

Sección II: Garantías judiciales en el régimen de la Procuraduría General de la República

Tutela judicial efectiva, justicia material e igualdad de las partes en el contencioso administrativo y tributario: Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República vs. Código Orgánico Tributario

Carlos E. Weffe H

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Universidad Monteávila y Universidad Católica del Táchira*

El artículo 92 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República¹ señala, al regular los requisitos de procedencia de las medidas cautelares –tanto preventivas como ejecutivas- solicitadas por la Procuraduría General de la República, lo siguiente:

“Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados. Podrán suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren, aceptada por el Procurador o Procuradora General de la República o quien actúe en su nombre, en resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República”.

De acuerdo con la norma citada, la pretensión cautelar de la República puede hallar protección judicial en los casos en que, *alternativamente*, la Procuraduría General de la República logre demostrar: (i) “*si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo*”, esto es, el peligro de daño o *periculum in damni*; o (ii) “*si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión*”, también denominada *fumus boni iuris*. Es enfático el legislador delegado al señalar que es suficiente, para que sea procedente la medida, la existencia de *cualquiera* de los dos requisitos mencionados, sin que sea necesaria su concurrencia.

Ello coincide con lo establecido, *literalmente*, por el legislador al regular la *suspensión de efectos* en el contencioso tributario. En efecto, el artículo 263 del Código Orgánico Tributario² dispone que “[l]a interposición del recurso [contencioso tributario] no suspende los efectos del acto impugnado, sin embargo a instancia de parte, el Tribunal podrá suspender parcial o totalmente los efectos del acto recurrido, en el caso que su ejecución pudiera cau-

1 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.892 Extraordinario, del 31 de julio de 2008.

2 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305, del 17 de octubre de 2001.

sar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho”.

Así, para el legislador federal, tanto *natural* como *delegado*³, una efectiva tutela judicial de las pretensiones de las partes en el contencioso administrativo y tributario, que atienda a criterios de justicia *material* y de *equilibrio* en las posiciones de las partes en el proceso puede lograrse con la constatación *alternativa* (i) del *fumus boni iuris*, o presunción de buen derecho que asiste al solicitante; o (ii) del *periculum in damni*, o peligro de daño derivado, bien del mantenimiento de la situación previa a la interposición de la acción en el caso de demandas intentadas por la República, o bien de la eventual ejecución del acto administrativo *ablatorio* de contenido tributario, en el segundo de los supuestos enunciados. Sin embargo, resulta desconcertante constatar cómo el tratamiento jurisprudencial de la figura difiere *sustancialmente*, dependiendo de *quién* es el solicitante de la medida.

En términos generales, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa ha afirmado que, por su naturaleza, el otorgamiento de las medidas cautelares en el contencioso administrativo –y como parte de éste, en el contencioso tributario- exige la *conurrencia* del *fumus boni iuris* y del *periculum in damni*, de modo de garantizar el equilibrio de las partes en el proceso en el sentido de limitar el uso de los poderes cautelares del Juez a aquellos casos en los que su empleo es *estrictamente necesario* para la preservación de la igualdad de las partes, y para la concreción práctica de la tutela judicial efectiva. Así lo dijo en la SSPA⁴ 1.127/2008, del 1° de octubre⁵, según la cual:

“[L]a medida preventiva de suspensión de efectos procede sólo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, es decir, que la medida sea necesaria a fin de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, o bien para evitar que el fallo quede ilusorio y que, adicionalmente, resulte presumible que la pretensión procesal principal resultará favorable, sin descartar la adecuada ponderación del interés público involucrado.

Significa que en cada caso deberán comprobarse los requisitos de procedencia de toda medida cautelar: el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y la presunción grave del derecho que se reclama.

En este sentido, el análisis acerca de la procedencia de la medida cautelar solicitada requiere, además de la verificación del *periculum in mora*, la determinación del *fumus boni iuris*, pues mientras aquél es exigido como supuesto de procedencia en el caso concreto, la presunción grave de buen derecho es el fundamento mismo de la protección cautelar, dado que en definitiva, sólo a la parte que posee la razón en juicio puede causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados; bien que emanen de la contraparte o sean efecto de la tardanza del proceso. Consecuentemente, el referido principio se encuentra inmerso en las exigencias requeridas en el aparte veintiuno del artículo antes citado, para acordar la suspensión de efectos, cuando alude la norma en referencia a que la medida será acordada *‘teniendo en cuenta las circunstancias del caso’*”

3 La Asamblea Nacional y el Presidente de la República en Consejo de Ministros respectivamente, por imperio de los artículos 187.1, 203 y 236.8 de la Constitución (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000).

