

# La tutela cautelar en la casación civil de instancia

Carlos FUENTES ESPINOZA\*  
RVLJ, N.º 16, 2021, pp. 933-950.

## SUMARIO

**Introducción 1. Sobre la instrumentalidad e independencia del trámite cautelar 2. Sobre la cláusula *rebus sic stantibus* 3. Sobre la relación de la casación civil de instancia y la tutela cautelar 4. Sobre la potestad de la Sala de Casación Civil para decretar medidas cautelares**

## Introducción

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, mediante fallo N.º 510/2017, retomó el sistema de la casación de instancia conforme se desprende del siguiente pasaje jurisprudencial:

Dicho sea de paso, se hace imprescindible, dentro del recurso de casación, analizar la utilidad del mecanismo procesal o fase del reenvío, del recurso de nulidad y, por ende, de la casación múltiple, y de la reposición de la causa por la declaratoria con lugar de una infracción de forma, distintas a la violación al derecho de defensa, todo ello a la luz de la Carta Política de 1999 (...) Así, ante el reenvío de la casación, tanto de forma (reposición) como de fondo (reenvío) la teoría de los recursos e impugnaciones crea el recurso de nulidad y la casación múltiple, buscando un nuevo control sobre el juez del reenvío, que hace del procedimiento de casación una posible institución adjetiva interminable en el tiempo, eterna, infinita o como diría F. NIETZSCHE, el de un «eterno retorno», más bien parecido en nuestro criterio al Mito de Sísifo (Albert CAMUS. *Le Mythe*

---

\* Abogado. Universidad Católica Andrés Bello, Especialista en Derecho Procesal.

*de Sisyphe*. 1942), de un héroe absurdo que solo favorece los intereses de aquellos a los que no les interesa la justicia de fondo y que ganan con cada casación múltiple, producto del recurso de casación y el recurso de nulidad, mayores ingresos, haciendo interminable el proceso de cognición para obtener un fallo con carácter de cosa juzgada que, como expresa el profesor Tulio ÁLVAREZ LEDO (*La casación civil*. UCAB. Caracas, 2013, pp. 65 y 66): «... la casación múltiple constituye uno de los aspectos más discutibles –y censurables– dentro del actual sistema venezolano (...) en el estado actual de la legislación, un litigio puede ser extendido *ad infinitum* dado que no existe limitación legal al respecto (...) la casación múltiple contraría palmariamente el postulado de celeridad establecido en la Constitución al igual que en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia...», viéndose burlada la cúspide cimera de la justicia civil y por ende el ciudadano (...) que impetra una tutela judicial efectiva, cuando, aún más, podríamos agregar que obtenida la cosa juzgada, se abre una nueva etapa del proceso: La *ejecutivi* o etapa de ejecución de la sentencia, sobre la cual penden en determinadas situaciones, la posibilidad de ejercer un nuevo recurso de casación, lo que hace del recurso de casación y del proceso una especie de laboratorio dialéctico colocado lejos de la justicia (...) Surge así, el «eterno retorno», el «juicio sin fin», el «mapa interminable de la impugnación extraordinaria», «el caldo adecuado de cultivo para que campee en el proceso el retardo y el abogado procedimentalista, artero» (solo por hacer referencia a la etapa de cognición –se repite–, pues existe además la posibilidad cierta de una nueva casación en la etapa de ejecución del fallo perentorio). De este modo, los tribunales de casación empezaron a alejarse –por mucho– de la justicia que es genuina, que entre sus atributos debe privilegiar la solución de fondo y la celeridad (...) Impresiona, cuánto se tardaron la doctrina y la jurisprudencia en Venezuela en encarar el engaño, develar la intrascendencia retardataria del reenvío, la casación múltiple, la nulidad y denunciarlo con claridad, para poder en definitiva hallar la salida que conduzca a una justicia de fondo expedita (...) Nos conducen dentro del marco constitucional previamente reflejado, a que el reenvío, la nulidad y la casación múltiple dejen de tener cabida,

