

Derecho y Sociedad

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

No. 19 - 2022



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

Derecho *y* Sociedad 19



Septiembre 2022

© Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila

Reservados todos los derechos

Derecho y Sociedad No. 19-2022 | Septiembre 2022

Envío de convocatoria 03 de marzo de 2022

Recepción de artículos 29 de abril de 2022

Los trabajos se evaluaron mediante arbitraje doble ciego

Depósito Legal: MI2021000541

ISSN-L: 1317-2778

ISSN: 1317-2778 (Impresa)

ISSN: 2790-380X (En línea)

Caracas, Venezuela

RIF Universidad Monteávila: J-30647247-9

Derecho y Sociedad es una Revista de publicación bianual

Derecho y Sociedad es una publicación de carácter científico, arbitrada, indexada, de frecuencia bianual, dedicada al estudio y difusión del Derecho, que cuenta con una versión de acceso gratuito en la página web de *Derecho y Sociedad* (www.derysoc.com), y con una edición impresa de tapa blanda, la cual es distribuida a través de imprentas de formato *on demand* y librerías jurídicas especializadas.

Derecho y Sociedad es una revista jurídica de convocatoria abierta en la que durante la convocatoria los distintos profesores, estudiantes, investigadores y profesionales dedicados al estudio del Derecho y otras Ciencias Sociales envían sus trabajos al Consejo Editorial para que ésta realice el proceso de arbitraje doble ciego por pares de dichos trabajos. Es un proyecto sin fines de lucro, lo que significa que los autores publican sus artículos de forma gratuita.

Las Autoridades de la Universidad Monteávila, el Consejo Editorial y el Consejo Asesor de *Derecho y Sociedad*, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas pertenecen exclusivamente a ellos.

DERECHO Y SOCIEDAD

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

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

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

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

Eugenio Hernández-Bretón

Decano

Katiuska Plaza Brito

Directora de la Escuela de Derecho

Eucaris Meza de Valdivieso

Coordinadora Académica

CONSEJO EDITORIAL DE DERECHO Y SOCIEDAD

Carlos García Soto

Director

Carlos Sandoval

Subdirector del Blog

Rodrigo Farías Díaz

Subdirector de Revista

Fernando Sanquínico Pittevil

Asesor del Consejo Editorial

CONSEJO ASESOR DE DERECHO Y SOCIEDAD

Guillermo Tell Aveledo

María Bernardoni de Govea

Marcos Carrillo

Jesús María Casal

María Alejandra Correa

Résmil Chacón

Rafael J. Chavero G.

Faustino Flamarique

José Ignacio Hernández G.

Pedro Jedlicka

Rogelio Pérez Perdomo

Gonzalo Pérez Salazar

Pedro A. Rengel N.

Alejandro Silva Ortiz

Diana Trías Bertorelli

Daniela Urosa Maggi

Vicente Villavicencio Mendoza

Carlos Weffe

Colaboran en este número

Crisanto Bello Vetencourt
María Bernardoni de Govea
Giancarlo Carrazza
Diego Thomás Castagnino
Eddy Yafranci Ferrer Bravo
Niloufar Hassanzadeh

Daniel Pérez Pereda
Manuel Alejandro Romero Zapata
Gustavo Saturno Troccoli
Emilio Spósito Contreras
Patricia K. Ugueto Solórzano
Edison Lucio Varela Cáceres

Índice

Nota Editorial	i
Derecho	3
Hacia la delimitación del derecho genealogista Crisanto Bello Vetencourt	5
El Comité de Libertad Sindical como órgano de control de la OIT. Caso Venezuela María Bernardoni de Govea y Gustavo Saturno Troccoli	23
Análisis de una situación de reclamo ante la República Bolivariana de Venezuela con base en las teorías de negociación desde las posiciones, intereses y valores de las partes Giancarlo Carrazza	53
La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG): ¿Una experiencia replicable en Venezuela? Diego Thomás Castagnino	65
Instrumentalidad de las medidas cautelares aplicables al fraude procesal autónomo Eddy Yafranci Ferrer Bravo	87
The effect of the anti-corruption clause on international commercial contracts Niloufar Hassanzadeh	115
Las “confiscaciones” o “expropiaciones forzosas” de empresas y su denuncia a través de organismos internacionales Daniel Pérez Pereda	137

Actualización de la guía de enfoque basado en riesgo sobre activos virtuales y sus proveedores: Análisis e implicaciones en la legislación venezolana	157
Manuel Alejandro Romero Zapata	
Panorámica iberoamericana de las actuales tendencias jurídicas sobre las personas con discapacidad	175
Emilio Spósito Contreras	
Cuando no iniciar un proceso de negociación: una visión desde la perspectiva de gestión de conflicto	193
Patricia K. Ugueto Solórzano	
La teoría general de la capacidad	205
Edison Lucio Varela Cáceres	
Normas Editoriales de Derecho y Sociedad	223

Nota Editorial

Este número 19 de *Derecho y Sociedad* continúa el trabajo iniciado en el N° 17, y continuado en el N° 18, para la recepción y arbitraje de los textos a ser publicados. Ha sido un proceso impulsado y liderado por el profesor Fernando Sanquírigo Pittevil, al que ahora se ha sumado Rodrigo Farías Díaz.

A partir de este número, el Consejo Editorial de Derecho y Sociedad está conformado por Rodrigo Farías Díaz como Subdirector de la *Revista*, Carlos Sandoval como Subdirector del *Blog*, Fernando Sanquírigo Pittevil como Asesor del Consejo Editorial, y quien suscribe como Director de la *Revista* y el *Blog*.

En este nuevo Número hemos publicado un conjunto de 11 trabajos.

Según hemos anunciado anteriormente, la Revista está disponible para su consulta en la nueva página web de la *Revista*: www.derysoc.com. Esa página web, además, aloja el *Blog de Derecho y Sociedad*, que pretender ser un lugar para el análisis y discusión de los temas que habitualmente tratamos en la *Revista*, pero de una forma más ágil e inmediata.

Carlos García Soto
Director

Derecho

Instrumentalidad de las medidas cautelares aplicables al fraude procesal autónomo

Eddy Yafranci Ferrer Bravo*

pp. 87-113

Recibido: 26 abr 2022

Aceptado: 29 jul 2022

Sumario

I. Introducción | II. Generalidades del fraude procesal | III. La instrumentalidad inmediata de las medidas cautelares en el procedimiento de fraude procesal tramitado por vía principal | IV. Las medidas cautelares adoptables en el procedimiento de fraude procesal tramitado por vía principal en el derecho procesal civil venezolano | 1. Embargo preventivo de bienes muebles | 2. Secuestro de determinados bienes | 3. Prohibición de enajenar y gravar de bienes inmuebles | 4. Medidas innominadas | 5. Medidas complementarias | VI. Conclusiones

* Abogado Summa Cum Laude egresado de La Universidad de Zulia. Licenciado en Ciencia Política y Administrativa, mención: Ciencia Política, egresado de la Universidad Rafael Urdaneta con Diplomado en Docencia para la Educación Superior de La Universidad del Zulia. Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Rafael Urdaneta.

Instrumentalidad de las medidas cautelares aplicables en el fraude procesal autónomo

Resumen: La presente investigación tiene como propósito analizar la instrumentalidad de las medidas cautelares adoptables en los procedimientos de fraude procesal tramitados por vía principal en el derecho procesal civil venezolano, mediante el análisis doctrinal, legal y jurisprudencial. Esta investigación es de tipo jurídico-descriptiva, con un diseño documental, utilizando como técnica de análisis la revisión de fuentes documentales; y, el plan de estudio de datos utilizado fue el de la hermenéutica jurídica.

En cuanto al resultado de la presente investigación, tenemos que, en los juicios de fraude procesal tramitados por vía principal, la medida cautelar que se puede adoptar en razón de su instrumentalidad es la medida innominada de suspensión de los efectos de la sentencia dictada, o de los procesos en curso, dependiendo del caso. Sin embargo, pueden adoptarse por vía de medidas complementarias, medida nominadas, a los fines de tutelar el objeto indirecto de la pretensión de fraude procesal.