4 SSPA: Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

5 SSPA 1.127/2008, del 1° de octubre, con ponencia del Magistrado Dr. Emiro GARCÍA ROSAS, caso *C.N.A. de Seguros La Previsora v. República (Ministerio del Poder Popular para las Finanzas)*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/01127-11008-2008-2008-0446.html>.

La decisión citada ratifica lo expuesto por: (i) la SSPA 662/2001⁶, del 17 de abril, de acuerdo con la cual “el único criterio que debe ser siempre valorado por el juez contencioso administrativo para la adopción de una medida cautelar, es la concurrencia del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*”, pues “son estos los requisitos legitimadores para la adopción de medidas cautelares, y que constituyen garantía suficiente de que las sentencias de fondo que se dicten sean plenamente ejecutables, evitándose que los efectos del proceso, perjudiquen a quienes tienen razón, quedando así, garantizado el derecho fundamental de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva”; (ii) la SSPA 1.716/2000⁷, de 20 de julio, según la cual “para dictar una providencia de esta naturaleza [...] la concurrencia de [estos] dos requisitos [es] indispensable”; (iii) la SSPA 155/2000⁸, de 17 de febrero, para la cual “[h]a sido reiterada la jurisprudencia de este Alto Tribunal en cuanto a la necesaria presencia de dos condiciones fundamentales para la procedencia de las medidas cautelares, a saber, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*”; (iv) la SSPA 1.204/2002⁹, de 3 de octubre; (v) la SSPA 178/2002¹⁰, de 5 de febrero; (vi) la SSPA 1.629/2001¹¹, de 31 de julio; y (vii) la SSPA 1.040/2008¹², de 24 de septiembre *et passim*.

La doctrina de la *concurrencia* de los requisitos señalados para la procedencia de las medidas cautelares en el contencioso administrativo inspiró a la Sala Político Administrativa para *corregir*, por vía de interpretación, la disposición en contrario contenida en el artículo 263 del Código Orgánico Tributario. Ciertamente, mediante la SSPA 607/2004¹³ de 3 de

-
- 6 SSPA 662/2001, de 17 de abril, con ponencia de la Magistrada Dra. Yolanda Jaimes Guerrero, caso *Sociedad de Corretaje de Seguros Casbu, C.A. v. República (Superintendencia de Seguros)*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00662-170401-1139.htm>.
 - 7 SSPA 1.716/2000, de 20 de julio, con ponencia del Magistrado Dr. José Rafael Tinoco, caso *Lácteos San Simón, S.A. v. Corporación de Alimentos y Servicios Agrícolas, S.A.*, consultada en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/01716-200700-14558.htm>, 5 de octubre de 2008.
 - 8 SSPA 155/2000, de 17 de febrero, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Escarrá Malavé, caso *Municipio Villalba del Estado Nueva Esparta v. Estado Nueva Esparta*, consultada en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/170200-13884-155.htm>, 5 de octubre de 2008.
 - 9 SSPA 1.204/2002, de 3 de octubre, con ponencia del Magistrado Dr. Hadel Mostafá Paolini, caso *Insuclinic Material y Equipos Médicos, C.A. v. República (Servicio Autónomo de la Propiedad Industrial)*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/01204-031002-02-0193.htm>.
 - 10 SSPA 178/2002, de 5 de febrero, con ponencia de la Magistrada Dra. Yolanda Jaimes Guerrero, caso *Judith Maldonado de de la Hoz v. República (Contraloría General de la República)*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00178-050202-15472.htm>.
 - 11 SSPA 1.629/2001, de 31 de julio, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, caso *Rhône Poulenc Rorer de Venezuela, S.A. v. República (Ministerio de Hacienda)*, consultada en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/01629-310701-14954.htm>, 5 de octubre de 2008.
 - 12 SSPA 1.040/2008, de 24 de septiembre, con ponencia del Magistrado Dr. Hadel Mostafá Paolini, caso *Fundación Universitaria Monseñor Arias Blanco v. República (Ministerio del Trabajo)*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Septiembre/01040-24908-2008-2006-1314.html>.
 - 13 SSPA 607/2004, de 3 de junio, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, caso *Deportes El Marquez, S.A. v. República (Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria)*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/00607-030604-2003-0354.htm>.

junio, la Sala consideró que los requisitos tantas veces mencionados “*forman parte de una unidad*”, que como tal “*no se dan en forma completa al analizarse por separado*”, porque “*dichos enunciados o las partes que la conforman para ser válidos, esto es, verificarse en la realidad, deben verse en forma conjunta, y no sosteniendo que indistintamente la existencia de que cada uno, por separado, es capaz de lograr la consecuencia jurídica del texto legal*”. En consecuencia, a pesar de la literalidad del artículo 263 del Código Orgánico Tributario, la Sala Político Administrativa entiende “*que para que el juez contencioso tributario pueda decretar la suspensión de los efectos del acto administrativo deben siempre satisfacerse, de forma concurrente, los dos requisitos antes señalados*”, con la finalidad “*de llevar al convencimiento del juzgador la necesidad de que la medida deba decretarse, para garantizar y prevenir el eventual daño grave, el cual pudiera causarse con la ejecución inmediata del acto administrativo tributario*”.