pues bajo esa visión que dibuja y declara la Constitución de 1999, han resultado instituciones devastadoras para la utilidad del recurso, ya que la casación positiva de fondo, sin reenvío, permite resolver el problema perentorio sometido al conocimiento de la Sala y además, el nuevo modelo procesal debe estar a tono con las garantías constitucionales y procesales donde destaca una tutela judicial efectiva, pero desarrollada de verdad, no reducida a un mero enunciado mil veces repetido (...) Se apertura con la casación de instancia, que nace del presente fallo la posibilidad para la Sala de Casación Civil de conocer, casar y decidir el fondo de la controversia. Se asume entonces, una competencia positiva del *ius rescindens* y el *ius rescissorium*, una vez que se declare con lugar el recurso de casación, precisando la violación que se trate, o una vez sea casado de oficio el fallo por quebrantamiento al orden público o constitucional o por infracciones de ley no delatadas por el recurrente, como quedó establecido por esta Sala en reciente fallo N.º 432 del 28-06-17, lo cual además viene a permitir a la Sala extenderse, inclusive al establecimiento y apreciación de los hechos y de las pruebas y a los tres supuestos o casos de suposición falsa (artículo 320 *ibidem*); para lograr, en consecuencia, la resolución de fondo del litigio, con arreglo a la ley o doctrina cuya aplicación se declaró previamente, esto es, se casa y se resuelve el caso (...) Se puede colegir entonces, que en los casos de violación, quebrantamiento, infracción de forma, por efecto de lo previsto en los artículos 243 y 244 del Código de Procedimiento Civil, además de los casos de fondo del ordinal 2.º del artículo 313 *eiusdem*, referidos a violación expresa sobre el alcance y contenido de una disposición de la ley (error de interpretación; falsa o falta de aplicación, los casos de violación de ley en sentido propio y la violación de una máxima de experiencia, aunado a los casos de casación de fondo por casación sobre los hechos en todas sus variantes: indebido establecimiento de los hechos; indebido establecimiento de las pruebas; indebida valoración de los hechos; indebida valoración de las pruebas y los tres casos de suposición falsa, donde se atribuye a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene; o se dio por demostrado hechos con pruebas que no aparecen en autos o, cuya inexactitud resulte de actas e instrumentos del expediente mismo; la Sala casará el

fallo, declarando con lugar el recurso de casación y acto seguido procederá a dictar sentencia de fondo, que resuelva el mérito del asunto controvertido. Por tanto queda así habilitada la Sala de Casación Civil para desaplicar la figura jurídica del reenvío (salvo –como ya se dijo– que sea necesaria la reposición de la causa a una etapa procesal anterior a la sentencia de fondo, cuya utilidad esté claramente expresada y justificada en autos) y a partir de la presente fecha se asume la casación de instancia conforme al modelo procesal que plantea la Constitución...<sup>1</sup>.

De acuerdo al extracto de la sentencia copiada, la Sala cúspide de la jurisdicción civil, con fundamento en el principio constitucional de celeridad y, por tanto, de justicia expedita, decidió prescindir del reenvío y, en consecuencia, del sistema de la casación múltiple. De esta manera y a partir de su confirmatoria por la Sala Constitucional del mismo Juzgado mediante el mecanismo de la consulta, la Sala Civil procederá, una vez casada o anulada la decisión de segundo grado recurrida, conocer el fondo o mérito del asunto controvertido poniendo fin al conflicto jurídico suscitado. Esto es, ya no ejercerá una actividad meramente negativa o rescindente sino, además, llevará a cabo una función positiva o rescisoria. Con la postura asumida y retomada, las causas de índole civil dejarán de ser objeto de múltiples envíos a la máxima instancia judicial a través del ejercicio del recurso extraordinario de casación.

## **1. Sobre la instrumentalidad e independencia del trámite cautelar**

Las medidas cautelares, de acuerdo a lo que ha explicado la doctrina y la jurisprudencia desde antaño, son instrumentales en la medida en la que se erigen en mecanismo para garantizar la futura ejecución del fallo resolutorio de la disputa intersubjetiva acaecida. En tal sentido, y al constituirse en instrumento del proceso jurisdiccional, las medidas preventivas, una vez verificados los extremos previstos en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil –según estemos ante medidas típicas o atípicas–, dependen de un proceso para el cual sirve y justifica su existencia; de esta

<sup>1</sup> TSJ/SCC, sent. N.º 510, del 28-07-17.

manera, y en virtud de la provisionalidad como otra de sus características que definen su esencia, la medida cautelar se mantendrá vigente mientras perviva el juicio principal en el cual fue decretada; concluido este al emitirse sentencia con pretensión de firmeza o al hacerse uso de alguno de los mecanismos de autocomposición procesal o, simplemente, extinguirse por inactividad prolongada imputable a las partes (perención de la instancia), la medida preventiva fenecerá en tanto accesorio de lo principal<sup>2</sup>.