Palabras claves: Fraude procesal | Juicio ordinario | Medidas cautelares | Instrumentalidad | Medidas complementarias.

Instrumentality of the precautionary measures applicable in autonomous procedural fraud

Abstract: The purpose of this research is to analyze the instrumentality of the precautionary measures adoptable in cases of procedural fraud in main proceedings in the Venezuelan civil procedural law, by means of doctrinal, legal, and jurisprudential analysis. This research is of a legal-descriptive type, with a documentary design, using as analysis technique the revision of documentary sources. The data study plan used was that of legal hermeneutics.

As for the result of the present research, we discovered that, in the trials of procedural fraud processed through the main channel, the precautionary measures that can be adopted due to their instrumentality is the unnamed measure of suspension of the effects of the sentence issued, or of the proceedings in progress, depending on the case. However, they can be adopted by way of complementary

measures, nominative measures, to protect the indirect object of the claim of procedural fraud.

Keywords: Procedural fraud | Ordinary trial | Precautionary measures | Instrumentality | Complementary measures.

I. Introducción

La conformación de la sociedad presupone necesariamente la coexistencia, y consecuentemente, la convergencia de una multiplicidad de individuos, los cuales son considerados como “personas”, desde el punto de vista jurídico, quienes son titulares de derechos y obligaciones. En este sentido, toda vez que distintos sujetos conviven, surgen entre ellos intereses particulares, los cuales deben ser normados, en aras de su conservación, tanto de los intereses mismos, como del orden, la paz y el equilibrio de la sociedad.

La actuación de esas (las) personas, aun cuando deberían, no siempre están apegadas a las disposiciones normativas que mantienen el orden, la concordia y la paz en la sociedad. Esta afirmación ocasiona, en algunas oportunidades, distorsiones en el proceder de las personas, lo cual conlleva a que el derecho mismo no cumpla con su finalidad, que es procurar la justicia, aplicando los principios generales para ello. La intención viciada de las personas, sean materializadas o no, se denomina mala fe, o lo cual es en sí mismo una subversión al deber general de buena fe, aplicado tanto a los contratos, como toda actuación, jurídica o no.

Al respecto, nace el concepto de proceso, con una finalidad directa y de carácter general, por cuanto busca la paz social, esto es, la justicia como fundamento del orden social en un sentido amplio. La institución antes referida tiene su asidero constitucional en el precepto establecido en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹.

Ahora bien, esa subversión procesal, implica la manifestación de la mala fe, ya sea, mediante o en el transcurso de un proceso judicial. En tal aspecto, la mala fe cobra una dimensión aún más grave. El hecho de contratar de mala fe es en sí mismo reprochable, aun cuando el alcance de la afectación se reduce únicamente a los particulares. Se agrava, pues, el reproche en los casos en que la mala fe es manifestada mediante un proceso judicial, el cual es el mecanismo más noble dispuesto por el Estado para el mantenimiento del orden y la paz

¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial No. 36.860, del 30 de diciembre de 1999, reimpresa mediante Gaceta Oficial No. 5.543 extraordinaria el 24 de marzo de 2000, en su artículo 257 reza: “El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.”

social, mediante la protección de los intereses particulares y colectivos y como se indicó en procura del bien jurídico más importante: la justicia.

En caso, pues, de que con ocasión a un juicio se emplee mala fe en las actuaciones, se estaría ante una situación denominada como fraude procesal. Sin embargo, como solución aportada por el derecho, el resultado de un juicio fraudulento puede ser enervado mediante otro procedimiento judicial, el cual tenga como pretensión la nulidad del juicio viciado, lo cual puede ser solicitado -además de la vía incidental- por la vía autónoma o principal, lo cual es el centro de la presente investigación, en razón que el derecho impone a las partes procesales unos valores para guiar su conducta en el campo del litigio, como por ejemplo, lo estatuye el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil².

El fraude procesal es una realidad en la práctica judicial, originada por la mala fe de los litigantes, quienes pretenden satisfacer sus intereses particulares, en desmedro de la justicia, los órganos jurisdiccionales, los intereses de la otra parte, los terceros e incluso la colectividad. Por tanto, teniendo latente la posibilidad de ser víctima de la defraudación originada por una persona que disponga su conducta para ello; es oportuno tener claro las pretensiones cautelares que puedan ser planteadas ante el órgano jurisdiccional que conozca la demanda principal de fraude procesal, todo con aras de solicitar la medida cautelar indicada y que así sea proveído por el órgano jurisdiccional.

Una vez que se ha demandado la inexistencia de un juicio que se reputa fraudulento, las partes podrán peticionar decretos cautelares a los fines de pre-

² El Código de Procedimiento Civil, publicado en Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario de fecha 18 de septiembre de 1990. Caracas, en su artículo 117 reza: “Las partes, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar en el proceso con lealtad y probidad. En tal virtud, deberán:

1º Exponer los hechos de acuerdo a la verdad;

2º No interponer pretensiones ni alegar defensas, ni promover incidentes, cuando tengan conciencia de su manifiesta falta de fundamentos;

3º No promover pruebas, ni realizar, ni hacer realizar, actos inútiles o innecesarios a la defensa del derecho que sostengan.

Parágrafo Único. - Las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe son responsables por los daños y perjuicios que causaren.

Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando:

1º Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas;

2º Maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa;

3º Obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso.”

servar la situación jurídica óptima para la ejecución del fallo que se aspira sea dictado. Por tanto y referido lo anterior, resulta menester considerar cuáles son las medidas cautelares que se pueden adoptar en los juicios de fraude procesal tramitados por vía principal, tomando en cuenta la instrumentalidad característica de dichas providencias.

En este sentido, la presente investigación tiene por objeto analizar las medidas cautelares aplicables en los procedimientos de fraude procesal tramitados por la vía principal para así crear un cuerpo teórico utilizado por los Tribunales competentes todo de conformidad con las disposiciones de orden legal, jurisprudencial y doctrinal vigentes en Venezuela.

Con ocasión a lo antes planteado, la acertada solicitud preventiva podría prevenir la posible subversión de la situación jurídica, llegando a un punto en el cual la sentencia que se dictare, siendo apegada a derecho, y más aún, satisfaciendo al demandante en todo cuanto hubiere pedido; ésta no pueda ser ejecutada, oportunidad en la cual no habría verdaderamente una tutela judicial efectiva. Para preservar las óptimas condiciones para la ejecución de la sentencia esperada sólo es posible mediante una medida cautelar con tal propósito.

Atendiendo a las particularidades del juicio cuya pretensión principal es la declaratoria de fraude procesal, debe observarse que la selección de las medidas cautelares de posible adopción no representa un trabajo ligero, sino por el contrario, resulta necesario un análisis suficiente, a los fines de arribar a una conclusión acertada en derecho, para dar respuesta a la interrogante planteada.

Tomando en consideración, la nocividad de la cual está revestida la situación jurídica que ha sido alcanzada mediante una conducta fraudulenta en el decurso de un proceso, al final del cual se ha obtenido un pronunciamiento judicial que condena, constituye o declara alguna situación de derecho que no corresponde con la verdad; y, en base a la cual se pueden continuar realizando actos jurídicos en menoscabo de tal situación jurídica. Lo antes planteado conlleva a considerar que lo único en el ámbito procesal capaz de evitar que se continúen realizando actos tomando como fundamento un pronunciamiento fraudulento previo, es una medida preventiva que el demandante del fraude solicite ante el órgano jurisdiccional.

II. Generalidades del fraude procesal

El derecho se informa por principios rectores, los cuales orientan su desarrollo y evolución. Uno de los principios del ámbito jurídico es el de la buena

fe, el cual a su vez es una presunción iuris tantum. En este sentido, Couture definió la buena fe como “(...) Cualidad jurídica de la conducta legalmente exigida, de actuar en el proceso con probidad, en el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón (...)”, indicando igualmente que puede definirse como una “(...) Inocencia, ignorancia de un hecho, falta de connivencia con los autores de éste (...)”³.