Como puede verse, la única inferencia lógica posible –dada la situación hasta ahora anotada– es que, de ser correcta la interpretación que la Sala Político Administrativa ha dado al artículo 263 del Código Orgánico Tributario, entonces *idénticas* razones –la naturaleza de las medidas cautelares, así como la preservación de los principios de justicia material, tutela judicial efectiva e igualdad de las partes en el proceso– deberían inspirar a la Sala Político Administrativa para sostener *igual* criterio frente al artículo 92 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que no es otra cosa sino una norma jurídica que, en condiciones *idénticas*, reproduce la consecuencia jurídica del artículo 263 de la ley general tributaria en Venezuela.

No obstante, el resultado no puede ser más *sorprendente*. En su lectura del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República¹⁴, la Sala Político Administrativa ha afirmado que su labor interpretativa está limitada a la simple *exégesis* del texto legal, de manera que el Juez debe analizar *acríticamente* si en el caso concreto están dados *alternativamente* los requisitos que ha establecido el legislador como los necesarios para el otorgamiento de una medida cautelar, en este caso, a favor de la República. A guisa de ejemplo, bien puede citarse la SSPA 220/2007¹⁵, de 7 de febrero, en la que se afirma que en el caso del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, “*los requisitos de procedencia de las cautelares solicitadas [...] no son exigidos de manera concurrente, sino que en casos como el presente, en los que la Procuraduría General actuando en defensa de los intereses de la República Bolivariana de Venezuela, es quien solicita las medidas cautelares, basta la verificación de una de las condiciones enunciadas para que el juez acuerde la medida preventiva solicitada*”. Otro tanto ocurre en el caso de la SSPA 5.970/2005¹⁶ de 19 de

14 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.554 Extraordinario, del 13 de noviembre de 2001. El novísimo Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en comentarios modifica la norma, *agravando su inequidad*, sometiendo a la *aceptación* de la Procuraduría General de la República, o de quien ejerza en juicio la representación de la República, las contracautelas a ser ofrecidas por la otra parte para obtener la revocación de la medida cautelar dictada bajo los parámetros aquí comentados.

15 SSPA (Accidental) 220/2007, de 7 de febrero, con ponencia de la Magistrada Dra. María Luisa Acuña López, caso *República Bolivariana de Venezuela v. Seguros Pirámide, C.A.*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00220-7207-2007-2005-0048.html>.

16 SSPA 5.970/2005 de 19 de octubre, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, caso *República Bolivariana de Venezuela v. Chinawide Worldwide Distribution et al.*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/05970-1191005-2005-2202.htm>.

octubre, donde, por toda justificación, la Sala sobreentiende la conformidad a derecho de la norma en comentarios en tanto “*es la Procuraduría General actuando en defensa de los intereses de la República Bolivariana de Venezuela*”, única razón por la cual “*basta la verificación de una de las condiciones enunciadas para que el juez acuerde la medida preventiva solicitada*”.

Particularmente *curiosos* son los casos como el de la SSPA 620/2008¹⁷ de 21 de mayo. El Instituto Nacional de Canalizaciones, instituto autónomo creado por la Ley del Instituto de Canalizaciones¹⁸, demandó por daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual a una sociedad anónima. En protección cautelar de su pretensión, la primera solicitó medida de embargo sobre bienes propiedad de la segunda, con fundamento en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil¹⁹. Sin embargo, *supliendo las defensas de la parte actora*, la Sala desaplicó para el caso concreto los artículos mencionados (los cuales exigen la aplicación concurrente del *fumus boni iuris* y el *periculum in damni*, como lo reconoce la propia sentencia), y aplicó el Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de manera que –con único fundamento en ello– la Sala Político Administrativa pudiera, como en efecto lo hizo, acordar las medidas cautelares solicitadas acreditando la existencia, *únicamente*, de la presunción de buen derecho. En el mismo caso recayó otra decisión, la SSPA 630/2008²⁰ de 21 de mayo, que con *idénticas* razones –una transcripción literal– otorgó medidas de embargo a favor del Instituto Nacional de Canalizaciones, para garantizar las results de la acción de cumplimiento de contrato interpuesta por éste. Igual circunstancia ocurrió en el caso de la SSPA 938/2008²¹ de 6 de agosto, ocasión en la que el beneficiario de la medida fue el Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte (INSETRA), instituto autónomo adscrito al Municipio Libertador del Distrito Capital; así como en el caso de la SSPA 1.893/2007²² de 21 de noviembre.