Sin embargo, y a pesar de la instrumentalidad como una de las notas distintivas de las medidas preventivas, su independencia en lo que a su trámite respecta se revela como fundamental para su correcto desenvolvimiento. Esto es, al margen de depender de un juicio principal para el cual funge de instrumento, su independencia procedimental debe prevalecer en aras de garantizar el derecho constitucional a la defensa de las partes intervinientes.

En este sentido, una de las manifestaciones de esta esencial independencia respecto al trámite principal es la necesaria apertura del cuaderno en el que se asentarán cada una de las actuaciones referidas a la cautela solicitada por el actor. Así lo dispuso la Sala de Casación Civil:

... Más recientemente se estableció que la medida cautelar debe tramitarse en un cuaderno separado, ya que la violación de este principio procesal, trae diversas complicaciones que atentan contra el derecho a la defensa. La incidencia cautelar, cuando se sustancia correctamente, se decide en primera instancia a través de un fallo susceptible de ser apelado en un solo efecto. Esta apelación es independiente y autónoma de la apelación que pueda haberse intentado contra la sentencia definitiva. Si se decide el juicio principal y la medida cautelar en una misma sentencia, la eventual nulidad del fallo, por un motivo atinente a la cautelar o al juicio principal, generará la nulidad de ambos pronunciamientos al unísono,

<sup>2</sup> A modo de ilustración en torno a la citada característica, recomendamos ver: TSJ/SCC, sents. N.ºs 218 y 166 del 27-03-06 y 09-10-20, respectivamente; así como TSJ/SC, sent. N.º 148, del 01-02-06. Del mismo modo y en cuanto al fenecimiento de la medida al declararse la perención de la instancia en la causa principal, sugerimos la lectura de TSJ/SCC, sent. N.º 450, del 20-12-01.

admitiéndose el recurso en ambos efectos por tratarse de una sentencia definitiva. De esta forma, se distorsiona la posibilidad de ejercer recursos independientes de apelación y casación contra las decisiones que resuelvan la incidencia cautelar (sentencia del 25 de octubre de 2005, Caso: Gcs Corporation C. A. vs. Inversiones Monterosa C. A.)<sup>3</sup>.

De la misma manera, el necesario agotamiento de conocimiento por parte del juez de instancia, aun cuando haya sido recurrida en apelación o casación la decisión de mérito proferida, se erige en otro rasgo de independencia de las medidas cautelares. Cónsono con lo señalado, la Sala mencionada se pronunció en el siguiente fallo:

... La norma *supra* transcrita parte de la independencia que existe entre los respectivos procesos, el de medidas preventivas y el de conocimiento; ella resulta clara en indicar que la decisión definitiva del juicio principal, en modo alguno agota la jurisdicción del juez para decidir la cautelar por el contrario, dicho sentenciador la conserva para seguir tramitando y sustanciando dicha incidencia cautelar hasta su decisión, no obstante haber oído en ambos efectos el recurso de apelación o admitido el de casación en el juicio principal contra tal definitiva...<sup>4</sup>

Ciertamente, aun cuando la cautela se conciba para garantizar los resultados de la causa principal y, por tanto, subsista en la medida en la que esta sea objeto de conocimiento, debe propenderse al resguardo de su independencia de trámite a los fines de la efectiva protección del derecho a la defensa de las partes involucradas en el pleito judicial.

## 2. Sobre la cláusula *rebus sic stantibus*

En relación con la cláusula *rebus sic stantibus* como particular y definitiva característica que ostenta la medida cautelar, la Sala de Casación Civil del máximo Juzgado dispuso lo que a continuación copiamos:

<sup>3</sup> TSJ/SCC, sent. N.º 694, del 25-09-06.

<sup>4</sup> TSJ/SCC, sent. N.º 970, del 12-12-06.

La Sala para concluir, desea destacar y ratificar que en materia de medidas preventivas rige el principio *rebus sic stantibus*, lo cual indica, que las medidas se mantienen mientras no varíen las circunstancias o hechos que permitieron su decreto, es decir, una medida puede ser perfectamente decretada en un determinado momento y, en otro, por razones circunstanciales, quizá no pueda ser decretada igualmente, incluso, quizá deba ser revocada o modificada, por tanto, el hecho de que en un mismo juicio se haya anulado alguna medida en el pasado, no obsta, para que variadas las circunstancias o hechos, la misma pueda ser nuevamente solicitada y decretada de nuevo<sup>5</sup>.