Realizando un análisis de lo indicado, puede observarse que la buena fe hace referencia a la parte subjetiva de las personas, por cuanto versa sobre su aspecto interno, el cual pudiera verse o no materializado en el exterior por la persona de la cual se trate. En este sentido, la buena fe se orienta a un proceder ajeno -al decir del litigante- de cualquier vicio, sino con la intención plena de actuar conforme a lo dispuesto por la norma jurídica. Tal disposición mentalis es conocida, en consecuencia, como buena fe.

Como igualmente señala Couture, el origen etimológico de la alocución “buena fe”, proviene del latín “bona fide”, el cual -al decir del autor-, debe interpretarse como “con sinceridad”. En este aspecto, la parte que actúa lo hace libre de cualquier malicia, es decir, sin corromper su proceder con el conocimiento de vicios respecto del mismo. En este sentido, si alguien está convencido de que está actuando apegado a derecho, pero en realidad está perjudicando a otro de forma inconsciente, su proceder es de buena fe. Por tanto, a los fines de calificar la buena fe de un individuo no se puede enfocar el operador en el resultado de la conducta, sino que tiene que remitirse a la intención.

En la doctrina llevada por Mélich-Orsini respecto de la materia contractual, aun no siendo el tópico a investigar, ayuda a la comprensión del alcance de la buena fe. A tal fin, el doctrinario afirma que la buena fe implica que cada uno de los contratantes, -partes, mutatis mutandis-, han actuado de forma transparente, así como con un espíritu recíproco de lealtad⁴. El significado es el mismo en materia procesal, puesto que se parte de la presunción de que cada

³ Eduardo Couture, *Vocabulario jurídico* (Buenos Aires, Editorial Atenea, 2014), 44.

⁴ Mercedes Carrillo Zamora, *La Impugnación Internacional de la Sentencia Arbitral por Fraude Procesal* (Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2011), 83-84, expresa que la buena fe procesal se configura como un principio ético rector en todo proceso, indicando que se puede entender como una norma de carácter moral que implica la certeza subjetiva de encontrarse dentro del proceso bajo condiciones de lealtad, como requisito indispensable que se debía acudir a juicio con la seguridad de que efectivamente se cuenta con la verdad y la razón de los hechos que se alegan.

uno de los litigantes ha acudido al proceso a resolver el conflicto conforme a derecho⁵.

Ahora bien, el proceso debe entenderse como la concatenación de actos ordenados en tiempo y espacio, a los fines de que posterior a tal trámite, se obtenga una sentencia que dirima una controversia⁶. A pesar de ello, las partes pueden adoptar conductas particulares, las cuales, dejarán ver sus intenciones en el proceso ante el otro. En este particular, la conducta procesal manifiesta la exteriorización del quehacer procesal, y en la cual se podría evidenciar, apreciado sanamente, que la parte en cuestión actúa de buena o mala fe⁷.

Bello ha señalado, a los fines de determinar la debida conducta procesal, el principio de moralidad, el cual -al decir del mismo-, consiste en el conjunto de reglas de conducta presididas por el imperativo ético a que deban ajustar su comportamiento procesal las partes involucradas en un litigio, constituyendo así uno de los valores superiores reflejados en el artículo 2 constitucional⁸. En este tenor, se señala igualmente que el mencionado principio de moralidad abarca la conducta leal y proba de las partes en el proceso.

Debe considerarse entonces, que las partes están llamadas a desarrollar una conducta apegada a la buena fe, tal como fue señalado con anterioridad, lo cual se desprende del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil⁹.

En este sentido, la Ley Adjetiva Civil, establece el actuar con la debida conducta de las partes en el proceso, estando regida la misma por el principio de lealtad y probidad. La lealtad y probidad no sólo resulta ser un principio procesal, a tenor del cual las actuaciones de las partes -incluso de terceros-, debe estar apegada a la verdad, así como a la buena fe. Es igualmente acertado afirmar que la lealtad y probidad se manifiesta como un deber, por cuanto las partes

⁵ José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato* (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2012), 89.

⁶ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Caracas, Editorial Atenea, 2007), 92.

⁷ “Es claro que con el fraude procesal no se juzgan las actuaciones procesales (formales), sino el fraude como tal (dolo en sentido amplio), y por ello un juez se adentra en lo proveído por otros jueces, que pueden haber sido sorprendidos por el conjunto de desviaciones procesales.” Sala Constitucional, fallo No. 1723 del 04 de agosto de 2000, ponente Jesús Eduardo Cabrera Romero.

⁸ Humberto Bello, “El fraude procesal y la conducta de las partes como prueba del fraude en Temas de derecho procesal civil”, en *Temas de Derecho Procesal. Libro Homenaje a Félix S. Angulo*, ed. por Fernando Parra Aranguren (Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003), 101.

⁹ Código de Procedimiento Civil, publicado en Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990.

litigantes no sólo están obligadas a adaptar su conducta procesal a las disposiciones antes mencionadas, sino que, en caso de no hacerlo, pueden ser sancionadas por ello.

Precisado la lealtad y probidad en el actuar de los sujetos en el decurso del proceso, cualquiera de las partes, puede acudir al órgano jurisdiccional obrando de mala fe, e incurriendo igualmente en las conductas antes tipificadas, por lo que, se estaría en presencia de una figura denominada fraude procesal.

A los fines de una mejor comprensión de la compleja figura de fraude procesal, resulta menester comprender el fraude en sí mismo, cuya definición aporta Couture¹⁰, indicando que es la calificación jurídica de la conducta, consistente en una maquinación o subterfugio insidioso tendiente a la obtención de un provecho ilícito. El fraude se entenderá como un mecanismo que se sirve del engaño para que el agente o un tercero procuren algún beneficio. Al respecto, puede presentarse tanto en el derecho sustantivo, como es el fraude a los acreedores en materia civil, o la quiebra fraudulenta o el fraude bancario en materia mercantil, así como la defraudación al fisco, concerniente al ámbito tributario, entre otros. Por su parte, la manifestación del fraude en materia adjetiva es el fraude procesal.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 908, de fecha 9 de agosto de 2000, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, se pronunció respecto del fraude procesal, señalando que debe entenderse como:

El fraude procesal puede ser definido como las maquinaciones y artificios realizados en el curso del proceso, o por medio éste, destinados, mediante el engaño o la sorpresa en la buena fe de uno de los sujetos procesales, a impedir la eficaz administración de justicia, en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de parte o de tercero (...)

Se tiene entonces que el fraude procesal, desde un punto de vista globalizador, comporta la realización de actos procesales, pudiendo ser éstos válidos en sí mismos; pero con la intención de defraudar a la otra parte en el proceso, o aún a un tercero ajeno a la causa, pero cuyos efectos recaigan, directa o indirectamente sobre éste. Por tanto, el fraude procesal, tal como lo define la doc-

¹⁰ Eduardo Couture, "Vocabulario", 49

trina jurisprudencial del alto tribunal, sorprende a la buena fe no sólo del justiciable -otra parte o tercero, sino también del justiciero -juez-.

El fraude procesal, como se explicó anteriormente, comporta el actuar de mala fe con el ánimo de defraudar a la contraparte con una intención de perjuicio patrimonial o no, con el concurso -en algunos de los casos- del propio tribunal. Por lo que, su fisonomía comportaría distintas modalidades dependiendo de los intervinientes en el mismo, tales como: 1) dolo directo o específico; 2) colusión; 3) simulación Procesal; y, 4) abuso de Derecho, modalidades o tipos que conllevan a una misma finalidad: la pérdida de la lealtad y probidad de los litigantes.¹¹

Ahora bien, la tramitación del fraude procesal dependerá del grado de afectación al Poder Judicial o al estatus o actitud del litigante que siente agraviado por el acto doloso; en consecuencia, el fraude procesal puede ser iniciado de oficio por el Tribunal, cuando verifique que el proceso está siendo utilizado para propósitos contrarios a los que por naturaleza se le designan o cuando, la persona que se crea afectada por el presunto fraude procesal, solicite formalmente al Tribunal -instancia de parte- que disponga su conocimiento a una situación que -a su decir-, resulta fraudulenta, es decir, la pretensión de fraude procesal puede ser tramitada por vía principal (autónoma) o por vía incidental¹².