-
- 17 SSPA 620/2008 de 21 de mayo, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, caso *Instituto Nacional de Canalizaciones v. Equipos y Maquinarias Oriente 2001, C.A.*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/00620-21508-2008-2008-0043.html>.
- 18 *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 2.529 Extraordinario, del 31 de diciembre de 1979.
- 19 *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4.209 Extraordinario, del 18 de septiembre de 1990.
- 20 SSPA 630/2008 de 21 de mayo, con ponencia del Magistrado Dr. Emiro García Rosas, caso *Instituto Nacional de Canalizaciones v. Equipos y Maquinarias Oriente 2001, C.A.*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/00630-21508-2008-2008-0176.html>.
- 21 SSPA 938/2008 de 6 de agosto, con ponencia del Magistrado Dr. Emiro García Rosas, caso *Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital et al. v. Seguros Altamira, C.A et al.*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/agosto/00938-6808-2008-2008-0189.html>.
- 22 SSPA 1.893/2007 de 21 de noviembre, con ponencia del Magistrado Dr. Hadel Mostafá Paolini, caso *Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE) v. Fernando Pérez Amado et al.*, consultada el 5 de octubre de 2008 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/noviembre/01893-211107-2007-2007-0848.html>.

Así las cosas, creemos que no existe *justificación racional*²³ que fundamente la diferencia de criterios de la Sala Político Administrativa en la apreciación de las condiciones o requisitos para la procedencia de las medidas cautelares –y de su prueba, que como puede verse de la lectura de las decisiones citadas es mucho más *laxa* en el caso de la República que en el caso de los sujetos pasivos tributarios- en el contencioso administrativo y en el contencioso tributario²⁴.

Entendida la racionalidad como la relación entre *medios-fines-valores*, la cualidad de garante del interés público que ostenta el Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, no justifica en modo alguno que se distinga entre los casos en los que el peticionario de la protección cautelar es el contribuyente o responsable frente a aquellos donde el solicitante es la Administración Pública, en la medida en que el medio (protección cautelar *especial* para el Estado, ex artículo 90 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República) es *irracional* para obtener el fin (protección del interés público), en tanto afecta *injustamente* los *valores* cardinales del ordenamiento venezolano representados por los derechos constitucionales a la *tutela judicial efectiva* (que contrariamente a lo que habitualmente se cree, aplica para *ambas* partes en el proceso), a la *igualdad de las partes en el proceso* (frente a la cual, como derecho fundamental, son únicamente oponibles los privilegios del Estado cuando éstos tienen fundamento en una protección *legítima, adecuada y racional* del interés público comprometido en el litigio) y de *justicia material*, de la cual el proceso es, por mandato del artículo 257, un instrumento *fundamental* para su obtención.

23 La racionalidad se muestra como la relación *medios-fines-valores*, donde la razonabilidad de una disposición normativa en un determinado sistema podrá predicarse en la medida en la que la norma cumpla adecuadamente con los fines para los cuales ha sido dictada, en respeto de los derechos, garantías y principios fundamentales que le dan sustrato *deóntico* al sistema jurídico en el que se enmarca la regla analizada, y sin que sus fines puedan verse mediatizados por un razonamiento alejado de la teleología normativa, bajo los límites tanto de su *idoneidad* funcional para el logro de un determinado fin, con prescindencia de su valoración ética, como de su adecuación a los principios fundamentales del ordenamiento (ahora sí, desde el punto de vista de la moral) en tanto y en cuanto la *eficacia* de la solución normativa no suponga mediatizar o *negar* los valores que inspiran al orden jurídico en una determinada sociedad. *Vid.* Weffe H, Carlos E., “La Racionalidad de la Armonización Tributaria”, en *Revista de Derecho Tributario* N° 108, Ediciones de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006, pp. 7 y ss.

24 En el mismo sentido, véase Andrade Rodríguez, Betty; “Evolución de la medida cautelar de suspensión de efectos en el contencioso tributario bajo la vigencia de la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Tributario* N° 111, Ediciones de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006, pp. 132 y 133.