Del mismo modo, la Sala cúspide de la jurisdicción constitucional esgrimió, en relación con esta especial cláusula, lo que a continuación se reproduce:

Ahora bien, la tutela cautelar responde a la necesidad efectiva y actual de enervar la lesión a la esfera jurídico-subjetiva del justiciable, la cual se concreta mediante la creación de un estado jurídico provisional que se mantiene hasta que se dicta la decisión de fondo, ya que esta funciona como causa extintiva de la providencia cautelar, o hasta su modificación o revocatoria expresa por parte del juez, en virtud de su variabilidad por estar sujetas a la cláusula *rebus sic stantibus*, en la medida en que se modifique las circunstancias que justificaron su otorgamiento<sup>6</sup>.

De la misma manera se pronunció dicho Órgano Colegiado de acuerdo a lo que se desprende del siguiente extracto:

... Sin embargo, en virtud de que la tutela cautelar responde a la necesidad efectiva y actual de enervar la lesión a la esfera jurídico-subjetiva del justiciable, esta se concreta mediante la creación de un estado jurídico provisional que se mantiene hasta que se dicte la decisión de fondo; no obstante, esta situación jurídica temporal puede ser objeto de modificación por parte del juez, ya sea extendiendo o limitando el alcance de

<sup>5</sup> TSJ/SCC, sent. N.º 582, del 03-10-13.

<sup>6</sup> TSJ/SC, sent. N.º 500, del 10-03-06.

la providencia cautelar acordada, en la medida en que se transformen las circunstancias que justificaron su otorgamiento, en virtud de su variabilidad por estar sujetas a la cláusula *rebus sic stantibus*...<sup>7</sup>

Asimismo, y como consecuencia de la existencia de la cláusula comentada, el instituto de la cosa juzgada adquiere una especial dimensión, debido a las razones que se muestran a continuación:

En efecto, ha sido un tema arduamente debatido por la doctrina extranjera si las decisiones dictadas en el proceso cautelar producen efectos de cosa juzgada y si es posible o no el planteamiento de nuevas solicitudes o peticiones de medidas preventivas, y consecuentemente, providencias ulteriores sobre lo ya debatido o resuelto en la incidencia. La opinión predominante se inclina por reconocer que las decisiones cautelares solo producen cosa juzgada formal (inmutabilidad del fallo por preclusión de la posibilidad de impugnación) con ciertos límites, y en ningún caso cosa juzgada material o sustancial (inmutabilidad de los efectos de la sentencia no sujeta ya a recursos, en todo proceso futuro sobre el mismo objeto) (...) Esta Sala comparte los anteriores criterios doctrinarios, los cuales considera perfectamente aplicables en nuestro ordenamiento jurídico, en el que las providencias cautelares, como en cualquier otro ordenamiento jurídico del mundo, están referidas a situaciones de hecho y de derecho variables, no definitivas, que durante el devenir de la causa pueden sufrir alteraciones o cambios que ameriten una nueva decisión, lo que está íntimamente relacionado con el factor tiempo y con una de sus características esenciales como lo es la urgencia. En efecto, durante el *iter* procesal pueden ocurrir situaciones muy diversas que en ciertos casos ameriten la concesión de una medida preventiva, antes denegada, o el alzamiento o modificación de la ya concedida, ello, en virtud de la variación de las circunstancias (estado de cosas) que el juez tuvo al momento de decidir, sin que ello implique una infracción del artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, que establece lo que en doctrina se conoce como cosa juzgada formal, cuya interpretación y aplicación en materia de medidas

<sup>7</sup> TSJ/SC, sent. N.º 1118, del 06-06-06.



preventivas debe hacerse conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es decir, teniendo siempre como norte el valor justicia y que no solo el proceso principal, sino también el proceso cautelar, constituye un instrumento fundamental para su realización (*ex artículo 257 de la Constitución...*). Claro está, la necesidad de asegurar la efectividad de la sentencia de mérito mediante la concesión de medidas preventivas (tutela cautelar) como componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (*ex artículo 26 de la Constitución...*), no implica que el juez pueda conceder una medida preventiva, antes denegada, ni decidir respecto del alzamiento o modificación de la ya concedida, por cualquier causa o ante cualquier alegación y probanza de alguna de las partes o de un tercero, puesto que de lo contrario el proceso cautelar quedaría abierto indefinidamente a merced de los sujetos procesales, lo que sin duda resulta atentatorio de otro principio constitucional como lo es el de la seguridad jurídica, de allí que el sentenciador deba juzgar con mucha prudencia las circunstancias de cada caso, es decir, si el cambio de circunstancias que se alega como fundamento de la pretensión de modificación obedece realmente a hechos nuevos, es decir, suscitados con posterioridad a la concesión o negativa de la medida, o si la invocación y prueba de los mismos era imposible o no se hizo por causas desconocidas o no imputables al justiciable para el momento de plantear la solicitud previamente concedida o denegada, es decir, siempre que no haya mediado negligencia del mismo en su actividad de alegación y prueba de los presupuestos para el otorgamiento de la medida, de allí la importancia de que la providencia cautelar cumpla no solo con los requisitos de congruencia y motivación, sino también con el de determinación, tanto subjetiva como objetiva<sup>8</sup>.

