibliográfica; empleándose como técnicas de recolección de información, la revisión bibliográfica, el análisis de contenido, el subrayado y la lectura crítica; seleccionándose como instrumentos, las fichas bibliográficas y la matriz de contenido. Se concluyó que las medidas innominadas vienen a ser la ampliación de la tutela efectiva con el desarrollo del derecho de amparo consagrado en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y que con ellas se concrete el señalado principio. Se ha asomado la tesis que el juez puede proceder de oficio, porque las facultades y discrecionalidad del mismo no están referidas a crear medidas innominadas, sino a escoger la que sea más adecuada.

Descriptores: proceso civil, Código de Procedimiento Civil, medidas cautelares, medidas cautelares innominadas