En este sentido, el fraude procesal debe ser entendido como una pretensión¹³ y puede ser tramitado por vía incidental, o por vía principal, dependiendo

¹¹ Dolo directo o específico: Debe entenderse como aquella conducta realizada por alguno de los litigantes, de forma unilateral, en contra del otro litigante. Colusión: Se configura como la especie de fraude procesal que se realiza con el concierto de dos o más sujetos procesales que pueden ser o no algún miembro del tribunal en cuestión. Simulación procesal: Comporta el forjamiento de un litigio con ocasión a un conflicto inexistente entre las partes, lo cual contraría en última instancia el fin del proceso mismo, que es la solución de conflictos. Abuso de derecho: Implica que si bien una persona tiene el derecho de presentar peticiones ante el órgano jurisdiccional, el agente de fraude lo hace de una forma abusiva y evidentemente intencional, ante tribunales de distintas competencias, por distintos motivos, conexos o no, e inclusive con distinta competencia territorial.

¹² En caso de que el fraude procesal ocurra en la tramitación de un juicio que aún se encuentra en su fase cognitiva, es decir; que no ha llegado a sentencia definitiva, la forma para delatar el fraude procesal es la vía incidental, tramitada en atención a las pautas que rigen el procedimiento de incidencia, del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil (1990).

¹³ Ortíz-Ortíz, Rafael, *La Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos* (Caracas, Editorial Frónesis, 2004), 305, dice que la pretensión es entonces el efecto jurídico concreto que el demandante o querellante persigue con el proceso, efecto al cual se quiere vincular al demandado. Continúa señalando que los elementos esenciales de la pretensión procesal son el objeto y su razón. En primer lugar, el objeto de la pretensión procesal lo constituye el efecto jurídico perseguido

de factores como el estado del juicio fraudulento, y el número de ellos. Se enfatiza entonces que la presente investigación se centra en la pretensión de fraude procesal tramitado por vía principal, esto es; que el fraude se produzca con ocasión a una unidad fraudulenta, o que el único juicio fraudulento se encuentre terminado.

Para finalizar, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. RC.000413 de fecha 13 de junio de 2012, analizando la importancia jurídica del fraude procesal, determinó que los terceros legítimos pueden intentarlo de forma incidental en las causas siendo deber de los jueces su trámite y resolución; lo anterior obedece a que el objeto del fraude procesal son vicios contrarios al orden público o a las buenas costumbres y, por tanto, para rescatar la decorosidad y majestad de la justicia, puede ser incluso advertido por el Juzgador¹⁴.

III. La instrumentalidad inmediata de las medidas cautelares en el procedimiento de fraude procesal tramitado por vía principal

Derivado de la función jurisdiccional preventiva, se ha señalado que la misma garantiza la eficacia del proceso formal desarrollado por la función jurisdiccional cognitiva-ejecutiva, y se divide en poder genérico de prevención y poder cautelar. El primero de ellos comporta una protección a un interés supra-procesal, y superior al interés de las partes, pudiendo el Tribunal incluso actuar

con el proceso, lo cual comporta el derecho o reclamación jurídica pretendida. Por otra parte, continúa la doctrina citada, que el segundo de los elementos de la pretensión es la razón de la misma, lo cual es el fundamento de ley que la constituye, conformado por el relato de los hechos que dan lugar a la misma, así como el compendio de circunstancias fundantes. En síntesis, la razón de la pretensión ha sido precisada como la *causa petendi* de la misma.

¹⁴ Sala de Casación Civil, fallo No. RC.000413/3-6-2012: “(...) los terceros con interés legítimo pueden accionar por fraude procesal de forma incidental en las causas y es deber de los jueces tramitar y resolver tal pretensión, pues basta con constar el derecho que asiste al tercero o a la parte para accionar por esta causa, para que la misma sea conocida por los órganos jurisdiccionales. Pues, su importancia y especial tratamiento obedece a que se trata de un vicio contrario al orden público o a las buenas costumbres, que amerita una providencia especial que tutele dichos valores; lo cual, inclusive puede ser advertido de oficio por el juzgador, a tenor del artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, para resguardar derechos y garantías constitucionales.

Por tanto, no pueden los jueces abstenerse de resolver pretensiones de fraude procesal, so pretexto de argumentos formales intrascendentes que impliquen una negación de los principios, sobre los cuales descansa la institución del fraude, toda vez que esto significaría atentar contra el derecho a la tutela judicial efectiva. (...)”

de oficio; con ocasión a la cual se dictan las medidas de tutela de intereses, que pueden ser a su vez de contenido concreto o de contenido indeterminado.

Como segunda clasificación de la función jurisdiccional preventiva, se tiene el poder cautelar, mediante el cual se pretende alcanzar la justicia material preventiva, con ocasión a la cual se dictan las llamadas medidas o providencias cautelares. Estas medidas cautelares para su procedencia deben reunir tres requisitos concurrentes -ampliamente desarrolladas por la doctrina- que son: 1) pendiente Litis, 2) Fumus bonis iuris; y, 3) Periculum in mora.

En este sentido, existen dos tipos de medidas cautelares, como lo son las medidas cautelares típicas o nominadas y las medidas cautelares innominadas o atípicas. La primera de ellas responde a las providencias cautelares que versan sobre medidas cautelares establecidas expresamente en el Código de Procedimiento Civil, específicamente en el encabezado y numerales del artículo 588, el cual establece lo siguiente:

De conformidad con el Artículo 585 de ese Código, regula las medidas nominadas que el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, vale decir:

- 1.- El embargo de bienes muebles;
- 2.- El secuestro de bienes determinados;
- 3.- La prohibición de enajenar y gravar bienes muebles (...)

A tenor del artículo antes mencionado, se evidencia que el legislador tipificó las medidas cautelares de posible adopción en el proceso civil, cada una de ellas con una fisonomía particular y con un fin específico. La función jurisdiccional preventiva, particularmente el poder cautelar del juez, desemboca en un poder cautelar específico¹⁵, con ocasión al cual se limita decretar las medidas cautelares textualmente establecidas en la ley, como las antes mencionadas de acuerdo con la característica de la instrumentalidad.

¹⁵ Rafael Ortíz-Ortíz, *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas en el Ordenamiento Jurídico Venezolano* (Caracas, Paredes Editores, 1997), 101-108.

Esta característica según Podetti¹⁶, descrito asimismo por la doctrina venezolana¹⁷, ha señalado que tal carácter instrumental implica que el procedimiento cautelar no tiene un fin en sí mismo, sino que depende -y a la vez asegura- el cumplimiento de la sentencia que se dicte en el procedimiento principal.

La mencionada doctrina nacional señala que la instrumentalidad no es la característica más arraigada de las medidas cautelares, sino que es, a penas, una débil reseña que debe estar acompañada de otras -como la provisionalidad y mutabilidad-, para que se configure una fisonomía característica de las medidas cautelares. Se fundamentó lo antes indicado en el hecho que -al decir de parte de la doctrina-, la medida cautelar sólo resulta instrumental si la sentencia de mérito es declarada con lugar¹⁸. Es decir, la instrumentalidad comporta una relación de utilidad o relación lógica respecto del objeto mismo de la pretensión, con el objeto sobre el cual recaiga la medida.

Tomando en consideración esta característica y la naturaleza de la pretensión de fraude procesal por vía autónoma tenemos que, la pretensión de fraude procesal persigue delatar un vicio -no procedimental ni legal-, sino una subversión en el propósito mismo del proceso, apartado del principio de la buena fe de los litigantes, y menoscabando la majestad de la justicia¹⁹.