En conclusión, a pesar del decreto o negativa de la medida preventiva rogada por el actor con fundamento en el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil (dependiendo de si estamos ante una medida nominada o innominada), el órgano jurisdiccional podrá modificar, en desmedro del instituto de la cosa

<sup>8</sup> TSJ/SCC, sent. N.º 465, del 13-08-09.

juzgada, la decisión inicialmente emitida ante la variación de los elementos que justificaron el dictado o el rechazo de la medida. Al fin y al cabo, con el decreto de la cautelar, previa verificación de los requisitos, para su procedencia, se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante en su vertiente del derecho a la ejecución; en cambio, con la denegatoria de la medida solicitada debido al incumplimiento de los extremos contenidos en la ley civil adjetiva, se protege y garantiza el derecho constitucional a la propiedad del accionado. Estos parecieran constituir, en definitiva, los valores que se resguardan y tutelan a través de la cláusula reseñada.

### **3. Sobre la relación de la casación civil de instancia y la tutela cautelar**

Mostrado el fin de la casación civil de instancia, así como las características de instrumentalidad e independencia de las medidas cautelares, inquiriremos, a continuación, sobre la utilidad –o inutilidad– de la primera de las instituciones señaladas en el marco de la prestación jurisdiccional de tutela cautelar.

En este sentido, debemos formularnos la siguiente interrogante: si el *telos* de la casación civil de instancia no es otro que poner fin a la controversia surgida y, por tanto, evitar los nocivos efectos de la casación múltiple, ¿resulta acorde con dicho fin el conocimiento por parte de la Sala de Casación Civil de recursos de casación anunciados contra fallos de segundo grado resolutorios de contradictorios surgidos en materia cautelar? Esto es, si el objeto de la casación civil de instancia es poner fin a la disputa judicial iniciada evitando el ejercicio de múltiples recursos de casación, ¿podría justificarse el conocimiento de este recurso extraordinario ejercido en cuadernos cautelares considerando su ausencia de vínculo con la culminación del proceso judicial?

Como es bien sabido, y conforme a lo reseñado, la cautela constituye un «instrumento» del «instrumento» (proceso) por lo que el destino de aquella estará indisolublemente unido al porvenir de este conforme a la máxima «lo accesorio sigue la suerte de lo principal». De esta manera podríamos, sin ánimo de resultar exhaustivos, plantear varios escenarios en el que se manifiesta este

peculiar fenómeno. Por ejemplo, estando el cuaderno cautelar bajo conocimiento de la máxima instancia judicial como consecuencia del ejercicio del recurso de casación, se decida la causa principal –en instancia o en sede de casación– ocasionando la inutilidad de la resolución del mencionado recurso por decaimiento de su objeto. De la misma manera, podría celebrarse, por ejemplo, una transacción entre las partes como manifestación de autocomposición procesal en la causa principal que despoje de sentido el conocimiento de la acción de impugnación impulsada ante la máxima instancia jurisdiccional. Por último, podría extinguirse la causa principal por efecto de la inactividad procesal en cualquiera de sus modalidades (perención anual, semianual y breve) irradiando sus efectos al conocimiento de la cautela.

Del mismo modo, y considerando la cláusula *rebus sic stantibus* reseñada líneas arriba, consideramos que un mismo cuaderno cautelar podría arribar en más de una ocasión a la Sala de Casación al emitirse decisiones de fondo en lo que a la cautela respecta; es decir, al producirse modificaciones de las circunstancias que motivaron el decreto inicial de la cautela, cualquier decisión que se emita en adelante constituirá providencia de mérito en el cuaderno separado y, por tanto, podrá ser recurrida de nuevo mediante el ejercicio del recurso de casación. Este efecto, como es de suponer, es diametralmente opuesto al perseguido con la recepción del sistema de la casación civil de instancia.

En definitiva, la indisoluble unión de la materia cautelar respecto a la principal (instrumentalidad); la ausencia de conocimiento por parte de la tutela preventiva del fondo o mérito del asunto y, por último, la posibilidad de emitir nueva providencia en sede cautelar ante la modificación o variación de las circunstancias que motivaron el decreto inicial de la medida típica o atípica (*rebus sic stantibus*), constituyen, a juicio de quien redacta estas líneas, razones suficientes para, al menos, dudar de la utilidad del conocimiento por parte de la Sala de Casación Civil de recursos de casación anunciados contra fallos proferidos en materia cautelar. Lo anterior sin perjuicio de reconocer que, en lo que a medidas preventivas atañe, no tiene cabida el fin del sistema de la casación civil de instancia y que, por tanto, su conocimiento se mantendrá en tanto perdure la fase de cognición de la causa principal de la cual se desprende su objeto y, en consecuencia, de la que emana su esencial dependencia.

#### **4. Sobre la potestad de la Sala de Casación Civil para decretar medidas cautelares**

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido, de forma recurrente ante la petición de quienes acuden ante su sede, la imposibilidad de decretar medidas cautelares al no erigirse en juzgado de instancia. De este modo y, a pesar de que este tipo de tutela se prestará en cualquier estado y grado de la causa conforme lo estipula el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, el interesado ve frustrada su petición de garantizar las resultas del juicio ante la postura anotada.

A modo de ilustración, procedemos a transcribir el criterio mantenido por el Órgano Colegiado mencionado:

... De la interpretación de las normas precedentemente citadas permiten concluir que la posibilidad de decretar medidas preventivas por el Tribunal Supremo de Justicia, en el cual está comprendida la Sala de Casación Civil, está prevista respecto de aquellos procedimientos o trámites que estén regulados en la propia Ley del Tribunal Supremo de Justicia, pues esa regla de carácter general, resulta inaplicable frente a aquella de rango especial, en la cual establece de forma precisa que en lo referente al trámite y decisión del recurso de casación, el procedimiento aplicable es aquel establecidos en los códigos y leyes que regulen la materia respectiva, que en el caso concreto es el procedimiento civil ordinario, cuyo recurso de casación está claramente definido en los artículos 312 y siguientes (...). Por consiguiente, esta Sala considera que debe dar cumplimiento al mandato contenido en estas normas por lo que se impone remitir de inmediato el expediente al tribunal de reenvío, a quien corresponderá pronunciarse sobre la petición de medidas preventivas, lo que en definitiva permite el resguardo del derecho de defensa de las partes, por ser este un tribunal de cognición, capacitado por la ley para juzgar los hechos, competencia esta que está expresamente prohibida en la ley respecto de la Sala de Casación Civil, quien ha sido concebida como un tribunal de derecho, que debe velar por la correcta interpretación

y aplicación de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia, con la sola excepción de poder controlar el juzgamiento de los hechos, únicamente en los casos expresamente indicados en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil (...) Asimismo, si bien el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil establece que en todo estado y grado de la causa pueden ser decretadas medidas preventivas, esta Sala de Casación Civil ha delimitado esta facultad solo respecto de los jueces de instancia, basado en la misma consideración de que no constituye una instancia más del proceso, por estarle vedado en la ley la posibilidad de juzgar sobre los hechos, lo que evidentemente es una labor que debe ser cumplida en oportunidad de decidir el decreto de una medida cautelar (...) Lo expuesto permite determinar, que ese poder cautelar del Tribunal Supremo de Justicia podrá ser utilizado por las Salas que lo conforman, siempre y cuando se trate de un procedimiento expresamente establecido en la propia Ley del Tribunal Supremo de Justicia, o en aquellos casos que la ley aplicable por remisión permita el cumplimiento de esa labor, no así cuando ello no esté permitido en atención del recurso en particular considerado, como es el recurso de casación<sup>9</sup>.

De acuerdo al criterio asomado, la Sala de Casación Civil, al constituirse en un tribunal de derecho y nunca en una instancia más del proceso, le está impedido el dictado de cautelas al implicar dicha labor un juicio –de verosimilitud– eminentemente fáctico o relacionado con los hechos propios de la causa cuyo conocimiento se le atribuye.