Como consecuencia de la actuación desleal e ímproba de la cual esté revestida un juicio, por lo cual se considere como fraudulento, por perjudicar ilegítimamente a uno de los litigantes, e incluso a un tercero; se tiene no sólo la posibilidad de solicitar medidas cautelares, sino también la urgencia de las mismas. Es de acotar que la sola existencia del juicio fraudulento supone una amenaza que debe ser atenuada por vía cautelar mediante el procedimiento en el cual se delate.

¹⁶ Ramiro Podetti, *Tratado de las Medidas Cautelares*, Segunda Edición (Buenos Aires, EDIAR, 1969).

¹⁷ Abdon Sánchez Noguera, *Del Procedimiento Cautelar y Otras Incidencias*, (Caracas, Paredes Editores S.R.L, 1995)

¹⁸ Abdon Sánchez Noguera, *Del Procedimiento Cautelar ...*

¹⁹ Debido a la importancia del fraude procesal, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha establecido que: “En materia de fraude procesal la Sala Constitucional ha venido sosteniendo que su planteamiento en amparo constitucional es inadmisibles, siendo la vía idónea el reclamo por la vía ordinaria, por permitir ésta un trámite más amplio, con la posibilidad de un debate probatorio que realmente esclarezca la situación de fraude procesal denunciada.” Ver fallo No. 1753 de la Sala Constitucional del 22 de junio de 2007, ponente Pedro Rafael Rondón Haaz.

A modo conclusivo, es de evidenciar que las medidas cautelares se rigen por una característica comprendida en la instrumentalidad, la cual se evidencia en caso de que esta mitigue los efectos perjudiciales del procedimiento fraudulento. Y no solo los efectos propios del mencionado trámite procesal, sino de todos aquellos potenciales efectos nocivos extraprocesales que puedan realizarse valiéndose de las medidas cautelares fraudulentas, o de la sentencia principal definitiva si ya hubiese sido dictada e incluso ejecutada, así como el resto de las consecuencias sustantivas de las mismas. Tales son los parámetros a los fines de identificar la instrumentalidad de tales medidas cautelares.

IV. Las medidas cautelares adoptables en el procedimiento de fraude procesal tramitado por vía principal en el derecho procesal civil venezolano

Las medidas cautelares de posible adopción -en general-, en los procesos civiles se clasifican en medidas nominadas e innominadas. En la primera de ellas, como ha sido afirmado previamente, el juzgador hace uso de su poder cautelar específico, por cuanto se pronuncian decretos cautelares cuyo contenido está determinado por la ley, así como los requisitos que se deberán cumplir a los fines de su decreto.

Por otra parte, las medidas innominadas o atípicas comportan la manifestación del poder cautelar general, por cuanto son aquellas medidas cautelares cuyo contenido no está determinado, sino que se delega la facultad en el juez de que -previa solicitud de parte-, decreta aquellas medidas que considere pertinentes, para la protección cautelar de la eficacia de la sentencia que habrá de dictarse.

En este sentido, el Código de Procedimiento Civil, describe en el artículo 588 taxativamente cuales son las medidas cautelares que pueden ser decretadas en cualquier juicio civil. Es decir, se desprende que las medidas nominadas o típicas de posible adopción son el embargo preventivo de bienes muebles, el secuestro de determinados bienes y la prohibición de enajenar y gravar de bienes inmuebles. Como se señaló anteriormente, a los fines de que sean dictadas las providencias cautelares de contenido típico, se deben cumplir los requisitos

objetivos a los cuales se refiere el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, como lo son la presunción del buen derecho y el peligro en la mora²⁰.

1. Embargo preventivo de bienes muebles

Ahora bien, la doctrina más calificada²¹, ha señalado que el embargo preventivo de bienes muebles comporta una medida cautelar que tiene como finalidad salvaguardar bienes suficientes para la ejecución de la sentencia que habrá de dictarse en el proceso principal. La doctrina afirma igualmente que la medida bajo estudio es -a tenor de la tradición cautelar-, la medida por excelencia en el derecho procesal civil.

Ahora bien, cabe mencionar que este tipo de medidas nominadas resultan ser instrumentales a demandas cuyas pretensiones conlleven a una sentencia condenatoria, principalmente de obligaciones de hacer, como lo es el pago de una cantidad determinada de dinero. En este sentido, asentó la doctrina que la misma se dispone a los fines de la conservación del patrimonio del posible futuro condenado.

2. Secuestro de determinados bienes

Por otra parte, la segunda de las medidas cautelares nominadas establecidas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil es el secuestro de bienes determinados. En relación con la figura mencionada, la doctrina, ha señalado que el secuestro es una medida cautelar nominada que consiste en el depósito de un bien que constituye el objeto del litigio, entre tanto termine éste. La doctrina ha señalado igualmente que el secuestro puede presentarse en dos modalidades particulares, como lo son el secuestro convencional y el judicial, a tenor de lo que se desprende del artículo 1.780 del Código Civil²².

²⁰ En Abdon Sánchez Noguera, *Del Procedimiento Cautelar ...*, 42, se lee que la posición jurídica tutelable o humo del buen derecho o *fumus bonis iuris* implica la probable existencia del derecho reclamado por vía principal, lo cual conlleva a que la pretensión del solicitante tenga la apariencia de certeza. Asimismo, el peligro en la mora, conocido también como *periculum in mora*, el cual se verifica con la posible ilusoriedad de la ejecución del pronunciamiento principal de fondo que eventualmente se dicte en el juicio en cuestión. Afirma así mismo que el peligro en la mora, más que un requisito de procedencia de las medidas cautelares constituye verdaderamente un fundamento de ellas, por cuanto el peligro que se procura combatir es la duración del proceso mismo.

²¹ Rafael Ortiz-Ortiz, *El Poder Cautelar General...*

²² Ricardo Henríquez La Roche, *Medidas Cautelares Según el Código de Procedimiento Civil*, (Caracas, Ediciones Liber, 2000), 75, manifiesta que a los fines de una mejor comprensión de la naturaleza misma de la medida cautelar de secuestro, expone lo que es necesario analizar determinados

3. Prohibición de enajenar y gravar de bienes inmuebles

En tercer lugar, el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil establece como medida cautelar nominada la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, que sean propiedad de la persona contra quien obra la medida en cuestión. Respecto de esta cautela, la doctrina²³ ha señalado que la mencionada medida debe ser entendida como la cautela que impide que el afectado, pueda de alguna manera enajenar o gravar un bien inmueble de su propiedad; el cual se encuentre o no en litigio.

Por tanto, la medida de prohibición de enajenar y gravar, además de proceder por su instrumentalidad en los casos en que se espera que el demandado sea condenado a pagar una cantidad dineraria, y que se tema que el mismo esté insolvente al momento de la ejecución de la sentencia; procede igualmente en las pretensiones que tiene como aspiración una sentencia mero declarativa, en los cuales se teme que la otra parte, valiéndose de la situación jurídica previa a la declaración, pueda causar un perjuicio a la parte, como lo es el caso de las pretensiones de nulidad o simulación²⁴.

4. Medidas innominadas

A la par de las medidas típicas o nominadas, con ocasión a las cuales el juez pone en evidencia su poder cautelar específico, se encuentran las medidas atípicas o innominadas, por virtud de las cuales se es titular del poder cautelar general. A tenor de lo que se desprende de la norma contenida en el Parágrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil²⁵.

asuntos preliminares. En este sentido, se establece la necesidad de precisar la noción de derechos reales y derechos personales o creditorios, en relación con la pretensión que plantee el actor en el proceso.

²³ Rafael Ortíz-Ortíz, *El Poder Cautelar General...*

²⁴ El artículo 600 del Código de Procedimiento Civil (1990), establece que: “Acordada la prohibición de enajenar y gravar, el Tribunal, sin pérdida de tiempo, oficiará al Registrador del lugar donde esté situado el inmueble o los inmuebles, para que no protocolice ningún documento en que de alguna manera se pretenda enajenarlos o gravarlos, insertando en su oficio los datos sobre situación y linderos que constaren en la petición. Se considerarán radicalmente nulas y sin efecto la enajenación o el gravamen que se hubieren protocolizado después de decretada y comunicada al Registrador la prohibición de enajenar y gravar. El Registrador será responsable de los daños y perjuicios que ocasione la protocolización.”