Ahora bien, debido a la entrada en vigencia de la casación civil de instancia, conviene efectuar algunos comentarios de inocultable interés. En efecto, y de acuerdo al sistema asumido lustros atrás tanto por la jurisdicción laboral como la de protección de niños, niñas y adolescentes, la Sala de Casación, al declarar la procedencia de la denuncia formulada por el recurrente en su escrito o ante la casación de oficio activada por la propia Sala, procederá al conocimiento del mérito del asunto efectuando pronunciamientos propios de un juzgado de instancia (salvo que estemos ante un supuesto de reposición

<sup>9</sup> TSJ/SCC, sent. N.º 498, del 04-07-06.

de la causa por menoscabo del derecho constitucional a la defensa). Sin embargo, y como la Sala autora del viraje de modelo admitió, no estamos ante una tercera instancia sino ante una casación civil de instancia; aun cuando ante los ojos de un lector poco avezado en la materia pudiera estarse ante el mismo concepto, en realidad se está ante dos instituciones divergentes; en efecto, mientras en la primera pudiera desplegarse una actividad probatoria plena o limitada, según el modelo que se decida adoptar, en la segunda no se verifican fases de promoción y evacuación de material probatorio alguno sino que, antes bien, y siempre que se declare la procedencia del recurso propuesto, la Sala decidirá con las pruebas cursantes en autos. Es decir, estamos ante una acción de impugnación –y no medio de gravamen– con sus fases de juicio rescindente y juicio rescisorio delimitadas. Esto es, para proceder al conocimiento del mérito del asunto con los elementos probatorios ya incorporados a las actas del expediente, se debe superar la etapa rescindente mediante la procedencia del recurso extraordinario ejercido.

En definitiva, y ante el cambio de modelo experimentado, seguimos sin estar ante una instancia más dentro del proceso y, por tanto, el fundamento ofrecido por el Cuerpo Colegiado desde antes de la asunción de la casación civil de instancia relativo a la tutela cautelar ante la máxima instancia judicial sigue estando, a juicio de quien escribe, plenamente vigente.

En otro orden de ideas, resalta otro motivo de relevancia singular, tal como lo señalamos a continuación:

En efecto, de permitirse la emisión de medidas preventivas rogadas por el particular interesado en su dictado, la Sala de Casación Civil, en estricto apego a la previsión contenida en el artículo 602 de la Ley civil adjetiva, debe permitir la oposición del contrincante en ejercicio pleno de su derecho constitucional a la defensa. En este sentido, y una vez emitida la decisión correspondiente en torno a la ratificación o rechazo de la medida solicitada luego del *iter* procesal transitado, a la parte perjudicada debe garantizársele su derecho a recurrir del fallo atentatorio de sus intereses. Sin embargo, y aun cuando pareciera de perogrullo advertirlo, contra las decisiones dictadas

por la Sala cúspide de la justicia civil no cabe el ejercicio de recurso de apelación alguno por lo que, en consecuencia, no podría resguardarse el derecho al doble grado de jurisdicción.

Por otro lado, el criterio actual de la Sala ante el decreto del *ad quem* de la medida peticionada y negada por el juzgado *a quo*, postula la remisión del cuaderno separado al juez de primer grado a los fines de garantizar la oposición del perjudicado; es decir, en lugar de permitirse el ejercicio del recurso de casación contra dicha providencia, se prevé el envío del cuaderno de medidas al tribunal de primera instancia a los fines de ajustarse al contenido y alcance del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil (sentencia N.º 352, del 11 de mayo de 2007). En este sentido, conviene efectuar la siguiente reflexión:

En el supuesto negado de erigirse la Sala de Casación Civil en una tercera instancia y, por tanto, permitirse el decreto de medidas cautelares, de conformidad con la postura descrita líneas arriba procedería la remisión del cuaderno separado al tribunal de primera instancia a los efectos de garantizarle la oposición al afectado por la medida. Continuando con el razonamiento iniciado y considerando que ante la máxima instancia jurisdiccional estaría cursando la causa principal, ¿se justificaría el análisis de la petición realizada para, de considerarse procedente, decretar la medida preventiva remitiéndose el cuaderno al juzgado de primer grado mientras la Sala emite pronunciamiento en torno al recurso de casación propuesto en la pieza principal? Esto es, ¿estaría provisto de sentido el examen sobre la cautela a los fines de su decreto para, acto seguido, ordenarse la remisión a los efectos de tramitarse la oposición en sede de instancia?

De acuerdo con lo que se explicara en acápite anteriores, y en atención al brocardo: *accessorium sequitur principale* (lo accesorio sigue la suerte de lo principal), una vez emitido el pronunciamiento en casación declarando la improcedencia del recurso ejercido se extinguiría el objeto de la tutela cautelar, de la misma manera y de conformidad con el sistema recién instaurado de la casación civil de instancia o, incluso, estando ante una tercera y última instancia, el Órgano Colegiado podría emitir fallo sobre el mérito del asunto,

una vez declarada la procedencia del recurso, arrastrando consigo la providencia que pudiera emitirse en relación con la cautela. Solo ante el supuesto de excepción de reposición de la causa al estado que la decisión de casación indique podría justificar el eventual dictado de una medida cautelar; sin embargo, para el instante de la recepción de las actas por parte de la Sala de Casación y el correspondiente pedido de tutela cautelar resulta no menos que imposible prever el resultado que se obtendrá en torno al recurso extraordinario propuesto.

Expuesto el razonamiento anterior, no queda sino plantear tres escenarios procesales dignos de alusión:

i. Negativa rotunda por parte de la máxima instancia civil a prestar tutela cautelar ante su sede. Ante este supuesto, se pudiera estar desconociendo el criterio doctrinal y jurisprudencial tanto vernáculo como foráneo conforme al cual la tutela cautelar forma parte de la garantía a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a la ejecución del fallo, en la medida en la que garantiza los resultados del juicio para la cual sirve<sup>10</sup>. Lo anterior sin perjuicio de la naturaleza jurisdiccional que ostenta la Sala de Casación Civil como cuerpo colegiado y, por tanto, su rol de garante de los derechos fundamentales de los sujetos que acuden ante dicha instancia judicial.

ii. Otorgamiento de la cautela rogada por el particular ante la Sala de Casación Civil sin posibilidad de ejercicio del derecho a recurrir del fallo que al efecto se emita. En este segundo supuesto, la Sala cúspide de la justicia civil prestaría función jurisdiccional en lo que al pedido cautelar atañe llevándose a cabo la oposición ante su sede. Esto es, luego de la solicitud de la medida preventiva por parte del interesado, la Sala procedería a su análisis y, ante el supuesto de su procedencia, se llevaría a cabo la oposición conforme lo estipula el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil como mecanismo que garantiza el derecho a la defensa de la contraparte. Naturalmente, y tal como se mencionara líneas arriba, el fallo resolutorio de dicha oposición carecería de recurso alguno al haber sido emitido por la máxima

<sup>10</sup> *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 960, del 09-05-06.



instancia judicial. Dicho lo anterior, y considerando la postura mantenida tanto por la jurisprudencia nacional como internacional en torno a la naturaleza constitucional del derecho al doble grado de jurisdicción en materia distinta a la penal (en la medida en la que se prevea dicho medio ordinario de impugnación en los instrumentos adjetivos respectivos se considerará parte integrante de la garantía a la tutela judicial efectiva)<sup>11</sup>, pudiéramos estar ante el desconocimiento de dicha garantía procesal al acoger el escenario objeto de mención en virtud del menoscabo del recurso de apelación previsto en el artículo 603 del Código de Procedimiento Civil.

iii. Otorgamiento de la cautela por parte de la Sala de Casación Civil e inmediata remisión del cuaderno separado de medidas al juzgado de instancia a los fines de la tramitación de la oposición. Ante la configuración de este supuesto, se estaría garantizando tanto el derecho de oposición por parte del perjudicado por la medida, como el derecho a recurrir del fallo que a tal efecto se emita. Del mismo modo, y de acuerdo a las interrogantes formuladas líneas arriba, pudiera cuestionarse la utilidad de la mencionada, remisión estando la causa principal a la espera de su decisión en sede de casación. Esto es, pudiera resultar injustificable el envío del cuaderno cautelar si consideramos que, en no pocas ocasiones, la sentencia de casación podría emitirse con antelación a la resolución de la cautela o, cuando menos, de forma casi simultánea a esta, con las consecuencias que trae consigo el aforismo conforme al cual lo accesorio corre la suerte de lo principal.

Sin embargo y conforme a lo que se razonara, la existencia del supuesto de reposición de la causa al estado que se indique en la sentencia emitida por la Sala de Casación Civil justificaría la remisión del cuaderno separado al tribunal de instancia en virtud de la prolongación del juicio objeto de trámite.

En definitiva, pareciera ser el último de los escenarios mostrados el que se impone respecto a la forma de proceder ante al pedido de cautelas en sede

---

<sup>11</sup> *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 2661, del 25-10-02 y Tribunal Constitucional español sent. N.º 199, del 25-10-88.

de casación. Lo anterior sin perjuicio, claro está, del criterio que a bien tenga concebir el lector en torno al tópico objeto de abordaje.

\* \* \*

**Resumen:** El autor parte de la doctrina judicial que ha fijado la Sala de Casación Civil sobre la casación de instancia para reflexionar sobre la tutela cautelar en casación. **Palabras clave:** tutela cautelar, casación civil, instancia. Recibido: 30-11-20. Aprobado: 17-01-21.