²⁵ 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

Se observa entonces, que el juez puede declarar las providencias que considere adecuadas, con ocasión a las cuales puede autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos. A este tenor, se evidencia que el elemento característico y diferenciador entre las medidas cautelares nominadas e innominadas es que las primeras de éstas están determinadas en su contenido y alcance por la ley. Mientras tanto, las medidas innominadas resultan ser de carácter enunciativo, delegando en el discrecional y prudente arbitrio del juzgador la adecuación de tales medidas.

Se debe considerar que, tal como fue señalado, a los fines del decreto cautelar innominado se deben cumplir con el requisito objetivo del peligro de daño, lo cual no ocurre con las medidas nominadas. Se ha señalado que el *periculum damni* comporta, en esencia, el fundado temor que se pueda causar un daño a la parte solicitante, que no pueda ser corregido o subsanado mediante la sentencia definitiva.

La justificación práctica de las medidas cautelares innominadas recae fundamentalmente en la insuficiencia de las medidas nominadas, las cuales están destinadas a tutelar cautelarmente determinadas situaciones jurídicas, no abarcando todos los casos en los cuales no basta únicamente el embargo de bienes muebles, secuestro o prohibición de enajenar y gravar.

Es de precisar igualmente, a los fines del decreto cautelar, es necesario que el solicitante alegue y acredite la existencia del peligro en el daño; esto es, que la situación jurídica o fáctica pueda desencadenar un daño adicional que no sea susceptible de reparación mediante la sentencia definitiva que se espera que sea dictada, debiendo iniciar nuevos procedimientos judiciales para revocar -en caso de ser posible-, el perjuicio causado.

Igualmente, Ortíz-Ortíz ha señalado que las medidas innominadas responden a situaciones que imposibilitan la procedencia de las medidas típicas, por cuanto las mismas -al decir de la doctrina-, no recaen sobre conductas, sino únicamente sobre bienes. La mencionada doctrina afirma igualmente que cuando sea procedente una medida típica, es improcedente una medida innominada. Con ocasión a lo advertido por la doctrina, se es del criterio de que las

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. Parágrafo Primero, Artículo 588 CPC.

medidas típicas y atípicas, pueden perfectamente coexistir en un mismo pronunciamiento cautelar, por cuanto la segunda de ellas empieza donde termina la primera.

Es decir, las medidas nominadas e innominadas no son excluyentes entre sí, sino que ambas pueden ser dictadas en un mismo procedimiento cautelar por cuanto la medida innominada no hace más que brindar una cautela respecto de aquellos posibles riesgos de daños que pudiese sufrir la parte, y de los cuales las medidas nominadas no pudiesen precaver dentro de su tipificación.

Respecto del contenido particular de las medidas cautelares, el legislador indica dos supuestos en particular, como son: la autorización o prohibición de determinadas conductas, y por otra parte cualquier otra orden o providencia que haga cesar la continuidad de la lesión. El primer supuesto, implica -según se deja ver- una orden subjetiva, con ocasión a la cual el Tribunal permitirá o restringirá que alguna de las partes desempeñe una u otra conducta, por resultar ésta nociva a la otra parte. A modo de ejemplo práctico, una medida innominada puede autorizar o restringir el acceso de una persona a un bien inmueble o el uso de un bien mueble.

En un segundo supuesto, la medida innominada puede contener una providencia que haga cesar la continuidad de la lesión, la cual no incida particularmente en una conducta positiva o negativa de alguna de las partes. En este sentido, el Tribunal en cuestión podrá ordenar la suspensión de la ejecución de un contrato, o la suspensión de los efectos de uno u otro acto. Asimismo, se puede ordenar la paralización de alguna obra o su continuidad.

Por tanto, las medidas cautelares innominadas son instrumentales con cualquier pretensión, siempre que el caso en particular se amenace con un daño adicional de difícil reparación en sentencia definitiva, que haga ilusoria la pretensión de la parte solicitante, pudiendo perfectamente coexistir con medidas cautelares nominadas. A modo de ejemplo, se tiene el caso en que se pretenda la condena en el pago de una cantidad dineraria, con ocasión a la cual se solicitó -como es debido-, una medida de prohibición de enajenar y gravar de un bien inmueble con determinadas características, suficiente para asegurar el pago de la obligación cuya condena se espera.

Posteriormente, la parte solicitante de la medida se percata de que el afectado está realizando una serie de modificaciones perjudiciales en su propio inmueble, despojándolo de sus características propias, que hacían atractiva la

eventual ejecución del bien para satisfacer la pretensión. En el caso dado, se tiene el temor que -siendo el único bien cuya titularidad se le atribuya al demandado-, el mismo pierda valor y no satisfaga la pretensión del demandante. Revisada la situación y acreditado el mencionado peligro en el daño, la parte solicitante de la medida de prohibición de enajenar y gravar puede -a la par-, solicitar una medida innominada de prohibición de innovar en el mencionado bien, a los fines de que no merme su valor.

Por otra parte, se evidencia que en una pretensión que conlleve a que sea dictada una sentencia de carácter constitutiva, como lo es la resolución de un contrato, se puede solicitar la suspensión cautelar de su ejecución, por cuanto causaría un daño superior, tal como fue previamente ejemplificado. Igualmente, en caso de que se plantee una pretensión de carácter declarativo, como lo es por ejemplo la -ya mencionada- nulidad de un documento que otorgue la propiedad de un bien inmueble, y que el demandado esté en posesión del inmueble en cuestión.

En el mencionado caso, se evidencia que procede una prohibición de enajenar y gravar del bien en cuestión, a los fines de evitar que sobre el mismo se desencadene una serie de ventas sucesivas, que harían de difícil ejecución la sentencia. Pero a la par de la medida cautelar nominada antes mencionada, procedería de forma cautelar una medida innominada de prohibición de innovar en el bien, a los fines de evitar que el poseedor -cuya propiedad está en entredicho-, realice actos que conlleve a un perjuicio material en el bien inmueble cuya adquisición se declararía nula.

Debido a la naturaleza de las medidas cautelares innominadas pueden solicitarse -indiferentemente- en juicios que tengan como pretensión una condena, constitución o mera declaración. La cautela innominada puede incluso coexistir con medidas nominadas, teniendo en consideración que no son excluyentes en sí mismos.

Igualmente, se evidencia que las medidas innominadas tienen gran incidencia instrumental en aquellos juicios en los cuales se pretenda una sentencia condenatoria de hacer o de no hacer. Como se ha señalado reiteradamente, el hecho que la realización o abstención de la conducta indicada resulta perjudicial para la parte demandante, causándole un daño de difícil reparación. Por tanto, el juez de forma cautelar puede ordenar la ejecución o abstención de la conducta en cuestión.

Ortíz-Ortíz ha señalado que en los casos en que se plantee una pretensión que tenga como finalidad que sea dictada una sentencia de naturaleza constitutiva, no se tiene posibilidad de solicitar medidas cautelares típicas, fundamentado en el hecho de que las mencionadas providencias se basan en la certeza de una situación jurídica preexistente, como el derecho de propiedad, entre otros, y no en la mera expectativa que supone el juicio constitutivo. Ahora bien, se es del criterio de que en los juicios en los cuales se espera que sea dictada una sentencia de carácter constitutivo, aun cuando son pocos los casos, si hay posibilidad de que sea dictada alguna medida típica.

La doctrina de Ortíz-Ortíz deja abierta la posibilidad de que en los juicios que tiene como aspiración una sentencia constitutiva, se puedan dictar medidas cautelares innominadas, respecto de lo cual se coincide con la corriente doctrinaria. En este sentido, se tiene como ejemplo práctico, que se demande por ante un Tribunal la resolución de un contrato de obra, pero que, sin embargo, la parte demandada continúe cumpliendo su obligación, lo cual causa un perjuicio a la parte demandante. En este caso, se puede solicitar cautelarmente la suspensión de la ejecución del contrato indicado, entre tanto se decide su resolución. Es de observar, entonces, que esperándose una sentencia constitutiva -que modifique resolutivamente la relación contractual-, se puedan dictar medidas cautelares innominadas.

Consecuente con todo lo señalado, se resume que la instrumentalidad de las medidas cautelares innominadas se verifica en los procesos tramitados por pretensiones de condena, declarativa y constitutiva, con atención -como se mencionó con anterioridad-, en los casos de condena de hacer o no hacer, y las sentencias constitutivas respecto de cuya pretensión no sean instrumentales las medidas nominadas.

5. Medidas complementarias

Así como las medidas estudiadas con anterioridad, se evidencia que en el derecho cautelar existe una figura muy particular, como lo son las medidas complementarias, previstas en el único aparte del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil²⁶. En tales términos quedó consagrada la figura de medida

²⁶ “Podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado”. Único aparte del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1990).

complementaria, la cual a su vez la doctrina ha definido como una providencia tendiente a afianzar la eficacia cuantitativa o cualitativa de las medidas nominadas -en principio-, a tenor de la doctrina nacional de Sánchez Noguera.

El tratadista Ortiz-Ortiz señala que las mencionadas medidas complementarias se dan en torno a asegurar dos aspectos de las medidas cautelares dictadas, siendo éstas la efectividad y el resultado. Por su parte, la efectividad implica que la medida decretada alcance su finalidad, la cual es evitar que quede ilusorio el fallo, oportunidad en la cual la medida resultaría inútil, así como la sentencia principal definitiva, que no pueda ser ejecutada. Por otra parte, el resultado implica que la medida se ejecutará tal como hubiere sido ordenada por el Tribunal, haciendo uso de su poder cautelar, la cual se orientaba por la instrumentalidad entre la pretensión y la medida decretada.

A tenor de lo ahora enunciado, se tiene que existen -pues-, dos tipos de medidas cautelares, las cuales son las medidas cautelares principales y complementarias. Las primeras de ellas implican aquellos pronunciamientos cautelares analizados hasta ahora, como lo son las nominadas e innominadas, previamente identificadas. Por otra parte, se tienen las medidas cautelares complementarias identificadas como aquellas providencias o decisiones que coadyuvan a las medidas principales a lograr su efectividad y resultado.

La doctrina venezolana²⁷ enfatiza en que las medidas complementarias no revisten carácter cautelar en sí mismas, sino una suerte de protección o garantía de las medidas cautelares que se hubieren decretado. Se disiente, entonces, del criterio señalado, puesto que, a opinión razonada de la presente investigación, las medidas complementarias son -en efecto-, medidas de naturaleza cautelar, con la particularidad de que no son principales, sino complementarias. A este tenor, se ha referido igualmente que las medidas complementarias son una suerte de extensión de las medidas cautelares principales, a los fines de su realización cautelar.

Se debe precisar entonces que existe una relación de instrumentalidad -como se ha dicho-, entre la pretensión objeto del juicio y la medida cautelar principal, y a su vez existe una instrumentalidad entre la medida cautelar principal y la medida cautelar complementaria.

²⁷ Rafael Ortiz-Ortiz, *El Poder Cautelar General...*

Lo anteriormente señalado conlleva a estimar que se verifica una relación directa de instrumentalidad entre la pretensión y la medida cautelar principal -instrumentalidad de primer grado-, y una relación de instrumentalidad indirecta entre la pretensión y la medida cautelar complementaria -instrumentalidad de segundo grado-.

En la doctrina nacional se han debatido varios puntos particulares respecto de las medidas complementarias, principalmente respecto de su relación con las medidas principales, y por otra parte el contenido de éstas últimas. Se ha mencionado hasta ahora -y huelga repetir- que las medidas cautelares complementarias son anexas a las medidas cautelares principales, relacionándose éstas últimas con la pretensión planteada en el juicio, a tenor de la instrumentalidad.

En este sentido, se refirió que las medidas cautelares complementarias auxilian a las principales en la preservación de una situación óptima para la ejecución de la sentencia cuyo dictado se aspira. En relación con lo mencionado, se evidencia que para que se decreten las medidas cautelares principales, es necesario cumplir con una serie de requisitos objetivos y subjetivos, los cuales dependerán de si el pedimento cautelar se encuentra enmarcado en la ley, o si se dictará en uso del poder cautelar general -medidas nominadas e innominadas-. Por el contrario, para el decreto de medidas cautelares complementarias, es necesario que únicamente se cumpla con el requisito de que se haya decretado previamente una medida cautelar principal, caso en el cual existiría igualmente los requisitos de ley.

Ortíz-Ortíz, ha afirmado que una medida típica no puede en ningún caso solicitarse como medida complementaria, con ocasión a que estas últimas se dicen autónomas y suficientes y deben ser dictadas de forma principal en un procedimiento cautelar y no como complementarias de alguna otra. Sin embargo, otra parte de la doctrina nacional, representada por Sánchez Noguera señala que -como ya se mencionó-, es perfectamente procedente que las medidas cautelares que han sido tipificadas o nominadas por el legislador, se puedan presentar en actas como medidas complementarias de otras nominadas o innominadas.

Por tanto, el contenido de las medidas complementarias, al no ser restringido por el legislador, se delega en el juez -similar al caso de las medidas innominadas- la facultad de analizar según su prudente arbitrio cuál medida comple-

mentaria coadyuvaría a la realización del fin último de la medida principal dictada, relacionándose ésta con la pretensión invocada por la parte solicitante.

Lo antes mencionado se resume en que las medidas complementarias, en efecto, son medidas cautelares con la particularidad que no son principales, sino que accesorias a éstas. Se tiene igualmente que el único requisito para que sean dictadas es que se haya dictado previamente -o incluso en el mismo decreto-, alguna medida principal, la cual puede ser típica o innominada; por lo cual las mencionadas medidas complementarias son accesorias a las principales, y correrán la misma suerte que éstas últimas. Se mencionó igualmente el posible contenido de las medidas complementarias, afirmándose que toda vez que el legislador no las restringió más que por los sanos límites de su conocimiento y de su instrumentalidad con las medidas cautelares complementarias; se tiene que pueden ser dictadas todas aquellas medidas que coadyuven a la realización cautelar de las principales.

En este punto de la investigación, habiendo revisado de forma particularizada el sistema cautelar en el derecho procesal civil venezolano, cabe dar respuesta a la interrogante planteada inicialmente; ¿Cuáles son las medidas cautelares que pueden adoptarse en los procedimientos de fraude procesal tramitados por vía principal en el derecho procesal civil venezolano? Lo cual finalmente se hace en los siguientes términos: por una parte, es de precisar que la pretensión de fraude procesal -tramitado incidentalmente o de forma principal-, implica la aspiración de un pronunciamiento judicial declarativo, afirmándose la inexistencia de los juicios fraudulentos, y de su sentencia si ya se hubiere dictado.

Como fue señalado en su oportunidad, los juicios cuya sentencia que se aspire sea declarativa, pueden ser tutelados cautelarmente mediante medidas cautelares principales nominadas o innominadas, siempre que las mismas guarden estricta relación de instrumentalidad con el objeto sobre el cual recaiga la pretensión principal. En el caso de la pretensión del fraude procesal, se tiene que el objeto es la declaratoria de nulidad del procedimiento y principalmente la sentencia; con ocasión a lo cual se cree que la medida cautelar instrumental es aquella que haga suspender temporalmente -de forma cautelar- los efectos de los actos que se pretenden anular.

Ahora bien, se dijo que el fraude procesal tramitado por vía principal puede ser aquel en que la sentencia ya esté dictada, o aquel en el que el fraude se ha dado con ocasión a una unidad fraudulenta -multiplicidad de procesos

articulados entre sí-. Por lo que para tutelar la pretensión esbozada lo instrumental es la medida innominada de suspensión de los efectos de la sentencia -en caso de haberse dictado-, es decir, la paralización de su ejecución, o la suspensión temporal de los procedimientos en curso -en caso de unidad fraudulenta-; todo entre tanto se dilucide la pretensión de fraude procesal.

La mencionada medida innominada satisface, sin lugar a dudas, el objeto inmediato de la pretensión de fraude procesal, como lo es la nulidad de la sentencia, o de los múltiples procesos fraudulentos en curso. Sin embargo, es de recordar que -como fue señalado en su oportunidad-, la mencionada pretensión se compone igualmente de un objeto mediano, el cual implica prevenir que el agente del fraude se valga de la situación procesal fraudulenta para afectar derechos subjetivos del defraudado, mediante -por ejemplo-, el registro de la sentencia obtenida. Por tanto, dictar la medida cautelar innominada de suspensión de los efectos, implicaría dejar desprotegida parcialmente la pretensión principal, en lo que se refiere a su objeto indirecto.

A los fines de una mejor protección cautelar, se ha mencionado que el legislador ha dispuesto un tipo de medida cautelar en particular, como lo es la denominada complementaria. Por tanto, valiéndose de la mencionada figura, se puede tutelar cautelarmente el objeto indirecto de la pretensión principal de fraude procesal; todo mediante una medida que coadyuve al fin preventivo. En consecuencia, adicional a la medida principal innominada, se puede solicitar la medida complementaria que se considere necesaria a los fines de que el agente del fraude no pueda valerse de tal situación jurídica para causar un perjuicio aún mayor al sujeto pasivo del fraude.

A los efectos de determinar qué medida complementaria se corresponde con el objeto indirecto de la pretensión señalada, es de analizar las posibles consecuencias jurídicas y materiales del presunto fraude procesal cometido. Como ejemplo, si con ocasión al fraude procesal se adquirió un bien inmueble -por ejemplo-, cuya sentencia fue registrada, correspondería evitar que el agente de fraude y nuevo titular del derecho de propiedad que recae sobre el bien inmueble desencadene una serie de enajenaciones de la cosa en cuestión, las cuales la harían de difícil recuperación.

Vista la situación, se pudiese considerar -erróneamente-, solicitar una medida principal nominada de prohibición de enajenar y gravar, pero la misma no sería instrumental con la pretensión principal del fraude procesal, el cual es la

declaratoria de inexistencia, previamente descrito. Como se señaló, la única medida que cumple con la instrumentalidad necesaria para tutelar cautelarmente la pretensión indicada es la medida innominada de suspensión de los efectos de la sentencia, o de los procesos, según sea el caso.

Ahora bien, es de recordar que las medidas cautelares complementarias no guardan una relación directa de instrumentalidad con la pretensión, sino con la medida cautelar principal -denominado en esta investigación como la instrumentalidad de segundo grado-. Por tanto, se puede solicitar una medida complementaria que no conlleve necesariamente de forma directa e inequívoca a la satisfacción cautelar de la petición planteada en el juicio -para lo cual se decreta la medida cautelar principal-, sino que basta con que coadyuve a la labor de cautelar iniciada por el decreto principal.

Adicional a ello, se concluye que lo prudente sería una solicitud de medida cautelar complementaria, cuyo contenido podría corresponder a lo que la ley tipifica como medidas cautelares principales -nominadas- -por ejemplo- prohibición de enajenar y gravar de bienes inmuebles; siempre que la misma tutele cautelarmente el objeto indirecto de la pretensión de fraude procesal, previamente singularizado. En tales términos, quedó satisfecho el objeto antes mencionado.

V. Conclusiones

La conducta procesal de los litigantes puede estar permeada de mala fe, configurándose pues el fraude procesal. En este sentido, se tiene que el fraude procesal puede manifestarse a su vez en cuatro tipos, los cuales son el dolo directo, simulación procesal, colusión y abuso de derecho²⁸.

Igualmente, a pesar de sus múltiples manifestaciones, se tiene una serie de elementos estructurales característicos del fraude procesal, los cuales a su vez se pueden dividir en requisitos y sujetos. Respecto de los requisitos, se tiene el elemento objetivo, ya desarrollado, el mismo se encuentra circunscrito a al perjuicio materializado, o inminente. Así entonces, el requisito subjetivo reside en

²⁸ Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fallo No. 1723 del 04 de agosto del 2000, sentenció lo siguiente: “Cuando el dolo procesal estricto es detectado, por aplicación del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, el remedio es la nulidad de los actos dolosos, declaración que puede plantearse en el proceso donde aquél ocurre, o cuya declaración se logra por la vía de la invalidación, si fuere el caso, como lo prevén los ordinales 1° y 2° del artículo 328 *eiusdem*.”

la mala fe del agente en cuestión, sin la cual no calificaría el fraude procesal. Respecto de los sujetos del fraude, los mismos se determinan por su un agente -causante del fraude-, y un sujeto pasivo, o defraudado. A su vez, el sujeto pasivo se califica en sujeto pasivo directo, como lo es la parte litigante o el tercero defraudado, y el sujeto pasivo indirecto, el cual es el Poder Judicial.

Asimismo, la pretensión de fraude procesal se compone de un objeto inmediato, como lo es la declaratoria de inexistencia del juicio o multiplicidad de ellos, que se reputan como fraudulentos. Por otra parte, tiene un objeto mediato, el cual es evitar cualquier posible perjuicio adicional, con ocasión a la situación jurídica que el agente del fraude procesal ha provocado, esto es; valerse del resultado del fraude procesal, para materializar otros actos fuera de juicio, en menoscabo del defraudado en sede judicial.

Por otra parte, se concluye que el fraude procesal puede ser tramitado por vía incidental, o por vía principal, dependiendo de factores como el estado del juicio fraudulento, y el número de ellos. Se enfatiza entonces que la presente investigación se centró en la pretensión de fraude procesal tramitado por vía principal, esto es; que el fraude se produzca con ocasión a una unidad fraudulento, o que el único juicio fraudulento se encuentre terminado.

En este orden de ideas, las medidas cautelares se rigen por una característica comprendida en la instrumentalidad, la cual se relaciona con la providencia principal definitiva -cuyo pronunciamiento se espera-, con la providencia cautelar que se dicte en la incidencia correspondiente. Por tanto, a los fines de identificar la instrumentalidad, se deberá analizar la pretensión de la parte demandante, la cual delatará el tipo de pretensión esperada.

Aplicado lo anterior a la pretensión de fraude procesal, se evidencia que será instrumental una medida cautelar en caso de que la misma mitigue los efectos perjudiciales del procedimiento fraudulento. Y no solo los efectos propios del mencionado trámite procesal, sino de todos aquellos potenciales efectos nocivos extraprocesales que puedan realizarse valiéndose de las medidas cautelares fraudulentas, o de la sentencia principal definitiva si ya hubiese sido dictada e incluso ejecutada, así como el resto de las consecuencias sustantivas de las mismas. Tales son los parámetros a los fines de identificar la instrumentalidad de tales medidas cautelares.

De forma conclusiva, es de señalar que, en un juicio de fraude procesal tramitado por vía principal, no es procedente una medida cautelar principal no-

minada -embargo, secuestro o prohibición de enajenar y gravar-, por cuanto no existiría una relación de instrumentalidad entre las mencionadas medidas y la pretensión. Como consecuencia, lo que correspondería sería una medida cautelar principal innominada de suspensión de los efectos de la sentencia, o de los procesos en curso -según sea el caso-.

Adicional a ello, se concluye que lo prudente sería una solicitud de medida cautelar complementaria, cuyo contenido podría corresponder a lo que la ley tipifica como medida cautelares principales nominadas -por ejemplo- prohibición de enajenar y gravar de bienes inmuebles; siempre que la misma tutele cautelarmente el objeto indirecto de la pretensión de fraude procesal, previamente singularizado.

ISSN 1317-2778



9 771317 277003